



¿ES NECESARIA LA DECLINATORIA PARA ALEGAR PERDIDA DE COMPETENCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO?

Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Diciembre 2015

Cabe plantear la pérdida de competencia por violencia de género en el procedimiento de familia, sin que deba plantearse por declinatoria, pues conforme al artículo 49 bis.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé que en estos supuestos no se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 604/2015, de 17 de Noviembre, recurso 1321/2014, que transcribimos a continuación, el Tribunal anula la Sentencia de la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid para que decidiera sobre la competencia, pues la parte demandada instó la subsanación y complemento de la sentencia al haber omitido la Audiencia cualquier pronunciamiento sobre la nulidad planteada, y esta dictó Auto en el que decidía no complementar la sentencia, al considerar que no podía la parte alegar incompetencia objetiva sin formular la oportuna declinatoria.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos de infracción procesal y de casación, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación nº 816/2012, dimanante de los autos de modificación de medidas nº 411/2010 del Juzgado de primera instancia nº 7 de Leganés.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Eloísa Prieto Palomeque, en nombre y representación de doña Virginia. La parte recurrida, don Plácido, no se ha personado ante esta Sala.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1.- El Procurador don Mariano Callejo Caballero, en nombre y representación de don Plácido interpuso demanda de modificación de medidas de la sentencia de 18 febrero 2008 dictada en el juicio verbal por guarda, custodia y alimentos número 94/2007, a instancias de doña Virginia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado se dictase Sentencia en los siguientes términos:

«Por la que estimando la demanda se acuerde la modificación de la sentencia de divorcio en el sentido de que: 1.- Que mi patrocinado solo contribuya con 60 euros mensuales, debido a que

cobra en la actualidad solo 260 euros aproximadamente, y tener que seguir haciendo frente al préstamo hipotecario. 2.-Que el régimen de visitas a favor de mi patrocinado establezca el derecho a tenerla en su compañía las veces que se le conceda permiso por el Centro Penitenciario durante el mismo. »

2. - El Fiscal contestó a la demanda y suplicó se dicte sentencia en que de acuerdo con lo que se haya probado:

«Se resuelva sobre los siguientes extremos: El régimen de visitas, la comunicación y la estancia de los hijos menores con el otro progenitor. Las cantidades que cada progenitor ha de abonar para atender a las necesidades alimenticias y educativas de los hijos menores, la periodicidad en su pago, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías que han de fijarse para asegurarlas ».

3.- La procuradora doña Rafaela Massó Hermoso, en nombre y representación de doña Virginia contestó a la demanda y formuló reconvención. En el suplico de la demanda suplicó al juzgado dictase sentencia por la que:

«Que teniendo por presentado éste escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulada en forma la INCOMPETENCIA DEL JUZGADO en el presente proceso; proceda a acordar su incompetencia y a inhibirse de su conocimiento a favor de los Juzgados de violencia sobre la Mujer de Leganés que por turno corresponda. Una vez obre el conocimiento de esta causa en el Juzgado de Violencia sobre la mujer competente, AD CAUTELAM y en aras de la no preclusión de los plazos, se tenga por formulada CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS interpuesta de contrario y así, previos los trámites legales oportunos, con intervención del Ministerio Fiscal dicte

en su día Sentencia en la que se decrete la DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA DE LA DEMANDA, acordando no haber lugar a la modificación de medidas solicitada. Todo ello con expresa condena en costas al demandante.»

El suplico de la reconvención es como sigue:

«En función de la gravedad de las circunstancias y en aras de la protección de la menor, se hace preciso que se deje en suspenso el régimen de visitas de la niña menor, acordando las siguientes medidas de conformidad con el Art. 66 de la Ley 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de Dejar sin efecto las visitas fijadas en su momento en la Sentencia por las graves circunstancias expuestas, acordándose que las mismas para cuando quede en libertad en dos horas sábados y domingos alternos, teniendo lugar las mismas bajo la supervisión de los profesionales del punto de encuentro, quienes velarán y supervisarán dichas visitas emitiendo a tal efecto informe de evolución cada 6 meses, con la obligación de efectuar examen clínicos que determinen que no consume alcohol ni otras drogas. Subsidiariamente que las visitas sean de dos horas sábados y domingos alternos, teniendo lugar las mismas bajo la supervisión de los profesionales del punto de encuentro, quienes velarán y supervisarán dichas visitas emitiendo a tal efecto informe de evolución cada seis meses. Y las semanas que no le corresponda el fin de semana, que igualmente sean de dos horas intersemanales martes y jueves desarrollándose en el punto de encuentro en las mismas condiciones que para los fines de semana. En aras de la protección integral se acuerde fijar que los pagos de IBI, seguro del hogar e hipoteca serán abonados al 50% por ambos progenitores, toda vez que con ello se garantiza la pervivencia de la vivienda para dar cobertura y una sede física donde recibir la menor su madre quien ostenta la guarda y custodia ».

