



**CUESTIONES PRACTICAS SOBRE JURISDICCION VOLUNTARIA**

**Jornadas de Especialistas en el Orden Civil, 27 y 28 de febrero de 2017**

**Cristina Fernández Gil**

**Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Madrid**

Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## SUMARIO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>3</b>
<b>1. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCION VOLUNTARIA .....</b>	<b>4</b>
<b>2. LA INTERVENCION DEL ABOGADO Y PROCURADOR EN LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCION VOLUNTARIA.....</b>	<b>7</b>
<b>3.ACUMULACION DE EXPEDIENTES, LITISPENDENCIA Y PREJUDICIALIDAD</b>	
3.1 ACUMULACION DE EXPEDIENTES.....	9
<b>3.1.1 Acumulación de expedientes ante el mismo Juzgado.....</b>	<b>9</b>
<b>3.1.2 Acumulación de expedientes en distintos Juzgados.....</b>	<b>10</b>
3.2 LITISPENDENCIA.....	10
3.3 PREJUDICIALIDAD.....	11
<b>CADUCIDAD.....</b>	<b>12</b>
<b>5. GASTOS.....</b>	<b>13</b>
<b>6. COMPETENCIA.....</b>	<b>13</b>
6.1. COMPETENCIA INTERNACIONAL.....	13
6.2 COMPETENCIA OBJETIVA.....	14
6.3 COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL.....	24
6.4 TRATAMIENTO PROCESAL DE LA FALTA DE COMPETENCIA.....	27
<b>7. PROCEDIMIENTO.....</b>	<b>30</b>
7.1. SOLICITUD.....	30
7.2 ADMISION Y CONVOCATORIA DE COMPARECENCIA.....	34
7.3 OPOSICION.....	37
7.4 CELEBRACION DE LA COMPARECENCIA.....	39
<b>8. DECISION.....</b>	<b>54</b>
<b>9. RECURSOS.....</b>	<b>55</b>
<b>10. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EXPEDIENTE DE ADOPCION.....</b>	<b>55</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>61</b>

## **RESUMEN**

*La jurisdicción voluntaria ha sido una de las materias a las que menos atención se ha prestado por los operadores jurídicos, tan es así que el propio legislador ha tardado quince años en elaborar una ley, permitiendo que la materia continuara rigiéndose por la LEC 1881, en la que, según la propia Exposición de Motivos de la LJV “no era difícil advertir la huella del tiempo, con defectos de regulación y normas obsoletas o sin el adecuado rigor técnico” con “pervivencia de disposiciones poco armónicas con instituciones orgánicas y procesales vigentes más modernas, lo que constituyó un obstáculo para alcanzar la eficacia que se espera de todo instrumento legal que debe servir como cauce de intermediación entre el ciudadano y los poderes públicos”.*

*La publicación de la LJV ha suscitado un cierto interés sobre la materia, y ha habido estudios por los distintos sectores afectados. Ello es lógico, si se tiene en cuenta que materias atribuidas a los Jueces han pasado ahora a ser conocidas por Notarios, Registradores de la Propiedad o Mercantiles. Y es que una de las características de la nueva Ley ha sido su desjudicialización, optando el legislador por extraer de su articulado la regulación de todos aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera de la Administración de Justicia, con la consecuencia de que tan sólo se regularán en su seno los actos de la competencia del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia y los expedientes encargados a Notarios y a Registradores se regulan en las Disposiciones finales que los han incorporado a la legislación notarial, hipotecaria o mercantil.*

*En este trabajo solo se atenderá a los expedientes que sean competencia de los Jueces o Letrados de la Administración de Justicia y especialmente de aquellos en los que tenga intervención el Ministerio fiscal, analizando los aspectos en los que incidió la Circular de la Fiscalía 9/2015 sobre los que debía prestar especial atención (postulación y defensa, acumulación, litispendencia y prejudicialidad, gastos y caducidad), los principales problemas que puedan suscitarse durante la tramitación general de un expediente de jurisdicción voluntaria, con referencia a las especialidades propias de los correspondientes a la materia de personas, familia y sucesiones y, dado que se aparta de los tramites generales, se dedicará un apartado al procedimiento de adopción.*

## **1. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCION VOLUNTARIA**

El art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal determina que corresponde al Ministerio Fiscal:

- “ 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
- 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

Por su parte el art. 4 LJV establece que:

“El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare”.

La intervención del Ministerio Fiscal generalmente, será como interesado. Así deberá ser oído o citado de comparecencia en los expedientes sobre:

- Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 25 LJV).
- Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial (art.30.1 LJV).
- Adopción (art. 34.1 LJV) cuando el adoptando sea menor de edad o persona con la capacidad modificada judicialmente.
- Tutela y curatela
  - Constitución de la tutela o curatela (art. 45.2 LJV).
  - Adopción de las medidas de vigilancia y control oportunas, en interés del constituido en tutela o curatela (art. 45.4 LJV).
  - Cuando se pretenda dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado (art. 45.5 LJV).
  - Formación de inventario (art. 47.1 LJV).
  - Retribución del cargo (art. 48.1 LJV).
  - Remoción (art. 49 LJV).
  - Excusa (art. 50.2 LJV).
  - Rendición de cuentas (art. 51.2 LJV)<sup>1</sup>.
- Guarda de hecho (art. 52 LJV).
- Concesión judicial de la emancipación y habilitación de la mayoría de edad (art. 55 LJV).
- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad (art. 57.2 LJV)
- Protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor de edad o de persona con capacidad modificada judicialmente (art. 60.2 LJV).

---

<sup>1</sup> La Circular 9/2015 de la FGE sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la jurisdicción voluntaria señala que “en los casos de rendición final de cuentas...la presencia del Ministerio Fiscal no es necesaria cuando el afectado haya alcanzado la mayoría de edad o se dicte nueva sentencia en la que la persona con la capacidad modificada judicialmente sea sometida a curatela”.

- Autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros sobre bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (art. 64 LJV).
- Declaración de ausencia y fallecimiento.
  - Nombramiento de defensor judicial en caso de desaparición (art. 69 LJV).
  - Declaración de ausencia y fallecimiento (arts. 68.2, 70, 74.2 LJV).
  - Inventario de bienes (art. 70 LJV)
  - Dejación sin efecto de la declaración de ausencia o fallecimiento o su ratificación (art. 75.1 y 4 LJV).
- Dispensa del impedimento matrimonial de muerte dolosa del cónyuge anterior (art. 83.1 LJV).
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (arts. 85.1 y 86 LJV).
- Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 85.1 LJV).
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales. En estos expedientes se dará audiencia al Ministerio Fiscal cuando estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente (art. 90.5 LJV).
- Repudiación de la herencia o legados por los progenitores que ejerzan la patria potestad o aceptación sin beneficio de inventario por los tutores o defensores judiciales (art. 94.3 LJV). Y cuando se pretenda repudiar la herencia por parte de las Corporaciones, Asociaciones o Fundaciones (art. 993 CC).

Se le reconoce legitimación para instar:

- El expediente de habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial (art. 28.2 LJV).
- Las medidas de vigilancia y control oportunas, en interés del constituido en tutela o curatela (art. 45.4 LJV).
- La remoción de tutor (art. 49 LJV).
- Poner en conocimiento del Juez la existencia de un guardador de hecho (art. 52 LJV)
- Declaración de ausencia y fallecimiento (art. 68.2, 70 y 74.2 LJV).
- Designación de defensor al desaparecido (art. 69 LJV).
- Modificación de medidas provisionales en caso de declaración de ausencia (art. 70 LJV)
- Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 87.3 LJV y art. 216 CC).

Siendo esta exclusiva en los procedimientos de:

- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad:  
 “Para promover los expedientes regulados en este Capítulo únicamente está legitimado el Ministerio Fiscal, quien actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona...” (art. 57.2 LJV).
- Declaración de fallecimiento colectivos:  
 “ La declaración de fallecimiento a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 194 del Código Civil se realizará únicamente a instancia del Ministerio Fiscal” (art. 68.2 LJV y 74.1 del mismo texto legal).

Como se puede constatar la Ley expresamente prevé la intervención del Ministerio Fiscal, en todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas con excepción del relativo a la extracción de órganos para trasplantes (la intervención del MF sería necesaria si el donante fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente, y los arts. 4 de la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órgano y 8 RD 1723/2012, de 28 de diciembre por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, exigen, para que se pueda ser donante, que sea mayor de edad y que goce de plenas facultades mentales). También se exige su intervención en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en cuanto hubiera menores o personas con capacidad judicial modificada o interés público (así no se considera necesaria su actuación cuando se trate de expedientes sobre dispensa de impedimento de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales o en los expedientes por desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales en los que no estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente). Respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones, se prevé su intervención en el caso de la aceptación y repudiación de la herencia que pudiera afectar a los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente, excluyéndose cuando fuera a instancia de los acreedores. Nada se indica expresamente con relación a su intervención en los expedientes de albaceazgo o nombramiento de contador partidor, pero conforme establece el art. 4 LJV, también será esta necesaria en cuanto esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente. Lo mismo sucederá tratándose de expedientes en materia de derecho de obligaciones, de derechos reales, de subastas voluntarias, en materia mercantil o conciliaciones, si bien, en estos casos, es bastante improbable que resulten comprometidos estos intereses.

El apartado 8 del art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal determina que corresponde al Ministerio Fiscal:

“Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros”.

De ahí que el Ministerio fiscal tenga intervención, en todos los expedientes de jurisdicción de voluntaria, cuando se susciten cuestiones de competencia (art. 16 LJV). Además de su actuación en los expedientes de reconstrucción de autos por aplicación subsidiaria del art. 232 LEC.

Por último, el Ministerio Fiscal puede intervenir en representación del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente. A tal efecto, el art. 29 LJV prevé que:

“En el caso de que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial”.

Este precepto se encuentra en concordancia con el art. 8 de la LEC, según el cual:

“en los supuestos de que las personas físicas no se hallaren en el pleno goce de sus derechos civiles y carecieran de representante legal, el tribunal nombrará mediante providencia un defensor judicial, que asumirá la

representación y defensa hasta que se designe a dicho representante, mientras tanto asumirá las mismas el Ministerio Fiscal. En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Público”.

Y en el mismo sentido, el art. 54 LJV establece ya en relación con el expediente para la concesión de la emancipación que:

“El expediente se iniciará mediante solicitud dirigida al Juzgado por el menor mayor de 16 años, con la asistencia de alguno de sus progenitores, no privados o suspendidos de la patria potestad, o del tutor. A falta de la asistencia de los mismos, se nombrará defensor judicial al menor para instar el expediente. El Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial”.

Con relación a dicha intervención, el AAP Madrid, Sección 14 del 28 de abril de 2004 ha precisado que:

“En esos casos, su intervención es provisional, subsidiaria, temporal, y con carácter de urgencia hasta que se dote a los interesados de los mecanismos ordinarios de defensa. En tales circunstancias su actuación es meramente preventiva y conservativa de forma que no precluyan las oportunidades procesales de sus patrocinados, estando obligado a levantar las cargas procesales de cada momento en beneficio de sus defendidos. Lo que no parece que pueda hacer el M.F. es tomar por sí mismo decisiones que supongan actos de disposición sobre el proceso o sobre su objeto; no parece que su intervención llegue a tanto... La lógica de las cosas nos dice que la intervención del M.F. se limita a los aspectos conservativos urgentes en defensa de los menores e incapacitados, y nada más.”.

Criterio asumido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de jurisdicción voluntaria

## **2. LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO Y PROCURADOR EN LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

En la 4ª conclusión de la CFGE 9/2015 se indica que:

“ La intervención de abogado y procurador es diferente a la contemplada en la legislación derogada. Los Sres Fiscales prestarán especial cuidado que se cumplimenta este requisito cuando la LJV lo exija, a fin de no incurrir en la nulidad prevista en el art. 238 nº. 4 LOPJ”.

La LJV regula esta intervención, con carácter general en su art. 3.2, conforme al cual:

“Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente.

En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición”.

Deberá pues, en primer lugar, acudir al caso concreto para conocer si su intervención es preceptiva:

- Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas: No es preceptiva con las siguientes excepciones:
  - La remoción del tutor o curador exige intervención de abogado y procurador (art. 43.3 LJV).
  - La concesión judicial de la emancipación y el beneficio de la mayoría de edad, exige la intervención de letrado si se formulare oposición (art. 53.3 LJV).

- La autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición o gravámenes y otros que se refieran a los bienes y derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, exige la intervención de abogado y procurador si el valor del acto supera los 6.000 euros (art. 62.3 LJV).
- Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia: No es preceptiva, salvo que se trate del expediente de intervención judicial en los casos de desacuerdo entre los cónyuges para la realización de un acto de carácter patrimonial de valor superior a 6.000 euros (art. 90.3 LJV).
- Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones: Es preceptiva la intervención de abogado y procurador cuando la cuantía del haber hereditario exceda de 6.000 euros (arts. 91.2, 92.2, 94.4 LJV).
- Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de obligaciones. No es preceptiva.
- Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de derechos reales. Es preceptiva en el expediente de deslinde de fincas no inscritas cuando el valor de la finca fuera superior a 6.000 euros (art. 105.3 LJV).
- Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil. Es preceptiva, salvo en el expediente de nombramiento de perito en el contrato de seguro (art. 137.3 LJV).
- Conciliaciones: No es preceptiva.

Aunque la Ley no exija la intervención de abogado y procurador por la clase de expediente a que se refiera, “a partir del momento en que se formule oposición” se exige la intervención de estos profesionales. De forma que, para oponerse se requiere de la actuación de un letrado y procurador, o no será admitida la oposición, después de habersele permitido subsanar este defecto sin que lo hubiera verificado. De carecer de recursos económicos podrá solicitarse que se le reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita con suspensión del plazo de oposición (art. 17 LAJG).

Llama la atención que el art.53.3 LJV en el expediente para la concesión judicial de la emancipación y el beneficio de la mayoría de edad, se indique la necesidad de la intervención de letrado si se formulare oposición. Esta mención es superflua a la vista del art. 3 y pone de manifiesto la descoordinación en su articulado. El proyecto de LJV de 5 de septiembre de 2014, en su artículo 3 sólo preveía que fuera necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que, en su caso, se interpusieran contra la resolución definitiva que recayera en el expediente. En consecuencia, inicialmente no estaba prevista, con carácter general, la intervención de abogado y procurador en los casos de oposición. De ahí que muchas de las enmiendas de su articulado estuvieran dirigidas a que fuera necesario, si hubiera oposición la intervención, al menos, de abogado. Como consecuencia de la aprobación de una propuesta de modificación sobre la base de las números 15 del Grupo Parlamentario Mixto, 199 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergència i Unió, y 437 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya, se introduce una modificación en el apartado 2 del artículo 3 para precisar que la actuación de abogado y procurador es necesaria a partir del momento en que se formule oposición. Curiosamente también se aprobaron las enmiendas 256 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya y 587 del Grupo Parlamentario Socialista, formuladas en idéntico sentido, en cuanto separan los supuestos de emancipación y de beneficio de mayoría de edad e introducen la necesidad de abogado cuando se formule oposición, desconociendo la modificación que se había aprobado del art. 3.

Se ha suscitado si también el solicitante deberá, a partir de entonces actuar representado por procurador y asistido de letrado. Para Banacloche Palao<sup>2</sup> sólo ha de exigirse para quien se opone:

“Aunque de la dicción literal del precepto parece deducirse la primera opción –porque da la impresión que “el momento” es una circunstancia objetiva que afecta a todos–, nos inclinamos por la segunda: primero, porque en muchos casos no resulta necesaria esa intervención (pensemos en pretensiones claras y sencillas, o donde está presente el Ministerio Fiscal, o cuando quien promueve el expediente es un menor); pero también y especialmente porque en los expedientes de jurisdicción voluntaria no hay condena en costas, con lo que se estaría generando un coste muy importante a sujetos que después no van a poder repercutírselo a quien se opuso indebidamente”.

El tenor del art. 3.2 LJV es contrario, no obstante, a esta interpretación. Si el legislador ha considerado que, al haber oposición, se introduce una complejidad en el expediente que exige la intervención de abogado y procurador, el solicitante deberá contar con la misma defensa y representación que el opositor, o, en la comparecencia, no se respetaría la igualdad de armas. Evidentemente, los interesados que comparezcan para ser oídos no tienen que comparecer asistidos de letrado ni representados de procurador.

Igualmente, en los casos en que se pretenda interponer recurso de revisión o de apelación contra el decreto o el auto que ponga fin al procedimiento se exige la intervención de letrado o procurador, siendo su posible complejidad, la que justifica la actuación de los profesionales.

### **3. ACUMULACION DE EXPEDIENTES, LITISPENDENCIA Y PREJUDICIALIDAD**

En la 5ª conclusión de la CFGE 9/2015 se indica que:

“En los expedientes en los que el Ministerio Público tenga intervención, los Sres, Fiscales prestarán especial cuidado con la observancia de los preceptos relativos a la acumulación de expedientes, litispendencia y prejudicialidad”.

#### **3.1 ACUMULACION DE EXPEDIENTES**

El art. 15.1 LJV establece que:

“El Juez o el Secretario judicial, según quien sea competente para conocer el expediente, acordará de oficio o a instancia del interesado o del Ministerio Fiscal, la acumulación de expedientes cuando la resolución de uno pueda afectar a otro, o exista tal conexión entre ellos que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias”.

La acumulación de expedientes atiende al fenómeno de conexión de procesos, cuando la decisión de uno es base lógico jurídica necesaria para la resolución del otro. También atiende a la seguridad jurídica, impidiendo posiciones contradictorias. Esta posibilidad de acumulación tiene, no obstante, dos excepciones, contempladas en el apartado 3 de este precepto:

---

<sup>2</sup>*Aspectos generales e introducción a las disposiciones comunes de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.* Publicación: Ley de la Jurisdicción Voluntaria Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 18 Año: 2016

- a) Los expedientes de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún proceso jurisdiccional contencioso. En estos casos lo que procederá sería su suspensión por la vía de la prejudicialidad.
- b) No se podrá acordar la acumulación de expedientes cuando su resolución corresponda a sujetos distintos. La imposibilidad de unificar trámites justifica esta excepción.

### **3.1.1 Acumulación de expedientes ante el mismo Juzgado**

El art. 15.2 LJV prevé que:

“La acumulación se solicitará por escrito antes de la comparecencia señalada en primer lugar, realizándose las alegaciones pertinentes y decidiéndose sobre la misma”.

La acumulación deberá pues pedirse mediante un escrito en el que se señalará con claridad los expedientes cuya acumulación se pide y el estado procesal en que se encuentran, exponiendo las razones que justifican la acumulación.

Si no fuera admisible se rechazará por medio de decreto. Si fuera admisible se dará traslado de ella a los que sean interesados en cualquiera de los expedientes cuya acumulación se pretenda para que, en el plazo común de 10 días, formulen alegaciones, resolviéndose en los 5 días siguientes, siendo susceptible de ser recurrida en reposición la resolución que se dicte.

La solicitud tiene como momento preclusivo para su presentación la celebración de la comparecencia que deberá suspenderse mientras se tramita el expediente para poder ser celebrada una única comparecencia de accederse a la acumulación.

### **3.1.2 Acumulación de expedientes en distintos Juzgados**

Conforme al art. 15.3 LJV:

“Si los expedientes estuvieran pendientes ante distintos órganos judiciales, los interesados deberán solicitar por escrito la acumulación ante el órgano que se estime competente en cualquier momento antes de la celebración de la comparecencia. Si el órgano requerido no accediese a la acumulación, la discrepancia será resuelta en todo caso por el Tribunal superior común”.

Cuando se siga ante diversos órganos judiciales, la solicitud deberá además indicar el Tribunal ante el que penden los otros expedientes cuya acumulación se pretende.

