



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO
DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Por oficio de fecha 11 de noviembre de 2013 el Secretario de Estado de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50 /1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en lo sucesivo EOMF), emita el correspondiente informe.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

La complejidad de la legislación proyectada determina que las siguientes observaciones se constriñan fundamentalmente a aquellos aspectos o disposiciones que afectan a las funciones que constitucionalmente tiene encomendadas el Ministerio Fiscal y, además, como es regla habitual en los informes del Consejo Fiscal, se ciñan única y exclusivamente a las cuestiones o matices del texto analizado que implican propuestas de modificación o reconsideración, omitiendo otras valoraciones o comentarios que, si bien pudieran tener interés desde el punto de vista doctrinal o dogmático, no constituyen aportaciones efectivas a la redacción de la norma, procurando de este modo una exposición más concisa y por tanto más



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

adecuada a la finalidad que se pretende, que no es otra que la de contribuir a mejorar la calidad y la claridad de los preceptos legales examinados.

El presente texto da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la indicada legislación orgánica del Ministerio Fiscal, expresando el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto.

2. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DEL ANTEPROYECTO.

Sobre la necesaria reforma en materia de la denominada jurisdicción voluntaria existe una larga y fundada opinión en todos los sectores jurídicos. Las críticas a la normativa vigente son coincidentes en cuanto a la gran dispersión legislativa (LEC, Código Civil, Código de Comercio, Ley y Reglamento del Registro Civil, Ley del Contrato de Seguro, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Propiedad Intelectual, Ley sobre extracción y trasplante de órganos, Ley Cambiaria y del Cheque, Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc.) con remisiones a expedientes judiciales que, sin entrañar una contienda entre partes, se atribuyen difusamente al juez o, por diferentes motivos, requieren su intervención.

Tales invocaciones a la actuación judicial han encontrado en la jurisdicción voluntaria un autentico cajón de sastre formado por un cúmulo de procedimientos de carácter incompleto y sin ninguna sistemática, que vienen demandando desde hace tiempo la necesidad de una reforma en profundidad de la jurisdicción voluntaria mediante el establecimiento de principios unitarios que permitan armonizar y actualizar la heterogeneidad de procedimientos que en la actualidad se encuadran bajo dicho concepto, así



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

como la racionalización del sistema vigente mediante una distribución de competencias adecuada a la realidad social y legislativa.

El Anteproyecto viene a atender a la reforma legislativa pendiente a tenor de lo establecido en la Disposición Final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (en adelante LEC/2000), que dispuso que el Gobierno en el plazo de un año, a contar desde la fecha de su entrada en vigor, remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria, ya que según se razona en su Exposición de Motivos, parece preferible, como se hace en otros países, regular la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria en ley distinta.

Por tal motivo, la Disposición derogatoria única LEC/2000 prorrogó la vigencia del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en lo sucesivo LEC/1881) relativo a la jurisdicción voluntaria, así como algunas disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y voluntaria contenidas en el Libro I y los artículos relativos a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en cuanto instituciones encuadradas formalmente en la regulación de la jurisdicción contenciosa pese a estar pacíficamente consideradas como actos de la jurisdicción voluntaria.

Dadas las dificultades con que tropezaron anteriores intentos de cumplir el expresado mandato, debe destacarse la importancia de que por fin se haya acometido el estudio, la revisión y la reforma en profundidad de una institución que, pese a su escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial, se encuentra en estrecha conexión con la vida diaria de los ciudadanos.

La trascendencia práctica de muchos procedimientos de jurisdicción voluntaria (como son los relativos a la conciliación, tutela, curatela, guarda de hecho, acogimiento, adopción, autorización judicial para tratamientos no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ambulatorios de personas con trastornos psíquicos, discordancias en el ejercicio de la patria potestad atinentes a la custodia o a las relaciones del menor con parientes y allegados, fijación de plazo para cumplimiento de una obligación, declaraciones de herederos) ha generado la necesidad de una mayor percepción por parte del ciudadano sobre la posibilidad de obtener efectivamente justicia y soluciones a través de un cauce simplificado y ágil, regido por los principios de inmediatez y concentración.

Se hace, por tanto, imprescindible no solo la reforma o actualización de los procedimientos que pueden ser de utilidad, sino también la supresión de expedientes obsoletos como son las informaciones para dispensa de ley o informaciones para apeos y prorrateos de foros (arts. 2071 a 2108 LEC/1881), el aumento de la prima del seguro en tiempos de guerra, la requisa de víveres, el préstamo a la gruesa o el abandono del cargamento para pago de fletes.

En definitiva, este Consejo Fiscal valora positivamente el nuevo perfil de la regulación que ofrece el Anteproyecto Ley de jurisdicción voluntaria que no se contrae solo a la originaria tutela de relaciones jurídico privadas, sino que se extiende a la protección de derechos indisponibles, intereses generales, públicos o sociales y a la resolución de conflictos de baja intensidad o menor relevancia.

El loable objetivo de regular los expedientes de jurisdicción voluntaria de manera que el ciudadano se vea amparado con el grado de efectividad que demanda una sociedad cada vez más consciente de sus derechos y más exigente con sus órganos públicos, no puede merecer sino el reconocimiento expreso por parte de este Consejo Fiscal, que comparte los motivos que inspiran la reforma y la finalidad que persigue. No obstante, en el presente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

informe se efectúan una serie de objeciones y consideraciones respecto al contenido de determinadas disposiciones, cuyo objeto, como ha quedado indicado anteriormente, no es otro que la cooperación en la mejora técnica de las mismas en cuanto afectan las funciones que el Ministerio Fiscal tiene legalmente encomendadas.

3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

El texto del Anteproyecto objeto de informe se inicia con una Exposición de Motivos con doce apartados, estructurándose a continuación el texto anticuado mediante siete Títulos, subdivididos en Capítulos y éstos a su vez en Secciones, con un total de ciento treinta artículos, además de tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y diecinueve disposiciones finales.

En la estructura del Anteproyecto se refleja la distribución de los actos de jurisdicción voluntaria entre los diferentes operadores jurídicos, extrayendo de su articulado la regulación de aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera de la Administración de Justicia, con la consecuencia de que sólo se regulan en su seno los actos competencia de Juez o del Secretario Judicial. Los expedientes encargados a Notarios y a Registradores se regularan respectivamente en la legislación notarial o hipotecaria.

El contenido de los siete Títulos es el siguiente:

En el Título preliminar, bajo la rúbrica "Disposiciones Generales" (arts. 1 al 8), se contienen normas sobre su ámbito de aplicación, competencia objetiva,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

legitimación y postulación, intervención del Ministerio Fiscal, así como sobre el criterio general sobre la práctica de la prueba.

El Título I "De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria" (arts. 9 al 22), está integrado por dos Capítulos dedicados, respectivamente, a las normas de Derecho internacional privado de la Ley y las normas generales de tramitación aplicables a todos los expedientes, salvo en lo que regulen sus normas específicas.

El Título II "De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas" (arts. 23 al 82) se subdivide en diez Capítulos que regulan: la autorización o aprobación judicial para obtener la autorización judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (Cap. I), la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial (Cap. II), el acogimiento de menores y la adopción (Cap. III), la tutela, la curatela y la guarda de hecho (Cap. IV), la concesión judicial de la emancipación y el beneficio de mayor edad (Cap. V), la protección del patrimonio de personas con discapacidad (Cap. VI), el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad judicialmente complementada (Cap. VII), la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con capacidad judicialmente complementada (Cap. VIII), la declaración de ausencia y fallecimiento (Cap. IX), la extracción de órganos de donantes vivos (Cap. X).

El Título III "De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia" contiene tres Capítulos en los que se regulan, respectivamente, la dispensa para contraer matrimonio de los impedimentos de muerte dolosa



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

del cónyuge anterior y de parentesco entre colaterales del tercer grado (Cap. I), la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en las relaciones de los menores en acogimiento con sus progenitores, abuelos y demás parientes y allegados, así como en los supuestos de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de bienes del menor o persona con capacidad judicialmente complementada (Cap. II), y la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (Cap. III).

El Título IV "De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a Derecho sucesorio" se subdivide en tres Capítulos en los que se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria que se atribuyen a los órganos jurisdiccionales en materia de derecho sucesorio: los relativos a la renuncia, prórroga, remoción del cargo del albacea, así como la rendición de cuentas y autorizaciones de actos de disposición por el albacea (Cap. I), el de aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo (Cap. II), y el de autorización o aprobación de la aceptación o repudiación de la herencia en los casos determinados por la Ley (Cap. III).

Título V "De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho de obligaciones" se subdivide en tres Capítulos con los siguientes epígrafes: de la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda (Cap. I), de la consignación (Cap. II), y de la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo (Cap. III).

El Título VI "De la conciliación" desarrolla de forma completa el régimen jurídico de la conciliación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Título VII "De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil" contempla los expedientes en materia mercantil que se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil, subdivididos en tres Capítulos con los siguientes epígrafes: De la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad (Cap. I), del nombramiento de administrador, liquidador o interventor de una entidad (Cap. II), y de la disolución judicial de sociedades (Cap. III).

El Anteproyecto contiene tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y otra derogatoria, así como diecinueve disposiciones finales.

El contenido de las disposiciones adicionales es el siguiente: referencias a la jurisdicción voluntaria contenidas en la anterior legislación (1ª), aranceles notariales y registrales (2ª) y modificaciones y desarrollos reglamentarios (3ª).

La disposición transitoria única se refiere a los expedientes en tramitación y la disposición derogatoria única a las normas que quedan derogadas.

Las disposiciones finales modifican determinados artículos: del Código Civil (1ª), del Código de Comercio (2ª), de la LEC/2000 (3ª), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (4ª), de la Ley 24/1992, de 10 noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España (5ª), de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (6ª), de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (7ª), de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (8ª), de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (9ª), de la Ley 41/2003, de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (10ª), de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (11ª), de la Ley Hipotecaria (12ª), de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (13ª), de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (14ª), del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (15ª), de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas (16ª), de la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (17ª), de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (18ª). Las disposiciones finales 19ª y 20ª tratan, respectivamente, del título competencial y de la entrada en vigor de la Ley que constituye el objetivo de presente Anteproyecto.

Es conveniente advertir que se aprecia un error material en índice general, toda vez que se omite la expresada Disposición final decimoctava con la consiguiente alteración en los ordinales posteriores.

Además, el Anteproyecto viene acompañado de la memoria del análisis del impacto normativo, económico y presupuestario, así como por razón de género y discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

4. VALORACIÓN DEL ANTEPROYECTO Y OBSERVACIONES.

Según se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, la reforma pretende dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una mayor coherencia y racionalidad, contribuyendo a la modernización de un sector de nuestro Derecho que no ha merecido la detenida atención que el legislador ha dedicado a otros ámbitos de la actividad judicial, pero en el que están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas. Además se aprovecha para homologar el ordenamiento español al sistema legislativo de otras naciones de nuestro entorno.

Muchos de los casos contemplados en la actual legislación (deslinde voluntario entre colindantes, adverbación de testamento ológrafo, elevación a escritura pública de un testamento otorgado sin intervención notarial, subasta judicial no ejecutiva, los expedientes de dominio, convocatoria judicial de una junta general, el nombramiento de un interventor o liquidador o auditor en los casos previstos legalmente) aun cuando vengan ahora atribuidos a decisión judicial en garantía de derechos, carecen de contenido jurisdiccional propio.

De entre las distintas posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria -que van desde la que la conciben como una actividad jurisdiccional hasta las que la consideran sustancialmente administrativa-, el Anteproyecto, sin aclararlo expresamente, parece asumir la heterogeneidad del actual contenido de la jurisdicción voluntaria, asumiendo que en parte tiene naturaleza jurisdiccional y en parte naturaleza administrativa, según los actos a los que se refiera, y descarta una atribución global de carácter administrativo o jurisdiccional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto asume el predominio de elementos de naturaleza administrativa en determinados expedientes hasta ahora denominados de jurisdicción voluntaria, lo cual permite la atribución de su tramitación y resolución a otros profesionales de carácter no jurisdiccional. Así, se proyecta la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria en una ley independiente, en la que se distribuye la competencia entre Jueces y Secretarios judiciales, reservando a los primeros aquellos supuestos precisados de su intervención, como garantía reforzada. Los expedientes que corresponderán a notarios y registradores se regularán en la Ley del Notariado o en la Ley Hipotecaria y dejarán de hacer alusión al término "jurisdicción" en su denominación.

La nueva regulación parte o se sustenta en los dos siguientes pilares:

PRIMERO.- *Desjudicialización de determinados expedientes*, extrayendo del articulado de la Ley de jurisdicción voluntaria la regulación de todos aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera del ámbito de la Administración de Justicia.

En definitiva, aunque la compleja norma que constituye el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria contiene numerosas modificaciones, la piedra angular de la misma se encuentra en la desjudicialización de aquellos supuestos que, en atención a su naturaleza jurídica, se estima que pueden ser atendidos por otros profesionales del Derecho, en concreto Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Mediante la distribución de la competencia para tramitar y resolver determinados asuntos de jurisdicción voluntaria se cumplen las sugerencias de la Recomendación n.º R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a *ciertas medidas dirigidas a prevenir y reducir la sobrecarga*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de trabajo de los Tribunales, y entre ellas, las de articular "en los casos apropiados, la solución amigable de diferencias, sea fuera del orden judicial, sean antes o durante el procedimiento judicial", prever "con estímulos apropiados, los procedimientos de conciliación, o en los que se confíe al juez, entre sus tareas principales, la búsqueda de una solución amigable del litigio entre las partes, frenar el aumento de tareas no jurisdiccionales confiadas a los Jueces y disminuirlas progresivamente confiándolas a otras personas u órganos".

Se reconoce en los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles competencias íntimamente ligadas a sus tradicionales funciones de seguridad jurídica preventiva (control de legalidad, garantía de derechos de intervinientes y terceros, valoración y calificación de actos y negocios). Con esta reordenación del marco de competencias se pretende aportar racionalización al sistema en tanto descarga el volumen de trabajo que pesa sobre los Jueces y rentabiliza la cualificación profesional y las funciones que el ordenamiento atribuye a los Notarios y Registradores.

Este trasvase competencial de buena parte de la jurisdicción voluntaria a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles resulta conforme con lo manifestado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de mayo del año 2000 (FJ 6º), en relación con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y su consideración como potestad jurisdiccional, amparada por el art. 117.3 CE. También el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto de Ley de JV de 2006 (página 23) exponía: "Sin la nota de la exclusividad del ap. 3 del art. 117 de la CE, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones (...)".



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Además, hay que señalar que el presente Anteproyecto, según se expresa en el apartado VI de la Exposición de Motivos y a diferencia de otros intentos anteriores, trata de evitar la alternatividad entre los juzgados y otros operadores jurídicos, es decir, la posibilidad de acudir indistintamente por elección del peticionario a diferentes ámbitos competenciales.

En relación con esta cuestión, no se puede obviar que la opinión mas extendida entre los profesionales y los grupos parlamentarios que debatieron anteriores propuestas legislativas apunta que, respecto de los actos de jurisdicción voluntaria que salgan de la órbita de la autoridad judicial, sería conveniente que el justiciable pudiera optar por acudir, o bien a la Administración de Justicia personificada en el Secretario Judicial, o bien a un Notario o Registrador.

Parece más aconsejable la idea de las competencias compartidas y la alternatividad, es decir, la posibilidad de que el ciudadano acuda a uno u otro operador jurídico, en tanto ello comporta un más amplio abanico de recursos a disposición del justiciable que, en garantía de sus derechos, podría optar por la Administración de Justicia y su carácter en principio, gratuito, (con gastos de Letrado y Procurador que fueran precisos en algunos expedientes) o por las Notarías o Registros de la Propiedad y Mercantiles, con sumisión a las previsiones arancelarias correspondientes como compensación de los beneficios de proximidad, coste del servicio, especialidad o celeridad en la resolución del asunto.