4.- El Fiscal contestó a la demanda reconvenional oponiéndose a los hechos relatados y suplicó al juzgado dicte una sentencia:

«En que, de acuerdo con aquello que haya resultado probado, se resuelva sobre los siguientes puntos: La determinación del progenitor en cuya compañía han de quedar los hijos menores de edad. El régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos menores con el otro progenitor. El mantenimiento de la patria potestad sobre los hijos menores de edad compartida por los progenitores. Las cantidades que cada progenitor habrá de aportar para atender las necesidades de educación y alimentación de los hijos menores de edad, y las bases de actualización y las garantías que se consideren necesarias para su aseguramiento. La atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de utilización ordinaria a los hijos menores de edad y al progenitor en cuya compañía hayan quedado. »

5.- El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Leganés dictó sentencia el 21 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: "que estimando parcialmente las pretensiones de demanda y reconvenición planteadas en los autos civiles de Modificación de Medidas de Guarda, Custodia y Alimentos número 411/2009, seguidos ante este Juzgado a instancia de D. Plácido -cuya representación es ostentada por el Procurador D. Mariano Callejo Caballero y su asistencia jurídica es dirigida por el letrado D. José Antonio Gutiérrez Gil, contra D^a Virginia - cuya representación es ostentada por la Procuradora Dña. Rafaela Masso Hermoso y su asistencia jurídica es dirigida por la Letrada Dña. María José Díaz Gaitán-, con intervención del Ministerio Fiscal, modifíco únicamente las medidas 1) y 3) de la sentencia de guarda y alimentos de fecha 18-2-2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Leganés (Madrid) en los autos 94/2007

referente a visitas y sumas por alimentos de los hijos , subsistiendo en todo lo demás el resto de la sentencia, quedando regulados de la siguiente manera: 1).- En cuanto a la hija extramatrimonial, Arancha, quedará bajo la guardia y custodia de la madre, ejerciéndose por ambos progenitores la patria potestad de forma compartida. Al efecto y como régimen de visitas, se conciben necesarias las siguientes reglas, las cuales podrán alterarse por acuerdo de los progenitores cuando lo consideren preciso, a través de terceros si rigieran prohibiciones de comunicación y aproximación: a).- El padre y la madre podrán comunicarse por cualquier medio (telefónico, postal, electrónico.) con su hija. Mientras en padre permanezca ingresado en prisión, no habrá visitas. Una vez en libertad y durante 2012 y hasta el 31 de junio de 2013, el padre podrá tener en su compañía a Arancha los fines de semana alternos, siempre en el PEF más próximo al domicilio de la menor, comenzando desde el primero a su puesta en libertad, desde las 10.00 hasta las 12 horas del sábado y desde las 18.00 hasta las 20.00 horas del domingo. A partir del 1 de julio de 2013, el padre podrá tener en su compañía a Arancha los fines de semana alternos, comenzando desde el primero a su puesta en libertad, desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, ya sin control del PEF, salvo informes que aconsejen otra cosa. Asimismo y desde el 1 de julio de 2013 -también sin control del PEF y salvo informes-, el padre podrá tener en su compañía a la menor durante un mes de las vacaciones escolares de verano y la mitad de las de Navidad y Semana Santa. Durante los periodos vacacionales de Arancha, regirá para el otro progenitor el mismo régimen de comunicaciones, pero no de compañía en fines de semana alternos. b).- A falta de acuerdo entre los padres sobre cuál de ellos disfrutará de su compañía durante los anteriores periodos vacacionales y buscándose siempre el mayor equilibrio posible del interés familiar, imperarán, primeramente los intereses educacionales de Arancha y, asimismo y la voluntad de la hija cuando cuente con madurez suficientes; después, predominará el criterio de la madre en los años impares, estándose al criterio del padre en los restantes. A