La solicitud se presentará ante el Tribunal que conozca del expediente más antiguo, dándose de ella noticia por el medio más rápido al otro tribunal a fin de que se abstenga de resolver el expediente hasta que se resuelva el incidente. De ser admitida se dará traslado de ella a los demás interesados, si estuvieran personados, para que en el plazo de diez días puedan formular alegaciones, resolviéndose por medio de auto en el plazo de cinco días.

Si se estima procedente se mandará dirigir oficio al que conozca del otro expediente requiriéndole de acumulación, acompañando a ese oficio los antecedentes que se considere bastantes para resolver sobre esta cuestión, y las alegaciones que, en su caso, hayan formulado las partes distintas del solicitante de la acumulación.

Recibido el oficio y el testimonio se dará traslado a los interesados que ante él hubieran comparecido. Si alguno no estuviera personado en el expediente del tribunal requirente, dispondrá de un plazo de cinco días para instruirse y presentar escrito de alegaciones.

Transcurrido ese plazo, se resolverá lo que proceda. Si se admite, se notifica a los interesados para que puedan personarse en el plazo de diez días ante el tribunal requirente, al que se le remitirán los autos.

Si no se admite se comunicará al tribunal requirente y ambos diferirán los autos al Tribunal superior común para que resuelva la controversia.

### 3.2 LITISPENDENCIA

Según determina el art. 6.1 LJV:

“Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados.

El régimen jurídico contemplado en el presente apartado para los expedientes de jurisdicción voluntaria será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Secretario judicial”.

En el procedimiento contencioso “la litispendencia es la imposibilidad de promoción de un segundo pleito entre las mismas partes con el mismo objeto, y causa de pedir, basada en el principio de exclusión para evitar sentencias contradictorias. Como preventivo de la cosa juzgada, solo provoca el sobreseimiento del proceso ex art.421.1 LEC en relación con el art. 222.1.2 y 3. LEC, sobreseimiento que es obligado desde el momento en que se detecte la promoción de un pleito posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto que el anterior en trámite; basta con un solo enjuiciamiento del asunto sin que sea preciso, ni necesario, ni conveniente, el doble enjuiciamiento ante distintos tribunales” [SAP Madrid, Sec. 14.<sup>a</sup>, de 31 de octubre de 2012 ( ROJ: SAP M 20234/2012 - ECLI:ES:APM:2012:20234)]. El art. 6 LJV recoge el mismo criterio, de modo que cuando se sigan dos o más expedientes con el mismo objeto, sólo podrá proseguir el primero incoado, archivándose los demás, y ello aun cuando se trate de expedientes de los conozcan diversos operadores jurídicos.

Conforme al art. 6.2 LJV, no obstante:

“No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos”.

Se prevé, en este caso, la coincidencia entre el objeto de un proceso contencioso y un expediente de jurisdicción voluntaria, con la consecuencia de que deberá archivar este último, si bien sus actuaciones deberán remitirse al tribunal que estuviera conociendo del proceso contencioso, para que pueda valorarlas.

### 3.3 PREJUDICIALIDAD.

Según determina el art. 6.3 LJV:

“Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La acumulación de expedientes es el mecanismo que se dispone para el fenómeno de la prejudicialidad civil. En materia de jurisdicción voluntaria sólo se prevé cuando haya un proceso contencioso, de tratarse de dos expedientes de jurisdicción voluntaria lo que se establece es la acumulación, salvo que correspondiera a diferentes operadores jurídicos, en los que propiamente tampoco sería posible aplicar el art. 43 LEC al no haber “un proceso pendiente”. Ello no obsta a que la necesidad de tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria determine la suspensión de un expediente seguido ante otros operadores jurídicos, Así, por ejemplo en expediente de declaración de herederos (art. 56 LN), o de protocolización de testamento cerrado u ológrafo (arts. 56 y 62 LN) indica que si el Notario advirtiera que alguno de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, deberá comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial.

Tampoco se prevé que el expediente de jurisdicción voluntaria pueda ser prejudicial a un proceso de jurisdicción contenciosa. En principio, resulta difícil pensar que la decisión de un expediente, que no produce efecto de cosa juzgada, pueda suspender un procedimiento que sí la causa; no obstante, en los expedientes de jurisdicción voluntarias se resuelven cuestiones concernientes a la integración de la capacidad procesal, por lo que un procedimiento contencioso podría suspenderse hasta que un defecto concerniente a ella se subsanara mediante el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria.

#### **4. CADUCIDAD**

En la 6ª conclusión de la CFGE 9/2015 se indica que:

“ La caducidad del expediente tiene un plazo más reducido (6 meses). Los Sres, Fiscales interpretarán, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, que sólo procederá “cuando la paralización del proceso se deba a la exclusiva negligencia o aquietamiento de la parte y no al incumplimiento de deberes de impulso procesal de oficio atribuido al órgano judicial”.

El art. 21 LJV establece:

- “1. Se tendrá por abandonado el expediente si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad promovida por los interesados en el plazo de seis meses desde la última notificación practicada.
2. Corresponderá declarar la caducidad del expediente al Secretario judicial.
3. Contra el decreto que declare la caducidad sólo cabrá recurso de revisión”.

Durante la vigencia de la LEC 1881 en materia de jurisdicción voluntaria se había cuestionado si operaba la caducidad procesal y, de ser así cuál era su plazo, el legislador ha puesto fin a esta polémica, previendo la caducidad también en estos expedientes y acortando el plazo contemplado respecto de los procesos contenciosos a sólo 6 meses.

Para que opere la caducidad ya señalaba la STS de 21 de abril de 1986 (ROJ: STS 8050/1986 - ECLI:ES:TS:1986:8050) que se hacía precisa la concurrencia de los requisitos o condiciones que constituyen su esencia: a) La paralización del proceso durante los plazos que señala la ley. b) Que este abandono o inactividad sea imputable a la parte. En consecuencia, quedan fuera del ámbito de dicha " caducidad" las paralizaciones debidas a fuerza mayor o a causas ajenas a la voluntad de los litigantes". Como tal puede entenderse, por ejemplo, la demora en la designación de abogado o procurador de oficio (AAP Murcia, Sección 1ª, de 4 de octubre de 2016), o por la cumplimentación de un exhorto (AAP Madrid, Sección 28ª, 13 de junio de

2016). Adviértase que, en esta materia, en que no es preceptiva la intervención de abogado y es frecuente que se solicite del promotor que complemente la documentación que presentó con su solicitud inicial, lo que le puede exigir acudir a Registros que pueden demorarse en su localización. Si justificara esta circunstancia podría entenderse que la tardanza se ha debido a causa ajena a su voluntad a los efectos de impedir la caducidad de la instancia.

Se ha suscitado sobre esta cuestión, aunque con relación al arts. 237.1 LEC, cuya redacción es idéntica, si puede ser objeto de apelación el auto que resuelva el recurso de revisión. Al respecto, el AAPMadrid sección 18 del 25 de junio de 2012 (ROJ: AAP M 12050/2012 - ECLI:ES:APM:2012:12050A ) declara que este medio impugnativo es inadmisibile por motivos formales, al haber una previsión expresa sobre los recursos pertinentes que no menciona el recurso de apelación. Y en el mismo sentido puede citarse el AAP Huelva, sección 2 del 26 de octubre de 2016 (ROJ: AAP H 88/2016 - ECLI:ES:APH:2016:88A) o el AAP Madrid, sección 20 del 28 de junio de 2012 ( ROJ: AAP M 9438/2012 - ECLI:ES:APM:2012:9438A ). Por el contrario, el AAP Castellón, sección 3 del 07 de mayo de 2012 (ROJ: AAP CS 487/2012 - ECLI:ES:APCS:2012:487A ) considera que es admisible el recurso de apelación al tratarse de una decisión definitiva. Y se sigue este criterio, por el AAP Castellón, Civil sección 3 del 07 de octubre de 2016 ( ROJ: AAP CS 368/2016 - ECLI:ES:APCS:2016:368A ) AAP Avila, Civil sección 1 del 12 de julio de 2016 ( ROJ: AAP AV 2/2016 - ECLI:ES:APAV:2016:2A ) o AAP, Madrid, sección 28 del 13 de junio de 2016 (ROJ: AAP M 532/2016 - ECLI:ES:APM:2016:532A ).

## 5. GASTOS

En la 7ª conclusión de la CFGE 9/2015 se indica que:

“ Si bien la Ley no concreta el concepto de “gastos” y sus diferencias con las costas, los Sres Fiscales interpretaran que los gastos nunca se impondrán al Ministerio Público, por aplicación supletoria del art. 394.5 LEC 1/2000”.

El art. 7 de la LJV determina:

“Los gastos ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria serán a cargo del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa.

Los gastos ocasionados por testigos y peritos serán a cargo de quien los proponga”.

Señalan Izquierdo Blanco y Pico i Junoy<sup>3</sup> que “Gastos serán todos aquellos desembolsos necesarios y preceptivos que hubieran sido ocasionados de forma directa en el expediente de jurisdicción voluntaria” Y lo que el artículo 7 establece es la imposibilidad de repercusión, pues, como indica Banacloche Palao<sup>4</sup> no estamos ante un conflicto entre las partes luego “no hay título que permite a ninguno de los interesados exigirle al solicitante que le abone los gastos que se le hayan generado por el expediente”. Como excepción puede citarse el art. 99.6 LJV en el expediente de consignación.

---

<sup>3</sup> *Jurisdicción voluntaria. Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*. Editorial Bosch, 2016, p. 62

<sup>4</sup> *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Analisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, La Ley, 2015, pag. 101*

Puede plantearse en caso de el Ministerio Fiscal proponga prueba quien deberá asumir el gasto, y si bien, el párrafo 2º de este precepto parece que le correspondería asumir el coste, habrá de considerarse, como si la prueba se propusiera de oficio, que es de cargo del solicitante, al no haber a quien imputarlos por aplicación supletoria del art. 394.5 LEC y en aplicación por del párrafo primero de dicho precepto<sup>5</sup>.

## 6. COMPETENCIA

En la 8ª conclusión de la CFGE 9/2015 se indica que:

“ La audiencia del Ministerio Fiscal es preceptiva en lo que concierne a la competencia, bien sea cuando esta es apreciada de oficio (por el letrado de la Administración de Justicia, por el Juez o en trámite de recurso), bien haciendo uso de la declinatoria, o bien mediante la alegación al inicio de la comparecencia. Los Sres Fiscales prestarán especial atención a la observancia de los criterios de la LJV que mantiene el principio tradicional de exclusión de la sumisión expresa o tácita en materia de competencia territorial, y, en lo que concierne a la competencia objetiva, velarán porque se respete la de los Juzgados de Violencia de la Mujer (art. 49 bis LEC 1/2000) y la de los juzgados especializados (Art. 46 LEC) ”.

### 6.1 COMPETENCIA INTERNACIONAL

El art. 9 de la LJV establece:

“1.Los órganos judiciales españoles serán competentes para conocer los expedientes de jurisdicción voluntaria suscitados en los casos internacionales, cuando concurran los foros de competencia internacional recogidos en los Tratados y otras normas internacionales en vigor para España.

En los supuestos no regulados por tales Tratados y otras normas internacionales, la competencia vendrá determinada por la concurrencia de los foros de competencia internacional recogidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

2. En el caso de que, con arreglo a las normas de competencia internacional, los órganos judiciales españoles fueran competentes en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no fuera posible concretar el territorialmente competente con arreglo a los criterios de esta Ley, lo será aquél correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución”.

Se trata de una norma de remisión, debiendo estarse, en primer lugar, a lo que se dispongan en tratados y reglamentos comunitarios, (es de especial importancia el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, modificado por el Reglamento nº. 2116/2004, de 2 de diciembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental). Y, en su defecto, a lo dispuesto en la LOPJ, que en su artículo 22 quater, introducido por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio determina la competencia internacional en materia de personas, familia y sucesiones, estableciendo como fueros especiales:

- Para la declaración de ausencia o fallecimiento, serán competentes los tribunales españoles cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español o tuviera nacionalidad española.
- Para las medidas de protección de personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuvieran su residencia habitual en España.

---

<sup>5</sup>Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria, Cristina Fernández Gil, Tecnos, 2016, p. 63.

- Para las relaciones paterno filiales, protección de menores y responsabilidad paternal, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda, o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos, desde seis meses antes de la presentación de la demanda.
- En materia de sucesiones. Cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando los bienes se encuentren en España y el causante fuera español en el momento del fallecimiento. Se admite la sumisión expresa, siempre que fuera aplicable la ley española a la sucesión. Cuando ninguna jurisdicción extranjera sea competente, los tribunales españoles lo serán respecto de los bienes de la sucesión que se encuentren en España.
- En lo que respecta a la adopción internacional habrá de estarse a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre

## 6.2 COMPETENCIA OBJETIVA

La LJV solo atribuye en su art. 2.1 la competencia para conocer de estos expedientes a los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil. En concreto, el Título VIII atribuye a los Jueces de lo mercantil los expedientes de exhibición de libros por parte de los obligados a llevar contabilidad y disolución judicial de sociedades, atribuyendo a los Letrados de la Administración de Justicia de dichos órganos judiciales, junto con los Registradores Mercantiles, las materias concernientes a la convocatoria de las juntas generales o de la asamblea general de obligacionistas, la reducción de capital social, amortización o enajenación de las participaciones o acciones o el nombramiento de liquidador, auditor o interventor. También se reserva a estos Juzgados los expedientes de robo, hurto, extravío o destrucción de título valor o representación de partes de socio y el nombramiento de perito en los contratos de seguro, cuya competencia también está atribuida a los Notarios.

Ahora bien, para determinar que Juzgado debe conocer del asunto ha de tenerse también en cuenta que conforme al art. 98.1 LOPJ:

“El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la Sala de Gobierno, a propuesta, en su caso, de la Junta de Jueces, que en aquellas circunscripciones en que exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos propios del orden jurisdiccional de que se trate”.

Y, con base en ello, se han creado Juzgados de familia con conocimiento de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código Civil y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia le sean atribuidas por las leyes y los Juzgados de tutelas a los que les corresponde el conocimiento de los asuntos comprendidos en los títulos VIII, IX y X del libro I del CC.

Por lo que concierne a los Juzgados de Paz, el art. 140 LJV les reconoce competencia para conocer de los expedientes de consignación siempre que su cuantía sea inferior a 6.000 euros y no sea materia competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

El legislador ha obviado si tienen competencia para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, los Juzgados de Violencia de la Mujer, teniendo, no obstante en cuenta que a ellos se les atribuye el conocimiento de causas civiles, entre otras, en materia de filiación, maternidad y paternidad, relaciones paterno filiales, adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores, con anterioridad a la LJV ya la jurisprudencia menor<sup>6</sup> había venido confiriéndoles también competencia para conocer de asuntos de jurisdicción voluntaria. Atendiendo las materias incluidas en la LJV, tendrían competencia en los expedientes de:

- Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (arts. 121, 124 y 125 CC).
- Habilitación para comparecer en juicio y defensor judicial (Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2014, actualización 2016),
- Adopción (Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2014, actualización 2016).
- Tutela y curatela (Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2014, actualización 2016).
- Guarda de hecho (Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2014, actualización 2016).
- Concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayor edad (Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2014, actualización 2016).
- Actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapaces y de la transacción acerca de sus derechos (Martínez Derqui<sup>7</sup>).

---

<sup>6</sup>Al respecto el AAP Barcelona, Sección 12ª, de 15 de enero de 2009 (ROJ AAP B 128/2009- ECLI: ES: APB:2009: 128 A) señaló: “ La cuestión planteada se funda en que el artículo 87 ter de la LOPJ contiene un número cerrado de asuntos cuya competencia corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin que se pueda incluir en dicho catálogo las pretensiones deducidas en materia de jurisdicción voluntaria. Ahora bien, aunque el artículo 87 ter de la LOPJ establece una relación de los asuntos de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no es admisible una interpretación estrictamente gramatical del precepto para excluir asuntos que puedan tener una trascendencia familiar. La juzgadora de instancia cita el catálogo de competencias establecido en el núm. 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo omite la relación de competencias que establece el núm. 2 del artículo 87 ter, cuya diferencia fundamental con el catálogo de competencias del núm. 3 consiste en que éste la competencia es exclusiva y excluyente, mientras que la relación de materias contenida en el número 2 del artículo 87 ter no es exclusiva y excluyente, como se infiere de la frase "podrán conocer en el orden civil", pero sí indicativa de que conocerán de los procesos civiles, en los que aparezcan como implicadas o afectadas las mismas personas que intervengan, como sujetos activos o pasivos, en un proceso penal, cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Concretamente, el artículo 87 ter, núm. 2 establece: "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad; b) Los de nulidad de matrimonio, separación y divorcio; c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales; d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; e) Los que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad del asentimiento en la adopción; g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores” y así se ha venido reconociendo la competencia de los Juzgados de Violencia para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, especialmente en el caso de discrepancias en el ejercicio de la patria potestad [AJVM Barcelona, Penal sección 4 del 2 de diciembre de 2014 (ROJ: AJVM B 1/2014 - ECLI:ES:JVMB:2014:1A ) AAP Madrid, Sección 24, del 29 de marzo de 2012 ( ROJ: AAP M 4854/2012 - ECLI:ES:APM:2012:4854A ), SAP Barcelona, SAP, Penal sección 20 del 18 de septiembre de 2012 ( ROJ: SAP B 11754/2012 - ECLI:ES:APB:2012:11754 )]

<sup>7</sup>“Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, Cuadernos digitales de formación nº. 25, año 2010, publicación “Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”.

- Intervención en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (Martínez Derqui<sup>8</sup>).
- Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (Martínez Derqui<sup>9</sup>)
- Intervención en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (Martínez Derqui<sup>10</sup>).

Para que pueda conocer de tales materias se exige que concurren simultáneamente los presupuestos establecidos en el art. 87. Ter 3 LOPJ:

- a) Que se hubiera cometido un delito de los recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación. Dada la supresión de las faltas, ya no hay duda de que también incluye los delitos calificados como “leves”.
- b) Que el delito se hubiera cometido contra:
  1. Quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
  2. Sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente.
  3. Sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

Adviértase que, entre el sujeto activo y pasivo del delito ha de existir, en todo caso, exista una relación de matrimonio o análoga a la del matrimonio. No se trata de delitos de violencia domestica sino de delitos atribuidos al conocimiento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer [AAP Cádiz 2ª 9 de diciembre de 2011 (ROJ: AAP CA 994/2011 )]
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género. Es indiferente quien haya iniciado el proceso civil, lo único que se debe atender es a que sea “víctima”. Entiende Díaz Velazquez<sup>11</sup> que se adquiere dicha condición, por el hecho de presentar denuncia por alguno de los tipos penales competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como se ha considerado en las últimas modificaciones legislativas, y cita la LAJG que, a los efectos de la concesión de justicia gratuita, considera que la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela o se inicie un procedimiento penal.
- d) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. Tras la reforma de la LECrim debe entenderse hecha la referencia a “imputado” como a “investigado”, en cuanto persona a la que se atribuye un acto punible para que pueda ejercitar su derecho de defensa. Evidentemente también incluye los supuestos en que sea encausado.

<sup>8</sup>Obra cit.

<sup>9</sup>Obra cit.

<sup>10</sup>Obra cit.