El pre-legislador ha optado por evitar dicha alternatividad con el objeto incrementar la seguridad jurídica que supone la clarificación de las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

competencias así como conjurar la producción de indeseables posibles duplicidades.

Por otro lado, la descongestión judicial perseguida no debería tener necesariamente consecuencias económicas negativas para el ciudadano porque el arancel notarial inicialmente aplicable a estos supuestos será el atribuible a los documentos sin cuantía, primado en las actuales previsiones arancelarias y que incluso podrían verse rebajado en el futuro. La experiencia que desde 1992 arroja la intervención notarial en las declaraciones de herederos *ab intestato*, la muestra como factor de ahorro en tiempo y gastos.

El Consejo Fiscal nada tiene que objetar respecto de estas opciones de política legislativa siempre que no supongan una merma de las garantías de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los justiciables.

De hecho, en lo que se refiere a la atribución de actos de jurisdicción voluntaria a órganos no jurisdiccionales no resulta alto extraño en nuestro ordenamiento jurídico. Ya en la legislación vigente se contemplan expedientes de jurisdicción voluntaria no judiciales tanto en leyes especiales como en la propia LEC, resultado paradigmático el caso de los expedientes de declaración de herederos promovidos por ascendientes, descendiente o cónyuge del causante tras la reforma operada en el art. 979 LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

SEGUNDO.- Se regulan en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria únicamente los expedientes que han de resolverse por los tribunales, bien por el Juez o bien por el Secretario Judicial.

El análisis detallado de esta cuestión se realiza *ut infra* junto con las consideraciones que, siguiendo la estructura del Anteproyecto, seguidamente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

se exponen respecto de aquellas aspectos de la proyectada reforma que afectan particularmente a las funciones las funciones del Ministerio Fiscal, con el objeto de que sean reconsideradas por el pre-legislador, para que los ambiciosos objetos de la reforma se vean colmados en la práctica.

*** ** *

TITULO PRELIMINAR. DISPOSICIONES GENERALES

Objeto y ámbito de aplicación.

El Anteproyecto sometido a informe introduce una reforma de profundo calado en la regulación de la jurisdicción voluntaria, cuyo objetivo y ámbito de aplicación queda establecido, respectivamente, en los dos apartados que configuran el artículo 1:

- 1. La presente ley tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales.*
- 2. Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley a todos aquellos que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.*

El concepto legal circunscribe la jurisdicción voluntaria a los expedientes que tienen por objeto la tutela de cuestiones de "Derecho civil y mercantil". En este punto este Consejo Fiscal sugiere la conveniencia de sustituir la conjunción copulativa "y" por la disyuntiva "o", que expresa mejor el objeto de esta norma, la cual siguiendo la tradicional partición del Libro III LEC/1881 en negocios de jurisdicción voluntaria en el ámbito civil y en negocios de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

comercio, extiende su ámbito a los asuntos referidos a uno u otro orden, no a ambos a la vez.

Por otra parte, el Anteproyecto utiliza como nota definitoria de los expedientes de jurisdicción voluntaria la *ausencia de contraposición* entre partes, *que deba sustanciarse en un proceso contencioso*. Mediante esta expresión se dan cabida a aquellos casos en los que la contradicción sea muy leve, tal como se produce en muchos actos de jurisdicción voluntaria - fundamentalmente en materia de personas y familia- en los que está latente una controversia aunque no tenga entidad suficiente para ser dirimida en un proceso contencioso.

Se incluyen, por tanto, dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria los procedimientos dirigidos a la solución de conflictos que el ordenamiento jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso. Se tratará de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justifica la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumple, en estos casos, las funciones de procedimiento sumario contradictorio o juicio rápido en el ámbito civil.

No puede obviarse la ambigüedad e inoperancia de esta definición que mantiene sin despejar la pregunta sobre cuáles son las controversias que pueden sustanciarse en la jurisdicción voluntaria y cuáles deben articularse en proceso contencioso.

La adecuada distinción entre unas y otras es quizá el tema central de una buena parte de los expedientes y donde se pondrá en juego la eficacia práctica de la ley. Si cualquier oposición entre interesados obligase a archivar el expediente y acudir a la vía contenciosa, resultaría más práctico dirigirse



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

directamente a ésta o, cuando fuera legalmente posible, arbitrar soluciones extrajudiciales alternativas.

Al respecto, el art. 18.2 establece una regla general de continuación del expediente en jurisdicción voluntaria pese a la eventual oposición de los interesados, pero admite implícitamente las excepciones que la ley puede establecer, sea para convertir el expediente en contencioso (esto debería ser facultad de los interesados) o para suspender su tramitación.

Por supuesto será fácil distinguir entre la mera discrepancia intrascendente, cuya concurrencia no compromete la adecuación procedimental de la jurisdicción voluntaria ni la suficiencia de su resolución en este tipo de expediente, de la controversia relevante que debería tener efecto de suspensión o cierre del expediente, para articular su decisión en vía contenciosa.

Es lógico que no toda oposición puede dar paso a la suspensión del expediente de jurisdicción voluntaria, pero sería bueno que el texto legal ofreciera alguna pauta (carácter técnico, sujetos, objeto, aspectos formales u otros) para discriminar la relevancia de la controversia u oposición entre los interesados y los efectos que puede o debe tener una controversia relevante en el expediente de jurisdicción voluntaria, sin partir, como parece hacer el art. 2 del Anteproyecto de que o no existe controversia o la existente no merece decisión jurisdiccional propiamente dicha, puesto que en algunos casos la controversia existe *ab initio* (constitución judicial del acogimiento) o se plantea con virulencia (oposición de los padres biológicos a la adopción de su hijo por terceros).

En relación con esta cuestión, este Consejo Fiscal estima que sería deseable la consignación expresa en la ley de los presupuestos de relevancia material,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

asi como la determinación de los sujetos hábiles para formular la oposición "relevante", y la atribución, al propio tiempo, de un margen de apreciación sobre la relevancia a la autoridad competente en cada caso.

La cuestión no es sencilla, por ello, aunque no se aclare legalmente con carácter general en el marco del artículo 1 que en los expedientes de jurisdicción voluntaria la oposición o controversia entre interesados no debe ser relevante y cuáles son los criterios para juzgar la relevancia, debería al menos, realizarse tal delimitación en la regulación de algunos concretos expedientes, particularmente en los de acogimiento familiar cuyo presupuesto es precisamente la preexistencia de una oposición de los padres a la decisión administrativa de constitución del acogimiento y, como se dirá más adelante, en los de adopción.

De todas formas, en la inmensa mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria el conflicto y la eventual oposición están latentes o encubiertos.

Si la ausencia de controversia de partes no puede ser el elemento definidor de la jurisdicción voluntaria, como mínimo una definición general más operativa debería consignar los objetivos y fundamentos de este ámbito procesal, y expresar que todo expediente de jurisdicción voluntaria tiende a la satisfacción de intereses jurídicos de particulares con la finalidad de garantizar la certeza de las relaciones jurídicas, verificar de las condiciones exigidas legalmente o tutelar a las personas.

En los expedientes para la constitución del acogimiento familiar y la adopción es donde resultará más problemática la determinación de la relevancia de la oposición que puede surgir en el expediente. Las características de informalidad, no preclusión de trámites, mayor discrecionalidad judicial y celeridad de la jurisdicción voluntaria son precisamente lo que demanda la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

constitución de la adopción por este cauce cuando no hay padres biológicos o éstos muestran su conformidad, pero cuando los padres vetan y aún más, se oponen radicalmente a la adopción, la jurisdicción voluntaria sólo podría ser cauce admisible de articulación de derechos e intereses, si siguiera la pauta general y expresamente declarada de permitir un procedimiento contencioso ulterior.

Pero las previsiones del art. 6.2 sobre las posibilidades de plantear en la jurisdicción contenciosa la misma cuestión, resultan desvirtuadas en el caso de la adopción por la irrevocabilidad de los efectos de su constitución judicial (art. 180 CC). En otras palabras, aunque la decisión del expediente de jurisdicción voluntaria (constitución de adopción) carece de efectos de cosa juzgada material, la irrevocabilidad de los efectos de la adopción impide o dificulta enormemente el planteamiento de la misma cuestión en vía contenciosa, sin mencionar que pasado un tiempo, la consolidación de vínculos afectivos estables de un niño con otra familia desaconsejará por lo general, el retorno con la familia biológica, desde la perspectiva de su conveniencia y superior interés.

Todo ello puede comportar en ciertos casos de adopción conflictiva, un déficit de tutela contrario también a la referencia de la Disposición Adicional de la LO 1/1996, 15 de enero de *Protección Jurídica del Menor* al "ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria", y a su inevitable traducción en la "posibilidad de acudir, sin restricciones, al juicio declarativo de menor cuantía una vez que, con carácter previo se resuelva el expediente de jurisdicción voluntaria, para ventilar en el mismo sin condicionantes previas la decisión que corresponda con plenitud de alegaciones y de pruebas y de eficacia de cosa juzgada" (STS de 22 de mayo de 2000, Sala 3.ª).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Competencia de materia de jurisdicción voluntaria.

El criterio seguido por la Ley de jurisdicción voluntaria es el de otorgar el impulso y la dirección de los expedientes a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez y al propio Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo, con arreglo a los siguientes criterio de competencia regulados en el artículo 2.

- Competencia objetiva

La competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, si bien se establece que el impulso y la dirección de los expedientes corresponderá al Secretario judicial. La competencia sobre la decisión de fondo se distribuye entre el Juez y el Secretario Judicial.

Ante la inexistencia de un consenso general sobre la naturaleza administrativa o judicial de los expedientes de jurisdicción voluntaria, resulta lógica en términos generales la opción de dejar el debate a la doctrina y atribuir a los jueces exclusivamente aquellos supuestos de jurisdicción voluntaria claramente precisados de su intervención, como garantía reforzada, y distribuir el resto de asuntos entre los Secretarios Judiciales y los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

El Anteproyecto reserva al Juez la decisión de fondo de aquellos expedientes que afectan a 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 reconocimiento, creación o extinción de derecho subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad judicialmente complementada. De forma que el Juez



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

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.

Como deficiencia puede señalarse que el texto prelegal no aporta ningún fundamento para la atribución competencial al órgano judicial, fuera de la implícita y genérica necesidad de redobladas garantías en asuntos relativos al estado civil y derechos de la persona. Pero también requerirían intervención judicial los asuntos en los que sea necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, aplicar valores o jerarquía de valores y no sólo reglas en caso de conflicto de intereses (por ejemplo, la autorización de transfusiones de sangre o intervenciones médicas no consentidas a menores de edad, en caso de riesgo grave por el rechazo del menor o de sus representantes legales), averiguar hechos o preexistencia de derechos, entre otros.

Tal ausencia de declaración competencial expresa parece determinar que el Anteproyecto acoge un sistema de *numerus apertus* en relación con el objeto admisible de expedientes de jurisdicción voluntaria que pueden plantearse por el cauce del procedimiento general o común que regula el Título II del Anteproyecto.

No obstante, convendría incluir una expresa reserva judicial respecto de todos aquellos expedientes en los que se trate de amparar cautelarmente alguno de los expedientes no específicamente regulados en la Ley relativo a situaciones previstas legalmente, como las anteriormente indicadas, que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por su parte, los Secretarios judiciales asumen un papel acorde a las funciones procesales que se les atribuyen tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. De este modo, se materializa la previsión contenida en el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que otorga competencias al Secretario judicial en materia de jurisdicción voluntaria cuando así lo prevean las leyes procesales, que da respuesta a la recomendación contenida en diferentes documentos oficiales (la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, el Libro Blanco de la Justicia, elaborado en el seno del Consejo General del Poder Judicial en 1997, o el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por los principales grupos parlamentarios el 28 de mayo de 2001).

Así, al Secretario judicial le incumbirá el impulso del expediente de jurisdicción voluntaria dentro de sus funciones de dirección técnica procesal, así como dictar las resoluciones interlocutorias que sean precisas. Para el desempeño de esta labor cuentan con la posibilidad legal, expresamente prevista en el artículo 438.3 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de utilizar los servicios comunes de las oficinas judiciales.

El Secretario judicial también 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). Del mismo modo, se mantiene la competencia del Secretario judicial en los actos de conciliación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En todo caso, convendría reflexionar sobre las atribuciones a los Secretarios judiciales de funciones que pueden resultar puntualmente excesivas en relación con los derechos y garantías del justiciable, en tanto que en ciertos procedimientos se erige como único sujeto competente para admitir a trámite las solicitudes de jurisdicción voluntaria y para decidir sobre admisión de medios de prueba (art. 5). En ellos no es un director procesal, sino un auténtico juez sustantivo.

A los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles se les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano. Su participación como órgano público responsable, en el caso de los Notarios, tiene lugar en la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio, y también en las subastas voluntarias, en la fijación del plazo de cumplimiento de las obligaciones, así como en materia de ofrecimiento de pago y de consignación de deudas pecuniarias (en este caso, de forma concurrente con el Secretario judicial). Asimismo, se prevé una actuación para reclamar notarialmente deudas dinerarias que pueden resultar no contradichas y que permiten, en tal caso, la creación de un título ejecutivo extrajudicial.

Muy importante es también la nueva regulación que de la celebración del matrimonio recoge el Código Civil, encomendando su tramitación al Notario o al Encargado del Registro Civil, al tiempo que la celebración del mismo podrá tener lugar ante el Notario, el Encargado del Registro Civil, el Alcalde u otros funcionarios.

Por su parte, la intervención del Registrador Mercantil se justifica por la especialidad material de ciertos expedientes en donde, de conformidad con



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la legislación mercantil y de sociedades, asume éste un especial protagonismo.

- Competencia territorial

Los fueros competenciales en relación con los expedientes de jurisdicción voluntaria vendrán fijados por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita (art. 2.2 Anteproyecto).

Este Consejo Fiscal valora positivamente la inaplicabilidad de sumisión a los actos de jurisdicción voluntaria, toda vez que mediante la misma se ejerce un control público sobre el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas privadas, bien en interés de ciertos sujetos que no pueden defenderse por sí mismos, bien en defensa de intereses generales mas o menos difusos, como el interés familiar o la seguridad del tráfico jurídico privado que puede ser afectado *erga omnes*.

Legitimación y postulación.

El artículo 3, al tratar de la legitimación para iniciar el expediente se refiere a titulares de derechos (legitimados) o intereses legítimos (personas con interés concurrente o complementario con el del solicitante) o a quienes tengan reconocida legitimación en la legislación relativa a la materia de que se trate. Sería útil la mención de la posible participación no sólo de afectados en sus derechos o intereses legítimos sino también, de "contra-interesados" es decir, personas con interés divergente al expresado por el solicitante.

Puesto que ni la ley ni la jurisprudencia han sentado conclusiones generales sobre el carácter preceptivo o no de la intervención de distintos afectados en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

expedientes de jurisdicción voluntaria, se impondrá en cada caso la necesidad de discernir, por un lado, entre solicitantes del procedimiento, afectados en sus derechos o intereses legítimos, interesados por tener interés concurrente o complementario, de cualquier tipo, y, por otro lado, los contrainterésados y terceros no interesados a los que el procedimiento no afecta.

El párrafo 2 del mismo artículo 3 opta por el carácter facultativo de asistencia técnica (Letrado y Procurador) como regla general, al señalar que será preceptiva en aquellos expedientes en que expresamente así se exija y en todo caso, para la presentación de recursos de revisión y apelación frente a la resolución definitiva. Al examinar el articulado y el tipo de expedientes que requieren forzosamente la asistencia de Letrado y Procurador se comprueba que sería más práctico establecer un orden inverso en el que se señalen con carácter general la intervención preceptiva de Abogado y Procurador y se enumeren las excepciones en las que tal intervención es facultativa y que podrían ceñirse a los expedientes que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio, sin perjuicio de la ulterior incorporación forzosa de la asistencia técnica que fuera preceptiva y los de cuantía indeterminada o mínima.

