

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 06 DE  
ALCALÁ DE HENARES**

C/ Colegios, 4 y 6 , Planta Baja - 28801

Tfno: 918839476

Fax: 918774296

42061870

NIG: [REDACTED]

**Procedimiento: Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado potestad de guarda o administración de bienes [REDACTED]/2017**

Materia: Derecho de familia

**Demandante:** D./Dña. RECAREDO [REDACTED]  
LETRADO D./Dña. VICTOR MOISES MEÑO MODENES

**Demandado:** D./Dña. LEOCADIA [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA [REDACTED]

**AUTO NÚMERO [REDACTED]/2017**

En Alcalá de Henares, a quince de septiembre de dos mil diecisiete.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** - Por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de D. Recaredo [REDACTED], se presentó en fecha 25 de julio de 2017, solicitud de adopción de medidas urgentes al amparo del art. 158.2 del Código Civil, al objeto de que se le concediera el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia del menor Anacleto, hasta de forma provisional hasta el auto de medidas previas coetáneas a la demanda de modificación de medidas, contra Dª. Leocadia [REDACTED].

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, y convocadas en plazo las partes y el Ministerio Fiscal a la preceptiva comparecencia, que ha tenido lugar el día 14 de septiembre, a la que asistió el solicitante, no así la demandada, ni el Ministerio Fiscal por razones de servicio, quedando seguidamente las actuaciones para resolver.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La presente resolución tiene por objeto, con carácter exclusivo, el pronunciamiento jurisdiccional respecto de la urgencia y necesidad en la adopción de la

medida de cambio de custodia del menor de edad Hugo, establecido por Sentencia 93/2016 de 16 de febrero de 2016, recaída en el procedimiento de medidas paterno filiales número 1373/2015 del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Alcalá de Henares, por haberlo así solicitado el promotor del presente expediente de jurisdicción voluntaria, quien expresaba en su escrito inicial que su hijo Anacleto padece la enfermedad de Diabetes tipo 1, que el último año ha estado escolarizado en la Comunidad de Madrid, conviviendo en su propio domicilio con la madre y el menor, con un tratamiento específico por parte del equipo docente y médico del colegio, así como el control desde el Hospital, habiendo trasladado la madre su domicilio a Tenerife junto con el menor.

En efecto, establece el artículo 158 del Código Civil, en lo que aquí interesa, que *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

*1. ° Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*

*2. ° Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*

*3. ° Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

*4. ° La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.*

*5. ° La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*

6. ° En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

*En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.*

*Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.*

Por su parte, el artículo 87 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria señala que “Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto: a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil”.

La posibilidad de tramitar como expediente de jurisdicción voluntaria las solicitudes vinculadas al artículo 158 del Código Civil, se prevé para aquellos casos en los que sea necesaria la adopción, con carácter urgente y provisionalísimo, de medidas de protección de los menores, a los efectos de evitar a éstos, como señala aquel precepto legal, un perjuicio en su entorno familiar o apartarles de un peligro.

El letrado de la parte demandada aduce inadecuación del procedimiento por varios motivos. En primer lugar, por considerar que únicamente pueden dilucidarse por los expedientes de jurisdicción voluntaria aquellos supuestos en que no exista controversia, como dispone el artículo 1.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio. Sin embargo, en materia de familia se prevén una serie de supuestos en que necesariamente puede existir controversia, como son los expedientes por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, y como el presente, en el que se trata de evitar a los menores un riesgo cuando existan situaciones de urgencia que así se acrediten. En segundo lugar, entiende la demandada que este procedimiento debería

tramitarse por el cauce de la modificación de medidas. Nada hay que objetar antes esta afirmación, desde luego, lo que ha de realizarse es una modificación de medidas en que puedan valorarse las nuevas circunstancias. Sin embargo, la ley prevé este expediente para supuestos de urgencia que, de acreditarse, implica la posibilidad de tomar cualquier medida que evite a los hijos daños y peligros. Es por ello, que estando en trámite o a punto de iniciarse, un procedimiento de modificación de medidas, será en esta sede cuando se tomen medidas definitivas, pero en tanto éste se tramita, dado el carácter de urgencia, este procedimiento es el adecuado para poder adoptar medidas de carácter provisionalísimo.

**SEGUNDO.** – Sentada ya la competencia y la adecuación del presente procedimiento para valorar las peticiones del solicitante, procede dar cumplida respuesta, valorando la prueba obrante en autos y la practicada en el acto de la vista.

De la prueba practicada, documental y el interrogatorio de la parte actora, no así el de la parte demandada, solicitado por la parte actora, dada la incomparecencia de la misma, quedan acreditados los siguientes extremos; en primer lugar, que el menor de edad Hugo, padece una enfermedad Diabetes tipo 1, que supone la adopción de una serie de medidas de control diarias; cada media hora se debe visualizar la pantalla de la bomba de insulina, realizando mediciones continuas para poder actuar en consecuencia. En segundo lugar, que el menor cursará primero de primaria, y que tiene su plaza reservada en el Colegio ██████████, al que ha estado acudiendo este último año. En tercer lugar, que este centro cuenta con un médico especializado que lleva el control de la bomba de insulina, así como un protocolo específico para que el profesorado pueda atender al menor, incluidas las actividades ordinarias como la piscina. En cuarto lugar, que el control médico externo del menor se lleva en el Hospital San Rafael, teniendo comunicación directa con el médico encargado del menor. Por último, que la madre ha trasladado su domicilio, tal y como le permite el convenio regulador aprobado judicialmente, a Tenerife, donde reside con su madre, quien ostenta la guarda y custodia del menor.