partir del 1 de julio de 2013, las festividades de Nochebuena, Navidad, Nochevieja, Año Nuevo y Reyes se distribuirán de manera que las dos primeras sean disfrutadas por uno de los progenitores y las tres restantes por el otro, repartiéndose inversamente en las siguientes fiestas navideñas. El padre, cada año, indicará a la madre, con antelación al menos de 15 días, cuándo estará su hija en su compañía durante el periodo vacacional de verano. c).- A partir del 1 de julio de 2013, cuando a continuación o previamente a algún día festivo exista uno de los denominados puentes escolares, prolongándose con ello la vacación semanal, Arancha permanecerá con el progenitor al que le correspondiere el fin de semana, sin que esta circunstancia altere el turno establecido de los mismos. d).- A partir del 1 de julio de 2013, ante el probable cambio del orden o turno de fines de semana tras las vacaciones, disfrutará de la compañía de Arancha aquel que no la hubiera tenido en el último periodo, compensándose si fuere necesario en aras del equilibrio. e).- En cuanto a los días del cumpleaños y santos de Arancha y en el Día del Padre y de la Madre, el no custodio tendrá derecho a la compañía de Arancha durante dos horas tras la finalización de las clases o de 16 a 18, si no fuere lectivo el día. f).- En el caso de que uno de los progenitores renunciare a su derecho de visitas de fin de semana o compañía vacacional, perderá salvo consentimiento del otro, su turno. g).- A partir del 1 de julio de 2013, durante los periodos en que el progenitor goce del disfrute de la compañía de Arancha, no tendrá que solicitar previo consentimiento el otro para viajar con ella salvo que el viaje exceda de tres horas -con independencia del medio de transporte- y deberá personalmente recogerla del domicilio en que habitualmente resida y así también reintegrarla. Si no pudiere acudir personalmente a ello, únicamente podrá ser suplido por persona que autorice el otro previamente. h).- Arancha disfrutará de su ropa y efectos personales en los periodos en que no residan en su domicilio habitual. 3).- El padre debe contribuir mensualmente a las cargas familiares, con destino a Arancha, con la cantidad de 100 euros al mes, que pasarán a ser 150 euros mensuales cuando el padre perciba la prestación tras la salida de

prisión; y si el padre percibiera una suma mayor mensual de esos 450 euros, abonará el 40% de los mismos como alimentos a la niña, resultando como tope los 1.000 euros, debiendo satisfacer la misma cantidad que resultara de los 400 iniciales actualizados a esa fecha como si se hubieran satisfecho desde el primer día. Estas sumas deben pagarse dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en cuenta bancaria que al efecto se abra, siendo revisables anualmente -con efectos retroactivos a cada uno de enero-conforme al índice del coste de la vida -como media nacional- que publique el Instituto Nacional de Estadística. Asimismo, los progenitores sufragarán por mitad los gastos escolares, educativos, de desarrollo o formación artística, deportiva o similar que ocasione Arancha y también los extraordinarios, tales como intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos, protésicos, farmacológica y análoga, previa notificación del hecho que motiva el gasto y su importe para su constancia y aprobación. Y se considera contribución de la madre al levantamiento de las cargas familiares el trabajo doméstico que dedique a la atención de Arancha en tanto conviva con ella, al margen de lo dicho sobre la mitad de los gastos arriba indicados. Y todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la presente instancia.»

6.- Asimismo, en fecha 1 de marzo de 2012 se dictó Auto de rectificación de la anterior resolución cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«DISPONGO: Se rectifica la sentencia de 21 de febrero de 2012 en el sentido de que donde se dice en su parte dispositiva que la resolución es susceptible de ser recurrida en apelación dentro de los cinco días hábiles siguientes a la constancia de su conocimiento debe decir que la resolución es susceptible de ser recurrida en apelación dentro de los veinte días hábiles siguientes a la constancia de su conocimiento»

Tramitación en segunda instancia.