También debería declararse que el solicitante y los demás interesados tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita, con sujeción a lo establecido en su normativa reguladora, y que cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, si el solicitante o alguno de los interesados pretendiere su asistencia, se deberá poner esta circunstancia en conocimiento de los demás sujetos interesados en el expediente para que puedan también formular su solicitud en el mismo sentido.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Nada tiene que objetar este Consejo Fiscal respecto del contenido de esta norma en cuanto a la legitimación del Ministerio Fiscal para iniciar el expediente en los casos en que esté prevista su intervención, la cual se regula seguidamente en el artículo 4.

Intervención del Ministerio Fiscal.

De acuerdo con la Constitución (art. 124), la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 541) y su Estatuto Orgánico (art. 1), el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El artículo 3 del EOMF, en relación con las funciones en el orden jurisdiccional civil, específicamente establece que *para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, 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.

Normas que, si bien no contienen una delimitación precisa de los concretos procedimientos que exigen la presencia del Ministerio Fiscal en el orden civil, sí establecen los principios rectores de su intervención sobre la base de su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

configuración constitucional como defensor de los intereses público tutelados por la ley, habilitándose al Ministerio Fiscal para tomar parte en el proceso civil cuando esté en juego el interés público o la defensa de derechos o intereses de quienes carecen de capacidad de obrar o de representación.

Conforme a estos principios, el Anteproyecto circunscribe la actuación del Fiscal en la jurisdicción voluntaria a la protección de los derechos fundamentales y de las libertades pública, del estado civil de las personas y a la defensa de los menores o de las personas con capacidad judicialmente complementada. Así se dispone en el art. 4 al establecer 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 judicialmente complementada, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.*

La redacción propuesta mejora sensiblemente la contenida en el artículo 1815 LEC/1881, a tenor de la cual la intervención del Fiscal se delimita en función de que la solicitud afecte bien a los intereses públicos -lo que no siempre resulta fácil de precisar-, bien a persona o cosa cuya protección o defensa compete a la Autoridad.

El Anteproyecto coincide con las pretensiones señaladas en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal reduciendo su intervención en numerosos negocios de jurisdicción voluntaria en los que actualmente la tiene atribuida por considerarse que existe un interés general de personas indeterminadas (expedientes de dominio, declaraciones de herederos, extravío de cheques, etc.). Por tanto este Consejo Fiscal califica de acertada la retirada del Fiscal de estos expedientes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, en la regulación proyectada también se observa una diferencia sustancial en cuanto al modo de intervención del Ministerio Fiscal a tenor de la legislación actualmente vigente. Mientras que el artículo 1815 LEC/1881 establece que el Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará copia del expediente. El Anteproyecto elimina esta previsión sustituyéndola por la obligación de asistir a la comparecencia que se ha de celebrar en todos y cada uno de los expedientes regulados.

Sin duda, la regulación proyectada, presidida por los principios de oralidad e inmediación, incrementará los problemas ya existentes en las Fiscalías para atender los señalamientos del orden jurisdiccional civil.

Sobre esta cuestión conviene señalar que, si bien este Consejo Fiscal valora positivamente la circunscripción de la actuación del Fiscal en la jurisdicción voluntaria a la protección de los derechos y de las libertades públicas, del estado civil de las personas y a la defensa de los menores y personas que necesiten complementar su capacidad; la asunción de las normas del juicio verbal como base del procedimiento común adoptado -que este Consejo Fiscal también valora positivamente-, plantea numerosas dificultades prácticas para el Ministerio Fiscal, las que no debería pasar por alto el legislador, estableciendo las medidas necesarias para atender a las exigencias derivadas de la nueva regulación.

Así, es de significar que un problema de carácter general, determinante del grado de eficacia práctica o fracaso de esta la ley, puede derivar de no haber contado al introducir muchas de sus disposiciones ni con la organización judicial ni con la de la oficina del Fiscal.

Uno de los retos más difíciles de superar en cualquier Fiscalía Provincial es el elevado número de señalamientos a distribuir entre los Fiscales de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

plantilla. Al no estar prevista la agrupación de los asuntos civiles en Juzgados determinados, el Fiscal se ve obligado a acudir a los pueblos, sede del Juzgado, con el consiguiente consumo de esfuerzos y recursos escasos, para diligencias o procedimientos puntuales o en los que su intervención presenta escasa relevancia.

En relación con esto hay que subrayar otro aspecto importante. La Exposición de Motivos del Anteproyecto en su apartado VI reconoce como asuntos de mayor importancia, aquellos en los que están "en juego los derechos de los menores o personas con capacidad judicialmente complementada". Más adelante, en el apartado XI, al tratar de las modificaciones de la LEC/2000 que recoge para los procesos matrimoniales de familia y menores y en concreto de "casos de sustracción internacional de menores", dice literalmente que: *Se busca en esta reforma una mayor concentración de la jurisdicción, atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia con competencias en Derecho de Familia de la capital de la provincia en cuya circunscripción se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos y, si no hubiera, al que por turno de reparto corresponda. Con ello se favorece la especialización para resolver los problemas que surgen en relación con estos casos y, con ello, la calidad y la eficacia de la respuesta judicial.*

Con arreglo al mismo criterio, para garantizar las posibilidades materiales de asistencia del Fiscal será preciso plantear, como hace el proyecto de modificación de la LOPJ, la centralización de los asuntos en la capital de provincia en las materias de Familia, Tutelas (o apoyos, en el caso de las personas con capacidad de obrar modificada) y Protección.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En algunas provincias, las Juntas de Jueces están articulando Juzgados de Familia sin otro apoyo legal que las normas de reparto, y sin más dotación de profesionales que la que cada lugar tenga asignada.

Pero los ya sobrecargados Juzgados de Familia tienen dificultades añadidas para articulación y adecuado funcionamiento, pues para resolver los asuntos de su competencia no sólo precisan de medios judiciales ordinarios, sino de peritos especializados (Equipos Técnicos o Psico-sociales) y de una amplia red pública de apoyo para llevar a cabo programas de seguimiento e intervención en materias en las que el criterio de oficialidad prima sobre el tradicional principio dispositivo del proceso civil. El despliegue de estos recursos (Puntos de Encuentro, Servicios Especializados de Atención a la Familia y a la Infancia) ha quedado a merced del criterio y la disponibilidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas..

El presente Anteproyecto no aborda ni hace mención de la cuestión al margen de esta referencia a los casos de sustracción internacional de menores, que no serán precisamente los más numerosos y frecuentes.

Dada la importancia del papel de las Entidades Públicas de Protección de Menores en todos aquellos asuntos y expedientes relacionados con este ámbito, sería también imprescindible la centralización de los asuntos en la capital, por razón del fuero.

En este orden de cosas también sería conveniente que se articulasen Juzgados especializados en protección de menores y en los asuntos concernientes a las personas con discapacidad, dotados de personal técnico y red de apoyo. A estos efectos, conviene deslindar lo que es el control del sistema de protección administrativa del menor y las resoluciones - normalmente urgentes- que ello implica, del régimen competencial general de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

atribuciones de los Juzgados de Familia. Ello descargaría este tipo de Juzgados y permitiría una mayor especialización en los ámbitos que se conocen como protección jurídica de menores de edad.

Podría incluso rentabilizarse el despliegue de Juzgados de Menores, dotados ya de Equipos Técnicos especializados y de habitual relación con la entidad pública de protección, así como de un mayor conocimiento y especialización en las redes de apoyo públicas, y extender sus competencias -con la debida delimitación técnica y procedimental de ambos ámbitos de intervención- al ámbito jurisdiccional de la protección de menores.

Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal sería imprescindible la previsión, ausente del Anteproyecto, de aumento de recursos personales, porque la regulación prevista para los expedientes de jurisdicción voluntaria se traducirá en un incremento exponencial del número de señalamientos en los que la presencia física del Fiscal deviene indispensable, lo cual, atendido el volumen de servicios generales de todo tipo que en la actualidad son ya atendidos por las Fiscalías resultará, en la práctica, del todo inasumible por la Institución.

Téngase además en cuenta que en la mayoría de expedientes de jurisdicción voluntaria que se articulan en el presente Anteproyecto el final resultado de los mismos viene determinado por la fuerza probatoria de los documentos que se acompañan con la solicitud, no siendo en modo alguno determinante para aquel lo que pueda convenirse o debatirse en las comparecencias que, para cada expediente, se prevén. Por otra parte este Consejo Fiscal considera inconveniente la presencia imperativa del Ministerio Fiscal en todos aquellos expedientes cuya resolución no venga finalmente atribuida a la autoridad judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por ello, el consejo Fiscal, propone la adopción de las siguientes medidas:

- a) Incremento suficiente de la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, en la medida que resulta imprescindible -una vez que el Fiscal ha abandonado la posición pasiva y formularía que antaño pudo tener en el procedimiento civil- para poder adoptar la posición activa y eficaz que función constitucional reclama.
- b) Sin embargo, y como quiera que este Consejo Fiscal no desconoce la actual situación económica y presupuestaria, afectada por un severo recorte del gasto público, como alternativa a lo anterior, debiera inexcusablemente arbitrarse un trámite escrito, como el hasta ahora vigente, para que el Ministerio Fiscal pueda dejar constancia de su posición en relación con la cuestión debatida en defensa de los intereses que tiene encomendados, y ello sin perjuicio de que en determinados supuestos en los que, por los singulares intereses en juego o la relevancia práctica de la comparecencia prevista, se pudiese determinar la necesidad de su efectiva presencia física en la misma.
- c) En cualquier caso, y por los motivos que se expresan en el presente informe, no se considera en modo alguno adecuada a los intereses propios de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se prevén la presencia imperativa del Ministerio Fiscal en todos aquellos cuya resolución no corresponda expresamente a la autoridad judicial.

Prueba, tramitación simultánea, gastos y carácter supletorio de la LEC.

Seguidamente los artículos 5, 6, 7 y 8 regulan, respectivamente, la *prueba, la tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos, los gastos y el*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de cuyo contenido cabe resaltar la acertada regulación de la eficacia de la cosa juzgada que se establece en el art. 6, dejando claro que las resoluciones dictadas en expedientes de jurisdicción voluntaria generan eficacia de cosa juzgada material en dicho ámbito, pero no fuera del mismo, toda vez que no impiden la incoación de un proceso contencioso con el mismo objeto.

También se recogen normas generales para solucionar los problemas de acumulación de expedientes de jurisdicción voluntaria con idéntico objeto. La solución que ofrece el Anteproyecto es que continúe la tramitación del primer expediente incoado y que se archiven los expedientes posteriores. Sin embargo, en aplicación del principio de conservación de los actos procesales y a fin de evitar inútiles reiteraciones de pruebas, sería más acertado que tras el archivo se acordase la remisión de las actuaciones, circunstancia ésta prevista en el mismo artículo para el caso de archivo de expediente por haberse iniciado proceso jurisdiccional. La remisión de las actuaciones tras el archivo beneficia la tramitación del expediente y a los propios interesados, teniendo en cuenta que artículo 7 establece los gastos ocasionados en los expedientes serán a cargo del solicitante y los gastos ocasionados por testigos y peritos serán cargo de quien los proponga.

TITULO I. DE LAS NORMAS COMUNES EN MATERIA DE TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Los dos capítulos que integran el Título I regulan, respectivamente, las normas de Derecho Internacional privado y las normas procedimentales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Normas de Derecho Internacional privado.

Las normas contenidas en el Capítulo I se dedican a establecer el criterio general de competencia internacional para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria de acuerdo con lo que dispongan los Tratados y otras normas internacionales en vigor para España, siendo de aplicación, en su defecto, los foros de competencia internacional regulados en el art. 22 LOPJ.

Para la atribución a un órgano jurisdiccional español concreto, a falta de concreción en las normas internacionales, se establece el criterio del lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución.

También se regulan en este Capítulo I las normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, incluida su inscripción en los registros públicos (arts. 9 al 12).

Normas de tramitación general.

Por su parte, el Capítulo II se dedica a las normas generales de tramitación, es decir, aquellas aplicables a todos los expedientes regulados en el Anteproyecto en lo no establecido mediante normas específicas (art. 13).

Es interesante el diseño de un procedimiento general o común para los expedientes de jurisdicción voluntaria tramitados ante Jueces y Secretarios judiciales, lo cual se valora positivamente toda vez que permitirá sin duda una suficiente tutela sumarial de los derechos e intereses de los ciudadanos en tanto se articula básicamente sobre la estructura simple del juicio verbal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

a) Iniciación del expediente.

La iniciación del expediente está regulada en el art. 14, que mantiene, al igual que en la regulación actual, la simplicidad del escrito inicial, sin perjuicio de lo cual se establece la necesidad de consignar los datos y circunstancias de identificación del solicitante y de las personas que puedan estar interesadas en el expediente, así como sus domicilio o datos que permitan su identificación. También se exige una exposición clara y precisa de los hechos y fundamentos jurídicos de la pretensión en los supuestos en que la ley establezca la preceptiva intervención de abogado y procurador. Tal fundamentación jurídica no será precisa cuando no sea necesaria la asistencia de éstos, en cuyo caso en la Oficina Judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud.

En esta disposición también se exige la presentación de tantas copias cuantos sean los interesados. En este aspecto, estima este Consejo Fiscal que sería conveniente completar el precepto aclarando cuales son los efectos de la no presentación de copias, así se evitaría la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 275 LEC/2000, que en relación con la falta de presentación de copias con los escritos de demanda concede al solicitante un plazo de 5 días para su subsanación, debiendo tenerlo en otro caso por no presentado.

b) Acumulación de expedientes.

En relación con la regulación de la acumulación de expedientes prevista en el art. 15 del Anteproyecto llama la atención que el expediente pueda iniciarse de oficio, a instancia de persona legitimada o del Ministerio Fiscal y, sin embargo, se excluya a éste de la posibilidad de instar la acumulación de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

expedientes en los casos previstos en el artículo 15, por lo que debería recoger el precepto tal posibilidad.

También se advierte otra cuestión que podría ser objeto de matización, se trata de la redacción de la especialidad contenida en la letra b) del apartado 2.

Según la redacción proyectada al referirse a *las respectivas comparecencias* en plural, parece que los solicitantes deberán pedir la acumulación ante los diferentes órganos judiciales ante los que penden los expedientes. En su virtud, ambos órganos judiciales son los requeridos. Lo cual crea confusión cuando en el inciso final se hace referencia a *si el órgano requerido no accediese a la acumulación, la discrepancia será resuelta...*

Se estima que sería más adecuado modificar la redacción proyectada, estableciendo en el primer inciso que la solicitud se formulará ante el órgano que el solicitante estime competente, el cual será el órgano requerido a los efectos previstos en el art. 87 y sgtes. LEC/2000, de aplicación supletoria.

c) *Apreciación de la falta de competencia.*

En el art. 16 de Anteproyecto se establece el examen de oficio de las normas de competencia objetiva y territorial por parte del Secretario judicial.

Este Consejo Fiscal valora positivamente que se establezca la preceptiva audiencia al Ministerio Fiscal en los diversos apartados de esta disposición, toda vez que su intervención viene determinada por la naturaleza de orden público de las normas de competencia objetiva, lo que justifica la vigilancia por parte del Fiscal, como órgano garante de la legalidad (art. 3.8 EOMF). Además, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria las normas de competencia territorial también reciben el tratamiento de reglas imperativas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

d) *Admisión de la solicitud y citación de los interesados.*

Dispone el art. 17 del Anteproyecto que la resolución sobre la admisión a trámite o el archivo del expediente corresponde al Secretario, salvo en los asuntos en lo que la competencia está atribuida al Juez, al que, en cuyo caso, deberá darle cuenta.