<sup>11</sup>*Concurrencia de competencias entre el Juez de Violencia y el Juez de familia*, LA LEY, Derecho de familia, nº. 12, cuarto trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

e) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. Este exigencia del art. 87 ter 3 d) LOPJ debe ponerse en relación con el art. 49 bis de la LEC que establece como supuestos de pérdida de competencia de los Juzgados de Familia:

1. El conocimiento por el Juez de Familia de la iniciación de un proceso penal o de que se hubiera dado una orden de protección por la comisión de un delito<sup>12</sup> de los definidos en el art. 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, “salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral”. Este último inciso ha sido de los que más polémica generaron suscitándose si se refería al juicio civil o al penal. El TS en acuerdo para la unificación de criterios y coordinaciones de prácticas procesales de fecha de 16 de diciembre de 2008 concluyó que se refería al proceso civil<sup>13</sup>, de modo que por fase de juicio oral debe entenderse la “celebración de la vista prevista en el art. 443 de la LEC”. En la jurisdicción voluntaria no existe esa fase, al respecto el ATS de 18 de octubre de 2007 declaró, si bien en relación a un procedimiento de mutuo acuerdo, tramitado conforme al art. 777 LEC que cuando no hubiera “juicio oral en su tramitación, habrá que entender que la comparecencia para la ratificación del convenio opera como límite equivalente al de la fase de juicio oral en los procedimientos contenciosos, ya que tras dicha comparecencia el Juez debe dictar sentencia (art. 777.6 LEC) salvo que acuerde la práctica de prueba”. Lo que aplicado a los expedientes de jurisdicción voluntaria debe llevar a concluir que la comparecencia es la que actúa como límite equivalente al de la fase de juicio oral<sup>14</sup>.

<sup>12</sup>A fin de facilitar el conocimiento de una medida de protección en el juzgado que siga el proceso civil, Bayo Delgado (“*Principales problemas procesales en los procedimientos civiles competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*”, en la publicación “Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género de la colección Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 7 Año: 2011) se recomienda si no le consta directamente, lo consulte en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, donde debe constar la orden de protección según el artículo 544 ter.10 LECrim

<sup>13</sup> Señala el AAP León, sección 2 del 20 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP LE 19/2016 ECLI:ES:APLE:2016:19A) que: “La finalidad de supeditar el deber de inhibición del Juez civil al límite temporal del inicio de la fase del juicio oral obedece a que los principios de oralidad, concentración e inmediación que rigen el acto del juicio imponen que sea el mismo Juez que lo celebra el que dicte sentencia. Se intenta evitar que un acto de juicio verbal ya iniciado tenga que repetirse ante otro Juzgado, retrasando, además, la decisión pronta y definitiva del conflicto, que es lo que fundamentalmente interesa en estos casos de violencia de género para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares”.

<sup>14</sup> Conforme indica el AAP León, sección 2 del 20 de diciembre de 2016 ROJ: AAP LE 19/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:19A) “la expresión “juicio oral” empleada por el transcrito precepto se debe entender referida a la vista de los autos principales, con lo que el señalamiento de día y hora para la comparecencia de medidas provisionales por el Juzgado de Primera Instancia, coetáneas al proceso principal, no puede impedir la inhibición al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Abona dicha conclusión el hecho de que la contraria impediría, prácticamente, que dicho Juzgado pudiera conocer en todos aquellos casos en que se solicitaran medidas provisionales, previas o coetáneas, pues la convocatoria a la comparecencia de los arts. 771 y 773 LEC es simultánea a la admisión a trámite de la solicitud”, lo que igualmente sucede en los expedientes de jurisdicción voluntaria... no basta con que se haya señalado fecha para la celebración de la vista para que opere la excepción a la regla general, sino que es preciso que nos encontremos en la fase material de celebración de la vista del art. 443 LEC. En caso contrario, se imposibilitaría el conocimiento exclusivo y excluyente que sobre esta materia tiene atribuido los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con base en una interpretación amplia de “fase del juicio oral”, sin que exista razón que lo justifique”. Por el contrario, el AAP Alicante sección 5 del 09

2. El conocimiento por el Juez de familia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección. En este caso se deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

Ahora bien, no siempre que se hayan iniciado actuaciones penales por la posible comisión de un acto de violencia de género, pierde competencia el Juzgado de familia, para ello es necesario que este abierto ese proceso penal o se esté cumpliendo la pena. De modo que, los Juzgados de Familia serán competentes:

- Cuando se haya dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, auto de sobreseimiento libre, provisional<sup>15</sup> o sentencia absolutoria, que fuera firme.
- Cuando se haya dictado sentencia condenatoria y la pena se hubiera extinguido<sup>16</sup>. La prescripción de esa responsabilidad excluye la competencia del JVM [AAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 18 de noviembre de 2011 (ROJ: AAP TF 1499/2011 - ECLI:ES:APTF:2011:1499A)],

<b>Solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria previa al inicio de actuaciones penales o medidas de protección</b>		<b>Juzgado de familia que deberá actuar conforme al art. 49 bis LEC. Sólo si no tuviera competencia funcional y fuera requerido de inhibición antes de celebrar la comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria perderá la competencia</b>
<b>Solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria cuando ya se ha iniciado actuaciones penales o medidas de protección y no rijan las normas de competencia funcional</b>		
<i>El proceso penal está abierto y se tiene conocimiento por el Juzgado de familia</i>	<b>No se ha celebrado comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria</b>	<b>Competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer</b>
	Se ha celebrado la comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria	Competencia del Juzgado de familia

de septiembre de 2015 ( ROJ: AAP A 83/2015 - ECLI:ES:APA:2015:83A ) consideró que era el momento de la citación el que debía de tenerse en cuenta .

<sup>15</sup> En contra el AAP Barcelona sección 12 del 24 de enero de 2013 ( ROJ: AAP B 364/2013 - ECLI:ES:APB:2013:364A ) consideró que solo en caso de sobreseimiento libre perdía la competencia el Juzgado de Violencia sobre la mujer

<sup>16</sup> En este sentido se pronuncia, el AAP Madrid, Sección 22 de 16 de marzo de 2012 ( ROJ: AAP M 4665/2012 - ECLI:ES:APM:2012:4665A ). Y la STS de 17 de noviembre de 2015. En contra, no obstante y considerando que es la sentencia condenatoria la que determina que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer pierda la competencia se ha pronunciado el AAP Alicante, Sección 5ª, de 11 de enero de 2012 ( ROJ: AAP A 3/2012 )

<i>El proceso penal ha finalizado por sentencia condenatoria</i>	Se ha extinguido la pena	Juzgado de familia	
	No se ha extinguido la pena	No se ha celebrado comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria	Competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer
		Se ha celebrado la comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria	Competencia del Juzgado de familia
<i>El proceso penal ha finalizado por sentencia absolutoria o sobreseimiento libre o provisional</i>	Solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria previa a que la resolución finalizando el proceso penal sea firme	No se ha celebrado comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria	Competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer
		Se ha celebrado la comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria	Competencia del Juzgado de familia
	Solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria posterior a que la resolución finalizando el proceso penal sea firme	Juzgado de familia	

El Juez de Familia no pierde competencia para la ejecución de las medidas acordadas en el procedimiento ante el seguido, aunque se iniciaran actuaciones penales por el Juez de Violencia sobre la Mujer, conforme establece el art. 545.1 LEC [(ATSJ de Cataluña, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2016, ROJ: ATSJ CAT 75/2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:75A)].

En el caso de que varios Juzgados de Violencia tramitarán actuaciones penales, la competencia para conocer de las cuestiones civiles será de aquel que haya dictado la orden de protección [ATS de 3 de junio de 2015 (ROJ: ATS 4929/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4929A)].

Si un Juzgado de Violencia sobre la Mujer sobreseyera la causa, presentándose, a continuación, expediente de jurisdicción voluntaria ante los Juzgados de familia y se iniciara otra causa ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, aunque el Juzgado de Familia se inhibiera a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que ya hubiera archivado la causa en lugar del que la tuviera abierta, éste no puede plantear conflicto de competencia al Juzgado de familia, pues constando otra causa penal abierta entre las partes, no puede decirse que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer hubiera perdido su "vis atractiva", regulada en el art. 87 ter LOPJ. En este supuesto el ATS entendía que debía declararse la competencia objetiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que tuviera la causa penal abierta, si bien, como el conflicto de competencia se había planteado entre el Juzgado de familia y el Juzgado de

Violencia sobre la mujer que ya había archivado la causa, concluía que debía declararse la competencia a favor de este último, a los solos efectos de que se inhibiera a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que era competente [ATS del 30 de marzo de 2016 ( ROJ: ATS 3050/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3050A )].

Debe destacarse que, a diferencia de la pérdida de competencia sobrevenida que la Ley establece para los Juzgados de Familia, no se contempla para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de forma que éstos deberán seguir conociendo del expediente iniciado de jurisdicción voluntaria aunque se haya dictado auto de sobreseimiento o sentencia penal absolutoria en la causa penal, que fuera firme. A fin de evitar que transcurra un periodo de tiempo demasiado largo entre el proceso penal y el inicio del procedimiento civil en la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género (Madrid CGPJ, actualización 2013) ofrece la siguiente solución interpretativa:

“ Si no se ha incoado procedimiento alguno de violencia de género durante los plazos de prescripción establecidos en el artículo 130 del CP, a partir del vencimiento de los mismos la competencia para conocer de la demanda civil posterior sería la ordinaria prevista en la LEC y vendría, en consecuencia, atribuida al Juez de Familia”.

Distinto sería si se hubiera presentado nueva solicitud, en cuyo caso la competencia se atribuiría a los Juzgados de Familia.

Con la modificación del art. 775 LEC ha surgido la cuestión de si el Juez de Violencia sobre la Mujer ha de conocer de la modificación de medidas cuando al presentarse la demanda, ya estuviera archivada la causa penal, puesto que este precepto atribuye la competencia para conocer de la modificación de las medidas al tribunal que acordó las medidas iniciales, lo que es igualmente aplicable al arts. 86 y 87 LJV (si “el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado” “no obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos se hubiera establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial”). El TS se ha pronunciado sobre esta cuestión en el Auto del Pleno de 27 del 27 de junio de 2016 ( ROJ: ATS 6541/2016 - ECLI:ES:TS:2016:6541A) considerando que la competencia viene determinada por el Juzgado que dictó las medidas definitivas, sin embargo, advierte que la aplicación del art. 775 LEC, en la forma explicitada:

“no prejuzga la solución del problema que pueda plantearse cuando la resolución inicial haya sido dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que al tiempo de la demanda de modificación de medidas carezca ya de competencia objetiva, conforme al art. 87 ter 2 y 3 LOPJ”.

En una consulta a la Fiscalía General del Estado de 26 de febrero de 2016, y con relación a las modificación de medidas adoptadas por un Juzgado de Violencia de Género, se consideró que si en ese momento no concurrían ya los presupuestos del art. 87 ter de la LOPJ la competencia le correspondería al juzgado de familia o de primera instancia que corresponda por reparto. Este criterio se ha seguido por el AAP Barcelona, sección 12 del 13 de octubre de

2016 ( ROJ: AAP B 1995/2016 - ECLI:ES:APB:2016:1995A), en razón de la prevalencia de la Ley Orgánica que determina los límites competenciales de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer<sup>17</sup>. Y puede aplicarse a los expedientes de jurisdicción voluntaria. Piénsese en el caso

---

<sup>17</sup> “Al supuesto de autos no le es de aplicación el artículo 775 de la LEC al ser de aplicación el artículo 87 ter de la LOPJ . Es cierto que dicho precepto efectúa una remisión a la normativa procesal (en cuanto a los procedimientos y recursos y a partir de la consideración general del juzgado de violencia sobre la mujer como un juzgado de naturaleza penal), pero no es menos cierto que determina a través de una Ley Orgánica y con carácter especial no ya tan solo los límites competenciales de los Juzgados de violencia sobre la mujer, sino también , precisamente , el alcance especial de su competencia para conocer de forma integral de las consecuencias jurídico penales y civiles en un contexto de violencia sobre la mujer. En efecto, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recoge que "la Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres". Continúa diciendo que "... Una Ley para la prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer ha de ser una Ley que recoja medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios, como el establecido en la Ley 27/2003, de 31 de julio, pero, además, que compagine, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia" Y por fin que "en cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia". A través de su artículo 44 , la Ley Orgánica 1/2004 adicionó el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial siendo de relevancia para el estudio de la presente cuestión la competencia de los Juzgados de Violencia para conocer en el orden civil que será, entre otros, de los siguientes asuntos: c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar y. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. Ahora bien, el ámbito objetivo se delimita en su número tres determinando la competencia exclusiva y excluyente cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. En consideración a todo lo expuesto se descubre el propósito del legislador de dar un tratamiento integral a las consecuencias civiles y penales derivadas de un acto de violencia de género dotando de competencia exclusiva para los procesos civiles, incluido el de modificación, siempre que exista causa penal abierta y se cumplan los demás requisitos del número tercero. En este sentido dar una interpretación autónoma del artículo 775 de la LEC dotando de competencia de por sí al Tribunal que dictó la primera sentencia , vulneraría la LO 1/2004 y las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que privaría al Juez de violencia sobre la mujer de la posibilidad de conocer del proceso de modificación en aquellos casos en los que, tras dictarse por un juzgado civil ordinario o de familia la sentencia en el ámbito del Título I del Libro IV de la Ley de enjuiciamiento civil, se iniciaran después actuaciones penales en los términos del artículo 87 ter y se presentara una demanda de modificación de medidas. La competencia, exclusiva y excluyente ha de corresponder al juzgado de violencia y, a sensu contrario, cuando el Juzgado de violencia ha sobreesido la causa penal con carácter firme, pierde la competencia para conocer de la nueva demanda de modificación pese a que hubiera dictado, vigente el proceso penal, la sentencia acordando las medidas civiles en el proceso de divorcio, de nulidad, de relaciones paternofiliales o de guarda y custodia de menores. En el caso de autos, la causa penal estaba sobreesida con carácter firme en el

en que por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se hubiera conocido de un proceso de divorcio en el que se hubieran adoptado unas medidas, que la causa penal se hubiera archivado y que, con posterioridad se presentara un expediente de jurisdicción voluntaria por discrepancias entre los cónyuges sobre el centro escolar al que deberían acudir los hijos menores de edad, la competencia para conocer del mismo, de seguirse el criterio antes mencionado, y siempre que se considerara que es este expediente<sup>18</sup> y no la ejecución de la sentencia<sup>19</sup> el trámite adecuado para decidir, debería atribuirse al Juzgado de familia, no al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

La cuestión, no obstante no es pacífica, ya antes de la publicación de la LJV, el AAP Madrid, sección 24 del 22 de mayo de 2012 (ROJ: AAP M 8448/2012 - ECLI:ES:APM:2012:8448A) consideró que el expediente de jurisdicción voluntaria sobre las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad debía conocerse por el Juzgado de Violencia sobre la mujer que había acordado las medidas paterno-filiales, al incidir sobre ellas. Criterio que entendió en armonía con las previsiones que, sobre perpetuación de la jurisdicción, se contienen en el art. 411 LEC.y, con fundamento en la norma de competencia funcional prevista en los arts. 86 y 87 LJV, los AAP Valencia, Sección 10ª, de 11 y 18 de enero de 2017 (ROJ: AAP V 11/2017-ECLI:ES:APV:2017:11A y ROJ: AAP V 12/2017 - ECLI:ES:APV:2017:12A)mantienen la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Juez de Violencia sobre la Mujer puede adoptar medidas cautelares en el proceso penal, coincidentes con las que pueden adoptarse en expediente de jurisdicción voluntaria. Así el art. 64 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, prevé la de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. Y el art. 65 la suspensión para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él, o de no acordarse esta medida, la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores.

---

momento de presentarse en fecha 30 de marzo de 2016 la demanda de modificación de medidas de la sentencia de fecha 12 de julio de 2010 , por lo que no existe competencia objetiva del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 2 de Barcelona, correspondiendo en consecuencia al Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona, la competencia objetiva para conocer del procedimiento de modificación de medidas de autos”

<sup>18</sup> En sentido afirmativo puede citarse AAP Barcelona, Sección 12 del 27 de septiembre de 2011 ( ROJ: AAP B 6096/2011 - ECLI:ES:APB:2011:6096ª, AAP Barcelona, Civil sección 12 del 20 de julio de 2012 ( ROJ: AAP B 4995/2012 - ECLI:ES:APB:2012:4995A)

<sup>19</sup> Cuestión distinta es que se considerara que estas controversias deben ser resueltas en ejecución de sentencia. En este sentido, el AAP Valencia, sección 10 del 16 de noviembre de 2009 ( ROJ: AAP V 819/2009 - ECLI:ES:APV:2009:819A ) declaró que “Respecto al procedimiento a seguir para solicitar la atribución judicial de la facultad de decisión en caso de discrepancia, hay que distinguir dos supuestos, según exista o no sentencia de separación o divorcio que ya haya establecido alguna medida respecto a la patria potestad: Así, si no existe sentencia de separación o divorcio, el procedimiento a seguir para resolver discrepancias en el ejercicio de la patria potestad es el de la jurisdicción voluntaria...en el caso de que exista una resolución judicial de divorcio o separación matrimonial que haya atribuido la patria potestad del hijo a ambos progenitores, necesariamente habrá de acudirse al trámite de ejecución de sentencia, y no al procedimiento de jurisdicción voluntaria, para dirimir la controversia planteada, puesto que se trata de dar cumplimiento a ese pronunciamiento de la sentencia de divorcio o separación matrimonial. Deberá entonces exponerse el objeto de la discrepancia y solicitar que el Juzgado proceda conforme al artículo 156 Código Civil, es decir, oír a ambos progenitores y al hijo si tiene suficiente juicio o, en cualquier caso, si es mayor de doce años.”. En este caso, la decisión correspondería al Juzgado de Violencia sobre la Mujer si es el que ha dictado la sentencia que se trata de ejecutar aunque la causa penal se hubiera archivado al tiempo de la petición.

Y cuantas medidas fueran necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, realizando un seguimiento periódico de su evolución. De modo que lo normal será que el Juez de Violencia sobre la Mujer adopte estas medidas en el proceso penal<sup>20</sup>, y no en el expediente de jurisdicción voluntaria, lo que también le autoriza el art. 544 quinquies LECrim<sup>21</sup>, que contempla las medidas de suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, con fijación de régimen de visitas o comunicación, suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada. Aún más se exige que el Juez de Violencia de Género se pronuncie de oficio sobre ellas (art. 61 y 62 Ley Orgánica 1/2004 y art. 544 ter 7 LECrim) “si bien en algunos casos bastará con que el Juez limite su pronunciamiento al mantenimiento de las medidas existentes o bien justifique por qué no se considera necesaria la adopción de esas medidas en relación a los hijos menores<sup>22</sup>. De adoptarlas debería, según consta en la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de Género (CGPJ, Madrid, actualización 2013), remitir “de forma inmediata a éste (Juzgado de familia) testimonio de lo actuado para su debido conocimiento”. Y tratar de lograr una coordinación entre las resoluciones que se adopten por los Juzgados<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Se señala en la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2014 (actualización 2016), en cuanto a su plazo de duración que se debe establecer un plazo prudencial de revisión a la vista del mantenimiento o evolución de la situación de riesgo por fases del procedimiento: al dictar el auto de transformación de procedimiento abreviado, de nuevo al pronunciarse sobre la apertura del juicio oral, o bien por periodos de tiempo: mensual o trimestralmente, por ejemplo) y ello sin perjuicio de poder acordar la medida hasta sentencia firme, si se estima necesario para la mejor protección de la víctima

<sup>21</sup> Si bien este precepto establece la posibilidad de adoptar esas medidas “siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 CC”, la reforma del art. 544 ter por la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, ha introducido un nuevo apartado señalando que: “cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse, en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas”, de manera que como señala Peramato Martín “lo que parece que ha pretendido el legislador, en aras a la máxima protección del menor o discapacitado, es que el juez examine la situación de aquellos que convivan con la víctima en todos los casos de violencia de género o doméstica teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y entre ellas el nuevo hecho u hechos violentos denunciados a fin de valorar, en atención al superior interés del menor ya analizado, si es preciso adoptar cualquier medida de naturaleza civil, aun cuando ello suponga una modificación cautelar de las medidas acordadas con anterioridad”.