6. La anterior sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal de D^a Virginia y de D. Plácido , correspondiendo su resolución a la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó **Sentencia el 19 de abril de 2013** , cuyo fallo es como sigue:

«FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Plácido , representado por el Procurador D. FERNANDO PÉREZ CRUZ; y desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Virginia representada por la procuradora D^{ÑA}. ANA MARÍA MASSO SALIDO; contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2012 , rectificada por Auto de 1 de marzo de 2012; del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Leganés ; dictada en el proceso sobre Modificación de Medidas número 411/2010; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes»

Interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

7. Contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, interpuso recursos por infracción procesal y de casación la procuradora doña Eloisa Prieto Palomeque, en nombre y representación de doña Virginia, con base en los siguientes motivos:

Recurso de infracción procesal:

1 °) Por el cauce del artículo 469. 1 ordinal 1° por infracción de las normas sobre competencia objetiva. Incompetencia el Juzgado de 1^a Instancia e instrucción número siete de Leganés. Nulidad de pleno derecho. Artículo 238,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y

225,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 44,2 y tres de la LO/1/2004 de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y artículo 49 bis 1 en relación con el artículo 87 ter 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2 °) Por el cauce del artículo 469. 1 ordinal 3º por infracción de las normas procesales. Nulidad de pleno derecho: artículo 238,3 de la LOJ y 225,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Falta de intervención preceptiva del Ministerio Fiscal artículo 749,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 748,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Falta de garantías en el proceso vulneración del artículo 24,2 de la Constitución Española.

3 °) Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Falta de la debida y exhaustiva motivación. Artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recurso de casación:

1 °) Infracción de lo dispuesto en el artículo 92,2 del Código civil en relación con el artículo 94 del mismo texto legal, por falta de aplicación, en relación con doctrina jurisprudencial que lo interpreta, representada por las sentencias del Tribunal Supremo

8. Por diligencia de ordenación de 29 de julio de 2014, se tuvieron por interpuestos ambos recursos, acordándose la remisión de los Autos a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala para comparecer en el término de 30 días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecieron las partes. La Sala dictó Auto el 15 de abril del 2015, cuya parte dispositiva dice:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de Dª Virginia contra la sentencia dictada, con fecha 19 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación nº 816/2012, dimanante de los autos de modificación de medidas nº 411/2010 del Juzgado de primera instancia nº 7 de Leganés. 2º) Y entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal, para que formalice su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

10. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el Ministerio Fiscal, formuló su apoyo al motivo primero del recurso por infracción procesal.

11. Al no haber sido solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 21 de octubre de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes:

PRIMERO. - Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Por la representación procesal de D. Plácido se interpuso demanda de juicio de modificación de medidas de guarda, custodia y alimentos, solicitando la contribución a los alimentos de la

menor en la cantidad de 60 € y continuar con el pago del préstamo hipotecario y el régimen de visitas a su favor las veces que se le conceda permiso por el centro penitenciario.

2.- Por la parte demandada, Sra Virginia, se planteó de manera previa la incompetencia del juzgado de primera instancia, al entender que de conformidad con lo previsto en la LO 1/2004 de Protección integral contra la violencia de género y art. 87. ter LOPJ, la competencia correspondía al Juzgado de Violencia sobre la mujer de Leganés. Ad cautelam, se contesta a la demanda oponiéndose a la misma y formulando reconvención. Se alega el prevalente interés de la menor y su protección integral, considerando que la menor tiene miedo a su padre, por lo que no resulta procedente acordar ninguna visita a favor del mismo, solicitando la desestimación íntegra de la demanda. Mediante la reconvención se solicita que se dejen sin efecto las visitas fijadas en su momento por sentencia, acordándose que las mismas, para cuando quede en libertad, se limiten a dos horas sábados y domingos alternos, que tengan lugar las mismas bajo la supervisión de los profesionales del punto de encuentro, con obligación de efectuar exámenes clínicos que determinen que no consume alcohol y otras drogas. Subsidiariamente, en el caso de mejora de la situación, a dos horas sábados y domingos alternos, teniendo lugar las mismas bajo la supervisión de los profesionales del punto de encuentro y las semanas que no le corresponda el fin de semana, igualmente se fijen en dos horas entre semana, los martes y jueves, desarrollándose en el punto de encuentro las mismas. También solicita que se acuerde fijar que los pagos de IBI, seguro del hogar e hipoteca sean abonados al 50% por ambos progenitores.

3.- El Ministerio Fiscal, por informe de 18 enero 2011, considera que la competencia objetiva para conocer del procedimiento corresponde al juzgado de primera instancia, al entender que la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer en materia

civil concluye en el momento en que el procedimiento penal, que ha dado legitimidad al juzgado de violencia sobre la mujer para dictar medidas en ámbito civil, esta concluso, y en el presente caso el procedimiento penal está concluso aunque el demandante siga cumpliendo una pena impuesta por el juzgado sentenciador, ya que la sentencia es firme y dicha firmeza determina la finalización de la competencia de dicho juzgado especial.