Es de significar que si bien los artículos 16 y 17 otorgan al Secretario Judicial amplias facultades en la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, sin embargo no ofrecen solución a algunos supuestos en los que pueda existir discrepancia de pareceres entre el Secretario y el Juez, problema idéntico al que se produce en los procesos contenciosos ex artículo 404.2.1) de la LEC. En concreto corresponde al Secretario Judicial de oficio el examen de la competencia objetiva y territorial de la solicitud de iniciación del expediente, debiendo dar cuenta al Juez sólo en el caso que aprecie falta de competencia en los asuntos cuyo conocimiento corresponde al Juez, sin que, *a sensu contrario*, deba dar cuenta al juez de la admisión de expedientes cuyo conocimiento corresponda al Juez, hecho que originará un conflicto si el Juez con posterioridad a la admisión estimase que no es competente objetiva o territorialmente para conocer del mismo. Por ello se propone que en los expedientes cuyo conocimiento corresponde al Juez, el Secretario Judicial deba dar cuenta siempre al Juez del examen realizado sobre la competencia objetiva y territorial, tanto en el supuesto que estime que concurre como en el caso contrario.

También se establece que admitida la solicitud, el Secretario judicial citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir, con al menos quince días de antelación a su celebración, la cual se tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la admisión de la solicitud.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El establecimiento de estos breves plazos, se valoran positivamente en aras de la rapidez que ha de inspirar la resolución de estos expedientes, sin embargo, resultará muy difícil coordinarlos con la mínima planificación imprescindible en la organización y distribución de servicios de cualquier Fiscalía, que, como se ya se ha indicado, en la actualidad ya tienen dificultades para atender con sus exiguas plantillas el elevado número de señalamientos y servicios de guardia, añadiendo a ello la dispersión territorial de los órganos convocantes. Todo lo cual resulta especialmente preocupante en virtud de los efectos que produce la incomparecencia a estos señalamientos, a tenor de lo regulado en el art. 18, que seguidamente se analiza.

e) Celebración de la comparecencia.

En relación con el desarrollo de la comparecencia, el artículo 18 establece que se sustanciará por los trámites de la vista del juicio verbal con las especialidades que se regulan en dicho precepto.

Respecto de la primera de estas especialidades, en relación con los efectos que se establecen en caso de inasistencia del solicitante o de alguno de los demás citados (archivo o celebración del acto y continuación del expediente sin más citaciones, respectivamente) y enlazando con lo anteriormente expresado en relación con las dificultades en la organización de las Fiscalías, este Consejo Fiscal insta a una reflexión sobre la incidencia en las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal por las eventuales incomparecencias de sus miembros a muchas de dichas comparecencias, motivadas, como ocurre en la actualidad en relación con los procesos civiles, por la falta de recursos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Este Consejo Fiscal reitera su apoyo a los objetivos de esta reforma, pero también insiste en que la mismo no se podrá llevar a buen término con la actual plantilla y medios del Ministerio Fiscal.

f) *Decisión del expediente.*

Cuando se trata de intereses de menores o personas con capacidad judicialmente complementada, el art. 19.2 le permite al Juez *fundar su decisión en cualesquiera hechos de los que hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas y la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados.*

Aunque esta disposición entraña una cierta desnaturalización de los principios de la jurisdicción voluntaria, el criterio que se sienta es comprensible cuando se trata de intereses y derechos de menores o persona con capacidad complementada, al añadir al control de legalidad (comprobación de la concurrencia de todos los requisitos legales para la realización de un acto o declaración de un derecho), la posibilidad de un control *ex officio* de la oportunidad (para constituir o no el acogimiento o la adopción, por ejemplo) de la resolución judicial.

g) *Recursos y caducidad del expediente.*

Este Consejo Fiscal valora positivamente la regulación del sistema de recursos contenido en el art. 20 y el régimen de caducidad de expediente regulado en el art. 21, permitiendo recurso de reposición contra las resoluciones interlocutorias y recursos revisión ante el Juez o apelación, respectivamente, contra las resoluciones definitivas del Secretario judicial o del Juez, todo ello en los términos previstos en la LEC/2000.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

h) Ejecución de las resoluciones.

En relación con el cumplimiento y ejecución de las resoluciones de los expedientes de jurisdicción voluntaria el art. 22 de Anteproyecto se remite a lo establecido en los arts. 521 y 522 LEC/2000, aproximándose en esta materia a la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, la parca remisión a estos dos preceptos pese a la extensa regulación de la ejecución en la LEC/2000 habrá de entenderse que en lo no previsto en ellos será igualmente de aplicación lo establecido en aquella, por vía de la cláusula general de remisión supletoria.

TITULO II. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE PERSONAS.

En este Título se articulan expedientes específicos de tutela sumaria con reserva jurisdiccional, incardinable en el marco del art. 117.4 CE, en materia de condición y estado civil de la persona, derecho de familia, derechos indisponibles y restricción de derechos fundamentales.

Los derechos subjetivos e intereses tutelados en este ámbito de la jurisdicción voluntaria tienen la misma naturaleza que en el ámbito propio de la jurisdicción contenciosa, y especialmente en los casos de tutela de los derechos de los menores o personas con capacidad judicialmente complementada, por ello los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a estos asuntos deben cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

CAPITULO I. DE LA AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.

En el procedimiento regulado en este Capítulo, en virtud de los derechos subjetivos e intereses de que se trata, se requiere la intervención del Ministerio Fiscal y se atribuye al Juez la resolución de expediente.

Estos expedientes junto con los de adopción no asentida por los padres, que se analiza ut infra, suscitan controversias que pueden superar los parámetros de la jurisdicción voluntaria, por ello este Consejo Fiscal valora positivamente la garantía reforzada consistente en la apreciación judicial sobre lo que convenga al menor o persona con capacidad judicialmente complementada en el reconocimiento de la filiación no matrimonial otorgado por quien fuere hermano o pariente consanguíneo en línea recta del otro progenitor.

En relación con la regulación de este Capítulo en el que se prevén tres supuestos distintos en los que el reconocimiento de la filiación no matrimonial requiere una posterior aprobación judicial, con el común denominador de que el reconocido tiene que ser un menor o una persona con capacidad judicialmente complementada, este Consejo Fiscal considera confusa la redacción dada al supuesto b) del nº 3 del artículo 23, ya que al tratarse de tres supuestos independientes entre sí, los términos en los que se expresa el supuesto b) parecen estar referidos a la redacción del supuesto a).

Así el supuesto b) señala que será necesaria autorización judicial para la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial (...) otorgado *“por el otro progenitor sin el consentimiento expreso de su representante legal o de la asistencia de su curador (...)”*. La expresión “por el otro progenitor” al integrar supuesto independiente induce a confusión por faltarle el referente y *a priori* no se entiende si hace referencia al reconocimiento otorgado por un



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

progenitor en el supuesto de que el otro progenitor sea menor o tenga capacidad judicialmente complementada -supuesto a)-, si el representante legal o curador lo es del progenitor que reconoce o del progenitor del que reconoce, o si es el representante legal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada.

El verdadero sentido de este supuesto sólo se entiende poniéndolo en relación con el artículo 124 del Código Civil que establece que "la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido".

Parece por tanto que el representante legal lo es de reconocido y la letra b) estaría prevista para el caso de que uno de los progenitores sea legalmente conocido y quien reconoce es el otro progenitor, cuando no haya consentimiento expreso del representante legal o curador del reconocido. Por tanto, se considera conveniente dar una nueva redacción a este apartado.

Por otra parte dado que este tipo de expediente sólo está previsto cuando el reconocido sea un menor o una persona con capacidad judicialmente complementada, resulta superflua la referencia que hace el artículo 26 a que la resolución judicial sobre el reconocimiento atenderá entre otros aspectos al *"(...) interés del reconocido, cuando sea menor persona con capacidad jurídicamente complementada"*, ya que ésta última circunstancia concurre en todo caso. El nº 2 del mismo artículo 26 consagra una previsión inadecuada ya que establece que *"cuando se trate de reconocimiento de un menor o una persona con capacidad judicialmente complementada otorgado por quien fuera hermano o pariente consanguíneo en línea recta del progenitor, el Juez sólo autorizará la determinación de la filiación cuando convenga al menor o*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

persona con capacidad judicialmente complementada. Alcanzada por éste plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiese consentido".

En primer lugar señalar que esta previsión se considera incongruente ya que no está previsto en este expediente (artículo 25) trámite alguno relativo a que el reconocido deba prestar su consentimiento. El artículo 25 sólo establece que a la comparecencia deberán ser citados, entre otros, a los hijos si tuviesen suficiente juicio y en todo caso si fueran mayores de 12 años. Dada la trascendencia que el texto da a este consentimiento a efectos de una ulterior invalidación, debería haber recogido expresamente la forma, los supuestos y el alcance de este consentimiento. Pero, en cualquier caso, se considera improcedente y de escasa conveniencia otorgar efectos y consecuencias tan importantes a un consentimiento otorgado por un menor de edad (sin especificar la edad) o por una persona con capacidad judicialmente complementada (sin especificar el grado de discernimiento), por lo que se propone que se suprima el requisito de la falta de consentimiento para poder invalidar la determinación de la filiación una vez que haya alcanzado la plena capacidad.

CAPITULO II. DE LA HABILITACIÓN PARA COMPARECER EN JUICIO Y DEL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR JUDICIAL.

En estos expedientes, cuyo ámbito de aplicación se determina en el art. 28, se atribuye la competencia para su tramitación y resolución al Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad judicial complementada o por complementar, se establece que la intervención del Ministerio Fiscal no sólo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

para iniciar el expediente, sino también en el art. 29 para asumir la representación y defensa *en el caso de que el menor o persona con capacidad judicialmente complementada o a complementar haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento*, hasta que se produzca el nombramiento del defensor judicial.

El precepto tiene su paralelo en el actual artículo 8 de la LEC/2000, pero resulta difícil entender e incluso de asumir correctamente esta atribución al Fiscal de representar en juicio a menores o personas con discapacidad cuando pese a no haberse designado defensa y representación, existen personas que tienen conocimiento, contacto con el menor o persona con discapacidad y medios para hacerlo con conocimiento de causa.

CAPITULO III. DEL ACOGIMIENTO DE MENORES Y LA ADOPCIÓN.

Este Capítulo se subdivide en tres Secciones. La Sección 1ª "Disposiciones Comunes" contiene los arts. 33 y 34, atribuyendo la competencia de los expedientes sobre acogimiento de menores y adopción al Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección del menor acogido o adoptable y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. Siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, así como la de Abogado y Procurador.

- *Del acogimiento.*

La Sección 2ª (arts. 35 y 36) regula la constitución y cesación del acogimiento. Al respecto cabe señalar que como expresa la Circular FGE



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

8/2011 sobre *criterios para unidad de actuación especializada del MF en materia de protección jurídica de menores*, "la vía de la jurisdicción voluntaria para constituir acogimientos resulta anacrónica y hasta cierto punto incoherente con la reforma operada en el CC y en la LEC, por Ley 54/2007, de 28 de diciembre. Ello obliga a un esfuerzo interpretativo orientado a conseguir soluciones armónicas y coherentes con la finalidad perseguida por el ordenamiento".

Dada la importancia de los derechos e intereses en juego y la relevancia de la controversia que da lugar al expediente de jurisdicción voluntaria, hubiera sido más lógico prever un cauce más garantista para su articulación y decisión.

El mantenimiento del expediente de jurisdicción voluntaria para constituir acogimiento familiar cuando existe oposición por parte de los padres biológicos revela un cierto seguidismo del Anteproyecto en relación con las previsiones de la LEC/1881.

La regulación de este expediente es en principio correcta, pero el art. 35.1 debería especificar que la necesidad de constitución judicial del acogimiento viene exclusivamente determinada por la ausencia de asentimiento de los padres del menor. Quedaría claro así que el expediente sólo surge por la oposición de los padres y que, sin perder su carácter de jurisdicción voluntaria, comporta siempre un nivel de conflicto y contradicción, dado que frecuentemente, éste es además muy importante.

Sería conveniente exigir que la propuesta de la Entidad Pública contuviera todas las menciones previstas en el art. 173.2 del CC para la constitución de acogimiento familiar.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La audiencia —que no consentimiento— de los padres prevista en el art. 35.2 sólo puede perseguir el conocimiento y la constancia de las razones de su oposición. Puesto que el TC ha descartado la indefensión siempre que se conceda al interesado una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes (SSTC nº 75/2005, de 4 de abril, 298/1993, de 18 de octubre, 4/1982 y 14/1992) siguen siendo válidas las opciones que ofrece la Circular FGE 8/2011 en este trance:

- Dar por cumplido el trámite de audiencia y resolver sin más lo procedente en interés del menor, tal como parece dar a entender la expeditiva redacción del art. 35.3.
- Dar a los progenitores la oportunidad de practicar prueba. Esta sería la solución más idónea, pues la importancia de los intereses en juego y de los efectos del acogimiento reclama que se dé a todos la mayor ocasión posible para alegar y probar. E tal caso, debería consignarse expresamente en el texto legal.
- Instruirles de la posibilidad de formular oposición, mediante la formulación de demanda, de forma similar a la previsión contenida en el art. 781 LEC para los procedimientos de adopción, llevando a término el procedimiento de acogimiento, si no acreditan la presentación de demanda dentro de plazo.

La inclusión expresa de estas dos últimas opciones en el texto legal sería una garantía importante para los derechos de los interesados, habida cuenta de que los padres de menores en situación de desamparo y tutela administrativa son mayoritariamente personas vulnerables por sus carencias culturales y de todo orden, que demandan particulares esfuerzos frente a eventuales situaciones de indefensión procesal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Sería también útil incluir en el mismo art. 35.2:

- alguna referencia a limitación de las posibilidades de oposición de los padres. En puridad, no pueden alegar si hubo o no causa de desamparo o si, de haberla, ha mediado después la rehabilitación, pues para ello disponen del cauce previsto en el art. 780 y ss LEC, con sujeción a los plazos legalmente previstos.
- Referencia concreta al efecto que deba tener en la constitución del acogimiento la constatación de que los padres hubieran impugnado en tiempo y forma la declaración de desamparo o promovido procedimiento a efectos de rehabilitación, dado que no siempre será inexorable la suspensión del expediente de jurisdicción voluntaria en tanto no versa exactamente sobre el mismo objeto que tales oposiciones, pero sí puede ser aconsejable tal suspensión en evitación de situaciones indeseables como sería la estabilización o consolidación de situaciones (desvinculación entre el niño y su familia inherente al acogimiento familiar) sobre las que pende una eventual declaración judicial de inadecuación y cuyo remedio ulterior puede devenir luego contraproducente. La coexistencia de soluciones judiciales contrapuestas en este aspecto, (AAP Toledo secc. 1ª nº 40/2005, de 10 de mayo parte de la posibilidad de continuar el expediente de JV, mientras que otras como AAP Cádiz secc. 1ª 18/2005, de 7 junio, consideran imprescindible la suspensión) hace aconsejable un pronunciamiento legal más claro.
- Por último debe añadirse que, conforme al repetido artículo 35.2 del Anteproyecto el consentimiento del menor será necesario o bien cuando tenga mas de 12 años o bien cuando tuviese suficiente madurez y, paradójicamente, será también oído cuando "sea menor



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

de 12 años y tuviese suficiente madurez", lo que representa un contrasentido porque si el menor de 12 años tiene suficiente madurez deberá prestar su consentimiento a tenor de este mismo precepto, por lo que debería clarificarse la redacción del precepto en cuanto a la necesaria audiencia del menor.

Por otro lado, se plantea la cuestión que se seguidamente se expresa, en relación con la previsión de carácter general del art. 6 del Anteproyecto estableciendo que:

2. La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél.

Sin embargo, 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.

3. 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 en lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La justificación de una demanda de oposición al desamparo o de revocación ulterior por recuperación de los padres, ¿debería determinar la suspensión del procedimiento de acogimiento hasta que se resuelva sobre el desamparo o la recuperación de los padres?. Aunque en principio la respuesta no tenga que ser forzosamente afirmativa, sí puede serlo en algunas ocasiones y el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

texto legal debería aclararlo, en evitación de eventuales resoluciones contradictorias sobre la misma situación fáctica originaria y sobre todo, en evitación de consolidación de situaciones que puedan luego declararse inadecuadas al interés del menor, y por su consolidación, de difícil o imposible retroacción.