<sup>22</sup> Martínez Derqui, Francisco Javier “*La actuación de oficio del juez en casos de violencia de género. El art. 158 del Código Civil*”, La Ley, Derecho de Familia, n.º. 12, cuarto trimestre de 2016, editorial Wolters Kluwer.

<sup>23</sup> En la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género, (CGPJ actualizada en 2013) se señala: “Así, a título de ejemplo, si en este último se ha acordado la prohibición de aproximación o de comunicación con los hijos/as del imputado, no deberá fijarse régimen de comunicación y visitas del progenitor no custodio, ni siquiera en régimen progresivo, en el proceso civil, en tanto no se dejen sin efecto las anteriores. En este sentido, el/la Secretario/a Judicial del JVM debería dejar constancia en las actuaciones, por diligencia, antes de que se dicte el auto de admisión a trámite de la demanda civil, de:

1. la existencia de los procedimientos penales que se han tramitado o se están tramitando entre las partes.
2. la existencia de una orden de protección, de otras medidas cautelares o el dictado de una sentencia de condena, de haberse dictado una de estas resoluciones. En este caso, debería incorporarse además la fecha en que se dictaron las medidas o el inicio del cómputo de la liquidación de condena, respecto de las penas que puedan tener proyección en la resolución a dictar en el procedimiento civil, así como, en su caso, su fecha de expiración. A partir del contenido de esta diligencia, el auto de admisión a trámite de la demanda debería acordar:

### 6.3 COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL

La LJV no establece una norma de competencia territorial con carácter general, sino que remite a lo que se dispone en su articulado. Así, el art. 2.2 determina:

“En los expedientes de jurisdicción voluntaria la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita”.

En materia de personas, la competencia viene, generalmente, determinada por el domicilio de la persona a cuyo favor se insta la medida. Así en el expediente de autorización o aprobación judicial de reconocimiento de filiación no matrimonial la competencia territorial viene fijada por el domicilio del reconocido o si no lo tuviera en territorio español, el de su residencia y si tampoco tuviera residencia en España, el del domicilio o residencia del progenitor, autor del reconocimiento; en los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho, protección del patrimonio de las personas con discapacidad, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición o gravamen también deberá atenderse, para establecer la competencia territorial, al domicilio, o en su defecto, residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Y en el de la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayor edad al domicilio del menor (se excluye, en este caso, la residencia). El fuero en el expediente de declaración de ausencia y fallecimiento es el del último domicilio de la persona de cuya declaración de ausencia o fallecimiento se trate o, en su defecto, el de su residencia. Y, en el caso de la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial se atenderá al domicilio, o en su defecto, a la residencia del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente.

El expediente de adopción la competencia se atribuye a la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores y, en su defecto, el del domicilio del adoptante, que normalmente coincidirá con el del adoptando. Y, en la extracción de órganos para trasplante el lugar donde debe realizarse la extracción o trasplante a elección del solicitante.

En los expedientes en materia de familia, la competencia corresponde al último domicilio conyugal o residencia de los cónyuges (intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales), al de cualquiera de los contrayentes (dispensa de impedimento matrimonial), o al del hijo o persona con capacidad modificada judicialmente (desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y medidas de protección).

En los expedientes en materia de sucesiones, el fuero se determina por el último domicilio o residencia habitual del causante o de donde tuviera la mayor parte de su patrimonio o el lugar donde hubiera fallecido. Y en su defecto el lugar del domicilio del solicitante (albaceas y contadores-partidores dativos). Y en el caso de la aceptación o repudiación de la herencia por

---

1. un pronunciamiento en virtud del cual las medidas civiles de la orden de protección se prorrogan, en su caso, hasta el dictado del auto o sentencia que ponga final al proceso civil.

2. unir al auto de admisión a trámite de la demanda testimonio de la resolución en la que se basa la prórroga, en su caso, de las medidas con trascendencia civil, de conformidad con el precepto mencionado.

En la remisión de los autos en apelación sería conveniente reiterar la diligencia de constancia sobre el estado de los procedimientos penales a los efectos de asegurar la coherencia de la resolución en segunda instancia”.

el último domicilio o en su defecto última residencia del causante y, si lo hubiera tenido en país extranjero el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del solicitante.

En los expedientes de obligaciones, el fuero será, en el caso de la fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el del domicilio del deudor, pero si el acreedor fuera un consumidor también podrá ser el domicilio de éste. En el expediente de consignación se atenderá al lugar donde deba cumplirse la obligación y si pudiera cumplirse en distintos lugares en cualquiera de ellos, a elección del solicitante. En su defecto, se atenderá al domicilio del deudor.

En los expedientes de derechos reales, se atenderá al último domicilio o, en su defecto, residencia del solicitante (autorización para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo) o al lugar en el que estuviera situada la finca o la mayor parte de ella (deslinde).

En la subasta voluntaria el fuero vendrá fijado por el domicilio del titular, o si fueran varios el de cualquiera de ellos. Y si se tratara de un bien inmueble por el lugar donde este radique.

En los expedientes mercantiles, se atenderá al domicilio social (convocatoria a junta general, a asamblea general de obligacionistas, disolución de la sociedad, nombramiento y revocación de liquidador, auditor e interventor de una entidad, reducción del capital social y amortización o enajenación de las participaciones o acciones), domicilio de la persona obligada a la exhibición de libros de contabilidad o de establecimiento a cuya contabilidad se refieran los libros, domicilio del asegurado (nombramiento de perito en los contratos de seguro) lugar de pago, depósito o domicilio de la entidad emisora cuando se trate de un expediente por robo, hurto, extravío o destrucción de título valor o representación de partes del socio.

En los expedientes de conciliación la competencia viene fijada por el domicilio del requerido, y si no lo tuviera en territorio español por el lugar de su última residencia en España.

Si el requerido fuera una persona jurídica, será asimismo competente, el del lugar del domicilio del solicitante, siempre que en dicho lugar tenga el requerido delegación, sucursal, establecimiento u oficina abierta al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

Téngase, además en cuenta, que según establece el art. 9.2 LJV cuando los órganos judiciales españoles fueren competentes conforme a las normas internacionales y no fuera posible determinar el partido judicial según los criterios de la Ley, se atenderá al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución.

Con relación a si rige el art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre que atribuye la competencia en los procesos en que sea parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, a la capital de provincia, la jurisprudencia menor ha considerado

que es una norma de aplicación a los procesos contenciosos, no a los de jurisdicción voluntaria<sup>24</sup>.

La LJV contempla cuatro normas de competencia funcional siendo las tres primeras de preferente aplicación. Por un lado, el art. 28.1 LJV atribuye la competencia para conocer del nombramiento de defensor judicial a aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija su nombramiento. El art. 86 del mismo texto legal en los casos de intervención judicial por discrepancias en la patria potestad, atribuye la competencia cuando el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, al Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado en lo que incide el art. 87 LJV, con relación a las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, que establece la competencia “si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente”, al Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial”. Por último el art. 43.2 determina:

“El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud”.

A diferencia de los supuestos anteriores, en este caso la competencia territorial prima sobre la funcional. De modo que este precepto excluye en los expedientes de tutela, curatela y guarda el principio de la "perpetuatio iurisdictionis" consagrado en el art. 411 LEC. Criterio competencial que se considera más acorde “al principio de protección del incapaz ya que el ejercicio de la tutela será más efectivo bajo el control del Juzgado de residencia del incapacitado, y además posibilita el acceso efectivo del incapaz a la justicia, de conformidad

---

<sup>24</sup>En este sentido, el ATSJ Andalucía Civil sección 1 del 24 de julio de 2012 ( ROJ: ATSJ AND 229/2012 - ECLI:ES:TSJAND:2012:229A ) señala: “existen razones para entender, contra lo que sostuvimos en nuestro anterior Auto de 27 de septiembre de 2011, que el fuero especial y privilegiado a favor de la Administración no es aplicable en este tipo de procedimientos, por las siguientes razones: a) En primer lugar, porque es legítimo interpretar que el artículo 47 de la Ley 9/2007, al referirse a procedimientos "en que sea parte la Administración de la Junta de Andalucía", se está refiriendo a procedimientos contenciosos, y no a actos de jurisdicción voluntaria en los que, más que como parte, la Administración actúe como promotor o interviniente; b) En segundo lugar, porque el principio del interés superior del menor (al que puede equipararse a estos efectos el interés del incapaz), proclamado como principio general inspirador en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, debe considerarse preferente al principio de concentración de las actuaciones judiciales en el que se inspira el artículo 47 Ley 9/2007 que sólo atiende a razones organizativas y no sustanciales; c) En tercer lugar, porque si el criterio del control efectivo del internamiento ha sido considerado con fuerza suficiente como para derogar el principio de perpetuatio iurisdictionis, hemos de concluir que tiene también suficiente virtualidad para derogar el principio de concentración de las actuaciones protegido por el señalado art. 47 Ley 9/2007, pues éste último principio no tiene más valor institucional, desde luego, que el de perpetuatio iurisdictionis, por lo que ninguna razón hay para hacerlo más resistente a modalizaciones interpretativas a favor del control efectivo del internamiento: lo contrario obligaría a acudir a las vías del auxilio judicial o de la prórroga de la jurisdicción para llevar a cabo la comprobación de cualquier dato relativo a la situación del menor internado, que es justamente lo que quiere evitarse con el criterio jurisprudencial al que estamos haciendo referencia”. Puede citarse en el mismo sentido, el AAP, Pontevedra, sección 1 del 31 de marzo de 2011 (ROJ: AAP PO 1726/2011 - ECLI:ES:APPO:2011:1726A) o el AAP Almería sección 1 del 16 de mayo de 2011 ( ROJ: AAP AL 598/2011 )

con el art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” [ATS de 29 de junio de 2016 (ROJ: ATS 6901/2016 - ECLI: ES:TS:2016:6901A)]

Téngase en cuenta, al interpretar la norma que “la estancia transitoria de una persona con capacidad modificada en un centrohospitalario o sanitario no determina, sin más, que su residencia esté en la localidad donde se encuentra ese centro. La competencia no puede quedar sujeta a circunstancias de carácter temporal, lo que podría provocar una peregrinación del asunto de juzgado en juzgado, incompatible con el derecho a un proceso sin dilaciones. En estos supuestos se sigue manteniendo la competencia del juzgado del domicilio de la persona con capacidad modificada, sin perjuicio de que para la realización de las actuaciones procesales que requieran su presencia, se pueda solicitar su traslado a la sede del juzgado competente o se utilicen los medios técnicos (vídeo conferencia) existentes en el juzgado más próximo al centro donde se encuentre internada” [ATS de 30 de noviembre de 2016, (Roj: ATS 11033/2016 - ECLI: ES:TS:2016:11033A)] .

#### **6.4 TRATAMIENTO PROCESAL DE LA FALTA DE COMPETENCIA**

El art. 16 LJV contempla la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva y territorial. Nada señala acerca de la falta de competencia internacional. Habrá de estarse, respecto de ésta última, a lo dispuesto en el art. 38 LEC, que prevé la audiencia de las partes (en los expedientes de jurisdicción de voluntaria será del solicitante) y del MF con carácter previo a resolver. El trámite es pues igual al establecido en el art. 16 LJV, que también exige esta audiencia antes de decidir sobre la competencia objetiva o territorial.

Adviértase que, conforme al ATS de 9 de septiembre de 2015 (ROJ: ATS 7109/2015 - ECLI:ES:TS:2015:7109A):

“no cabe dar un mismo tratamiento procesal a la competencia objetiva y a la territorial, y que la necesidad de conciliar el tenor del art. 58 LEC, que opta por limitar el control de oficio al momento inmediatamente posterior a la presentación de la demanda, con lo dispuesto en los arts. 416 y 443.3 LEC , que posibilitan un control de oficio en momentos posteriores, aconseja adoptar una solución intermedia, consistente en que el control de oficio de la competencia territorial durante la fase declarativa de los juicios ordinario y verbal tenga su límite, respectivamente, en el acto de la audiencia previa y en el acto de la vista”.

Lo que aplicado a los expedientes de jurisdicción voluntaria determina que sea el momento de la comparecencia el límite en el que puede declararse de oficio la falta de competencia territorial.

Puesto que la competencia objetiva atribuye el conocimiento de los asuntos -en primera o única instancia- entre los distintos órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional, siendo los Juzgados de lo Mercantil, Juzgados Civiles especializados, por disposición legal, art. 86 ter LOPJ, al igual que sucede con los Juzgados de Familia, resulta de aplicación el art. 16 LJV<sup>25</sup> cuando se plantee de oficio una falta de competencia<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Respecto de la aplicación de las normas de competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil, puede citarse el AAP Madrid, sección 25 del 18 de marzo de 2011 (ROJ: AAP M 3580/2011 - ECLI:ES:APM:2011:3580A ). Con relación a los Juzgados de Familia puede citarse AAP Tarragona, Civil sección 1 del 13 de octubre de 2016

Dado que en la LJV, hay asuntos cuyo conocimiento esta atribuido a los letrados de la administración de justicia se establece que, también corresponderá a ellos la decisión sobre la competencia. De ser la resolución competencia del Juez, el letrado de la Administración de Justicia deberá darle cuenta. Adviértase que, a diferencia de la LEC, solo si el Juez considera que pudiera no ser competente deberá oírse<sup>27</sup> sobre la cuestión al Ministerio Fiscal y al solicitante.

En cuanto a la resolución debe distinguirse:

- Si fuera por falta de competencia internacional u objetiva. Se archiva el expediente, pudiendo el solicitante dirigirse al órgano jurisdiccional que se haya indicado.
- Si fuera por falta de competencia territorial, se remite el expediente al órgano que se considera competente. Aunque el art. 16.3 LJV sólo indica este efecto con relación a los asuntos que resuelva el letrado de la administración de justicia, debe entenderse igualmente para los asuntos competencia del Juez.

No ha previsto tampoco el legislador que sucede si surge una cuestión de competencia. Tratándose de competencia objetiva, el AAP Sevilla AAP, Civil sección 5 del 7 de marzo de 2005 ( ROJ: AAP SE 567/2005 - ECLI:ES:APSE:2005:567A ) consideró que, dado que no se remiten los autos, no era posible un conflicto negativo de competencia; sin embargo, el que se entienda que es competente otro Juzgado para conocer del asunto no vincula a éste, de modo que puede suceder que por un Juzgado se declare su falta de competencia objetiva para conocer del expediente y presentada la solicitud ante el órgano que se indicó como competente, éste dictara resolución declarándose igualmente incompetente. Estaríamos entonces ante un conflicto negativo de competencia, pudiendo aplicarse para solucionarlo lo dispuesto en el art. 60.2 LEC sobre competencia territorial [AAP Madrid, Civil sección 28 del 19 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP M 1896/2016 - ECLI:ES:APM:2016:1896A )]correspondiéndole la resolución al Tribunal superior común. Siendo una cuestión de competencia territorial, la que se plantee, con más razón, sería igualmente de aplicación este precepto.

Puesto que el legislador no ha previsto que el asunto sea competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tampoco lógicamente se ha planteado ninguna especialidad en estos casos, debe entenderse, no obstante, que rige el art. 49 bis LEC, de aplicación supletoria.

En estos supuestos no se prevé la audiencia de las partes, ni es posible la declinatoria, basta con que se aporte el testimonio de las actuaciones penales para que el Juez de familia deba

---

( ROJ: AAP T 205/2016 - ECLI:ES:APT:2016:205A ) o AAP, Sevilla sección 2 del 30 de septiembre de 2016 ( ROJ: AAP SE 430/2016 - ECLI:ES:APSE:2016:430A ).

<sup>26</sup>Distinto sería si a un Juzgado se hubiera atribuido por normas de reparto el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, pues, en este caso, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 68 LEC.

<sup>27</sup> Aunque la Ley utilice el término de “oír”, conforme se indicó en la Instrucción 2/2015, sobre directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva ley de la jurisdicción voluntaria: “cuando la LJV emplee estos términos u otros semejantes, habrá de entenderse por los Sres. Fiscales que será posible evacuar el trámite por escrito”

inhibirse salvo que se haya llegado a la celebración de la comparecencia conforme al límite temporal establecido en el art. 49 bis LEC

Tampoco ha previsto la LJV, si el Juez o Letrado de la Administración de Justicia no se han abstenido de oficio y el Ministerio Fiscal o algún interesado considerara que no era el competente cómo podría denunciarlo. El art. 18.2.3 LJV determina que:

“Si se plantearan cuestiones procesales, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez o el Secretario judicial, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto”

De este precepto se infiere que es posible plantear en la comparecencia la cuestión de competencia pero la doctrina discrepa en torno a si debe plantearse con carácter previo y como ha de ser resuelta: Así, Calaza López<sup>28</sup> considera que puede hacerse valer en la comparecencia, sin necesidad de formular declinatoria y se resolverá oyendo a los presentes en el mismo acto. Para Banacloche Palao<sup>29</sup> deberá plantearse en el escrito de oposición y ratificarse en esta cuestión en el acto de la comparecencia. Y, según González Granda<sup>30</sup> puede plantearse por medio de declinatoria, siendo este el criterio seguido por la CFGE 9/15, que considera de aplicación supletoria los arts. 63 a 65 LEC, sin perjuicio de admitir que también se pueda plantear en el acto de la comparecencia.

Tampoco indica el legislador que recurso puede plantearse contra la resolución que resuelva la competencia. De entender aplicable el régimen previsto en la LEC, al aplicarse de forma supletoria, contra la resolución que mantiene la competencia solo podría interponerse recurso de reposición; mientras que respecto de la que la rechaza podría interponerse recurso de apelación (auto) o revisión (decreto) si fuera por una cuestión de competencia internacional u objetiva. Si fuera territorial no cabría recurso. Banacloche Palao<sup>31</sup> considera que debe aplicarse en esta materia el sistema de recursos contemplado en el art. 20 LJV, de modo que, si se mantiene la competencia la resolución sería irrecurrible y si se declara incompetente, archivando el procedimiento, al tratarse de una resolución que pone fin al expediente, podría interponerse recurso de apelación (o revisión si la dictara el letrado de la administración de justicia); mientras que, si lo que acuerda es la remisión a otro órgano, cabría únicamente reposición.

## 7. PROCEDIMIENTO

### 7.1. SOLICITUD

Conforme al art. 14 LJV en la solicitud de inicio del expediente se deberá hacer constar:

---

<sup>28</sup>“*La nueva regulación de la jurisdicción voluntaria*”, Practica de Tribunales nº. 116, septiembre-octubre 2015, Una nueva jurisdicción voluntaria de personas y de familia.

<sup>29</sup>“*Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*”, Editorial La Ley, 2015, pág. 60

<sup>30</sup>“*¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? (la reestructuración parcial de a materia en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria)*”, Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 144

<sup>31</sup>Obra cit. p. 60

1°. Los datos y circunstancias de identificación del solicitante, con indicación de un domicilio a efectos de notificaciones. Cuando sea el MF el que inicie el expediente bastara con la mera indicación en el encabezamiento del escrito de que es presentado por el MF para tener por cumplido este requisito<sup>32</sup>.

2°. Una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que se fundamenta su pretensión. Si bien, cuando por ley no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, en la Oficina Judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado.

3°. Lo que se pida, que deberá exponerse con claridad y precisión.

4°. Los datos y circunstancias de identificación de las personas que puedan estar interesados en el expediente, así como el domicilio o domicilios en que puedan ser citados o cualquier otro dato que permita la identificación de los mismos.

Al expediente deberá acompañarse, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados.

