

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063304

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

Auto 203/2018, de 29 de mayo de 2018

Sección 6.^a

Rec. n.º 140/201818

SUMARIO:

Derecho de Familia. Jurisdicción Voluntaria. Patria potestad. Si la parte frente a quien se presenta la solicitud por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad no se opone a la misma cuando se le da traslado convocándole a la comparecencia es que está conforme con lo solicitado. Se trata de una interpretación cuando menos extraña pues se trata de un procedimiento en el que no hay contestación de modo preceptivo por lo que la oposición o no se planteará en la comparecencia.

PRECEPTOS:

Ley 15/2015 (jurisdicción voluntaria) arts. 17 y 85.
Código civil, arts. 156 y 158.

PONENTE:

Doña María Dolores López Garre.

Ilmos Srs.

Don José María Rives Seva.
Doña María Dolores López Garre.
Doña Encarnación Caturla Juan.

AUTO N.º 203/18

En la Ciudad de Alicante a veintinueve de mayo del año dos mil dieciocho.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Ilmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala n.º 140-18 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia n.º Alicante 10 dimanantes de Jurisdicción Voluntaria n.º 1.453-17 de en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandada Da A. que ha intervenido en esta alzada en su condición de recurrente, representado por la Procuradora Sra. A. G.s y defendido por el Letrado Señor M. P., siendo apelada la parte demandante D. F. representado por la Procuradora Sra. A. P. y defendido por la Letrada Sra. A. G.. Ha intervenido el MINISTERIO FISCAL como apelante-apelado.

ANTECEDENTES DE HECHOS**Primero.**

Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de la ciudad de Alicante y en los autos de Jurisdicción Voluntaria n.º 1.453-17 en fecha 25 de Septiembre de 2017 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1. Archívense las presentes actuaciones, con suspensión de la comparecencia señalada para el día 5 de octubre de 2017, por no existir desacuerdo en el ejercicio conjunto de la patria potestad, al no haberse opuesto la progenitora A., a la petición formulada por el progenitor don F., lo que determina que existe consenso entre los progenitores sobre escolarización del menor P. en el centro de educación infantil Hormiguitas. 2. Entréguese testimonio de la presente resolución al promotor del expediente, de modo que pueda ser utilizado para proceder, por sí solo, sin necesidad de comparecencia personal de la otra progenitora, a realizar todas las gestiones necesarias para escolarización del menor P. en el centro de educación infantil XXXXXX".



Segundo.

Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandada siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Illma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación n.º 140-18

Tercero.

En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 29 de Mayo de 2018 y siendo ponente la Illma. Sra. Doña Maria Dolores López Garre.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.

Interpone recurso de apelación, Doña A., contra el auto de fecha 25 de septiembre de 2017, dictado en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria a instancias de Don F. por que solicitaba la intervención judicial ante el desacuerdo de las partes en el ejercicio de la patria potestad, solicitando que se atribuya al padre la facultad exclusiva de decisión en relación a que se autorice la escolarización y asistencia del menor, P., en el centro de educación infantil que fue elegido por sus progenitores.

El auto objeto de recurso acuerda el archivo de las actuaciones, con suspensión de la comparecencia prevista para el día 5 de octubre de 2017, por no existir desacuerdo en el ejercicio conjunto de la patria potestad al no haber formulado oposición la hoy apelante, Doña A. a la petición formulada por Don F., considerando que existe consenso entre los progenitores sobre la escolarización de menor P. en el centro de educación infantil H..

La parte apelante, solicita la nulidad parcial del procedimiento con retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado del auto objeto de recurso, con señalamiento de nueva comparecencia conforme al artículo 85 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

El artículo 85 de la L.J.V. establece:

1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados.

2. El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

3. No será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador para promover y actuar en estos expedientes.

El recurso debe ser estimado, pues conforme al artículo citado es preceptiva la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 17 de la L.J.V., no siendo preceptivo formular oposición pues existe la posibilidad de formular oposición con anterioridad al acto de la comparecencia, pero en la materia relativa a la intervención judicial de la patria potestad la celebración de comparecencia es obligatoria conforme al artículo citado por lo que procede declarar la nulidad del auto dictado al haberse omitido un trámite esencial del procedimiento, susceptible de causar indefensión a la parte recurrente, conforme al artículo 225 de la L.E.C. en relación con el artículo 238 de la L.O.P.J.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se realiza pronunciamiento en relación a las costas de esta alzada.



Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso,

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor A. G. en representación de Doña A. contra el auto dictado por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de la ciudad de Alicante en fecha 25 de septiembre de 2017 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia DECLARAR COMO DECLARAMOS LA NULIDAD de la mencionada resolución con retroacción de las actuaciones al momento previo de celebración de comparecencia prevista en el artículo 85 de L.J.V. No se realiza pronunciamiento en relación a las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en el artículo 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, advirtiéndose a las partes que contra la misma la Ley procesal no previene recurso ordinario alguno.

Conforme a lo dispuesto en el n.º 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, 13/2009, de 3 de noviembre, si se estimare total o parcialmente el recurso en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, por lo que al ser la presente resolución estimatoria del recurso deberá procederse a la devolución del depósito efectuado en su día por el recurrente para la interposición del recurso de apelación.

Y en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados del pertinente testimonio de esta resolución para ejecución y cumplimiento de lo acordado y resuelto, uniendo otro testimonio al rollo de apelación y el original al legajo correspondiente.

Así por este nuestro auto definitivo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.