Debería por ello establecerse una posibilidad de suspensión análoga a la que se establece en el art. 39.4 en el expediente de adopción.

Es perfectamente lógica la inclusión del apartado 3 del art. 35, y su redacción es correcta pero, teniendo en cuenta la importancia de la audiencia de los padres biológicos (STC 143/1990, de 26 de septiembre), cabría añadir alguna cautela sobre la necesidad de extremar el celo en la corrección de los actos judiciales de comunicación con ellos. Bastaría trasladar aquí la doble citación y las demás prevenciones que en relación con los actos de comunicación establece el art. 41.1, 2 y 3 en el expediente de adopción. El fundamento es similar en la mayoría de los casos, y hasta mayor en supuestos de acogimiento en familia ajena que, aún arbitrándose como solución transitoria, puede generar vínculos estables que dificulten o incluso impidan en el futuro el eventual retorno a la familia de origen.

- De la adopción.

La Sección 3ª (arts. 37 al 44) regula el expediente de constitución de la adopción.

Si se reflexiona sobre la trascendencia de la adopción en relación con derechos de la personalidad y sobre la invariabilidad de los efectos que produce, mucho más relevantes que los inherentes a los demás actos e intereses sometidos a la jurisdicción voluntaria, resulta cuestionable el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mantenimiento de esta declaración judicial en este ámbito, al menos, en los casos en que los padres biológicos se opongan a la adopción.

La naturaleza de la jurisdicción voluntaria se acomoda bien a los casos en que no existen o no comparecen los padres del adoptando y a aquellos otros en que están de acuerdo con la adopción, pero presenta ciertas insuficiencias cuando los padres biológicos vetan o se oponen frontalmente a la adopción.

El expediente de adopción es mucho más relevante que cualquier otro de jurisdicción voluntaria relativo a menores de edad en tanto modifica de manera definitiva el haz de relaciones familiares, jurídicas y sociales del niño, su familia biológica y la familia del adoptante. A diferencia de lo que puede ocurrir con la constitución de filiación en la jurisdicción voluntaria (cabe luego determinar la paternidad o maternidad en proceso declarativo) la adopción es definitiva en principio, aunque el art. 6.2 diga que es posible posterior declarativo, o se niegue al auto final efecto de cosa juzgada material.

Como se ha apuntado anteriormente, ni la determinación judicial de la filiación no matrimonial, que el Anteproyecto reconduce a la jurisdicción voluntaria (arts. 23 a 26) ni la adopción no asentida por los padres se ajustan a los parámetros de la jurisdicción voluntaria. Y, admitiendo que un determinado nivel de controversia no impide la tramitación y conclusión del expediente de jurisdicción voluntaria, cuando la controversia es rotunda y relevante, en ambos expedientes deberían derivar en procedimientos de jurisdicción contenciosa.

La experiencia demuestra que es frecuente la articulación de varias oposiciones de los padres a las medidas de protección sobre hijos en declaración de desamparo. Se multiplican expedientes y procesos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

simultáneos sobre un mismo niño o grupo de hermanos, cuya acumulación no siempre es procesalmente posible o ni siquiera recomendable desde el punto de vista de la economía procesal. Esta multiplicidad de cauces favorece además resoluciones contradictorias.

Son supuestos ordinarios en que los padres biológicos impugnan la declaración de desamparo (art. 780 LEC), más tarde, la Entidad Pública propone acogimiento judicial iniciando un expediente de jurisdicción voluntaria, mientras un miembro de la familia extensa solicita acogimiento simple a su favor, y es posible que también plantee la adopción el cónyuge del padre o madre biológicos en expediente de jurisdicción voluntaria, en tanto se suceden otras oposiciones por parte de los padres biológicos que alegan su rehabilitación, o propuestas de adopción por parte de la Entidad Pública.

Si se constituye la adopción, también los padres no privados y sólo suspendidos de la patria potestad pueden impugnarla por la vía del art. 781 LEC.

Desde el punto de vista de la economía procesal y de la celeridad que reclama siempre la decisión sobre intereses de menores, sería más ventajosa la posibilidad de acumular todas las pretensiones encomendando su decisión a un único órgano judicial, en línea con lo que ya se establece en la Disposición Adicional 20ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de *Protección Jurídica del Menor (LOPJM)*, según la cual, *El Ministerio Fiscal velará para que, incoado un procedimiento sobre reclamación frente a resoluciones de la entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o de guarda, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que afecten al mismo menor. A*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

tal efecto, promoverá ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones oportunas previstas en la legislación procesal.

Una indicación clara de acumulación surge en relación con el procedimiento de privación de patria potestad prevista en el art. 170 CC, que se tramita por el juicio ordinario, que se interrelaciona obviamente con el procedimiento de adopción del hijo en tanto que la privación de la patria potestad comporta la del derecho de asentimiento a la adopción y a la vez esta última privación, si la adopción se constituye, acarrea la extinción de la patria potestad de los padres del adoptando.

La competencia vendría atribuida en función de la mayor trascendencia de su decisión a aquél que hubiera de decidir sobre la adopción, y ello lógicamente en jurisdicción contenciosa. Esta solución además de la concentración procesal y la celeridad, ofrecería la ventaja de una única valoración judicial del interés del mismo menor frente a la que se abriría una vía unificada de recurso para todos los distintos interesados.

Por ello, frente a la solución que se ofrece con carácter general en el art. 6.2 *Sin embargo, 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, cuando se trata de adopción de un menor sobre cuyo desamparo, acogimiento o adopción se presentan diferentes posturas enfrentadas, parece más práctico abrir la vía del proceso contencioso y acumular al mismo todas las pretensiones pendientes.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En cualquier caso, debería expresarse tajantemente que en ocasiones el expediente de jurisdicción voluntaria de adopción debe dar paso a proceso contencioso.

El expediente adopción comienza con el escrito de la Entidad Pública de protección que la propone. Sin perjuicio de la regulación específica en uno u otro caso, debería hacerse constar con carácter general que el expediente comienza con el escrito de la Entidad Pública o del adoptante cuando está legitimado para ello. Los términos del art. 37.1 se refieren exclusivamente a la Entidad Pública sin mencionar al adoptante(s), que sin embargo también están legitimados en ciertos casos conforme al CC (cuando el adoptando lleve más de un año en acogimiento preadoptivo o en tutela, como se desprende del propio art. 40.4 del Anteproyecto). A ellos alude el art. 37.2

El art. 6.2 establece el efecto de cosa juzgada material en el seno de la jurisdicción voluntaria al establecer, con carácter general que resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél.

Hay que entender que la resolución negativa del expediente remite al solicitante a la jurisdicción contenciosa. Esta solución tiene sentido en la inmensa mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria, pero puede no tenerlo en el de adopción porque los fundamentos de la decisión y en definitiva, lo que es el interés superior del adoptando menor de edad, pueden variar notablemente con el paso del tiempo y el rápido cambio de situación y circunstancias del niño, permitiendo o forzando nuevas solicitudes y soluciones.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Sería conveniente añadir un apartado más a este precepto exceptuando de sus previsiones generales los expedientes de adopción, en cuya tramitación específica podrían regularse los distintos efectos de la eventual oposición.

El mismo art. 6 continúa diciendo que 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. Luego, en su apartado 2 dispone que la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél.

Esta disposición es perfectamente lógica y se desprende de la propia naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria que carece de efecto de cosa juzgada material *ad extra* adopción de personas no pueden aplicarse al pie de la letra estas reglas generales.

Debería añadirse "*salvo los expedientes relativos a la adopción*". En otro caso, cabrá plantearse si, pese a lo que dispone el art. 180 CC sobre la irrevocabilidad de adopción, una vez constituida mediante resolución en un expediente de jurisdicción voluntaria, es posible iniciar un proceso declarativo para discutirla contenciosamente y que un juez dicte resolución contraria, con efecto de cosa juzgada material.

Tras la propuesta de adopción, se recaban los consentimientos y asentimientos de quienes en uno u otro caso deben prestarlos. Aunque se desprende tras el análisis, debería hacerse constar expresamente que la comparecencia para consentir o asentir deberían ser previas a cualquier otro señalamiento, pues sin los consentimientos o asentimientos preceptivos, procederá el archivo del expediente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Si comparecen los que deban intervenir parece que procederá la comparecencia del juicio verbal al que se remite la regulación general del expediente de jurisdicción voluntaria (art. 18) con las particularidades propias del expediente de adopción.

Es en este momento donde, posiblemente se formulen las oposiciones a la constitución de la adopción. Por regla general, en la jurisdicción voluntaria la oposición debe comportar el archivo del procedimiento y la consiguiente posibilidad de incoar un proceso contencioso ya que con ella se formula, expresa o implícitamente, una pretensión contra o frente a otra persona. Dicho de otra forma, una vez manifestada la oposición, el objeto de los expedientes es materia propia de la jurisdicción contenciosa y no de la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en este Anteproyecto, la continuación del expediente hasta el final se erige en regla general. En el expediente de adopción, la oposición no determina el archivo. Sólo procede la suspensión cuando los padres del adoptando nieguen su asentimiento y pretendan que se les reconozca su derecho a otorgar o denegar el asentimiento (art. 39.4), en cuyo caso, sí se suspende el expediente para tramitar el juicio referido en el art. 781 LEC.

El párrafo segundo del art. 18.2 prevé 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.*

Como se ha apuntado ya, esta regla general debería matizarse expresamente en el caso de los expedientes de acogimiento pero particularmente en los de adopción. Es extraño que se considere suficiente para suspender el expediente la pretensión de los padres sobre la necesidad



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de asentimiento, cuando frecuentemente lo que articulan es oposición frontal a la adopción. La dificultad que plantea la distinción entre la negativa a prestar asentimiento y la oposición frontal a la adopción, conduce a la conclusión de que toda oposición de los padres que no hubieran sido privados de la patria potestad es relevante y debería generar un proceso contencioso, en tanto que elimina el presupuesto procesal del asentimiento.

Ya se ha dicho que es lógico fijar los trámites de jurisdicción voluntaria, más rápidos y sencillos para la constitución no conflictiva de la adopción, pero cuando el procedimiento para acordarla puede comportar compromiso de derechos procesales (de carácter constitucional, como el derecho al proceso debido) de las personas implicadas, es precisa una vía contenciosa aunque conlleve un a demora de la solución. Es el criterio que sigue el art. 781 LEC al que se remite el artículo 39.4 del texto propuesto para el caso de que los progenitores pretenden que se les reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción conforme al procedimiento regulado en el art. 781 LEC, como presupuesto de la suspensión del expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento.

Aunque ciertamente la jurisdicción voluntaria respeta los mínimos constitucionales de tutela sumaria de derechos, carece de efecto de cosa juzgada material, lo que se compadece mal con lo que deberían ser presupuestos de la creación de una filiación adoptiva, en aras de la relevancia de los efectos que esto comporta.

Por otra parte, y aunque se declare expresamente la posibilidad ulterior de acudir a la vía contenciosa, el art. 180 en relación con el 177.4 del CC no dejan lugar a dudas sobre la irrevocabilidad de la adopción judicialmente constituida.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Debería por tanto darse un régimen específico a estos expedientes y prever la necesidad de su tramitación y decisión en vía contenciosa cuando se suscite una controversia relevante -a juicio del órgano judicial- entre interesados legítimos, aunque se limite el ámbito de los mismos a los padres biológicos del menor adoptando. La opción entre una posibilidad de conversión del expediente en contencioso o el cierre del expediente de jurisdicción voluntaria, dejando a los interesados la posibilidad de acudir a la vía contenciosa parece zanjada en el texto general del Anteproyecto, pero parece preferible por razones de economía procesal y concentración, la primera alternativa.

Conforme a las disposiciones comunes a todos los procedimientos relativos a derechos o intereses de menores, el Juez puede pedir cuantas diligencias considere oportunas.

Por último, el Juez dictará el auto final, recurrible en apelación, y se debe notificar a todos a quienes pudiera deparar perjuicios, porque la LEC es supletoria (art. 12 Proyecto), así como en virtud de lo dispuesto en el art. 270 LOPJ. En concreto deberá notificarse a los padres biológicos que no hubieran comparecido, no solo para evitarles perjuicios, sino también para suprimir uno de los requisitos exigidos en una hipotética demanda de extinción de la adopción. Si recurren, no se les puede denegar legitimación, y se debe admitir su personación (a la vista de la STC 124/2005, entre otras).

CAPITULO IV. DE LA TUTELA, LA CURATELA Y LA GUARDA DE HECHO.

La regulación de la tramitación de estos expedientes no supone ninguna modificación sustancial respecto de la actualmente vigente, que ya atribuye



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

importante funciones de vigilancia al Ministerio Fiscal, cuyo adecuado cumplimiento está afectado por una escueta plantilla y escasos medios materiales, por lo que este Consejo Fiscal reitera que sería necesario que por el pre-legislador tuviera en cuenta estas cuestiones a los efectos de conseguir los objetivos pretendidos por el presente Anteproyecto.

En la Sección Primera bajo el epígrafe de "Disposición común" se recogen normas sobre competencia y postulación. En materia de competencia territorial el Anteproyecto la atribuye con carácter principal al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor o de la persona con capacidad judicialmente complementada y subsidiariamente al Juzgado de la residencia de éstos. Posteriormente se establece que el órgano judicial que haya conocido del expediente es competente para conocer de todas sus incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor persona con capacidad judicialmente complementada resida en la misma circunscripción.

La Sección Segunda regula la Tutela y la Curatela estableciendo una regulación conjunta a diferencia de la anterior normativa que distinguía el nombramiento de tutores y los distintos curadores (para los bienes, ejemplares y para pleitos) y que es aplicable sólo en el caso de que no se solicite la constitución de tutela o curatela en un proceso judicial para completar la capacidad de una persona, con lo que los casos en los que se instará este expediente serán previsiblemente escasos.

El art. 47 regula la tramitación del expediente y dado que este artículo está en íntima conexión con el art. 223 CC relativo a las formas de nombramiento de tutor (y curador por remisión del art. 291 CC), para una mejor comprensión del precepto, convendría dar una nueva redacción al inciso final



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

del apartado 1 del art. 47 en el sentido de que a la solicitud deberá acompañarse "(...) y, en su caso, certificado de últimas voluntades, testamento o documento público notarial otorgado por los progenitores en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores o con capacidad judicialmente complementada o documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela".

Por cuanto se refiere al punto 1 del art. 49 relativo a la formación de inventario sería conveniente suprimir el término "papeles", poco propio, siendo suficiente la referencia a "documentos".

En definitiva el Anteproyecto otorga una amplia intervención al Ministerio Fiscal en los expedientes de tutela y curatela, así en la comparecencia de constitución de la tutela o curatela, en la adopción de medidas de vigilancia y control del tutor o curador, en la modificación de la fianza prestada por el tutor o curador, en la formación del inventario de los bienes, en la fijación de la cuantía de la retribución del tutor o curador y en la comparecencia en la que el tutor o curador presenta informe sobre la situación del afectado y rinde cuentas, pero curiosamente no le da intervención ni en la constitución de la fianza del tutor aunque sí en su modificación (art. 47.5), ni en la remoción del tutor en los casos en los que tal remoción no haya sido instada por el Ministerio Fiscal (art. 51), ni en la comparecencia sobre la excusa alegada por el tutor en la que nombra a un nuevo tutor o curador (art. 52.2), lo que representa un contrasentido no alcanzando a comprender el porqué de la exclusión del Ministerio Fiscal en estos actos judiciales dada su presencia en todos los demás.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

CAPITULO V. DE LA CONCESION JUDICIAL DE LA EMANCIPACIÓN Y DEL BENEFICIO DE MAYORÍA DE EDAD.