<b>Expediente de la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Datos de identificación del reconocedor y reconocido, y, en su caso, de su representante legal o curador del reconocido o del progenitor legalmente conocido y descendientes si hubiera fallecido el reconocido.</li> <li>Circunstancias por las que es necesaria la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, conforme a los arts. 121, 124 y 125 CC.</li> <li>Solicitud de que se autorice o aprueba el reconocimiento de la filiación no matrimonial y se dé traslado del testimonio de la misma al Registro Civil que corresponda para que practique la oportuna inscripción.</li> </ul>
	<b>Documentos</b>	Los que, en su caso, acrediten la representación del reconocedor o reconocido o la curatela constituida, las certificaciones del RC de nacimiento del reconocedor y reconocido y los documentos de los que resulte la filiación.
<b>Expediente de habilitación para comparecer en juicio y defensor judicial</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Datos de identificación del solicitante, en su caso, de los progenitores, de la persona que se propone como defensor y del menor o persona con capacidad modificada judicialmente</li> <li>Circunstancias por las que es necesario el nombramiento de defensor judicial, conforme a los arts 215, 163, 167, 221, 249, 251, 256, 299 bis CC</li> <li>Solicitud de que se le habilite para comparecer en juicio y se le designe defensor judicial.</li> </ul>
	<b>Documentos</b>	Las certificaciones del Registro Civil que acrediten la relación paterno filial o de tutela, los que permitan constatar la existencia de conflicto de intereses y conocer del procedimiento abierto.
<b>Expediente de constitución tutela y curatela</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Datos de identificación del promotor, de la persona que se proponga como tutor o curador, de aquel respecto del que se pretende constituir la tutela o curatela y de los parientes más próximos</li> <li>Circunstancias por las que deba constituirse la tutela o curatela (arts. 222, 285 CC)</li> <li>Solicitud de constitución de tutela o curatela, con indicación de quien ha de ser el tutor o curador y, en su caso, si ha de prestar</li> </ul>

<sup>32</sup>Broca-Majada Corbal, obra cit, p. 97

		fianza, o las medidas de control y seguimiento de la tutela que se estime pertinentes, interesando la inscripción en el Registro Civil
	<i>Documentos</i>	El certificado de nacimiento de la persona respecto de la que se va a constituir la tutela o curatela, el certificado de acto de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por éstos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela (art. 45 LJV). También deberá acompañarse el certificado de defunción de los progenitores
<b>Expediente de protección del patrimonio de personas con discapacidad</b>	<i>Solicitud</i>	El expediente se iniciará mediante solicitud por escrito del Ministerio Fiscal en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación de la persona con discapacidad, de sus representantes o su curador, según proceda y de los demás interesados en el asunto, así como el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y los hechos y demás alegaciones que procedan
<b>Expediente de concesión emancipación y beneficio de la mayor edad</b>	<i>Solicitud</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación del menor y de los progenitores, o los relativos a la tutela.</li> <li>• Se deberá expresar la causa por la que procede la emancipación o beneficio de mayor edad (arts. 320 y 321 CC).</li> <li>• Proponerse prueba, que puede consistir en la documental, ofrecer información testifical o pericial psicológica.</li> <li>• Solicitarse se conceda la emancipación o el beneficio de la mayor edad con remisión del oportuno testimonio al Registro Civil para que practique el correspondiente asiento.</li> </ul>
	<i>Documentos</i>	Los que acrediten la representación con la que se actúe, las certificaciones del Registro Civil que permitan probar la edad del menor, la relación de parentesco o la tutela, en su caso, el matrimonio contraído por quien ejerce la patria potestad, el divorcio, nulidad de matrimonio o la separación de los progenitores y cualquier documento de los que pueda resultar justificada la causa por la que se solicita la emancipación (por ejemplo, el contrato laboral que permita considerar justificado que tiene medios de vida propios).
<b>Expediente de derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o incapacitado</b>	<i>Solicitud</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación del representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y de estos.</li> <li>• La causa por la que se entienda deba autorizarse el consentimiento<sup>33</sup>.</li> <li>• Solicitud para que se autorice judicialmente el consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, según consta en el proyecto de consentimiento que se acompaña a la petición.</li> </ul>
	<i>Documentos</i>	Deberá acompañarse del proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal (art. 60 LJV)
<b>Expediente de actos de disposición o</b>	<i>Solicitud</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación del representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y de éstos, en su caso, del curador, defensor judicial y administrador de los</li> </ul>

<sup>33</sup>Ver Instrucción de la FGE 2/2006, de 15 de marzo.

gravamen de bienes o derechos de menores o incapaces.		<p>bienes o derechos o del patrimonio protegido.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se identificará el acto o negocio para el que se requiere autorización (arts. 166, 271, 272, 290 CC, 1.548, 1.810 art. 5.2 LPPPD<sup>34</sup>), indicándose el motivo del acto dispositivo o negocio de que se trate, razonándose la necesidad, utilidad y conveniencia del mismo, el bien o derecho al que se refiera y la finalidad a la que deba aplicarse la suma que se obtenga (art. 63 LJV).</li> <li>• Solicitud de autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos o al patrimonio protegido. Y si se pretende la venta directa, deberá expresamente indicarlo.</li> </ul>	
	<i>Documentos</i>	<p>Los que acrediten la representación del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, y la titularidad del bien de que se trate de disponer o gravar en su caso, así como los que resulten necesarios para acreditar la procedencia del acto (por ejemplo. Si se pretendiera una transacción judicial, el documento en que se hubieran formulado las bases de la transacción (art. 63.2 LJV). Si se pretende una venta extrajudicial directa, el dictamen de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y las condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar (art. 63.3 LJV).</p>	
Expediente de declaración de ausencia y fallecimiento	<i>Solicitud</i>	Defensor	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identidad del desaparecido y del promotor del expediente, nombre domicilio y demás datos de localización de los parientes más próximos del desaparecido hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (art. 68 LJV).</li> <li>• Exponer las razones por las que se insta el nombramiento del defensor.</li> <li>• Ofrecer información testifical.</li> <li>• Solicitar el nombramiento del defensor concretando el negocio para el que ha de ser nombrado y, en su caso, las medidas de protección que deban adoptarse.</li> </ul>
		Declaración de ausencia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identidad del desaparecido y del promotor del expediente, nombre domicilio y demás datos de localización de los parientes más próximos del desaparecido hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (art. 68 LJV).</li> <li>• Causas por las que procede la declaración de ausencia (arts. 182 a 184 CC).</li> <li>• Solicitud de declaración de ausencia y nombramiento de representante del ausente.</li> </ul>
		Declaración de fallecimiento	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identidad del desaparecido y del promotor del expediente, nombre domicilio y demás datos de localización de los parientes más próximos del desaparecido hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (art. 68 LJV).</li> </ul>

<sup>34</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Causas por las que procede la declaración de fallecimiento (arts. 193-194CC).</li> <li>• Solicitud de declaración de fallecimiento con indicación de la fecha a partir de la cual se entiende producido el fallecimiento y de remisión del testimonio al RC para su inscripción.</li> </ul>
	<b>Documentos</b>	Los que acrediten la legitimación del promotor y la necesidad, en su caso, del nombramiento del defensor.
<b>Expediente de dispensa para contraer matrimonio por muerte dolosa</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identidad de los contrayentes</li> <li>• Los motivos de índole particular, familiar o social en la que se basa.</li> <li>• Proposición de prueba.</li> <li>• Solicitud de que se declare la dispensa judicial del impedimento de muerte dolosa, para que pueda contraer matrimonio con....</li> </ul>
	<b>Documentos</b>	Certificación del RC que acredite, en su caso, el matrimonio, sentencia de condena penal y documentos de los que resulte la concurrencia de la justa causa exigida por el CC (art. 82 LJV), Así se pueden aportar informes de la Dirección General Penitenciaria, sobre su comportamiento en prisión.
<b>Expediente de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación de los progenitores, guardadores o tutores, menor o persona con capacidad modificada judicialmente.</li> <li>• Causa del desacuerdo que requiera la intervención judicial (arts. 156, 157 CC) y motivos por los que deba otorgarse al promotor la facultad de decidir o suspenderse provisionalmente el ejercicio de la patria potestad.</li> <li>• Solicitud de que se faculte para tomar la decisión de que se trate o se suspenda provisionalmente el ejercicio de la patria potestad del otro progenitor.</li> </ul>
	<b>Documentos</b>	Certificación del RC que acredite la relación de parentesco o tutela, y de los que resulte la procedencia de la estimación de la petición (por ejemplo, certificados del centro escolar de los que resulte la conveniencia de que realice la actividad que se pretende sea autorizada)
<b>Expediente de medidas de protección por inadecuado ejercicio de la potestad o guarda o administración de bienes de menores o persona con capacidad modificada judicialmente</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación de los progenitores, guardadores o tutores, menor o persona con capacidad modificada judicialmente.</li> <li>• Causas por las que sean necesarias la adopción de medidas de protección del menor y cuales se consideran las procedentes (arts. 158, 164.2, 165, 167, 216 CC).</li> <li>• Solicitud de que se adopten las medidas de protección que se considere idóneas.</li> </ul>
	<b>Documentos</b>	Certificación del RC que acredite la relación de parentesco o tutela, y de los que resulte la procedencia de la estimación de la petición
<b>Expediente de intervención judicial en caso de desacuerdo conyugal y administración</b>	<b>Solicitud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación de los cónyuges.</li> <li>• Causa del desacuerdo entre los cónyuges o por la que es necesaria la intervención judicial para la administración o disposición de bienes gananciales (arts. 70, 1318, 1320, 1376, 1377, 1388, 1389 CC)</li> <li>• Solicitud de la medida que se solicita.</li> </ul>

<b>de bienes gananciales</b>	<i>Documentos</i>	Certificación del RC que acredite el matrimonio y el régimen económico matrimonial y documentos de los que resulte la justificación de la causa para adoptar la medida (por ejemplo, tratándose de fijación del domicilio, el certificado del que resulte el cambio de trabajo a otra localidad, si fuera esta la causa alegada; si se pretende autorización para realizar un acto de disposición de la vivienda a título oneroso, por no poder sufragar el coste de su mantenimiento, el documento del que resulte la titularidad del bien, la declaración de IRPF que acredite la carencia de otros medios, informes médicos por los que el otro cónyuge no puede prestar su consentimiento, informe pericial sobre valoración del bien...).
<b>Expediente de aceptación o repudiación de la herencia</b>	<i>Solicitud</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datos de identificación del progenitor o tutor y del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.</li> <li>• Causa por la que se pretenda repudiar la herencia (art. 93, 166.2 CC) o aceptarla sin beneficio de inventario.</li> <li>• Solicitud de que se le autorice para repudiar la herencia o aceptarla sin beneficio de inventario.</li> </ul>
	<i>Documentos</i>	Certificación del RC que acredite la representación del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, documento del que resulte la condición de heredero o legatario del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y de los que se acredite la conveniencia de repudiar la herencia o no aceptarla a beneficio de inventario.

## 7.2 ADMISIÓN Y CONVOCATORIA DE COMPARECENCIA

Presentada la solicitud, le corresponde al Letrado de la Administración, con independencia de quien haya de resolver el expediente, decidir sobre su admisión. En caso de que entendiera que esta no es procedente, deberá dar cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda, si la competencia para decidir sobre el expediente la tuviera atribuida. Si fuera competencia del Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto archivándolo, que puede ser recurrido en revisión.

En cualquier caso, si el Letrado de Administración de Justicia hubiera apreciado posibles defectos u omisiones en las solicitudes presentadas que pudieran ser subsanadas deberá conceder al solicitante el plazo de cinco días a tal efecto (art. 16.4 LJV).

De admitir la solicitud se deberá convocar a una comparecencia, cuando, conforme al art. 17.2 LJV 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”.

Se pretende potenciar con ello los principios de oralidad, inmediación y concentración, de conformidad a lo previsto en el art. 120.2 C. El art. 17.3 LEC también prevé, no obstante, la posibilidad de que el Ministerio Fiscal emita su dictamen por escrito, concediéndosele, a tal efecto, el plazo de diez días, como venía sucediendo con la LEC 1881 si bien lo limita a aquellos casos en que “ sólo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba”. Si se examinan los expedientes en los que necesariamente tiene intervención el MF, se podrá constatar que este apartado tiene muy poca o ninguna aplicación.

<b>Expediente de la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial</b>		Admitida a trámite la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a <b>comparecencia</b> al solicitante... (art. 25 LJV)
<b>Expediente de habilitación para comparecer en juicio y defensor judicial</b>		El Secretario judicial convocará a <b>comparecencia</b> ... (art. 30.1 LJV).
<b>Expediente de tutela y curatela</b>	<i>Constitución de tutela o curatela</i>	En la <b>comparecencia</b> se oirá... (art. 45.2 LJV)
	<i>Medidas posteriores de fiscalización</i>	Se oirá previamente al tutor o curador, a la persona afectada si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal (art. 45.4 LJV)
	<i>Dejar sin efecto o modificar fianza</i>	Se decidirá tras haber oído al tutor o curador, a la persona afectada si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal (art. 45.5 LJV)
	<i>Formación de inventario</i>	El Secretario judicial fijará día y hora para su formación y citará a los interesados, a las personas afectadas si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal (art. 47.1 LJV)
	<i>Retribución del cargo</i>	Se fijará su importe y el modo de percibirla, después de oír al solicitante, al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si fuera mayor de 12 años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno (art. 48.1 LJV)
	<i>Remoción</i>	Se podrá acordar la remoción del tutor o del curador, previa celebración de <b>comparecencia</b> ..., (art. 49.1 LJV)
	<i>Excusa</i>	Se podrá admitir la excusa del tutor o del curador previa celebración de <b>comparecencia</b> ..., (art. 50.2 LJV)
	<i>Rendición de cuentas</i>	El Secretario judicial citará a <b>comparecencia</b> ... (art. 51.2 LJV)
<b>Expediente de guarda de hecho</b>		Se podrán establecer las medidas de control y de vigilancia, previa <b>comparecencia</b> ... (art. 52.2 LJV)
<b>Expediente de protección del patrimonio de personas con discapacidad</b>		Se rige por las normas generales de tramitación (art. 58 LJV)
<b>Expediente de concesión emancipación y beneficio de la mayor edad</b>		Admitida a trámite por el Secretario judicial la solicitud, convocará a la <b>comparecencia</b> ante el Juez... (art. 55 LJV)
<b>Expediente de derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o incapacitado</b>		Se señalará día y hora para la <b>comparecencia</b> ... (art. 60.2 LJV)
<b>Expediente de actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o incapaces.</b>		El Secretario judicial, éste citará a <b>comparecencia</b> ... (art. 64.1 LJV)
<b>Expediente de</b>	<i>Nombramiento defensor</i>	Se nombrará por el Secretario judicial

<b>declaración de ausencia y fallecimiento</b>		defensor a quien corresponda, previa celebración de <i>comparecencia...</i> (art. 69.1 LJV)
	<i>Declaración de ausencia</i>	El Secretario judicial admitirá la solicitud y señalará día y hora para la <i>comparecencia...</i> , (art. 70.2 LJV)
	<i>Formación de inventario</i>	Deberá practicarse en el mismo expediente, con intervención del Ministerio Fiscal y de todos los interesados personados en el mismo (art. 73 LJV).
	<i>Declaración de fallecimiento</i>	Si no es a instancia del MF, igual que la declaración de ausencia.
	<i>Declaración de fallecimiento colectivo</i>	Aportadas o practicadas las pruebas que se hayan estimado necesarias para acreditar la concurrencia de cuantos requisitos exigen los mencionados apartados dentro del plazo máximo de cinco días, con la colaboración, en su caso, de las Oficinas diplomáticas o consulares correspondientes, el Secretario judicial competente dictará en el mismo día la resolución oportuna (art. 74 LJV)
	<i>Se presenta o se tuviera noticias de quien dice ser ausente o declarado fallecido</i>	El Secretario judicial convoca de <i>comparecencia...</i> (art. 75. 1 y 2 LJV)
<i>Noticia de la muerte del desaparecido después de la declaración de ausencia o fallecimiento</i>	El Secretario judicial, cita de <i>comparecencia...</i> (art. 75.3 LJV)	
<b>Expediente de dispensa para contraer matrimonio por muerte dolosa</b>	El Secretario judicial citará a la <i>comparecencia...</i> (art. 83.1 LJV)	
<b>Expediente de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad</b>	El Secretario judicial, citará a la <i>comparecencia...</i> (art. 85 LJV)	
<b>Expediente de intervención judicial en caso de desacuerdo conyugal y administración de bienes gananciales</b>	El Juez oír en la <i>comparecencia...</i> (art. 90.4 LJV)	
<b>Expediente de aceptación o repudiación de la herencia</b>	No se establece trámite específico.	

En los expedientes en los que tiene intervención el Ministerio Fiscal, con excepción del expediente de aceptación o repudiación de herencia, del de protección de personas con discapacidad<sup>35</sup>, que se remiten a la tramitación general o bien se impone expresamente la celebración de la comparecencia o bien se exige que se oiga a interesados distintos del promotor o se proponga prueba que, conforme al art. 17.1 a) y b) de la LJV ya obliga a la celebración de la comparecencia<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Adviértase, no obstante, que el art. 58 LJV establece que el Ministerio Fiscal deberá identificar los datos y circunstancias de identificación de la persona con discapacidad, de sus representantes o su curador, según proceda y de los demás interesados en el asunto, así como el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, lo que supone que habrán de ser citados de comparecencia.

<sup>36</sup> En la Circular FGE 9/2015 se considera que el Ministerio fiscal puede emitir dictamen por escrito cuando la LJV exija “audiencia”, incluyendo en estos supuestos, los de la suficiencia de la fianza y sus posibles modificaciones (art. 45.5 párrafo segundo y 46.2), el establecimiento de una retribución si procede y sus cambios (art 48) o la adopción de medidas de vigilancia y control y petición de informes complementarios (arts. 45.4 párrafo segundo)

El principal problema que esta regulación ha causado para los Fiscales ha sido la falta de medios personales y materiales, que le imposibilita para estar presente en todas las comparecencias. La cuestión ha sido objeto de análisis por la Instrucción de la Fiscalía 2/2015 sobre directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva ley de la jurisdicción voluntaria, que tras recordar lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 182 LEC en cuanto que una de las circunstancias a tener en cuenta por los Letrados de la Administración de Justicia, a la hora de establecer la fecha y hora de las vistas es “la coordinación con el Ministerio Fiscal en los procedimientos en que las leyes prevean su intervención”, considera, en caso de, a pesar de ello, no fuera posible la asistencia que se opte por el empleo de la videoconferencia<sup>37</sup> y, si el Juez no lo admitiera, y no fuera posible la reorganización de los servicios instar la suspensión<sup>38</sup> o la emisión de un dictamen por escrito<sup>39</sup>.

### 7.3 OPOSICION

Señala el preámbulo de la LJV:

“Cuestión a destacar es que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. La Ley establece que la oposición a la remoción de la tutela o a la adopción hace contencioso el procedimiento”.

Y la forma de articular la oposición se regula en el art. 17.3 LJV, según el cual:

“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”.