4.- Por decreto de 25 de febrero 2011 se admite la contestación a demanda, y frente dicho decreto se formula recurso de reposición por la parte demandada alegando la competencia del juzgado de violencia de género. A dicho recurso se opone el Ministerio fiscal así como la parte demandante, dictándose auto de uno de julio de 2011 por el que se desestima, al entender que la competencia corresponde al juzgado de primera instancia.

5.- En el acto de la vista no comparece el Ministerio Fiscal y se continúa con la misma, pese a la solicitud de suspensión por parte de la demandada.

6.- Se dicta sentencia de primera instancia estimando parcialmente las pretensiones de la demanda y de la reconvención, modificando las medidas primera y tercera de la sentencia de guarda y alimentos de fecha 18 febrero 2008 , referente a visitas y sumas por alimentos de los hijos , subsistiendo en todos los demás. Establece que la guarda y custodia quedará en manos de la madre, pudiendo el padre y la madre comunicarse con la menor por cualquier medio. Mientras el padre permanezca en prisión no habrá visitas, pero una vez en libertad y durante el 2012 y hasta el 31 julio 2013, el padre podrá tener su compañía a la menor los fines de semana alternos siempre en el punto de encuentro familiar más próximo al domicilio de la menor y a partir del uno de julio 2013, podrá tener en su compañía a la menor los fines de semana alternos, comenzando el primero tras su puesta en libertad, desde las seis horas del viernes hasta las ocho

horas del domingo, ya sin control del punto de encuentro familiar, salvo informes que interesen otra cosa. También se regula los periodos vacacionales y los turnos corresponden a cada uno de los padres. El padre contribuirá a los alimentos de la menor en la cantidad de 100 € mensuales, que pasarán a ser 150 € cuando el padre salga del centro penitenciario y reciba la prestación tras su salida. Y si el padre percibiera una cantidad superior a esos 450 € al mes, abonará el 40% de los mismos como alimentos de la menor, teniendo como tope 1000 €.

7.- Se formula recurso de apelación por ambas partes, reiterando la demandada la petición de nulidad de pleno derecho de todo lo actuado al entender que la competencia le corresponde al juzgado de violencia contra la mujer.

8.- Se dictó sentencia en segunda instancia, desestimando ambos recursos y confirmando la sentencia de primera instancia, sin hacer referencia a la cuestión planteada sobre la nulidad.

9.- Por escrito de 4 de junio de 2013 la parte demandada instó la subsanación y complemento de la sentencia al haberse omitido cualquier pronunciamiento sobre la nulidad planteada, dictándose auto de 29 julio 2013 por el que se decide el no complemento de la sentencia ni la nulidad de ella por incompetencia objetiva del juzgado de primera instancia o por falta de intervención del ministerio fiscal. Considera la sala que no puede alegarse la incompetencia objetiva cuando se contestó la demanda ad cautelam sin formular la oportuna declinatoria. En relación a la falta de intervención del Ministerio Fiscal considera que no se cometido ninguna irregularidad en el curso del procedimiento, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal, de forma que su falta de intervención no es causa por sí de nulidad de las actuaciones.

10.- Por la parte demandada se formula recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

11.- En el recurso extraordinario por infracción procesal se formulan tres motivos: a) infracción de las normas sobre competencia objetiva, con infracción de los artículos arts. 238.1 LOPJ , art. 225 LEC , art. 44.2 y 3 LO 1/2004 y art. 49. bis 1, en relación con el art. 87 ter. 2 y 3 LOPJ , al entender que debe decretarse la nulidad de todo lo actuado ante la falta de competencia objetiva del juzgado de primera instancia, siendo competente en todo momento el juzgado de violencia contra la mujer de Leganés, al estar el padre en prisión por haber maltratado a la madre; b) infracción de los artículos 238.3 LOPJ , art. 225.3 LEC , arts. 749.2 y 748.3 LEC , art. 24 CE , al no haber intervenido preceptivamente el Ministerio Fiscal y todo ello a pesar de que la parte solicitó la suspensión del acto de la vista por inasistencia del ministerio público; c) infracción del artículo 218 LEC por falta de motivación en relación con el régimen de visitas, al entender que la sentencia recurrida no entra a valorar si se respeta la gradualidad en las visitas de conformidad con las circunstancias del caso o la forma en que las mismas deben desarrollarse.