Es interesante la regulación específica de estos expedientes habida cuenta de la detección de varios supuestos de emancipación fraudulenta, bien cuando los padres pretenden eludir cargas y responsabilidades por la conducta del hijo, bien cuando en casos de divorcio de los padres, el propio hijo busca ampararse en la emancipación para decidir con cuál de sus progenitores quiere vivir y reclamar luego alimentos.

La Memoria de la FGE correspondiente al año 2009 incluía una propuesta de reforma legislativa en relación con la regulación de la emancipación que se realiza en el art. 317 CC, de la que se han detectado algunos abusos.

Conforme a la normativa vigente basta la escritura pública o la comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil para que en los casos en que el menor lo consienta, puedan los padres terminar con sus responsabilidades derivadas de la patria potestad. En estos supuestos no existe ningún control en beneficio del menor para valorar las condiciones en las que va a quedar ni la forma en la que presta el consentimiento. El sistema actual de emancipación deja sin solución la posibilidad de exigir requisitos adicionales al de la edad como son la independencia económica del emancipando, su madurez, el papel del Notario o del Fiscal, así como la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad o de revocar la emancipación notarial.

A efectos de dar solución a estas cuestiones y de controlar que la emancipación no sea contraria al interés superior del menor se proponía



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

entonces modificar el art. 314 CC reduciendo los supuestos de emancipación a los de mayoría de edad, matrimonio y concesión judicial.

Se suprimiría, por tanto, la emancipación por concesión de los que ejerzan la patria potestad tal como está regulada actualmente. Se proponía mantener en el ámbito de la emancipación por concesión judicial los supuestos actuales a solicitud del menor de edad y se añadiría la posibilidad de solicitud de los titulares de la patria potestad, pero con exigencia de justa causa, entendiendo por ésta la madurez del menor. En el expediente de emancipación habría de supervisarse la capacidad económica de quien va a ser emancipado, con posibilidad de fijar en la misma resolución una pensión de alimentos en favor del mismo. Debiera preverse la intervención del Ministerio Fiscal, en salvaguarda del interés del menor, así como la posibilidad de recabar informes de técnicos en caso de que se considere necesario.

Se proponía finalmente el mantenimiento del contenido del actual art. 319 CC (emancipación por vida independiente) como presunción *iuris tantum* de emancipación, pero con posibilidad de prueba en contrario.

Es de lamentar que no se aproveche la ocasión que brinda el presente Anteproyecto para abordar esta modificación e introducir por la vía del expediente de jurisdicción voluntaria un control judicial sobre la concesión de emancipación por parte de los padres, para su mejor articulación en consonancia con los intereses de la persona a menor de edad.

La regulación que se prevé para la concesión judicial de emancipación parece considerar que el Fiscal no deba de intervenir necesariamente en todos los supuestos ya que el art. 57 respecto a la convocatoria habla de “en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

su caso". Esto sugiere que sólo se considera ineludible su intervención en los casos en que actúa como defensor del menor.

Pero éste es uno de los asuntos en que el Fiscal debería intervenir siempre para informar "en interés del menor" lo más conveniente respecto a la emancipación.

Precisamente por ello, no debería constituirse en defensor del menor en los supuestos de falta de asistencia de los padres (art. 56.1). La mejor solución para garantizar la imparcialidad del Fiscal es el nombramiento de un defensor judicial.

Cuando los padres no quieren o pueden dar su asistencia al menor y el Fiscal considera que no es conveniente su emancipación, precisa forzosamente asistencia para dar curso a su solicitud y permitir la resolución judicial.

Caben dos posibilidades: que el Fiscal preste su asistencia para la articulación de la solicitud, lo que supone en cierto modo un apoyo y un anticipo de la postura a adoptar, aun antes de la práctica de las pruebas. Cabe también que el Fiscal que asiste, informe luego en contra de la emancipación, lo parece una suerte de "contradicción". Es preferible por todo ello, el nombramiento de defensor judicial del menor y la intervención imparcial del Fiscal en el expediente.

Por su parte el 56.2, regula los documentos que deben acompañar a la demanda y los concreta en aquellos que acrediten la concurrencia de la causa de emancipación. Sería bueno incluir información sobre medios de vida, planes de futuro, vivienda, recursos, etc, En definitiva, incluir una especie de plan de relaciones familiares como el que se exige en alguna



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

legislación autonómica para las previsiones a adoptar en caso de ruptura de las relaciones familiares.

*** **

Dentro de este Título II "De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas" debería incluirse otro Capítulo que regulara un expediente específico para obtener la *autorización judicial que el tutor precisa para acordar el ingreso de un menor tutelado en centro de educación o formación especial* (ART. 271 CC).

Ya se ha hecho referencia ut supra al carácter de *numerus apertus* de los procedimientos de jurisdicción voluntaria a los que les puede ser de aplicación las normas procedimentales contenidas en el Capítulo II del Título I del Anteproyecto, como puede ser la autorización judicial de esterilización de personas con graves deficiencias psíquicas (art. 156.2 CP) o autorización judicial de tratamiento médico forzoso de personas con enfermedad mental severa, como alternativa a la incapacitación y al internamiento forzoso; así como para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, ahora regulado en el ámbito de la jurisdicción contenciosa (art. 264 CC).

El Anteproyecto no hace ninguna mención a estos supuestos que tal vez debieran incluirse.

De igual modo, debería regularse expediente de autorización judicial de ingreso de menores tutelados en Centros de Protección para menores con trastornos del comportamiento, cuando dichos centros reúnan condiciones específicas de seguridad.

La necesidad de esta autorización está prevista en el art. 271.1 CC. Son cada día más numerosos los menores que en el seno de sus familias o en el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ámbito del sistema de protección, presentan alteraciones y trastornos graves del comportamiento caracterizados por la impulsividad, el bajo nivel de tolerancia de la frustración y el recurso a la violencia como forma de solución de conflictos.

Aunque es difícil hacer una caracterización general, algunos de estos trastornos demandan un tratamiento específico a través de la estructuración y organización de la vida diaria y las actividades de formación en ambiente pedagógico y terapéutico profesionalizado.

Muchos centros de protección especialmente diseñados para acoger y tratar a menores con trastornos de comportamiento, deben ser considerados de educación o formación especial si incorporan elementos constructivos de seguridad, particular restricción de libertad de los menores acogidos y sus reglamentos de régimen interior prevén la aplicación de medidas de contención.

La decisión de ingreso en centros de esta índole se ubica en el ámbito de facultades y deberes de la patria potestad pero no en el de la tutela (art. 271.1 CC), sea ésta ordinaria o automática, tal como se afirma en la citada Circular 8/2011 FGE, apartado IX.

Lo ha confirmado también la doctrina de las Audiencias Provinciales en Autos nº 137/2010, de 28 de junio de la AP de Alicante -Sección 9ª- y de 23 de marzo de 2012 de la AP de Madrid -Sección 22ª-, entre otros. Se reconoce en ellos la necesidad de intervención judicial para el ingreso de menores de edad tutelados en centros de protección especiales o de seguridad, y la competencia de los Juzgados de Familia para conocer los procedimientos en que así se solicite.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El procedimiento para que la Entidad Pública de Protección de Menores o el tutor ordinario soliciten el ingreso de un menor tutelado en este tipo de centros no puede ser el previsto en el art. 763 LEC, pues la decisión no afecta a menores con "trastorno psíquico". La Circular indica que debe ser el de jurisdicción voluntaria innominado previsto en el art. 273 CC.

Sería por tanto necesaria la inclusión en el Título II del Anteproyecto de la previsión de un expediente de jurisdicción voluntaria para la autorización judicial del ingreso de menores tutelados en este tipo de centros.

Aunque la Circular FGE sugiere la conveniencia de radicar la competencia en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública que ejerce la tutela o tutor ordinario, ya son varias resoluciones judiciales que han optado por la del Juez de primera Instancia del lugar donde se ubica el centro, pues ofrece la ventaja de proximidad y conocimiento del mismo y sus características y la facilidad del seguimiento, si hubiera de realizarse.

El expediente debe iniciarse con la solicitud del tutor fundada en dictámenes periciales o técnicos sobre el trastorno de conducta del afectado, en su historial institucional y expediente de protección si es el caso, e incluir, necesariamente la audiencia no vinculante del menor afectado, el dictamen del Fiscal, las audiencias de familiares y personas interesadas y las pruebas que el Juez considere pertinentes o necesarias.

El auto de autorización deberá estar suficientemente motivado y contendrá previsión de duración determinada de la medida, así como los periodos temporales para su revisión.

*** **



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

CAPITULO VI. DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La regulación de este procedimiento responde a lo dispuesto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y será de aplicación a los expedientes que tengan por objeto alguna de actuación judicial prevista en el Capítulo I de la misma, esto es, la referidas a la constitución del patrimonio, aportaciones de bienes, nombramiento, facultades y sustitución del administrador y medidas de fiscalización del patrimonio protegido.

A primera vista podría cuestionarse el hecho de que el Anteproyecto en este Capítulo utilice la expresión "personas con discapacidad" a diferencia del resto de su articulado que habla de "personas con capacidad judicialmente complementada o por complementar", pero lo cierto es que para comprender la extensión y ámbito de aplicación de este expediente es necesario partir del concepto de patrimonio protegido de persona con discapacidad establecido en el art. 1 de la Ley 41/2003, entendiendo por tal los bienes y derechos aportados a título gratuito al patrimonio de las personas con discapacidad y del concepto de persona con discapacidad que queda exclusivamente restringido a aquellas que reúnan los grados de minusvalía establecidos en el art. 2 de la citada Ley, resultado por tanto una categoría específica dentro de las discapacidades y pudiendo tratarse de una persona con capacidad de obrar suficiente, ya que el art. 3.1 de la Ley le otorga capacidad para constituir su propio patrimonio protegido.

El art. 59.3 limita la legitimación para promover estos expedientes al Ministerio Fiscal, en coherencia con el protagonismo que le atribuye dicha Ley en la supervisión de la administración del patrimonio protegido y en la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

canalización de todas aquellas solicitudes que se realicen en relación con el mismo, de modo que pueda instar del Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia de la persona con discapacidad lo que proceda en interés de ésta.

También es de reseñar la valoración positiva que este Consejo Fiscal realiza respecto del efecto suspensivo, dada su excepcionalidad, del recurso de apelación que cabe interponer contra la resolución que ponga fin al expediente.

CAPITULO VII. DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR O PERSONA CON CAPACIDAD JUDICIALMENTE COMPLEMENTADA.

Se valora positivamente la novedosa regulación específica del expediente para obtener la aprobación judicial del consentimiento a las intromisiones en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuando el Fiscal se hubiere opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada, previsto en el art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo de *protección civil de estos derechos*. (arts. 61 y 62).

Este Capítulo responde a la necesidad de dar respuesta procesal a la previsión contenida en el art. 3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece que *"El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez."

El Capítulo solo prevé el expediente para solicitar autorización judicial para la validez de un consentimiento frente a una intromisión ilegítima en tales derechos. Hay que tener en cuenta que dado el consentimiento otorgado por el titular del derecho frente a la intromisión ilegítima es revocable en cualquier momento (art. 2.3 de la LO 1/1982), debería contener el Capítulo una previsión legislativa en el caso en que los representantes legales del menor o persona con capacidad judicialmente complementada quisieran revocar el consentimiento otorgado con autorización judicial.

CAPITULO VIII. DE LA AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE DISPOSICIÓN, GRAVAMEN U OTROS QUE SE REFIERAN A LOS BIENES Y DERECHOS DE MENORES Y PERSONAS CON CAPACIDAD JUDICIALEMNTE COMPLEMENTADA.

También se considera un acierto del pre-legislador la mejora y racionalización que se efectúa respecto de la obsoleta regulación de la LEC/1881 del expediente para aprobación de actos de disposición patrimonial de menores o personas con capacidad judicialmente complementada (arts. 63 y ss).

El presente capítulo regula los expedientes de jurisdicción voluntaria que hasta la fecha se regían por las disposiciones del Título XI "De la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

derechos" de la LEC de 1881, que expresamente se derogan (arts. 2011 a 2030).

El art. 63 relativo al ámbito de aplicación contiene una remisión genérica al Código Civil para los casos en los que el representante legal precisa autorización o aprobación judicial. La redacción de este precepto resulta incompleta toda vez que se refiere *"en todos los casos en que, conforme al Código Civil, el representante legal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada necesite para su validez autorización o aprobación judicial, salvo que tuviera establecida una tramitación específica"*. La imprecisión del precepto radica en la expresión *"su validez"*, ya que carece de referente, por lo que sería aconsejable intercalarla en el texto, de forma que quedaría redactado como sigue *"(...) en todos los casos en que, conforme al Código Civil, el representante legal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada necesite para la validez de un acto, contrato o negocio jurídico, autorización o aprobación judicial, salvo que tuviera establecida una tramitación específica"*.

Frente a la regulación anterior en la que el Ministerio Fiscal debía ser oído (art. 2012.4º), lo que en la práctica se realizaba emitiendo informe escrito, el Anteproyecto prevé la celebración de una comparecencia. Igualmente se observa que la LEC 1881 sólo excluía la celebración de subasta en las ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad (art. 2015), mientras que el Anteproyecto exceptúa las ventas hechas por los progenitores con patria potestad o tutor, administrador o defensor y si se les autoriza la venta de directa sin necesidad de subasta.

Esta modificación supone al mismo tiempo una ampliación y una restricción. Ampliación en cuanto a que no sólo las ventas de los padres sino también las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

enajenaciones realizadas por el tutor, administrador y el defensor podrán hacerse sin necesidad de subasta (con previo dictamen pericial de valoración) y restricción porque necesitan siempre autorización judicial para celebrar venta directa, siendo que en la LEC 1881 las ventas de los padres estaban excluidas de subasta sin necesidad de autorización alguna. El Anteproyecto omite referencia alguna al procedimiento de la subasta a diferencia de la exhaustiva regulación anterior (arts. 2017 a 2024), con lo que, debe entenderse, serán de aplicación las normas generales en esta materia.

CAPITULO IX. DECLARACIÓN DE AUSENCIA Y FALLECIMIENTO

La reforma aborda el expediente de declaración de ausencia y declaración de fallecimiento unificando su tratamiento en este Capítulo (arts. 69 al 79), en sustitución de los procedimientos previstos en los arts. 2031 a 2047 LEC/1881, que se completan con la regulación de su tramitación ante el Secretario judicial, el cual también tiene competencia para la adoptar la resolución del expediente mediante Decreto.

Este Capítulo tiene su precedente en el expediente regulado en el Título XII de la LEC 1881 que el Anteproyecto expresamente deroga y respecto al cual ha introducido novedades sustanciales. La más importante y llamativa es la desjudicialización del expediente ya que se atribuye al Secretario Judicial la potestad exclusiva de nombrar al defensor judicial del desaparecido, al representante legal del ausente, la adopción de las medidas de averiguación, investigación y protección útiles para el desaparecido o ausente, las resoluciones en materia de aceptación, excusa y remoción o prestación de fianza del representante del ausente, realización de inventario, fijación de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

una retribución, autorizaciones y aprobaciones para realizar determinados actos y rendición de cuentas del representante del ausente, así como la declaración de fallecimiento y ratificación o revocación de la declaración de fallecimiento o ausencia en caso de aparición del declarado ausente o fallecido.

En todos estos supuestos el Secretario Judicial resuelve mediante decreto tras la celebración de una comparecencia en la que se citará a los interesados y al Ministerio Fiscal. Examinada con detalle la regulación de estos expedientes se observa que el Anteproyecto ha suprimido la presencia del titular de la potestad jurisdiccional a costa del omnipresente Ministerio Fiscal.

El Ministerio Público no sólo ostenta la tradicional legitimación activa en estos expedientes sino que su presencia resulta inexcusable en cualquier cuestión que se suscite en esta materia. El Anteproyecto, al igual que en otros expedientes, no prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal emita informe escrito sino que establece con carácter preceptivo la celebración de una comparecencia con presencia del Ministerio Fiscal.