Debiendo recordarse que, conforme al art. 3.2 LJV es necesaria la intervención de abogado y procurador desde el momento en que se formule la oposición. La exigencia de formalizar la oposición por medio de un escrito pretende garantizar el principio de contradicción en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero plantea el problema de las consecuencias que supondrá su no presentación. Y es que, en algunos supuestos, la oposición al acto cuya autorización se pretende es precisamente la causa por la que este expediente se ha iniciado:

---

<sup>37</sup> “Debe en todo caso partirse de que la opción por la utilización de estos medios tecnológicos para comparecer debe ser una decisión del Fiscal que se comunica al órgano judicial. a la hora de decidir su intervención mediante videoconferencia, puedan existir argumentos que, a juicio del titular del órgano jurisdiccional, desaconsejen su uso por afectar a las mencionadas garantías. La discrepancia del órgano judicial podrá basarse en estos o en cualesquiera otros argumentos que su titular estime pertinentes, pero en todo caso habrá de articularse mediante una resolución debidamente motivada en la que deberán constar aquellas razones por las que se veta el uso de una facultad legalmente reconocida al Ministerio Fiscal. No puede tratarse, obvio es decirlo, de una negativa caprichosa o arbitraria, o basada en criterios de mayor comodidad para el Juzgado”

<sup>38</sup> “Conforme al art. 183.1 LEC “si a cualquiera de los que hubieren de acudir a una vista le resultare imposible asistir a ella en el día señalado, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, lo manifestará de inmediato al Tribunal, acreditando cumplidamente la causa o motivo y solicitando señalamiento de nueva vista o resolución que atienda a la situación”. Desde luego, la falta de medios personales es “motivo análogo” a la fuerza mayor que funda la posibilidad de solicitar nuevo señalamiento, como se desprende, entre otras, de la SAP Madrid, secc. 22ª nº 256/2012, de 20 de julio.

<sup>39</sup> “Debe repararse en que el art. 183.1 LEC también permite solicitar como alternativa al nuevo señalamiento una “resolución que atienda a la situación”. Tal expresión legal indeterminada, por su propia naturaleza orientada a atender situaciones de necesidad, permite interesar del órgano jurisdiccional que autorice la sustitución de la asistencia a la cita por la emisión por escrito del informe correspondiente”

<p><b>Expediente de la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial</b></p>	<p>En el caso de que se pretenda reconocer a un menor de edad o persona que tiene modificada judicialmente su capacidad, el art. 23 LJV establece que la intervención del Juez es subsidiaria, sólo será necesaria cuando no tenga el consentimiento expreso de su representante legal o del reconocido con la asistencia de su curador o del progenitor legalmente conocido.</p> <p>En la comparecencia, dado que ha sido su oposición la que ha determinado la necesidad del expediente, deberá dársele la posibilidad de explicar las razones por las que no ha prestado su consentimiento, haya o no presentado escrito de oposición.</p>
<p><b>Expediente de habilitación para comparecer en juicio y defensor judicial</b></p>	<p>En el caso de que ambos progenitores, tutor o curador se negaran a representar o a asistir al juicio al menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Ellos deberán ser citados a la comparecencia, donde expresaran los motivos de su negativa, sin que sea necesario que hayan presentado escrito de oposición.</p>
<p><b>Expediente de tutela o curatela: remoción</b></p>	<p>De pretenderse la remoción de un tutor o curador, el art. 49 LJV establece que se deberá citar a una comparecencia, en la que se oirá, entre otros, al tutor o curador, y si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso. Es evidente, pues, que no tiene por qué haber escrito de oposición previo sino que la oposición puede formularse en la propia comparecencia. De hecho si la oposición fuera previa, podría cuestionarse la necesidad de esa comparecencia, dado que la oposición convierte al expediente en contencioso.</p>
<p><b>Expediente de constitución del patrimonio de personas con discapacidad</b></p>	<p>Este expediente se inicia, a instancia del MF, precisamente porque los padres o tutores se negaren injustificadamente a prestar el consentimiento o asentimiento</p>
<p><b>Expediente de concesión de emancipación</b></p>	<p>La emancipación puede concederse extrajudicialmente por quienes ejerzan la patria potestad (arts. 314.3º y 317 LEC), cuando se acude al Juez es probable que se deba a que se nieguen a su concesión, y el que no presenten un escrito de oposición no puede obstar a que en la comparecencia expresen los motivos de su negativa.</p>
<p><b>Expediente de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad</b></p>	<p>Si el motivo del expediente es precisamente que hay desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad, en la comparecencia deberá expresar el progenitor que no haya instado el expediente por que se opone a la solicitud formulada de contrario, sin que para ello sea necesario presentar un escrito previo de oposición.</p>
<p><b>Expediente de intervención judicial en caso de desacuerdo conyugal y administración de bienes gananciales</b></p>	<p>La audiencia en la comparecencia del cónyuge no solicitante sobre los motivos por los que se opone a la petición formulara de contrario es preceptiva con independencia de que se haya o no presentado escrito de oposición.</p>

No puede pues significar el no presentar escrito de oposición el que no pueda manifestar en la comparecencia las razones por las que no procedería una resolución favorable a la solicitud del promotor. Otra cuestión es que no pudiera proponer prueba o formular conclusiones, que se reservarían para quien se hubiera opuesto en forma. Téngase, no obstante, en cuenta que, en estos expedientes en que interviene el Ministerio Fiscal, hay una mayor flexibilidad, pudiendo ser que éste, a la vista de las alegaciones que se formularen, la propusiera o incluso

que se acordara de oficio, con lo que la ausencia del escrito de oposición no tiene especial transcendencia.

#### 7.4 CELEBRACION DE LA COMPARECENCIA

Durante la vigencia de la LEC era frecuente que, presentada la solicitud, ratificada en ella el promotor y practicada, en su caso, la información testifical, se diera traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, y que si éste consideraba que faltaba de cumplir algún requisito así lo dictaminara para que el solicitante fuera requerido, a tal efecto, pasándose nuevamente los autos al Ministerio Fiscal una vez se atendiera el requerimiento, que evacuaba su informe y se dictara la correspondiente resolución.

La exigencia con la LJV de que se celebre una comparecencia con la previsión de prueba y de conclusiones y el carácter contradictorio que supone la posibilidad de que se hubiera presentado un escrito de oposición, obligan a ser más rigurosos en el cumplimiento de los trámites legales, si bien cómo se verá en los procesos sobre personas y familia hay mayor flexibilidad.

La LJV prevé que la comparecencia se celebre conforme a lo previsto para la vista del juicio verbal, si bien con especialidades:

**1º. Falta de asistencia del solicitante o del interesado.** El art. 18.2.1º establece que:

“Si el solicitante no asistiere a la comparecencia, el Juez o el Secretario judicial, dependiendo de a quién corresponda la resolución del expediente, acordará el archivo del expediente, teniéndole por desistido del mismo. Si no asistiese alguno de los demás citados, se celebrará el acto y continuará el expediente, sin más citaciones ni notificaciones que las que la ley disponga”.

Se sigue con ello, lo dispuesto en el juicio verbal (art. 442 LEC), obviando que hay expedientes en que, por estar afecto, el interés público o social no pueden archivar por la falta de asistencia a la comparecencia del promotor. Como se señala en Instrucción de la Fiscalía 2/2015 sobre directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva ley de la jurisdicción voluntaria “los expedientes que establecen una intervención de oficio por el Juzgado no podrán ser archivados por desistimiento por falta de asistencia a la comparecencia del solicitante”. Indicando Liebana Ortiz y Pérez Escalona que “aquellos expedientes que afecten al estado civil o condición de la persona o en que está comprometido el interés de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente, la inactividad del interesado no producirá con carácter general el archivo del expediente, pues en ellos siempre ha de intervenir en defensa de tales intereses el Ministerio Fiscal”<sup>40</sup>

Expediente	Archivo	Continuación del expediente de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal
De la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial		X

<sup>40</sup>Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Aranzadi 2015, p. 115.

<b>Dehabilitación para comparecer en juicio y defensor judicial</b>			X
<b>De tutela y curatela</b>	<i>Constitución de tutela o curatela</i>		X
	<i>Medidas posteriores de fiscalización</i>		X
	<i>Dejar sin efecto o modificar fianza</i>		X
	<i>Formación de inventario</i>		X
	<i>Retribución del cargo</i>	X	
	<i>Remoción</i>		X
	<i>Excusa</i>	X	
	<i>Rendición de cuentas</i>		X
<b>De guarda de hecho</b>			X
<b>Deconcesión emancipación y beneficio de la mayor edad</b>		X	
<b>Dederecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o incapacitado</b>		X	
<b>De la protección del patrimonio de personas con discapacidad</b>			X
<b>De actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o incapaces.</b>		X	
<b>Dedeclaración de ausencia y fallecimiento</b>	<i>Nombramiento defensor</i>		X
	<i>Declaración de ausencia</i>		X
	<i>Formación de inventario</i>		X
	<i>Declaración de fallecimiento</i>		X
	<i>Se presenta o se tuviere noticias de quien dice ser ausente o declarado fallecido</i>		X
	<i>Noticia de la muerte del desaparecido después de la declaración de ausencia o fallecimiento</i>		X
<b>De dispensa para contraer matrimonio por muerte dolosa</b>		X	
<b>De intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad</b>		X	
<b>De medidas de protección por inadecuado ejercicio de la potestad o guarda o administración de bienes de menores o persona con capacidad modificada judicialmente</b>			X
<b>De intervención judicial en caso de desacuerdo conyugal y administración de bienes gananciales</b>		X	
<b>De aceptación o repudiación de la herencia</b>		X	

Adviértase, de otro lado, que, de haber escrito de oposición, el solicitante debe comparecer a la comparecencia asistido por letrado y haber designado procurador que le represente. De no concurrir este requisito no podrá tenerse por comparecido.

**2º. Audiencia del solicitante y comparecientes. Citación de otros interesados.** El art. 18.2.2º LJV determina:

“el Juez o el Secretario judicial, según quien presida la comparecencia, oirá al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga, y podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. Se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles”.

La LJV obliga a citar de comparecencia al solicitante y al Ministerio Fiscal, en su caso, al menor y persona con capacidad modificada judicialmente y deja la concreción de quienes deben ser citados a cada expediente, que suelen dejar un amplio arbitrio para su determinación:

Expediente		Convocados por imperativo legal	Otros
<b>Expediente de la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial</b>		Según proceda, al progenitor conocido, al representante legal o curador del reconocido, así como a sus descendientes si hubiere fallecido y los hubiere.	Personas que estime oportunas. Liebana Ortiz y Pérez Escalona <sup>41</sup> mencionan a los herederos abintestato del reconocido o reconocido, que pueden resultar afectados directamente en sus bienes o derechos
<b>Expediente de habilitación para comparecer en juicio y defensor judicial</b>		Los interesados que consten como tales en el expediente (art. 30.1 LJV).	A quienes estime pertinente su presencia (art. 30.1 LJV)
<b>Expediente de tutela y curatela</b>	<b>Constitución de tutela o curatela</b>	A la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a los parientes más próximos.	A cuantas personas se considere oportuno (art. 45.2 LJV). Como tales podrían ser las personas que por la relación de amistad, de vecindad o de convivencia puedan formar mejor la convicción para resolver <sup>42</sup>
	<b>Medidas posteriores de fiscalización</b>	Se oirá previamente al tutor o curador (art. 45.4 LJV)	
	<b>Dejar sin efecto o modificar fianza</b>	Se oirá al tutor o curador (art. 45.5 LJV)	
	<b>Formación de inventario</b>		A los interesados (art. 47 LJV).
	<b>Retribución del cargo</b>		A cuantas personas considere oportuno (art. 48.1 LJV)
	<b>Remoción</b>	Al tutor o curador, a la persona que le vaya a sustituir en el cargo (art. 49.1 LJV)	
	<b>Excusa</b>	A la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo (art. 50.2 LJV)	
	<b>Rendición de cuentas</b>	Al titular del cargo	A aquellos que estuvieran interesados (art. 51.2 LJV)

<sup>41</sup>Obra cit. p. 224.

<sup>42</sup>Cristina Fernández Gil, obra cit. p. 146.

<b>Expediente de guarda de hecho</b>	Al guardador (art. 52.2 LJV)	
<b>Expediente de concesión emancipación y beneficio de la mayoría de edad</b>	A los progenitores o, en su caso, a su tutor	A aquellos que pudieran estar interesados (art. 55 LJV). Magro Servet <sup>43</sup> considera que podría ser los parientes del menor que puedan informar al juez acerca de las razones de la petición. Broca Majada menciona al cónyuge y pareja sentimental del progenitor que ejerciere la patria potestad.
<b>Expediente de derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o incapacitado</b>	Al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.	A otros interesados (art. 60.2 LJV)
<b>Expediente de actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o incapaces.</b>	A todas las personas que, según los distintos casos, exijan las leyes (art. 64.1 LJV)	Liebana Ortiz y Pérez Escalona <sup>44</sup> considera que podrá citarse a los “progenitores que no ejerzan la patria potestad o al tutor o curador, así como cualquier persona que solicite la constitución de un patrimonio protegido y/o realice aportaciones de bienes y derechos al mismo”
<b>Expediente de declaración de ausencia y fallecimiento</b>	<b>Nombramiento defensor</b>	Interesados (art. 69.1 LJV)
	<b>Declaración de ausencia</b>	A los parientes indicados en la solicitud inicial y a quienes consten en el expediente como interesados (art. 70.2 LJV)
	<b>Formación de inventario</b>	A todos los interesados personados en el mismo (art. 73 LJV).
	<b>Declaración de fallecimiento</b>	Si no es a instancia del MF, igual que la declaración de ausencia.
	<b>Se presenta o se tuviera noticias de quien dice ser ausente o declarado fallecido</b>	A la persona presentada, y todos los que hubieren intervenido en el expediente de declaración (art. 75. 1 y 2 LJV)
	<b>Noticia de la muerte del desaparecido después de la declaración de ausencia o fallecimiento</b>	

<sup>43</sup>“La concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad en la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria”, Practica de Tribunales, nº. 116, septiembre-octubre 2015. La nueva regulación de la jurisdicción voluntaria

<sup>44</sup>Obra cit. p. 224.

<b>Expediente de dispensa para contraer matrimonio por muerte dolosa</b>	A los contrayentes	A aquellos que pudieran estar interesados (art. 83.1 LJV). Para Banacloche Palao <sup>45</sup> lo serán los familiares del cónyuge difunto
<b>Expediente de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad</b>	A los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda. 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.	Otros interesados (art. 85 LJV). En Broca-Majada como tales se consideran a otros familiares si hubiera una resolución anterior y afectara a la relación con éstos (por ejemplo abuelos con derecho a relacionarse con el menor)
<b>Expediente de medidas de protección por inadecuado ejercicio de la potestad o guarda o administración de bienes de menores o persona con capacidad modificada judicialmente</b>	A los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda. 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 (art. 85 LJV)
<b>Expediente de intervención judicial en caso de desacuerdo conyugal y administración de bienes gananciales</b>	Al cónyuge no solicitante, en su caso.	A los demás interesados (art. 90.4 LJV). Liebana Ortiz y Pérez Escalona <sup>46</sup> considera como tales, a los hijos.

Dado que el letrado de la administración de justicia es el que cita de comparecencia, es posible que no haya citado a interesados<sup>47</sup> no mencionado expresamente por el legislador, pudiendo en el propio acto de comparecencia el Juez, a instancia del solicitante (será más extraño pues lo normal es que lo hubiera pedido en la citación inicial) o el Ministerio Fiscal considerar si alguna persona debe ser oída por poder ser afectada por la resolución que se dicte, suspendiendo la comparecencia para que pueda ser citado.

En cuanto al orden de alegaciones, el art. 55.1 LJV con relación al expediente de emancipación establece que será oído primero el menor, después los progenitores, o tutor, el Ministerio Fiscal y, por último, aquellos que pudieran estar interesados. Si ello se hace extensivo a los demás expedientes resultaría que primero será oído el solicitante, después las personas que la LJV expresamente menciona como interesados, luego el Ministerio Fiscal y, por último los que sin ser expresamente mencionados por el legislador como interesados, hubieran sido citados con tal carácter.

**3.ª Cuestiones procesales:** Según determina el art. 18.3 LJV:

<sup>45</sup>Obra cit. p. 190

<sup>46</sup>Obra cit. p. 344.

<sup>47</sup> Velilla Antolín, Natalia “*Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia*” Publicación: Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Colección: Cuadernos Digitales de Formación. Nº volumen: 18 Año: 2016

“Si se plantearan cuestiones procesales, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez o el Secretario judicial, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto”.

Como cuestiones procesales, puede plantearse la falta de capacidad o de representación, la existencia de otro expediente de jurisdicción voluntaria con el mismo objeto o que pudiera ser prejudicial, o de un procedimiento contencioso, la no citación de alguno de los interesados, la falta de competencia... Estas cuestiones, no obstante, no siempre tiene que producir el efecto del archivo del expediente, si no que, en ocasiones, lo que originarán será la suspensión del acto para que se subsane el defecto advertido y pueda volver a celebrarse.

En principio, estas cuestiones procesales sólo podrán ser planteadas por el solicitante, por el interesado que se hubiera opuesto previamente y que estuviera personado y por el Ministerio fiscal. No por el interesado que no hubiera presentado escrito de oposición. Ahora bien, piénsese, por ejemplo, en que el interesado no personado manifestara, al ser oído, que se sigue un expediente de jurisdicción voluntaria con el mismo objeto. Se trataría de una cuestión procesal que afectaría a la continuación del proceso y que debería ser tenida en cuenta aunque no se hubiera propuesto en debida forma. Lo razonable, en este caso, sería suspender la comparecencia a fin de poder constatar la realidad de tal afirmación o se podría correr el riesgo de dictar resoluciones contradictorias.

**4º. Audiencia de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.** En los expedientes en que interviene el MF suele preverse la citación a la comparecencia de los menores o de las personas con capacidad modificada judicialmente. No se trata de una diligencia de prueba sino de conocer su opinión sobre una cuestión que les afecta, “es una actuación judicial, a través de la cual el menor ejercita un derecho<sup>48</sup>”:

Expediente		Convocatoria a la comparecencia al menor o persona con capacidad modificada judicialmente
<b>Expediente de la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial</b>		Se oirá al reconocido si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si fuera mayor de 12 años.
<b>Expediente de habilitación para comparecer en juicio y defensor judicial</b>		Al menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años.
<b>Expediente de tutela y</b>	<i>Constitución de tutela o curatela</i>	A aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor

<sup>48</sup> García García, Natalia, “Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación”, SEPIN julio 2013. En el mismo sentido, Caso Señal (*Cuestiones procesales derivadas de la exploración de un menor en los procesos de familia*”, SEPIN junio 2011) indica: “la exploración judicial es una diligencia judicial dirigida a que el menor ejerza un derecho: el derecho a ser oído. Su objetivo es, por tanto, introducir en el procedimiento la opinión, la percepción, la posición y la emoción o sentimientos del niño, niña o adolescente sobre la cuestión familiar que debe resolverse en el procedimiento de familia... el menor no es el objeto reconocido, sino el sujeto que ejerce el derecho”

<b>curatela</b>		de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos.
	<b>Medidas posteriores de fiscalización</b>	A la persona afectada si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años (art. 45.4 LJV)
	<b>Dejar sin efecto o modificar fianza</b>	A la persona afectada si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años (art. 45. 5 LJV)
	<b>Formación de inventario</b>	A las personas afectadas si tuvieran suficiente madurez Al menor si tuviere más de 12 años (art. 47.1 LJV)
	<b>Retribución del cargo</b>	Al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si fuera mayor de 12 años,
	<b>Remoción</b>	Al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de doce años (art. 49.1 LJV)
	<b>Excusa</b>	Al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años (art. 50.2 LJV)
	<b>Rendición de cuentas</b>	Al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años.
	<b>Expediente de guarda de hecho</b>	A la persona a quien afecte la guarda de hecho (art. 52.2 LJV)
	<b>Expediente de concesión emancipación y beneficio de la mayor edad</b>	Al menor.
	<b>Expediente de derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o incapacitado</b>	Al menor o persona con capacidad modificada judicialmente si el Juez lo creyera necesario.
	<b>Expediente de actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o incapaces.</b>	Al afectado que tuviera suficiente madurez y al menor mayor de 12 años(art. 64.1 LJV)
	<b>Expediente de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad</b>	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.
	<b>Expediente de medidas de protección por inadecuado ejercicio de la potestad o guarda o administración de bienes de menores o persona con capacidad modificada judicialmente</b>	Al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años.

