

## EDJ 2011/56671

AP Valencia, sec. 10ª, A 7-2-2011, nº 53/2011, rec. 1003/2010

Pte: Muñoz Jiménez, Ana Delia

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	2

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.156, art.158 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Valencia auto con fecha 2 de julio de 2010, que desestimó la petición que había formulado el progenitor D. Demetrio, de medidas cautelares del art. 158 CC EDL 1889/1 referentes a la prohibición de salida de los hijos menores comunes de las partes del territorio nacional, y estimó la petición formulada por la progenitora Dª Angustia conforme a lo previsto en el art. 156, párrafo 2º CC EDL 1889/1 , de que se autorizase el traslado de los menores con ella a Inglaterra y se le concediere la facultad de elegir colegio el que debieren asistir los menores.

SEGUNDO.- Contra dicho auto por la representación del Sr. Demetrio se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 31 de enero de 2011 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado sustancialmente las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto que autorizó el traslado de la progenitora custodia y los hijos menores comunes de los litigantes a Inglaterra y otorgó a la progenitora la facultad de decidir sobre el colegio al que debieren asistir se interpuso recurso de apelación por la representación del Sr. Demetrio, solicitando que se declarase la nulidad de actuaciones por vulneración de lo dispuesto en el art. 739 LEC EDL 2000/77463 y que se ordenase la tramitación de la petición de cambio de residencia conforme a lo dispuesto en el art. 775 LEC EDL 2000/77463 , es decir, a través del procedimiento de modificación de medidas.

La petición se fundamenta en lo dispuesto en el art. 225.3 LEC EDL 2000/77463 , que establece la nulidad de los actos procesales, cuando se haya prescindido de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por ésta causa, se haya podido producir indefensión.

Mas en concreto se alega la no intervención del Ministerio Fiscal, exigible conforme a lo previsto en el art. 749.2 LEC EDL 2000/77463 , que la establece para los demas procesos a que se refiere el Título, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor. El Título I del Libro IV LEC EDL 2000/77463 se refiere a los procesos sobre capacidad filiación, matrimonio y menores.

Se alega que el Ministerio Fiscal intervino en el procedimiento inicialmente y solicitó que fuere emitido informe por el Gabinete Psicosocial para que dictaminase sobre la medida a adoptar en interes de los menores, no habia tenido ninguna intervención posterior.

La nulidad por los motivos indicados ha de ser rechazada pues, contrariamente a lo alegado por el recurrente, el Ministerio Fiscal tuvo actuaciones en el procedimiento posteriores a la indicada, pues tomó conocimiento del contenido del informe emitido por el Gabinete Psicosocial e interesó que se dictare resolución de conformidad con las conclusiones de dicho informe (folios 202 y 203 de los autos). Por tanto, se ha cumplido con las garantías relativas a la intervención del Ministerio Fiscal en el expediente.

En todo caso, para que procediera declarar la nulidad de actuaciones sería exigible, por establecerlo así el art. 459 LEC EDL 2000/77463 que se alega la indefensión sufrida y, en este caso, quién recurre no alega en modo alguno cual sea la indefensión, de carácter material, no meramente formal, que haya sufrido, sin que tampoco se aprecie ésta, lo que debe llevar, sin mas, a rechazar el recurso de apelación.

SEGUNDO.- En cuando a la procedencia de seguirse el procedimiento de modificación de medidas en lugar del utilizado, esta cuestión se plantea por vez primera en el recurso de apelación. Así, en el escrito presentado por la representación del Sr. Demetrio (folio 186) evacuando el traslado conferido respecto a la solicitud formulada por la progenitora de autorización referente al traslado y a la decisión sobre el colegio formulada al amparo del art. 156 del Código Civil EDL 1889/1 , nada alegó respecto a que el procedimiento seguido para autorizar la medida fuese inadecuado y hubiere de seguirse el trámite de modificación de medidas, limitándose a oponerse por razones de fondo a la solicitud de la Sra. Angustia.

En todo caso, la adopción de las medidas y la autorización concedida obedecen a circunstancias de urgencia, por razón de tener la progenitora que trasladar su residencia a efectos laborales, por haber obtenido una ocupación adecuada a su capacitación profesional estando en situación de desempleo, con plazo perentorio para la aceptación (traslado que tampoco constituye ninguna novedad en la familia, dado que consta que los progenitores han tenido varios cambios de residencia por razones de trabajo), circunstancias de urgencia que justifican que el procedimiento sea el adecuado a la medida sin tener de acudir al procedimiento de modificación de medidas, sin perjuicio de que, de estimar el progenitor que procede dar una nueva regulación a las medidas referentes a la comunicación padre e hijo o régimen de visitas, pueda instar el procedimiento correspondiente a efectos de modificar las establecidas en la sentencia de divorcio. El procedimiento seguido se estima, pues, el adecuado, en atención a las circunstancias de urgencia y la materia a la que atañe la controversia, dado que procesalmente las controversias en el ejercicio de la patria potestad se han venido encauzando a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, que es el seguido, al que se acumuló el iniciado sobre medidas del art. 158 del Código Civil EDL 1889/1 a instancia del progenitor.

TERCERO.- En lo referente a las costas causadas en esta alzada, en atención a la especialidad de la materia, no procede su imposición a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Demetrio contra el auto dictado en fecha 2 de julio de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Valencia, sin imponer a ninguna de las partes las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370102011200054