La comparecencia está prevista para resolver cualquier cuestión que deba decidir el Secretario Judicial, siendo que lo que parece subyacer en dicha regulación es una desconfianza hacia la labor del Secretario Judicial contraria al espíritu del presente Anteproyecto.

Si se elimina la presencia del titular de la potestad jurisdiccional en estos expedientes, debería igualmente restringirse la intervención del Ministerio Fiscal, resultado realmente sorprendente que se incremente su presencia y se le convierta en el guardián del modo de proceder del Secretario Judicial



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

porque para esto carece de sentido la pretendida desjudicialización del expediente.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto señala que "el Secretario Judicial va a encargarse de la decisión de algunos expedientes en los que se pretende obtener la constancia fehaciente sobre modo de ser de un determinado derecho o situación jurídica, y siempre que no implique reconocimiento de derechos subjetivos". Dejando al margen el análisis de la curiosa la expresión "modo de ser de un derecho", se atribuye así el conocimiento de los expedientes al Secretario Judicial siempre que "su decisión no implique reconocimiento de derechos subjetivos".

Aplicando esta previsión al caso concreto, la atribución al Secretario Judicial del conocimiento los expedientes de ausencia y fallecimiento sólo sería posible, según la Exposición de Motivos, si se admite que de ellos no se deriva el reconocimiento de ningún derecho subjetivo. Teniendo en cuenta que el artículo 75.3 del Anteproyecto establece que "firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites establecidos en la LEC o extrajudicialmente, según los casos", la previsión cae por su propio peso pues la declaración de fallecimiento genera el derecho subjetivo a la sucesión del fallecido.

CAPITULO X. DE LA EXTRACCIÓN DE ORGANOS DE DONANTES VIVOS.

En este expediente, cuyo objeto es la constatación de la concurrencia del consentimiento libre y conciente del donante y demás requisitos legales exigidos para la extracción y trasplante de órganos de un donante vivo, la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

competencia para su tramitación y resolución se atribuye al Juez de Primera Instancia del domicilio donde ha de realizarse la extracción o el trasplante.

No se prevé intervención alguna del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que según el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y el art. 8 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, no pueden ser donantes vivos de órganos más que personas mayores de edad que gocen de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado, por lo que no están presentes las razones que fundamentan la intervención del Ministerio Fiscal en estos expedientes.

TITULO III. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE FAMILIA.

CAPITULO I. DE LA DISPENSA.

En este Capítulo se regula el procedimiento para obtener la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior, que hasta ahora correspondía al Ministro de Justicia, y el de parentesco para contraer matrimonio, cuyo régimen ya tiene en cuenta que la edad para contraer matrimonio se eleva de 14 a 16 años, con lo que este supuesto pierde sentido y pasa a regirse por el régimen general de la emancipación del Código Civil. De esta forma, el primer supuesto que permanece es el de la dispensa de parentesco para permitir el matrimonio cuando se trate de parientes colaterales del grado tercero previsto en el artículo 48 del Código Civil.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

CAPITULO II. DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD.

Las normas contenidas en este Capítulo pretenden proporcionar un cauce para el ejercicio de los derechos o de resolución de las situaciones que en esta materia regula el Código Civil, que comprenden los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, las medidas en cuanto a las relaciones de los menores con sus progenitores, abuelos y demás parientes y allegados si estuvieran en acogimiento, así como las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes del menor o persona con capacidad judicialmente completada, en los que el juez resuelve tras una comparecencia en la que además de los interesados se cita al Ministerio Fiscal.

Establece el artículo 87 que el Juez podrá acordar la práctica de las diligencias que considere oportunas y, si tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta a los interesados para hacer alegaciones. Se desprende, por tanto, que la práctica de diligencias por regla general se acordará en la comparecencia, por lo que sería conveniente matizar que el juez puede acordar la práctica de las diligencias que considere oportunas, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal.

Se regulan tres tipos de expedientes. El primero de ellos relativo a la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad por los dos progenitores titulares de la misma o cuando el progenitor fuese menor de edad no emancipado por desacuerdo o imposibilidad de sus padres o tutor.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El segundo expediente es el relativo a las medidas en cuanto a las relaciones de los menores con sus progenitores, abuelos y demás parientes y allegados, si estuvieran en acogimiento respecto al cual no se establece especialidad alguna destacable.

El tercer expediente se refiere 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 judicialmente complementada en determinados supuestos regulados en el Código Civil que el art. 91 reproduce literalmente. En materia de competencia dado que viene atribuida al Juzgado de Primera Instancia del domicilio, o en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad judicialmente complementada, se realiza la misma observación que la expuesta para el primer expediente por las mismas razones.

CAPITULO III. DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS DE DESACUERDO CONYUGAL Y EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES.

Aunque tampoco se hace objeción alguna respecto de los expedientes que se regulan en este Capítulo, que principalmente estarán referidos a la fijación del domicilio conyugal, la disposición de la vivienda habitual, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio o la disposición de bienes comunes, es de significar el acierto que supone evitar a los solicitantes el gasto de la intervención de Abogado y Procurador para promover una petición judicial ante cualquier desacuerdo, estableciendo que únicamente se hace preceptiva la asistencia de dichos profesionales cuando se trate de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6000 euros.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**TITULO IV. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
RELATIVOS AL DERECHO SUCESORIO.**

Este Título contiene los tres expedientes de jurisdicción voluntaria que se atribuyen a los órganos jurisdiccionales en materia de derecho sucesorio.

En el Capítulo I, bajo el epígrafe "Del albaceazgo" se regula la renuncia o prórroga del albacea, la rendición de cuentas y autorizaciones de actos de disposición al albacea. La decisión de estos expedientes, salvo el de renuncia o prórroga del cargo de albacea que se atribuyen al Secretario judicial, corresponden al Juez del Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del causante o donde estuvieren la mayor parte de los bienes.

El Capítulo II "De los contadores-partidores dativos" se limitan a la aprobación de la partición de la herencia realizada por contador-partidor dativo, cuya tramitación y decisión corresponde al Secretario judicial. Resulta conviene resaltar que la designación de los contadores-partidores pasa a ser competencia de los notarios.

En el Capítulo III "De la aceptación y repudiación de la herencia" se regulan los supuestos en los que la aceptación o repudiación de la herencia precisará autorización o aprobación judicial, cuya competencia se atribuye al Juez del Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del causante o donde estuvieren la mayor parte de sus bienes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se establece la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en todos los casos. Al respecto, este Consejo Fiscal estima que debería matizarse esta extensa intervención a los supuestos en los que este comprometida alguna de las funciones que tiene legalmente atribuidas el Ministerio Fiscal.

La intervención del Ministerio Fiscal estaría así justificada en los casos de necesaria autorización repudiación por padres que ejerzan la patria potestad de la herencia de sus hijos menores que no la hubiesen consentido o fueren menores de 16 años o del tutor o defensor judicial para aceptar a beneficio de inventario -apartados a) y b) del nº 2 del art. 97- pero, por contra, no se justificaría en los casos de aceptación de la herencia por los acreedores del heredero -letra c) del nº 2 del art. 97-, ni para repudiar la herencia los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir -nº 3 del art. 97-, por lo que se sugiere la supresión de la intervención del Ministerio Público en estos dos últimos supuestos.

No se regulan en el Anteproyecto el resto de los expedientes de Derecho sucesorio, que se atribuyen a los notarios y, por tanto, se incorporan a la legislación notarial.

TITULO V. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVOS AL DERECHO OBLIGACIONES, TITULO VI. DE LA CONCILIACIÓN y TITULO VII. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA MERCANTIL.

El Título V regula los expedientes relativos al Derecho de obligaciones. En el Capítulo I el referido a la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda, el Capítulo II contempla la consignación,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

siendo el reseñar que es el único supuesto que regula el Anteproyecto de competencia compartida con otros operadores jurídicos, y el Capítulo III la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte de usufructo.

No se atribuye ninguna intervención específica al Ministerio Fiscal en los procedimientos regulados en los Títulos V, VI y VII, cuya naturaleza es de carácter absolutamente privado, por lo que la actuación de Fiscal únicamente derivará, en su caso, de la genérica referida a los supuestos en los que esté comprometido el interés de menores o de personas con capacidad judicialmente complementada.

DISPOSICIONES ADICIONALES, TRANSITORIA, DEROGATORIA Y FINALES

Las **Disposiciones adicionales** se concretan en establecer que las referencias que efectúen leyes anteriores a la competencia se entenderán hechas a las que la presente atribuye al Juez o al Secretario Judicial (Disposición adicional 1ª), así como en los mandatos dirigidos al Gobierno para que apruebe los aranceles de Notarios y Registradores (Disposición adicional 2ª) y para que desarrolle esta Ley.

La **Disposición transitoria única** ordena que los expedientes en tramitación al tiempo de la entrada en vigor de la presente ley se continuarán tramitando conforme a la legislación anterior.

La **Disposición derogatoria única** declara derogados los artículos de la LEC/1881 en vigor de conformidad con lo dispuesto en la disposición



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

derogatoria única 1.1ª y 2ª de la LEC/2000, así como el art. 316 CC y cuantas normas se opongan o sean incompatibles con la presente ley,

El Anteproyecto concluye con dieciocho disposiciones finales por las que se modifican los textos legales que seguidamente se reseñan:

La **Disposición final primera** modifica numerosos artículos del Código Civil, toda vez que las modificaciones que se llevan a cabo en la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, con la distribución de funciones entre nuevos operadores jurídicos, obliga a actualizar las disposiciones del Código Civil en materia de ejercicio de la patria potestad, acogimiento, adopción, declaración de ausencia y de fallecimiento, nombramientos y remoción de tutores, curadores o defensores judiciales, régimen de los testamentos y de la herencia, celebración del matrimonio, así como separación y divorcio.

Estas modificaciones, algunas de las cuales son simples mejoras técnicas o adaptaciones a la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, en la medida que afectan directamente a las funciones del Ministerio Fiscal ya han sido objeto de comentario anteriormente en el presente informe, por lo que seguidamente únicamente se realiza una reseña de las más destacas.

Las modificaciones del Código Civil se centran, en primer lugar, en el régimen del matrimonio, cuya celebración dejará de encomendarse al juez, cuya intervención se sustituirá por la del notario. Para ello se modifican los artículos 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 65 y 73. De todos estos preceptos desaparece la mención al juez, para hacer alusión al notario y al encargado del Registro Civil, junto al alcalde o concejal en quien delegue.

Una de las novedades importantes, que no afecta directamente a la funciones del Ministerio Fiscal y que además supone un opción legislativa



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

respecto de la que este Consejo Fiscal nada tiene que objetar, es la relativa a que en determinados supuestos la separación y el divorcio sean posibles no sólo ante un juez, sino también ante notario. Para ello se han modificado los artículos 82, 83, 84, 87, 89, 90, 93, 95, 97, 99, 100 y 107. Esta modificación ha supuesto que en diversos artículos en los que o bien no se contemplaba la escritura pública de separación o bien se aludía a "separación por sentencia firme y separación de hecho" y se ha simplificado la terminología para hablar de separación legal –comprensiva de la judicial y la que tenga lugar ante notario de acuerdo con el nuevo régimen- y separación de hecho; así sucede en los artículos 177.2, 834, 835, 945, 1392 y 1442.

De tal modo el pre-legislador establece en materia de separación y divorcio un sistema bicéfalo, pues los cónyuges pueden acudir al juez o al notario, obviando por completo los problemas que pueden suscitarse en ejecución del convenio regulador otorgado en escritura pública ante notario.

Por ello no se considera correcta la nueva redacción dada al apartado primero del art. 90 CC que relaciona el contenido mínimo que debe tener el convenio regulador. El precepto se refiere tanto al convenio regulador contenido en sentencia judicial como al otorgado en escritura pública ante notario, siendo que muchos de los extremos que debe contener el convenio a tenor del precepto se refieren al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, periodos de convivencia de los hijos, recogida y entrega de los mismos, relaciones de los hijos con sus hermanos; extremos que sólo se deben recoger cuando existan hijos menores de edad no emancipados por ser los únicos que están sujetos a la patria potestad de sus progenitores (art. 154 CC), siendo que en este supuesto el nuevo art. 82 CC veta la intervención del notario.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, algunos preceptos se modifican para sustituir la referencia a "procedimiento de jurisdicción voluntaria" por la de "expediente de jurisdicción voluntaria", como sucede con la modificación del último párrafo del artículo 158 y la de los artículos 249 y 300. Igualmente, en el artículo 167 el término "providencias" se sustituye por "medidas". En el artículo 173.3, la remisión del acogimiento a la "Ley de Enjuiciamiento Civil" se sustituye por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Por la misma razón se suprime la referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 177.2, precepto que se actualiza al contemplar no sólo al cónyuge del adoptante, sino también a la persona con la que conviva en relación de naturaleza análoga. En materia de adopción se modifica el artículo 176.

Las nuevas funciones que en materia de jurisdicción voluntaria se confieren a los secretarios judiciales conllevan la modificación de los artículos 181, 184, 185, 186 y 187 en materia de ausencia, en los artículos 259, 263, 264, 265 y 299 bis en relación con la tutela, así como de derecho de sucesiones en los artículos 843, 899 y 905. Las competencias que asumirán los notarios y los secretarios judiciales en esta materia obligan a modificar los artículos 1005, 1008, 1011, 1014, 1015, 1017, 1019, 1020, 1024, 1030, 1033, 1057 y 1128, de los que desaparecen las menciones al juez. La modificación del artículo 1060 responde a los cambios operados en el articulado del Anteproyecto.

Se actualizan las referencias al Registro Civil que aparecen en el Código Civil (Registro Civil Central, Registro Central de Ausentes) en la rúbrica del capítulo III del título V del libro I y el artículo 198.

La modificación del artículo 196 responde a los cambios en materia de sucesiones. La regulación de la tutela, curatela y guarda de los menores o personas con capacidad judicialmente completada también es objeto de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

modificación, desapareciendo las menciones al juez en los artículos 249, 256, 302.

La elevación de la edad para contraer matrimonio obliga a modificar el artículo 314 del Código Civil y a derogar el artículo 316.

Las modificaciones en relación con los testamentos, cuya competencia para su protocolización deja de ser judicial, para encomendarse a los notarios (por lo que tampoco proceden remisiones a la LEC, sino a la legislación del notariado), conlleva la modificación de los artículos 689, 690, 691, 692 y 693 relativos a los testamentos ológrafos, los artículos 703 y 704 sobre testamento abierto, los artículos 712 y 714 en relación con los testamentos cerrados, y el artículo 718 respecto al testamento militar. En relación con los albaceas, se modifica el artículo 910 para precisar que la remoción deberá ser apreciada por el Juez.

En el artículo 956 se actualiza el régimen de sucesión del Estado, la liquidación que de la herencia se ha de practicar y el destino a fines de interés social de dos terceras partes del valor del caudal relicto. Ello conlleva también la modificación del artículo 957, en el que se suprime la referencia a "instituciones o entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes". En el artículo 958 la actual expresión de acuerdo con la cual el Estado se "apodera" de los bienes, se sustituye por una toma de posesión.

Los artículos 1176, 1178, 1180 y 1181 se modifican para adaptarse a la nueva regulación de esta materia, en la que la consignación no sólo es judicial, sino que también puede ser notarial.

La reforma de los artículos 1377 y 1389 flexibilizan y actualizan el régimen de autorización de los actos de disposición de los bienes gananciales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La **Disposición final segunda** modifica el art. 40 del Código de Comercio con el objeto de que el nombramiento de auditor para el examen de las cuentas anuales no se efectúe por un juez sino por el registrador mercantil del domicilio del empresario, de acuerdo con la nueva atribución de funciones en esta materia.

La **Disposición final tercera** modifica los artículos 8, 395, 525, 748, 749, 758 782, 790, 791, 792, 802, así como la disposición final vigésima segunda de la LEC/2000 y la tres nuevos artículos: 778 bis, 778 ter y 778 quater.