Pues bien, y si bien es cierto que el menor lleva padeciendo esta enfermedad desde antes de la ruptura de la pareja, no existiendo una agravación de su enfermedad, la situación del menor no es idéntica a la anterior. Así, del interrogatorio practicado al solicitante, resulta que el menor pasó de tener que controlar la enfermedad a través de

las mediciones en dedos, y catorce pinchazos diarios de insulina, a la colocación de una bomba de insulina. Este sistema novedoso es más beneficioso para el menor, pero ha de llevarse un control exhaustivo. Durante el último año, los padres y el menor han estado conviviendo juntos en la vivienda del solicitante, llevando al menor al centro escolar citado, el cual ha adaptado sus medios para poder atender la enfermedad del menor. A través del seguro médico privado se ha implantado la bomba de insulina, y se lleva el control externo por el Hospital.

La alegación de que el sistema de Seguridad Social es idéntico en toda España puede ser cierto, más ninguna prueba ha aportado la parte demandada que acredite ni el centro médico al que acude el menor, ni el especialista que lleva su caso. Tampoco se ha acreditado por la parte demandada la escolarización del menor, más allá de meras alegaciones. Tal y como manifestó el padre durante su interrogatorio, existen pocos médicos especializados en la bomba de insulina, por ser un procedimiento novedoso que apenas un 2% de los enfermos de diabetes utiliza, requiriéndose una especialidad concreta, acreditando estar atendido el menor por un médico especialista en su hospital en Madrid.

Según el informe médico aportado con la solicitud, del Hospital San Rafael, se manifiesta que el menor debe ser controlado durante las horas escolares, estableciendo las medidas a adoptar en caso de que los objetivos glucémicos no se encuentren en los niveles indicados. Esta circunstancia resulta trascendental para valorar la situación de riesgo o peligro del menor, pues la enfermedad que padece debe ser controlada por personal informado de la situación, así como por personal específico que pueda tomar las medidas pertinentes.

Lo anterior unido a que no se ha apreciado en este procedimiento ningún dato o elemento que permita, si quiera indiciariamente, considerar que el cambio de domicilio del menor a Tenerife se debe a una circunstancia excepcional de urgencia o de necesidad para evitarle un perjuicio, habiendo ofrecido el padre pagar el 50% del alquiler de la madre en la Comunidad de Madrid para que el hijo común pueda seguir siendo atendido tanto en el Colegio como en el hospital, determina que no sea conveniente mantener dicha situación, a pesar de que la madre sea la custodia del

menor, en tanto se tramita la modificación de medidas, y pueda decidirse de forma definitiva la guarda y custodia del menor.

Se considera de interés para el menor estar escolarizado, atendido en el centro docente por el profesorado que tiene el protocolo de actuación, y con el seguimiento externo del hospital. Ha de señalarse que ambos padres pueden dedicar tiempo al cuidado del menor, el padre por ser pensionista, y la madre por encontrarse desempleada, pero en este momento, y de cara a evitarle al menor el perjuicio de no estar escolarizado ni controlado en su enfermedad, se considera acreditada la urgencia y la necesidad de evitarle al menor, por su exclusivo interés, un perjuicio, siendo procedente acordar lo solicitado por el padre con carácter provisional.

En consecuencia, y al amparo del art. 158. 2 C.c. que faculta al Juez o Tribunal para adoptar con carácter cautelar y provisional todas aquellas medidas necesarias para aportar al menor de un peligro o evitarle perjuicio, y habida cuenta de que por las razones ya expuestas resulta contrario al interés del menor la continuidad de la residencia en Tenerife, sin estar escolarizado, ni sabiendo el control médico que se está llevando a cabo, procede la adopción estimar la solicitud de adopción de medidas urgentes interesadas. Esto es, que sea tribuida al padre la guarda y custodia del menor Hugo, con carácter provisional, durante este curso escolar 2017/2018 y hasta que recaiga resolución en el procedimiento de modificación de medidas (ya sea ésta provisional en las medidas previas a la demanda o definitiva).

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## **PARTE DISPOSITIVA**

**Se dispone** haber lugar a acordar las medidas urgentes de protección del menor solicitadas y en su virtud **acordar que la guarda y custodia del menor Anacleto [REDACTED] sea ejercida por el padre D. Recaredo [REDACTED],** con

carácter provisional, durante este curso escolar 2017/2018 y hasta que recaiga resolución en el procedimiento de modificación de medidas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer por escrito ante este Juzgado RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación y del que conocería la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

Así lo acuerda, manda y firma Dña.Elena Fraile Lafuente, Juez de refuerzo en funciones de sustitución del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de esta ciudad y su partido judicial.