12.- Se formula recurso de casación por un único motivo en el que se denuncia la infracción de los artículos 92.2 y 94 del código civil , por falta de aplicación de la doctrina jurisprudencial que los interpreta contemplada en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 mayo 1993 , 21 junio 1993 , 17 septiembre 1996 y 12 junio 2004 . Considera la parte recurrente que la parte actora es una persona violenta y agresiva, que consume sustancias nocivas que alteran su comportamiento, por lo que la relación con la hija debe venir amparada por el principio de la seguridad y protección del menor, lo que desaconseja por el momento el régimen de visitas y de comunicación y en todo caso que el mismo sea limitado en espera de las medidas que sean más adecuadas a la edad y circunstancias que progresivamente se vayan dando. "

13.- Por Auto de esta Sala de quince abril de dos mil quince se admitió el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y tras el oportuno traslado al Ministerio Fiscal este apoyó la estimación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, impugnando los restantes.

Recurso extraordinario por Infracción Procesal.

SEGUNDO.- Motivo Primero. Se estima.

1. El Juzgado de Primera Instancia, con informe favorable del Ministerio Fiscal, consideró que no era competente para conocer del litigio sobre modificación de medidas el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya que el procedimiento penal, que legitimaba tal competencia para dictar medidas en el ámbito civil, se encuentra concluso, aunque el demandante siga cumpliendo la pena impuesta por el juzgado sentenciador, pues al ser firme la sentencia determina la finalización de la competencia de dicho juzgado especial.

2.- Tal pronunciamiento fue objeto, entre otros extremos, del recurso de apelación, pero el Tribunal de instancia, incurriendo en incongruencia omisiva, no ofreció respuesta a dicho motivo. A la vista de ello la parte recurrente instó complemento de sentencia, lo que llevó a cabo **el Tribunal por auto de 29 de julio de 2013, considerando que la recurrente no podía alegar incompetencia objetiva ya que, al contestar a la demanda, lo hizo ad cautelam pero no formuló la oportuna declinatoria.**

3.- Con independencia de la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva, que prevé el artículo 48 de la LEC, si atendemos a aquella cuya apreciación se insta por la parte es cierto que el artículo 49 de la LEC recoge que " se podrá denunciar ...mediante declinatoria", pero también lo es que cuando, como en el

presente supuesto, se plantea un caso de "pérdida de competencia cuando se produzca actos de violencia sobre la mujer" el artículo 49 bis. 4 del mismo Texto legal prevé una serie de especialidades, entre otras, la de que "en estos supuestos..., ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior".

4. Consecuencia de lo anterior es que el Tribunal de instancia acudió, como formalismo enervante para decidir sobre la desestimación del motivo, a una exigencia que no era de aplicación, quedando imprejuizado el auténtico objeto de aquel que consistía en decidir si el procedimiento penal se encuentra en trámite y, por ende, no pierde la competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando, aún habiendo recaído sentencia firme de condena a la fecha de interposición de la demanda, quedase pendiente el cumplimiento de las penas establecidas en la sentencia, de forma que no se encontraba extinguida la responsabilidad penal fijada en aquella, hallándose en trámite la ejecutoria de la sentencia condenatoria.

5.- Por tanto, la recurrente denunció la falta de competencia objetiva del Juzgado de forma correcta y con arreglo a la norma (Artículo 49 bis 4 de la LEC), por lo que el Tribunal debió decidir sobre el motivo del recurso y, al no haberlo hecho, ha incurrido en incongruencia omisiva que acarrea la nulidad de la sentencia.

TERCERO.- No ha lugar a imponer las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Se anula la desestimación del motivo del recurso de apelación que denunciaba la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, para que el Tribunal de instancia, Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid que conoció del mismo, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Leganés, el 21 de febrero de 2012, decidía con libertad de criterio sobre dicho extremo, sin necesidad de que se plantease la cuestión como declinatoria.

2. No ha lugar a imponer las costas del recurso.

3. Devuélvanse los autos a la Audiencia Provincial para que resuelva en los términos expuestos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- José Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Eduardo Baena Ruiz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.