Del anterior cuadro parece que sólo en el expediente de derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se permite que el Juez pueda valorar si es procedente oír al menor. En los demás casos se impone su comparecencia, en cuanto resulte afectado por el expediente “si tuviera suficiente madurez” y “en todo caso” “si fuera mayor de 12 años<sup>49</sup>”. La audiencia del menor se presenta pues, en la LJV, como

<sup>49</sup> En la Observación nº. 12 del 51 periodo de sesiones del Comité de los derechos del niño celebrado en Ginebra del 25 de mayo a 12 de junio, de 2009, que analiza el art. 12 de la Convención de los Derechos del niño de 1989, se indica: “El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

obligatoria en los expedientes que les afecten si fueran mayores de 12 años (Peramato Martín<sup>50</sup>). La Circular 9/2015 considera, no obstante, que no tiene porque necesariamente ser oído el menor por haber alcanzado dicha edad:

“Aunque la Ley presume que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos (art. 9.2 LOPJM) esto no significa la obligatoriedad de audiencia directa a partir de dicha edad si se estima que puede serle perjudicial o contrario a sus intereses. La Circular 3/2009, sobre protección de menores víctimas y testigos, concluye que el trámite concreto de audiencia directa del menor no es imperativo pues su práctica queda subordinada a que se estime necesario, tomando en consideración que puede no serlo y ponderando que, a veces, esta comparecencia en el Juzgado comporta perjuicios emocionales, conflicto de lealtades y otros inconvenientes para el menor. En todo caso, recomienda a los Fiscales posicionarse previo análisis de las circunstancias del niño y del conflicto, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios”.

Y, en este sentido Carreras Maraña<sup>51</sup> entiende que no es un derecho absoluto y puede ser denegado en resolución motivada que estime que la audiencia puede ser perjudicial” (art. 9.3)<sup>52</sup>“aunque la ley presume que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos (art. 9.2 LOPJM) esto no significa la obligatoriedad de audiencia directa a partir de dicha edad si se estima que puede serle perjudicial o contrario a sus intereses”. El rango de

- 
- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.
  - En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.
  - En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario”.

<sup>50</sup> “El papel del fiscal en la adopción de medidas civiles en los procedimientos penales de violencia de género a la luz de las últimas reformas”, La Ley, Derecho de Familia nº. 12, cuarto trimestre de 2016, editorial Wolters Kluwer

<sup>51</sup> *Jurisdicción voluntaria, Tramitación general. Comparecencia. Resolución, Recursos. Ejecución* Publicación: Ley de la Jurisdicción Voluntaria Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 18. Año: 2016

<sup>52</sup> Al respecto, en la Observación nº. 12, citada, se expresa: “Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños, el niño debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad.

Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo”

Ley Orgánica de la Ley de Protección Jurídica del Menor frente al de Ley Ordinaria de la LJV avalaría esta posibilidad.

Llama la atención que el Letrado de la Administración de Justicia sea quien admita la solicitud y en la misma resolución cite al promotor y a los interesados de comparecencia cuando es el Juez quien deba valorar si el menor o persona con capacidad modificada judicialmente tiene “suficiente madurez” a los efectos de que sea citado por el Letrado de la Administración de Justicia. O es este quien decide o, en todos los expedientes, antes señalados, antes de convocar a la comparecencia deberá dar cuenta al Juez para que decida si se debe citar al menor o a la persona con capacidad modificada judicialmente. Desconociéndose cómo ha previsto el legislador que el Juez determine si el menor o persona con capacidad modificada judicialmente tiene suficiente madurez, en este momento inicial, en que ni le ha explorado ni tiene porque haberse aportado ningún informe psicológico, que permita conocer su grado de madurez (son expedientes en que, generalmente, ni siquiera suele ser preceptiva la asistencia de abogado). De hecho el art. 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por Ley Orgánica 8/15, de 22 de julio determina que “La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”.

En opinión de Perez-Salazar Resano<sup>53</sup> ello ha de determinar que la audiencia se realice después de la comparecencia:

“El juicio de madurez que debe hacerse... puede efectuarse por los equipos técnicos de los Juzgados, pero es posible que se lleve a cabo igualmente por el Juez en los interrogatorios a los progenitores que se practican en la vista. Los padres puede ofrecer datos relevantes respecto a la soltura, capacidad de expresión, timidez u otras circunstancias en el niño que resulten importantes para que el Juez decida o no llamarlo. Por eso considero que la audiencia del menor tiene que realizarse después de la vista”.

El art. 18.2.4º LJV establece la manera en que se debe practicar esta diligencia al señalar:

“El Juez o el Secretario judicial podrán acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Con la actual normativa vigente, nacional e internacional, ¿Se ha de respetar el derecho de confidencialidad del menor en las audiencias? ¿Se deberían distinguir supuestos? Encuesta jurídica. SEPIN Enero 2017, Coordinadora Gonzalvez Vicente, Pilar.

<sup>54</sup> En la Observación nº. 12 del 51 periodo de sesiones del Comité de los derechos del niño celebrado en Ginebra del 25 de mayo a 12 de junio de 2009 se indica, al respecto: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”....La aplicación de los dos párrafos del artículo 12 exige que se adopten cinco medidas para hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado siempre que un asunto lo afecte o cuando el niño sea invitado a dar su opinión en un procedimiento oficial, así como en otras circunstancias. Estas medidas deben aplicarse de manera adecuada para el contexto de que se trate”.

El art. 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por Ley Orgánica 8/15, de 22 de julio determina:

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente

- 
- a) Preparación: Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto.
  - b) Audiencia: El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar. La persona que escuchará las opiniones del niño puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que afectan al niño (por ejemplo, un maestro, un trabajador social o un cuidador), un encargado de adoptar decisiones en una institución (por ejemplo, un director, un administrador o un juez) o un especialista (por ejemplo, un psicólogo o un médico). La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.
  - c) Evaluación de la capacidad del niño: Las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño.

los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

El que se oiga al menor en acto separado es una decisión que adopta el letrado de la administración de justicia o el Juez. El legislador no lo impone obligatoriamente. Lo que sí que se exige es que se preserve su “intimidad”, pareciendo que ésta es forma la más adecuada para conseguirlo. Se logra además así evitarle estar presente en una comparecencia, que tendría lugar en una sala de vistas y con el uso de las togas por los intervinientes en el acto, lo que podría amedrentarle. Se trata que el menor se pueda expresar lo más espontáneamente posible, por lo que se le debe oír en un entorno más apropiado que la Sala de vistas, con la presencia de las mínimas personas posibles (además del Juez, puede estar presente el Ministerio Fiscal, aunque no se contempla como obligatorio, el letrado de la administración de justicia para que extienda el acta detallada y en su caso el psicólogo), informándole de por qué se le ha citado en un lenguaje próximo y tratando de entablar con él un dialogo en el que pueda expresar libremente sus opiniones.

Téngase, además en cuenta que conforme al art. 9 transcrito el menor puede ser oído a través de terceras personas, y al respecto la STC 163/2009, de 29 de junio (SP/SENT/467731) consideró válido que la opinión del menor se hubiera hecho constar en el informe psicosocial<sup>55</sup>. Y, algún sector doctrinal entiende posible que se realice, incluso, por medio de un escrito<sup>56</sup>.

Por lo que concierne a la documentación del acto, ya señalaba Carreras Maraña<sup>57</sup> que “no existía uniformidad en los juzgados sobre la forma concreta e realización de las audiencias de menores, dada la dificultad de compatibilizar la garantía de la intimidad del menor con el derecho de defensa de las partes, ya que la práctica oscilaba entre el secretismo total derivado de una audiencia sin gravar y con la sola presencia del juez y fiscal con el menor y sin acta escrita hasta la realización con grabación y copia para las partes y admisión de alegaciones”.

El art. 18.2.4º LJV ha regulado la cuestión al establecer:

“Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera 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”.

Se exige que se extienda un acta detallada y que el acto sea grabado, “siempre que sea posible”. Ello vendrá condicionado el lugar en que se practique, pues ha de contar con los correspondientes medios audiovisuales de los que no suele disponerse cuando la exploración tiene lugar fuera de la sala de audiencias. En cualquier caso, el hecho de que se extienda un

<sup>55</sup> Señala Caso Señal (*Cuestiones procesales derivadas de la exploración de un menor en los procesos de familia*”, SEPIN junio 2011) “cada vez es más frecuente que la voz del menor llegue a través de personas especialmente vinculadas al menor. Tienen perfecta cabida tanto los expertos que han podido intervenir (psicólogos, trabajadores sociales, etc) como maestros, profesores, entrenadores, hermanos mayores, padrinos..., adultos que tengan una especial relación de confianza con el menor y que hayan sabido escuchar su opinión”

<sup>56</sup> Caso Señal indica: “si de las actuaciones no resultan elementos que permitan pensar en una vulneración de la libertad del menor, tampoco existe inconveniente en admitir la validez de esta manifestación de voluntad. No deja de ser un documento privado que, a falta de impugnación puede tener plena eficacia jurídica. El juez en este caso debe estar especialmente alerta ante el conjunto probatorio e intentar buscar la coherencia de ese escrito con el resto de elementos. Si de la prueba practicada quedaran dudas sobre la autenticidad de esta manifestación, lo correcto es acordar la intervención de expertos”

<sup>57</sup>Obra cit.

acta detallada<sup>58</sup> y se dé traslado a los interesados<sup>59</sup> para que puedan efectuar alegaciones afectará a la confidencialidad del acto, primándose el derecho de defensa y la evitación de repetidas exploraciones. Al respecto indica Forcada Miranda<sup>60</sup>

“El Juez no puede asumir compromisos de confidencialidad, sobre la base del menor condicione sus alegaciones a tal hecho. Las partes han de conocer el resultado de la exploración, y las sucesivas repeticiones de la audiencia en otras instancias no hacen sino revictimizar al menor”.

**5º. Prueba.** En principio, las pruebas se practicarán en la comparecencia, una vez realizadas las alegaciones los interesados. Se contemplan, no obstante, en algunos expedientes referencias respecto de las pruebas.

Expediente		Prueba
Expediente de tutela y curatela	<b>Constitución de tutela o curatela</b>	<i>Documentos a acompañar a la solicitud:</i> Documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente, certificado de nacimiento del que vaya a ser sometido a tutela y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por éstos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela (art. 45.1 LJV) <i>Prueba de oficio:</i> Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas (art. 45.2 LJV)
	<b>Retribución del cargo</b>	<i>Prueba de oficio:</i> Tanto el Juez como las partes o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas (art. 48.1 LJV)
	<b>Rendición de cuentas</b>	<i>Prueba de oficio:</i> Pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas (art. 51.2 LJV)

<sup>58</sup> Perez-Salazar Resano, Margarita, considera “suficiente que el contenido del acta incorpore la opinión del niño y aquello que el Juez considere importante porque lo va a valorar en su posterior resolución...no veo adecuado incorporar información que el niño puede expresar y que no sea relevante para la decisión a adoptar. La audiencia del menor es un derecho de éste, y, por ello, puede que el niño no quedar dar su opinión en todo o en parte”.

<sup>59</sup> Martínez González, Susana (*Con la actual normativa vigente, nacional e internacional, ¿Se ha de respetar el derecho de confidencialidad...obra cit*) considera que “se ha de descartar la entrega a las partes de la grabación de la exploración y ponderar adecuadamente la necesidad de dicha grabación” . De la misma opinión es Perez-Salazar Resano, Margarita, para quien “no creo necesaria la grabación, pero en caso de hacerla, me parece importante resaltar que el art. 18 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria no prevé la entrega de la misma a las partes y, por ello, parece que su contenido ha de quedar en el Juzgado y tendrá como efecto el que puedan evitarse futuras exploraciones que pudieran plantearse la Audiencia Provincial en apelación, aunque, desde luego, ello dependerá del tiempo que haya transcurrido desde la práctica de la exploración grabada”.

<sup>60</sup> *Con la actual normativa vigente, nacional e internacional, ¿Se ha de respetar el derecho de confidencialidad...obra cit*

<p><b>Expediente de concesión emancipación y beneficio de la mayor edad</b></p>	<p><i>Documentos a acompañar a la solicitud:</i> A la solicitud se acompañarán, en su caso, los documentos que acrediten la concurrencia de la causa exigida por el Código Civil para instar la emancipación o beneficio de mayoría de edad  <i>Proposición de prueba:</i> Se exige que se proponga con la demanda la que se estime pertinente (Art. 54.2 LJV)</p>
<p><b>Expediente de derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor o incapacitado</b></p>	<p><i>Documentos a acompañar a la demanda:</i> deberá acompañarse del proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal (art. 60.1 LJV)</p>
<p><b>Expediente de actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o incapaces.</b></p>	<p><i>Documentos a acompañar a la solicitud:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los documentos necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada.</li> <li>• En el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción.</li> <li>• Si la solicitud fuera para que se autorice la celebración de venta directa, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate (art. 63 LJV)</li> </ul> <p><i>Prueba pericial:</i> Cuando proceda dictamen pericial se emitirá antes de celebrarse la comparecencia, debiendo citarse a ella al perito o peritos que lo hubiesen emitido, si así se acordara, para responder a las cuestiones que le planteen tanto los intervinientes como el Juez (art. 64.2 LJV).</p>
<p><b>Expediente de declaración de ausencia y fallecimiento</b></p>	<p><b>Nombramiento defensor</b></p> <p><i>Testifical:</i> En la comparecencia se oír a los testigos propuestos (art. 69.1 LJV)</p>
	<p><b>Declaración de ausencia</b></p> <p><i>Solicitud:</i> Se aportaran las pruebas precisas que acrediten la concurrencia en el caso de cuantos requisitos exige el mencionado Código para tal declaración (art. 70.1 LJV)  <i>Diligencias de oficio:</i> el Secretario judicial podrá adoptar de oficio o a instancia de interesado, con intervención del Ministerio Fiscal, cuantas medidas de averiguación e investigación considere procedentes, así como todas las de protección que juzgue útiles al desaparecido o ausente (art. 70.3 LJV)  <i>Diligencias de prueba posteriores a la comparecencia:</i> Si en la comparecencia se propusiere la práctica de algún medio probatorio o actuación útil para la averiguación del paradero de la persona de que se trate en el expediente, el Secretario judicial podrá acordar su práctica posterior a la comparecencia (art. 70.4 LJV).</p>
	<p><b>Se presenta o se tuviera noticias de quien dice ser ausente o declarado fallecido</b></p> <p><i>Diligencias previas a la comparecencia:</i> Si se presentare alguna persona que dijese ser el declarado ausente o fallecido, el Secretario judicial ordenará que sea identificada por los medios adecuados que podrá acordar de oficio o a instancia del interesado (art. 75. 1 LJV).  Si no se presentare, pero se tuvieran noticias de su supuesta existencia en paradero conocido, se notificará personalmente al presunto afectado la resolución de declaración de su ausencia o fallecimiento, requiriéndole para que en el plazo de veinte días aporte las pruebas de su identidad (art. 75.2 LJV)</p>

<b>Expediente de dispensa para contraer matrimonio por muerte dolosa</b>	<i>Documentos a acompañar a la solicitud</i> se acompañarán los documentos y antecedentes necesarios que acrediten la concurrencia de la justa causa exigida por el Código Civil para que proceda la dispensa <i>Proposición de prueba:</i> Se hará, en su caso, en la solicitud (Art. 82.2 LJV)
<b>Expediente de intervención judicial en relación con la patria potestad</b>	<i>Prueba de oficio:</i> 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 (art. 85 LJV)
<b>Expediente de intervención judicial en caso de desacuerdo conyugal y administración de bienes gananciales</b>	<i>Prueba:</i> se practicará en la comparecencia, tras oír al solicitante e interesados, y Ministerio Fiscal, en su caso (Art. 85 LJV).

De estos preceptos puede inferirse:

a) En cuanto al momento de proposición de los medios de prueba:

1º. Prueba documental. Se deberá aportar con la solicitud. Así se indica expresamente en los arts. 45, 54, 63, 70 y 82 LJV y resulta de la aplicación supletoria de los arts. 265 ss LEC. De la misma forma, en caso de presentar escrito de oposición, deberá acompañarse de los documentos en que pretenda fundar ésta. Ahora bien, téngase en cuenta que tratándose de expedientes en que se aborden materias no dispositivas, no rige el principio de preclusión (Banacloche Palao<sup>61</sup>).

2º. Dictamen pericial. Deberán igualmente aportarse con la solicitud. Así resulta del art. 63 LJV y de la aplicación supletoria de la LEC. En caso de que el que presenta el escrito de oposición no pudiera disponer de él en el momento de presentarlo tiene que ser antes de la comparecencia. El art. 64 LEC así lo prevé. Nuevamente, en caso de expedientes en materia no dispositivas hay mayor flexibilidad.

3º. Prueba testifical. En los expedientes de jurisdicción voluntaria, tradicionalmente se había ofrecido información testifical con la solicitud inicial. El art. 69.1 LJV parece referirse a ello. Liebana Ortiz y Pérez Escalona<sup>62</sup> consideran que “el solicitante deberá proponer los medios de prueba, ofreciendo igualmente ab initio las informaciones testificales pertinentes, con los que pretenda hacer valer sus derechos e intereses legítimos en la propia solicitud de incoación del procedimiento (ex arts. 35.3 LJV)”<sup>62</sup>; sin embargo no hay precepto que prohíba su proposición en la comparecencia. De hecho cuando así lo ha pretendido el legislador lo ha indicado expresamente (arts. 82 y 54 LJV). Rige pues lo establecido para el juicio verbal.

4º. Reconocimiento judicial: Podrá proponerse y practicarse en la comparecencia, conforme a las normas del juicio verbal.

b) En cuanto al momento para su práctica:

<sup>61</sup>Obra cit.pag. 78.

<sup>62</sup>Obra cit. pág. 165.

Será en la comparecencia donde deba tener lugar su práctica; como excepción, el art. 18.2.4º LEC establece:

“Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal”.

De forma que sólo es posible cuando se trate de prueba acordada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, que no pudiera practicarse en el acto, que se practique dentro de los diez días siguientes. El art. 85 LJV extiende esta posibilidad en los casos de divergencias en la patria potestad a las que el solicitante o los demás interesados hubieran propuesto y no se hubiera podido practicar en el acto.

c) Respetto de la prueba de oficio:

Se contempla expresamente en los expedientes de tutela y curatela, declaración de ausencia y fallecimiento e intervención en la patria potestad y es extensible a aquellos expedientes en los que se vean afectados los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, que son en los que tiene intervención el Ministerio Fiscal. Al respecto el art. 5 LJV establece:

“El Juez o el Secretario judicial, según quien sea el competente para el conocimiento del expediente, decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan, pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con capacidad modificada judicialmente, lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley”.

Llama la atención que incluso en expedientes en que no rija el principio de oficialidad, este precepto permita acordar la prueba de oficio

d) Con relación a los recursos:

Rige el art. 446 LEC, según el cual puede interponerse recurso de reposición que se sustanciará y resolverá oralmente en la comparecencia (el art. 20 LJV así lo prevé igualmente), y si se desestimar la parte podrá formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en segunda instancia.

6º. **Conclusiones.** De acuerdo con el art. 18.2.5 LJV:

“En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones”

7º. **Informes por escrito.** En el caso de que se haya practicado la audiencia del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente por separado, después de la comparecencia “se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días”.

El art. 18 LJV omite cómo deben realizar las alegaciones el solicitante o los interesados sobre la prueba que se hubiera practicado después de la comparecencia. Podría considerarse una interrupción de la comparecencia con nuevo señalamiento para que formularan sus conclusiones, pero el art. 85 LJV lo que prevé es que se dé traslado del acta correspondiente a

los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días, con lo que se admite que el informe sea por escrito. Y en este sentido la Instrucción de la Fiscalía 2/2015 considera que, en estos casos, debe darse traslado de la prueba al Ministerio Fiscal para que evacue por escrito su informe.

