NOTIFICADA AL PROCURADOR
27-MARZO-2024

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN DÉCIMA
VALENCIA

NIG: 46250-42-1-2022-0028733
RECURSO DE APELACIÓN (LECN) [RPL] Nº 000573/2023 -CR-
Dimana de: Jurisdición voluntaria.General [X00] Nº 000723/2022
Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 24 DE VALENCIA

A U T O nº.166/24

SECCIÓN DÉCIMA:

Ilustrísimas Señorías:

Presidenta,
Dª. Mª PILAR MANZANA LAGUARDA

Magistrados:
D. JOSÉ LUIS CONDE-PUMPIDO GARCÍA
D. JAVIER ALMONACID LAMELAS

En Valencia a, veinticinco de marzo de dos mil veinticuatro

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provinciai, en grado de apelación, los autos de Jurisdición voluntaria.General [X00] nº 0[redacted] seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 24 DE VALENCIA, entre partes, de una como parte demandante, [redacted] dirigida por la letrada [redacted] y representada por el Procurador D. [redacted] y de otra como parte demandada, [redacted] dirigido por el letrado D. FRANCISCO BERNAL PASCUAL y representado por el Procurador D. CARLOS EDUARDO SOLSONA ESPRIU. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. MARÍA DEL PILAR MANZANA LAGUARDA.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En dichos autos por el Iltmo. Sr. Juez de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 24 DE VALENCIA, en fecha 16 de marzo de 2023 se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

*"**ESTIMO** la solicitud formulada por [redacted], autorizando a la misma a decidir sobre la inoculación a la menor de las dosis restantes de la vacuna frente a la difteria, tétanos y tosferina DTPa/ Tdpa), **previa aportación por la misma de Informe de Pediatra** de la menor que acredite la conveniencia de seguir la pauta de vacunación iniciada, en su día.*
No ha lugar a verificar especial imposición de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Contra dicho auto por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación del auto se remitieron las actuaciones a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS:

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte recurrente que representa los intereses de [redacted] se impugna la resolución recurrida de fecha 26 de marzo de 2023 recaída en expediente de jurisdicción voluntaria sobre conflicto patria potestad.

SEGUNDO.- Son circunstancias relevantes para resolver el recurso el que por la progenitora de la menor [redacted] nacida el 11 de mayo de 2015 se insta el presente expediente de jurisdicción voluntaria para que se le autorice a ella decidir acerca del suministro a la menor de las dosis restantes correspondientes a la vacuna contra la difteria, tétanos y tosferina (DTPa/ Tdpa); y para decidir acerca del suministro a la menor del resto de vacunas que se contienen en el calendario vacunal; el progenitor se opone y solicita que se den informes de la bondad de la vacunación y el auto recurrido prescindiendo de citar a las partes a una comparecencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dicta la resolución recurrida en la que entiende que respecto al resto del calendario de vacunas el progenitor no se ha opuesto porque no ha manifestado nada y respecto a las siguientes dosis procede

conceder a la madre la facultad de decisión sobre la inoculación a la menor de las dosis restantes de la vacuna frente a la difteria, tétanos y tosferina DTPa/ Tdpa), previa aportación por la misma de Informe de Pediatra de la menor que acredite la conveniencia de seguir la pauta de vacunación iniciada, en su día.

Por el progenitor se alega en su recurso la procedencia de la nulidad de las actuaciones por haber provocado indefensión la tramitación del expediente sin citar a las partes a la preceptiva comparecencia.

TERCERO.- Para la resolución del recurso se tiene en cuenta lo ya acordado por esta Sección en asuntos de idéntica naturaleza, tales como auto núm. 430-23 de 4 de octubre (RAC 353/2023), y auto núm. 61/24 de 7 de febrero de dos mil veinticuatro (RAC 20/2024) así como la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2023, 20 de Febrero de 2023 acerca de las consecuencias de la omisión de la comparecencia en los expedientes de jurisdicción voluntaria, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), al prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente obligado, cercenando los derechos de defensa y contradicción de las partes...De este modo, se menoscabaron las posibilidades procesales del recurrente en orden a un debate contradictorio, al recaer a la postre un pronunciamiento judicial sobre temas que no pudieron ser debatidos oportunamente y respecto de los cuales no pudo ejercitar debidamente el derecho de defensa.

El artículo 238.3 LOPJ establece que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley o con infracción de los principios de asistencia, audiencia y defensa, siempre que efectivamente se haya causado indefensión. Conforme al art. 240 LOPJ, la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, por lo que resulta procedente su invocación en el recurso de apelación. El artículo 85.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, dentro de la regulación de los expedientes sobre intervención judicial en relación con la patria potestad, configura el procedimiento a seguir de la siguiente forma: "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 discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su

capacidad jurídica, 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". Se configura así, de forma preceptiva ("citará"), un trámite oral de comparecencia para la exposición de alegaciones, proposición y práctica de prueba, que concuerda con la regulación establecida con carácter general para todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en los artículos 17 y 18 del mismo texto legal. Trámite que se ha ignorado por el Juzgado de Primera Instancia, que ha resuelto sobre la pretensión deducida en el expediente prescindiendo del cauce procesal legalmente establecido (la comparecencia del artículo 85 LJV). Lo que ha generado indefensión a la demandante, privándole de la posibilidad de proponer la práctica de los medios probatorios que considerara oportunos para la defensa de sus intereses, lo que se ha de llevar a cabo en la preceptiva comparecencia.

Por lo expuesto, debe estimarse el recurso, declarando la nulidad del auto apelado, y ordenar la devolución del expediente al Juzgado "a quo" a fin de que proceda a convocar a las partes a la comparecencia del artículo 85 de la LJV.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 de la LEC que remite al394 del mismo no procede hacer imposición de las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,

LA SALA ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [redacted]

Segundo.-Declarar la nulidad del auto recurrido y ordenar la devolución del expediente al Juzgado a fin de que proceda a convocar a las partes a la comparecencia del artículo 85 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada.

Cuarto.- En cuanto al depósito consignado para recurrir devuélvase.