

Jurisdicción voluntaria y solicitud para el ejercicio de la patria potestad

Comentario al AAP de Alicante de 29 de mayo de 2018¹

Carlos Beltrá Cabello

Ltrado de la Administración de Justicia

EXTRACTO

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.

Palabras clave: derecho de familia; jurisdicción voluntaria; patria potestad.

Fecha de entrada: 15-06-2018 / Fecha de aceptación: 25-06-2018

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de junio de 2018).

La resolución comentada, el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, es sobre la jurisdicción voluntaria y derecho de familia. Se trata de una materia que ha sufrido un importante cambio a raíz de la publicación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio (LJV).

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria contiene las normas comunes para la tramitación de los expedientes de esta naturaleza regulados por las leyes, cuyo conocimiento se atribuye al juez o al secretario judicial, dando así coherencia interna a su articulado. Ello le otorga análoga vocación codificadora a la que en su momento correspondió, *mutatis mutandis*, a la Ley 1/2000, de 7 de enero, en relación con la denominada jurisdicción contenciosa. Razonablemente también, aquellos actos que, con la nueva regulación, quedan fuera del ámbito competencial de los tribunales de justicia se regulan extramuros de esta ley, en otras normas dentro del ordenamiento jurídico a las que se da nueva redacción en sus disposiciones finales.

Respecto a sus rasgos característicos generales, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria parte de la regulación de una serie de normas comunes, atinentes a su ámbito de aplicación, presupuestos procesales del órgano judicial y de las partes, y a la tramitación del expediente. Estas normas dan forma a un procedimiento general de jurisdicción voluntaria, de aplicación subsidiaria a cada uno de los expedientes en lo no específicamente establecido por cada una de las regulaciones particulares.

La resolución comentada parte del desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en el que el padre pide que se le atribuya la facultad en exclusiva de elección de centro escolar para el hijo.

La resolución comentada, y recurrida, decía que se archivaran las presentes actuaciones, con suspensión de la comparecencia señalada por no existir desacuerdo en el ejercicio conjunto de la patria potestad, al no haberse opuesto la progenitora doña..., a la petición formulada por el progenitor don ..., lo que determina que existe consenso entre los progenitores sobre escolarización del menor.

Entiende dicha resolución que si la parte frente a quien se presenta la solicitud 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.

El artículo 17 de la LJV establece que:

«El Secretario judicial resolverá sobre la solicitud y, si entendiera que esta no resulta admisible, dictará decreto archivando el expediente o dará cuenta al Juez, cuando este sea el competente para que acuerde lo que proceda.

2. Admitida la solicitud, el Secretario judicial citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir en el expediente siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que, conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante.
- b) Que hubieran de practicarse pruebas ante el Juez o el Secretario judicial.
- c) Que el Juez o el Secretario judicial consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente.

Si solo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, este emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días.

3. Los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquella con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.

Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente».

El hecho de que no se formule oposición como establece el último párrafo del artículo señalado no implica acuerdo o conformidad con la solicitud de la parte actora, y por supuesto no implica que se pueda dejar sin efecto el señalamiento de la comparecencia y se dicte resolución poniendo fin al expediente, en este caso auto.

En la resolución objeto de comentario es de aplicación lo establecido en el artículo 85 de la LJV:

«En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, este 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 estos, 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».

Por tanto, conforme al artículo citado es preceptiva la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 17 de la LJV, 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, 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 LEC en relación con el artículo 238 de la LOPJ.