**8º. Grabación:**La grabación de la comparecencia viene impuesta por el art. 18.2.6º LJV según el cual:

“El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Ya se han indicado las especialidades cuando se trate de la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

## 8. DECISION

El art. 456 LOPJ atribuye competencias a los letrados de la administración de justicia en materia de jurisdicción voluntaria. Consecuencia de ello es que se le haya atribuido el conocimiento de determinados expedientes, reservándose a los Jueces

“La decisión de fondo... de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.... De este modo, el Juez es el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia, y también alguno de los expedientes en materia mercantil y de Derecho de obligaciones y sucesorio que no se encomiendan a Secretarios judiciales, Notarios o Registradores” (preámbulo de la LJV)

En concreto, y respecto de los expedientes en los que el legislador prevé expresamente la intervención del Ministerio Fiscal, la competencia se le atribuye a los Jueces, mientras que “el Secretario judicial va a encargarse de la decisión de algunos expedientes en los que se pretende obtener la constancia fehaciente sobre el modo de ser de un determinado derecho o situación jurídica, y siempre que no implique reconocimiento de derechos subjetivos: cumplen estas condiciones el nombramiento de defensor judicial o la declaración de ausencia y de fallecimiento –entre los expedientes en materia de personas”.

La resolución, conforme determina el art. 218 LEC ha de ser motivada, exhaustiva y congruente, decidiéndose conforme a las alegaciones y prueba practicadas en tiempo. Como excepción, el art. 19.2 LJV establece:

“Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados”.

El principio de oficialidad que rige estos expedientes en los que prevalece el interés del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente, justifica esta flexibilidad.

Por otro lado, cuando se haya oído al menor en el expediente debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 9.3 LPJM deberá en la resolución de fondo hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración. Como se señala en la Observación

nº. 12 del 51 periodo de sesiones del Comité de los derechos del niño celebrado en Ginebra del 25 de mayo a 12 de junio de 2009:

“Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia”.

La resolución que se dicte, una vez que alcance firmeza, produce efecto de cosa juzgada material respecto de otro expediente de jurisdicción voluntaria, tanto en el aspecto positivo como negativo, de manera que no puede plantearse otro expediente con el mismo objeto (salvo que se modifiquen las circunstancias) y lo resuelto en éste vinculará en el expediente posterior. Ello no se aplica respecto de los procedimientos contenciosos en los que puede volver a plantearse la cuestión, exigiendo, no obstante, el art. 19.4 LJV que la resolución que se dicte que se dicte confirme, modifique o revoque lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

## **9. RECURSOS**

Conforme establece el art. 20 LJV, las resoluciones interlocutorias pueden ser recurridas en reposición. Las resoluciones definitivas en apelación (auto) o revisión (decreto).

El recurso de apelación se prevé que no tenga efectos suspensivos, salvo que la ley disponga lo contrario. Tiene efectos suspensivos el auto que resuelva sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 60 LJV), el auto por el que se autoriza la realización de un acto de disposición o gravamen (art. 65.5 LJV), aceptación o repudiación de la herencia (art. 95 LJV).

Aunque la ley no lo establezca expresamente también puede interponerse recurso de queja (Liebana Ortiz y Pérez Escalona)<sup>63</sup>, lo que no cabe es interponer recurso extraordinario por infracción procesal o de casación [ATSde 20 de mayo de 2014 ( ROJ: ATS 4226/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4226A), ATS de 29 de abril de 2014 (ROJ: ATS 3620/2014).

La legitimación para recurrir se atribuye a cualquier interesado que se considere perjudicado por la resolución y al Ministerio Fiscal. Para su interposición se exige la asistencia letrada y la representación por medio de procurador.

La interposición de un recurso no genera tasa (Consulta de la DGT V0484-13, de 19 de febrero), aunque si el depósito previsto en la Disp. Adicional Decimoquinta de la LOPJ

## **10. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EXPEDIENTE DE ADOPCION**

---

<sup>63</sup>Obra cit. p. 172

El expediente de adopción se inicia por propuesta de entidad pública o por solicitud del adoptante<sup>64</sup>. En caso de que fuera por propuesta de la entidad pública, el art. 35 LJV establece que deberá contener los siguientes extremos:

a) Las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos<sup>65</sup>.

b) En su caso y cuando hayan de prestar su asentimiento o ser oídos, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando.

c) Si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública o en documento público.

Con la propuesta deberá acompañarse la declaración previa de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad<sup>66</sup> y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

Si lo presentara el adoptante por no requerir propuesta previa de la entidad pública, el ofrecimiento se hará por escrito en que se expresaran las indicaciones anteriores si fuera posible y las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicha legislación, además de cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

El Ministerio Fiscal no puede iniciar este procedimiento, pero ha de intervenir en el mismo en cuanto se trate de la adopción de menores de edad o de personas con la capacidad modificada judicialmente.

El procedimiento de adopción no sigue la tramitación general. Se trata de evitar la publicidad y no se prevé, por ello, la unidad de acto propia de la comparecencia, para que no haya

<sup>64</sup> No se requiere propuesta previa de la entidad pública en supuestos de adopción del No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.(arts. 176.4 CC)

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado”.

<sup>65</sup> Téngase en cuenta que conforme al art. 175.1 CC: “ La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código”

Y según el art. 175.2 CC: “2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año”

<sup>66</sup>Si la resolución administrativa fuera contraria a la declaración de idoneidad podrá impugnarse por el procedimiento previsto en el art. 780 LEC. En la adopción nacional no se establece plazo de vigencia de la declaración de idoneidad. En el caso de las adopciones internacionales es de 3 años desde que se hubiera emitido.

coincidencia entre la familia biológica y la adoptante, caracterizándose por unas comparecencias separadas de los distintos interesados a fin de que presten su consentimiento a la adopción o su asentimiento o simplemente para ser oídos<sup>67</sup>. Asimismo el carácter reservado de las actuaciones determina que en las notificaciones y en las resoluciones que se dicten se omitan los datos identificativos<sup>68</sup>:

1º. Consentimiento. Debe prestarlo el adoptante y el adoptando si fuera mayor de 12 años. Es requisito necesario sin él no puede continuar la tramitación del expediente. Hay una excepción y es en el caso de la adopción post mortem, que se permite siempre que el adoptante hubiese prestado su consentimiento y se trata de expedientes que no requieran propuesta de la entidad pública, con exclusión de la adopción del mayor de edad o menor emancipado. Al respecto el art. 176.4 CC determina:

“Cuando concurra alguna de las circunstancias 1.ª, 2.ª o 3.ª previstas en el apartado 2 podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”.

2º. Asentimiento. Deberán prestarlo las personas indicadas en el apartado 2 del artículo 177 del Código Civil<sup>69</sup>. A diferencia del consentimiento que siempre debe prestarse ante el Juez, es posible que el asentimiento se hubiera prestado con anterioridad ante la entidad pública o en documento público, en este caso, no será necesario reiterarlo ante el Juez, salvo que hubiera transcurrido más de seis meses desde que se dio. La controversia surge sobre las consecuencias que ha de atribuirse a su negativa a la adopción.

---

<sup>67</sup> Conforme establece el art. 39.1.LJV: “Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos recogidos en los apartados 2 y 4 del artículo 178 y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 180 del Código Civil”. el art. 178 CC hace referencia a lo que se ha llamado adopción abierta en la que el adoptante acepta que el menor al que va a adoptar mantenga relación con la familia de origen. Extremo que deberá hacerse constar en la declaración de idoneidad.

<sup>68</sup> Donapetry Camacho “*El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptando y de los adoptantes*, Diario la Ley, tomo 4, 1990, p- 996 indicaba al respecto que “esta reserva consistirá en no exhibir las actuaciones ni librar copia o testimonio a nadie y si bien no puede negarse a los interesados copia o testimonio de las resoluciones que se dicten se deberá evitar la mención en las mismas de los nombres concretos que pueden sustituirse por expresiones como “los solicitantes” “la madre o padre naturales”, “el adoptando” “los propuestos como adoptantes”...

<sup>69</sup>Estás son:”1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta.

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil....

Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.

En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados”

La causa más problemática es la que excluye del asentimiento a quien estuviera incurso en causa de privación de patria potestad exigiéndose que se determine por el procedimiento contradictorio del art. 781 LEC. La STS de 6 de febrero de 2012 (LA LEY 12830/2012) entiende que la situación de los padres a la que debe atenderse para determinar si estaban incursos en dicha causa es la del momento de la declaración de desamparo

El AAP Soria sección 1 del 10 de octubre de 2011 (ROJ: AAP SO 173/2011 - ECLI:ES:APSO:2011:173A) entendió que no era vinculante el asentimiento para al Juez con cita en el ATC núm. 319/1999, de 21 de diciembre de 1999 que consideró posible constituir la adopción aun cuando la madre biológica se niegue a prestar su asentimiento, siempre que entienda que la misma es beneficiosa para el niño.<sup>70</sup> Para el AAP Madrid, sección 22 del 28 de

---

<sup>70</sup> En concreto declara este Auto: En este sentido seguiremos los argumentos de la resolución de la Audiencia Provincial de Girona, de 2 de diciembre de 2010, que nos recuerda que el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su Auto núm. 319/1999, de 21 de diciembre de 1999; de acuerdo con su doctrina, "será posible constituir la adopción aun cuando la madre biológica se niegue a prestar su asentimiento, pues, dentro del amplísimo arbitrio que la Ley le concede, el juez puede aprobar la adopción en estos casos, siempre que entienda que la misma es beneficiosa para el niño". En la misma línea puede reconocerse la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987. Más concretamente la meritada Sentencia dice: "... es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras intenciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el art. 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil.»

En el mismo sentido descrito se pronuncia la llamada jurisprudencia menor, como es el caso de la Audiencia Provincial de Albacete, en su sentencia núm. 107/1996, de 8 de mayo, que afirma que "... el juzgador para constituir o no la adopción únicamente tendrá en cuenta el interés del adoptado... el asentimiento es una facultad de los padres biológicos que pueden o no prestarlo y que, por supuesto, no vincula al juez"; también la Audiencia Provincial de Barcelona, en su auto de 20 de marzo de 1991; lo mismo la Audiencia Provincial de Almería en su sentencia de 21 de mayo de 1992, coinciden en entender que debe adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de los padres biológicos. Más recientemente, la Audiencia Provincial de Cádiz, en su sentencia núm. 54/2005, de 11 de abril, ha dicho textualmente que «... habría de velarse por el derecho fundamental a la integridad moral del menor, concepto éste que impide pueda ejecutarse el retorno del menor con su familia de origen cuando pueda provocar daños psicológicos al niño, cuyo interés superior es el que debe guiar cualquier decisión y que se integra en el ámbito protegido por el art. 15 de la Constitución ... como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional».

En el mismo sentido citaremos el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, de 24 de noviembre de 2009, que dice: el "asentimiento" que deben de prestar determinadas personas, entre las cuales figuran el padre y la madre del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad, que tiene la naturaleza de una "conductio iuris", cuya ausencia puede producir una "ineficiencia condicionada" del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficiencia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta "lo que considere más conveniente para el adoptado, si cualquiera de los llamados a prestar su consentimiento, fuera de los casos del adoptante y del adoptado, no pudiera ser citado, o citado no concurriera" (art. 173, párrafo IV), facultad judicial que, según la doctrina científica, hay que extender incluso al supuesto de que dichas personas se negaren a prestar tal "asentimiento", pues aunque el legislador ha contemplado este evento sólo para el caso de las personas que deben "ser oídas", el mencionado art. 173 no sanciona con nulidad la carencia del "asentimiento", a diferencia de lo que acontecía en la legislación derogada (art. 176, Ley 24-4-1958), otorgándose por tanto plena libertad al juzgador, salvo los enumerados casos del consenso del adoptante y del adoptado."

La doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta en los párrafos precedentes tiene una muy sólida base en el texto de numerosos Tratados Internacionales, que convienen en entender que, en situaciones de especial conflictividad, el interés del menor prima sobre cualquier otro o, lo que es lo mismo, acogen decididamente la teoría del favor minoris; en este sentido se pronuncian la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y la Resolución del Parlamento Europeo núm. 3-0172/1992. Igualmente, la Constitución Española en su art. 39.4 establece implícitamente que el favor minoris es principio rector de la política social, y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor --que modifica parcialmente el Código Civil (Ley 27/1889) y la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/1881)--, expresamente establece: «en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

septiembre de 2001 (ROJ: AAP M 1404/2001 - ECLI:ES:APM:2001:1404A) por el contrario, la adopción del sujeto infantil, requiere, como requisito sine qua non y entre otros, el asentimiento de los padres del adoptando ( artículo 177 del Código Civil), al suponer una renuncia a la patria potestad, circunstancia de la que podrá prescindirse cuando los padres estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incursos en causa para su privación.

3º. Audiencia. Deberán ser oídas las personas a las que se refiere el art. 177.3 CC<sup>71</sup>. Su opinión no es vinculante para el Juez

Se suscita en estos expedientes la posibilidad de que se considerara que un progenitor sólo debiera ser oído y este entendiera que debía prestar su asentimiento. En este caso, el letrado de la administración de justicia en cuanto se ponga de manifiesto en el expediente deberá suspenderlo y otorgar el plazo de 15 días para presentar la demanda de la que conocerá el mismo Juez. Si la demanda se presenta en plazo, el letrado de la Administración de justicia dictará decreto declarando contencioso el expediente y acordando seguir la tramitación conforme a lo dispuesto en el art. 781 LEC<sup>72</sup>. Si no se presentara la demanda en plazo, el letrado de la administración de justicia dictará decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente de adopción, resolución que será recurrible en revisión. Pero que una vez que adquiera firmeza, impedirá cualquier otra reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

Cuando no se conociera el domicilio del que haya de ser citado el letrado de la administración de justicia deberá practicar las diligencias de averiguación conforme al art. 156 LEC, sin que haya lugar en caso de que su resultado fuera negativo, a una citación edictal, siendo sus consecuencias:

1º. Si fuera de la persona que deba prestar el consentimiento, el expediente no puede continuar y se producirá su caducidad en el plazo de 6 meses.

2º. Si fuera de la persona que deba prestar el asentimiento o ser oída se prescindirá del trámite<sup>73</sup> y la adopción acordada será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho que a los progenitores concede el apartado 2 del artículo 180 del Código Civil.

Cuando se averiguara su domicilio, y la persona no compareciere:

1º. Si fuera de la persona que deba prestar el consentimiento, el expediente se archivara, si no justificara causa que la imposibilitara de comparecer.

---

Teniendo en cuenta lo anterior, y pese a la oposición tajante de la madre de los menores a la adopción, estimamos que tal manifestación no es vinculante para la Magistrada Juez que decidió al respecto y el Auto apelado es conforme a derecho”.

<sup>71</sup> Estas son: 1.º Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

<sup>72</sup> Este expediente finaliza por medio de auto susceptible de apelación sin efectos suspensivos, contra el que no puede interponerse recurso de casación.

<sup>73</sup> El art. 177.2 CC establece que no será necesario el asentimiento “cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción”.o cuando el citado en legal forma no compareciere.

2°. Si fuera de la persona que deba prestar el asentimiento o ser oída, se incluirá el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran se seguirá el trámite sin más citaciones. Si no respondieran a la primera citación y no se hubiera realizado la citación en su persona, se les volverá a citar para dentro de los quince días siguientes, con el apercibimiento de que aunque no comparezcan el expediente seguirá su trámite. Y si no comparecieren se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho que a los progenitores concede el apartado 2 del artículo 180 del Código Civil.

El expediente en cuanto haya oposición se convierte en contencioso. Téngase en cuenta que la oposición puede manifestarse al no prestar su asentimiento las personas que la ley prevé o en el momento de ser oídas. No es pues necesario que se presente escrito de oposición en el plazo de cinco días.

De continuar el expediente de jurisdicción voluntaria se preé que se pueda ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando. Y se resolverá por medio de auto susceptible de ser recurrido en apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos.

El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## BIBLIOGRAFÍA

- Banacloche Palao, Julio
  - *Aspectos generales e introducción a las disposiciones comunes de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*. Publicación: Ley de la Jurisdicción Voluntaria Colección: Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 18 Año: 2016.
  - *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Analisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, La Ley, 2015
- Bayo Delgado, Joaquín *Principales problemas procesales en los procedimientos civiles competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, en la publicación “Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género de la colección Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 7 Año: 2011
- Brocá Majada - Corbal; Izquierdo Blanco, Pablo; Picó i Junoy, Joan: *Jurisdicción voluntaria. Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*. Editorial Bosch, 2016,
- Calaza López, Sonia *La nueva regulación de la jurisdicción voluntaria*, Practica de Tribunales n°. 116, septiembre-octubre 2015, Una nueva jurisdicción voluntaria de personas y de familia.
- Callejo Rodríguez, Carmen *El asentimiento a la adopción de los padres del adoptando no emancipado*. La Ley Derecho de familia n°. 9, primer trimestre de 2016, editorial Wolters Kluwer
- Cantouriense Santos, Ana, *¿Cómo debe hacerse la exploración del menor para asegurar su protección?* SEPIN, octubre 2015
- Carreras Maraña Juan Miguel *Jurisdicción voluntaria, Tramitación general. Comparecencia. Resolución, Recursos. Ejecución* Publicación: Ley de la Jurisdicción Voluntaria Colección: Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 18. Año: 2016
- Caso Señal, Mercedes, *Cuestiones procesales derivadas de la exploración de un menor en los procesos de familia*, SEPIN junio 2011
- Diaz Velazquez, Maria Auxiliadora: *Concurrencia de competencias entre el Juez de Violencia y el Juez de familia*”, LA LEY, Derecho de familia, n°. 12, cuarto trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.
- Donapetry Camacho *El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptando y de los adoptantes*, Diario la Ley, tomo 4, 1990, p- 996
- Fernández Gil, Cristina, *Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria*, Tecnos, 2016
- García García, Natalia, *Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación*, SEPIN julio 2013.
- González Granda, Piedad *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? (la reestructuración parcial de la materia en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria)*, Editorial Reus, Madrid, 2015.
- *Con la actual normativa vigente, nacional e internacional, ¿Se ha de respetar el derecho de confidencialidad del menor en las audiencias? ¿Se deberían distinguir supuestos?* Encuesta jurídica. SEPIN Enero 2017, Coordinadora Gonzalvez Vicente, Pilar.

- Liebana Ortiz, Juan Ramón y Pérez Escalona, Susana, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi 2015
- Magro Servet, Vicente *La concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad en la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria*, *Práctica de Tribunales*, nº. 116, septiembre-octubre 2015. La nueva regulación de la jurisdicción voluntaria.
- Martínez Derqui, Francisco Javier:
  - *Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer*”, Cuadernos digitales de formación nº. 25, año 2010, publicación “Intercambio de experiencias y unificación de criterios. Fase de instrucción y órdenes de protección”.
  - *La actuación de oficio del juez en casos de violencia de género. El art. 158 del Código Civil*, *La Ley, Derecho de Familia*, nº. 12, cuarto trimestre de 2016, editorial Wolters Kluwer.
- Peramato Martín, Teresa *El papel del fiscal en la adopción de medidas civiles en los procedimientos penales de violencia de género a la luz de las últimas reformas*, *La Ley, Derecho de Familia* nº. 12, cuarto trimestre de 2016, editorial Wolters Kluwer
- Pérez Galvan, María *la exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia*, *Diario La Ley*, nº. 8866, Sección Tribunal, 18 de noviembre de 2016, ref. D-404, Editorial Wolters Kluwer
- Velilla Antolín, Natalia *Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia* Publicación: *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*. Colección: *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº volumen: 18. Año: 2016