La reforma del art. 8 tiene por objeto encomendar la designación del defensor judicial cuando sea preciso al secretario judicial, mediante Decreto. En coherencia con este cambio también se reforma el artículo 758.

La modificación del artículo 395.1 se limitan a una corrección técnica, para que se deje de aludir a una demanda de conciliación, cuando en realidad es una solicitud.

La reforma del artículo 525 viene a impedir la ejecución provisional de las sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional. Los cambios en los artículos 748 y 749 también responden a la inclusión de las especialidades de los procesos de sustracción internacional de menores.

En el artículo 758 se encomienda al secretario judicial —y no al Tribunal— la designación un defensor judicial en los procesos de modificación de la capacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La modificación del artículo 782 tiene por finalidad su adaptación al nuevo régimen de designación de contadores partidores no por los tribunales, sino por los notarios.

La reforma del artículo 790 tiene en cuenta tanto las atribuciones del secretario judicial como la necesidad de enlazar el régimen de intervención del caudal hereditario con las nuevas competencias de los notarios.

En el artículo 791 se sustituye la mención al Registro General de Actos de Última Voluntad por la del Registro Civil, se aclara la competencia del Secretario judicial para designar al responsable del inventario y depósito del caudal hereditario. También este precepto se adapta a la modificación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas que prevé la declaración administrativa de heredero abintestato a favor de la Administración. La modificación de este precepto obliga a adaptar también el artículo 792, en el que no se introduce cambio de fondo alguno. El artículo 802 se cambia para que se tengan también en cuenta en el mismo los gastos notariales que se hayan de atender por la administración del caudal hereditario.

El procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, constituye una modificación de la LEC de especial trascendencia en relación con las funciones del Ministerio Fiscal. Se plasma en el nuevo capítulo IV bis en el título I del libro IV, integrado por los artículos 778 bis a 778 quater bajo la rúbrica *medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional*.

La reforma es novedosa no en cuanto a su contenido sino en cuanto a su ubicación sistemática dentro de la LEC, pues hasta la fecha la LEC 1881 bajo la rúbrica de "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional" regula a través de un expediente de jurisdicción



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

voluntaria la adopción de tales medidas (arts. 1901 a 1909). El Anteproyecto a través de esta Disposición Final otorga el carácter de contencioso a este procedimiento y acomoda su tramitación a la relativa a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (según nueva redacción dada al art. 748 de LEC 1/2000), con la consiguiente lógica intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (según nueva redacción dada al art. 749 LEC 1/2000) y estableciendo que no son susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en estos procesos (art. 525 según nueva redacción por LEC 1/2000).

La finalidad de esta reforma es asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores, en la línea establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

Este Consejo Fiscal debe valorar positivamente que este procedimiento se ubique como un procedimiento especial dentro de la LEC, toda vez que es claro que se trata de un proceso contencioso ajeno a la jurisdicción voluntaria. La ubicación como Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV parece la solución más adecuada. La naturaleza del procedimiento siempre que haya oposición (como ocurre en la práctica generalidad de los supuestos) puede decirse que su naturaleza material es de procedimiento civil contencioso.

Hasta la fecha, esta materia se encuentra regulada en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881, bajo la denominación "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional" (arts. 1.901 a 1.909 LEC). La reseñada regulación mantiene su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

vigencia, pues conforme a lo dispuesto en la Disposición derogatoria única de la nueva LEC, quedan en vigor hasta el dictado de la nueva Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

El apartado primero del art 778 bis aborda el **ámbito de aplicación** de este procedimiento, disponiendo que *en los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo.*

El vigente art. 1901 LEC proclamando que en los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, se procederá de acuerdo con lo previsto en esta sección.

Este precepto motivó dudas en cuanto al ámbito de aplicación, defendiendo algunos autores que el procedimiento especial sólo era aplicable a las demandas amparadas en el Convenio de La Haya de 1980. En este sentido, las IV Jornadas sobre Protección de Menores para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas aprobaron como conclusión la de que "el procedimiento previsto en los art. 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe aplicarse sólo para la ejecución de las resoluciones comprendidas en el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, en vigor en España desde el 1 de septiembre de 1987".

Parece que la redacción propuesta para el art 778 bis deja claro que el procedimiento se aplica para las demandas cualquiera que sea el tratado que se invoque y para las demandas al amparo de la normativa de la Unión



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Europea. Por ello el juicio que la redacción propuesta merece ha de ser positivo.

Debiera resolverse expresamente otra duda que se ha planteado con la normativa vigente: la no aplicación del procedimiento especial a supuestos en los que el Estado de procedencia no es parte del Convenio. Esta es la opción preferible pues como se ha mantenido por un sector de la doctrina fuera del ámbito convencional sigue existiendo la obligación de asegurar el interés del menor, pero en este caso la garantía de una efectiva tutela del menor viene determinada según los parámetros del ordenamiento español, es decir, se facilita el procedimiento cuando hay condiciones objetivas para ello y se mantiene el cauce ordinario de cooperación judicial internacional o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras cuando no resulta aplicable un convenio.

El apartado segundo del art. 778 bis regula la **competencia**. Se dispone que *en estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos y, en su defecto, el que por turno de reparto corresponda. El tribunal examinará de oficio su competencia.*

Conforme al art. 1902 *será competente el Juez de Primera instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos.*

El cambio en cuanto al criterio de atribución competencial está plenamente justificado. En efecto, la regla de competencia del art. 1902 ha dado lugar a un gran número de cuestiones de competencia, pues al intervenir el Abogado del Estado, se plantea la aplicabilidad del art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas que dispone que “para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sea parte el Estado (...) serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla”.

Estos conflictos han generado obviamente la quiebra del principio de celeridad, en los supuestos en los que uno de los Juzgados (el de la capital de provincia o el del partido de residencia) se declaran incompetentes a favor del otro.

La nueva regulación entendemos disipa las dudas y por tanto, no puede sino aplaudirse.

Entendemos además que la opción del pre-legislador genera otro efecto positivo: la concentración de los procedimientos en órganos de la capital genera especialización y favorece la rapidez en su tramitación, pues normalmente son órganos con un funcionamiento más eficiente. La necesidad de fomentar la especialización en este ámbito de la sustracción de menores también ha sido puesta de relieve por la “Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. La cuarta Comisión especial aprobó una Recomendación que insta a los Estados contratantes a que tengan en cuenta las ventajas considerables que resultan de una concentración de competencias para resolver las peticiones fundadas en el Convenio de La Haya, ante un número limitado de tribunales. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya resalta entre las ventajas de esta concentración las siguientes: una acumulación de experiencia entre los jueces implicados; y en consecuencia, el desarrollo de una confianza mutua entre los jueces y las autoridades en los distintos sistemas legales; la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

creación de un alto nivel de comprensión interdisciplinar de los objetivos del Convenio, en particular la distinción de los procedimientos de custodia; la disminución de los retrasos; una mayor coherencia de la práctica por los jueces y los juristas.

La claridad de la norma evita también posibles dudas sobre la competencia en los casos en los que por instar la restitución el propio progenitor no intervenga la Abogacía del Estado: también en estos casos será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital.

Únicamente queremos subrayar que no alcanzamos a comprender el inciso *y, en su defecto, el que por turno de reparto corresponda*. Es evidente que en todas las capitales de provincia, en Ceuta y en Melilla hay Juzgados de Primera Instancia por lo que la previsión es superflua y perturbadora, por lo que debe ser suprimida.

Por lo que se refiere a la **legitimación**, el apartado tercero del art 778 bis dispone que *podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central Española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad*.

En el marco actualmente vigente, el art. 1902 LEC 1881 dispone que podrá promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor, la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La nueva previsión merece un juicio muy positivo pues zanja uno de los puntos más polémicos de la regulación de la materia: la aplicabilidad del procedimiento para dar satisfacción a pretensiones relativas a cumplimiento de régimen de visitas. Con la nueva redacción parece claro que la respuesta debe ser positiva.

Por su parte, el apartado cuarto del art 778 bis aborda los requisitos de *postulación*, disponiendo que *las partes deberán actuar con asistencia de Abogado y representadas por Procurador. La intervención de la Abogacía del Estado, cuando proceda a instancia de la Autoridad Central española, cesará desde el momento en que el solicitante de la restitución comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador.*

Se modifica el régimen vigente, que al guardar silencio sobre este punto generó la interpretación de que por aplicación de las normas generales de la jurisdicción voluntaria (vide art. 10.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en relación a la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000). Parece mas racional exigir requisitos de postulación en una materia extremadamente compleja.

También merece un juicio positivo la previsión expresa, que no se contiene en la regulación vigente del cese de la intervención de la Abogacía del Estado desde el momento en que el solicitante de la restitución comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador. Personado el solicitante, carece de sentido y puede ser incluso perturbador que siga actuando la Abogacía del Estado.

El *principio de celeridad* queda establecido en el apartado quinto del art 778 bis al disponer que *el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.

Esta disposición cumple, respecto del principio de celeridad, con las exigencias del art 2 del Convenio de La Haya, que en su art. 2 dispone que los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan. Consiguientemente, el procedimiento debe ser, en todo caso, de urgencia. Parecidas disposiciones se incluyen en el CL80 y en el Convenio bilateral con Marruecos.

También se considera muy positiva su calificación de preferente, que debe tener como consecuencia concreta que otros procesos sobre guarda y custodia no podrán ser resueltos hasta tanto no se decida primero sobre el proceso de sustracción internacional y sólo cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia cuando en el proceso de sustracción internacional se haya acordado la improcedencia de la restitución.

También las previsiones nuevas de los apartados sexto (efectos de la prejudicialidad penal) y séptimo (cooperación internacional) se orientan a la implementación del principio de celeridad.

El apartado octavo del art. 778 bis regula las **medidas cautelares**. Se dispone que *El Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al artículo 773, además de las previstas en el artículo 158 del Código Civil.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor.

La amplitud del apoderamiento del Juez para adoptar medidas de oficio y la legitimación del Fiscal para promoverlas son muy adecuadas desde el punto de vista del interés superior del menor. La expresa legitimación del Fiscal para promover medidas cautelares es lógica si se parte de su papel constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos y especialmente de los menores.

Merece igualmente un juicio positivo la expresa previsión de la posibilidad de garantizar durante la tramitación un régimen de visitas a favor del demandante. La conclusión 7ª de las Conclusiones y recomendaciones del Seminario Judicial Internacional sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores celebrado en Ruwenberg, Países Bajos, entre el 20 y el 23 de octubre de 2001 declaraba que Un tribunal competente para tratar de una solicitud de restitución de un menor debería tener también autoridad para decidir sobre una solicitud provisional de visita estando en trámite el procedimiento de restitución.

Las Conclusiones del Seminario de jueces sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores celebrado en Noordwijk los días 19 a 22 de octubre de 2003 también ponen de relieve la necesidad de que el Juez evalúe la conveniencia de adoptar medidas cautelares. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya dispone al respecto que las medidas provisionales pueden jugar un papel



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

muy importante en el éxito y en la rapidez con que avance un caso de retorno de La Haya.

En cuanto a la **iniciación del procedimiento**, el art. 778 ter dispone que

1. El procedimiento se iniciará mediante demanda en la que se instará la restitución del menor e incluirá toda la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor, así como los motivos en que se basa para reclamar su restitución. Deberá igualmente aportar toda la información que disponga relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone se encuentra.

A la demanda deberá acompañarse la documentación requerida, en su caso, por el correspondiente convenio o norma internacional y cualquier otra en la que el solicitante funde su petición.

2. El Secretario judicial resolverá sobre la admisión de la demanda en el plazo de las 48 horas siguientes y, si entendiera que ésta no resulta admisible, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda dentro de dicho plazo.

Por lo que se refiere a la **comparecencia del demandado** no difiere esencialmente de las previsiones contenidas en el art 1904 LEC vigente. El texto proyectado dispone que *en la misma resolución en la que sea admitida la demanda, el Secretario judicial requerirá a la persona a quien se impute la sustracción o retención ilícita del menor para que, en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca con el menor y manifieste si accede a su restitución o se opone a ella, alegando*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

en tal caso alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

El requerimiento se practicará con los apercibimientos legales y con entrega al requerido del texto del correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

El apartado tercero del art. 778 ter regula la **ilocalización del menor** disponiendo que *cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Secretario Judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado.*

Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes.

En nuestra opinión, en aras a la celeridad y con el fin de evitar fraudes y actitudes obstruccionistas, la regla para el caso de que el menor se hubiera trasladado a otra provincia debiera ser la contraria: la de la perpetuatio iurisdictionis en favor del Juez de la capital de la provincia en la que el menor estuvo viviendo.

La **comparecencia con allanamiento** está regulada en el apartado cuarto del art. 778 ter disponiendo que *llegado el día, si el requerido compareciere y accediere a la restitución del menor, el Secretario judicial levantará acta y el Juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

restitución del menor, pronunciándose en cuanto a los gastos, incluidos los de viaje, y las costas del proceso.

El demandado podrá comparecer en cualquier momento, antes de la finalización del procedimiento, y acceder a la entrega del menor, siendo de aplicación lo dispuesto en este apartado.

La regulación proyectada no difiere de la actualmente contenida en el art. 1906 LEC. No obstante la previsión de la posibilidad de allanamiento en cualquier momento antes de la finalización del procedimiento también puede considerarse acertada, en lo que supone facilitar la salida voluntaria del procedimiento contencioso.

El apartado quinto del art. 778 ter regula la **rebeldía del demandado** estableciendo que *si no compareciese, o si comparecido no lo hiciera debidamente, ni alegase causa de oposición ni procediera a la entrega del menor, el Secretario judicial en el mismo día le declarará en rebeldía y dispondrá la continuación del procedimiento sin el mismo, citando únicamente al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez que tendrá lugar en un plazo no superior a los cinco días siguientes, a celebrar conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de este artículo. Dicha resolución, no obstante, deberá ser notificada al demandado, tras lo cual no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso.*

El Juez podrá decretar las medidas cautelares que estime pertinentes en relación con el menor, caso de no haberse adoptado ya con anterioridad, conforme al artículo 773.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Sin alterar la sustancia, se mejora sustancialmente la declaración de rebeldía regulada en el art 1905 LEC. La previsión de adopción de medidas cautelares en este momento procesal es especialmente acertada pues el hecho de colocarse el demandado en rebeldía puede interpretarse como un incremento del riesgo de colocar al menor fuera del alcance de lo que el Juzgado decida.

Aun considerando la mejora anteriormente significada no cabe perder de vista que el apartado 5 atribuye el mismo efecto jurídico al demandado no comparecido, al comparecido que no lo hace debidamente, al que no alegase causa de oposición y al que no procediese a la entrega del menor. La consecuencia jurídica en todos estos casos es su declaración de rebeldía.

Teniendo en cuenta los perjuicios que esta declaración acarrearán al demandado (no se le citará a la vista), este Consejo Fiscal considera que el apartado pudiera resultar un tanto ambiguo, y debiera así ser aclarado, en especial en cuanto a determinar qué se entiende por “si comparecido, no lo hiciera debidamente”, es decir, en qué supuestos una comparecencia se hace indebidamente, así como si las causas de oposición a que se refiere cuando establece “ni alegase causa de oposición” son las establecidas en convenio o norma internacional aplicable o es válida la alegación de otra causa de oposición diferente para evitar su declaración en rebeldía. En el mismo sentido cuando el apartado 5 alude a “ni procediera a la restitución del menor”, se debería aclarar si comprende todos los supuestos de no restitución del menor o sólo cuando no alegase causa de oposición.

El apartado sexto del art 778 ter regula la **oposición a la restitución** estableciendo que *si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución del menor al amparo de las causas establecidas en*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, lo que deberá realizar por escrito, el Secretario judicial en el mismo día dará traslado de la oposición y citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que se celebrará dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes.

Con esta redacción se disipan las dudas surgidas con la normativa vigente en cuanto a si era admisible la oposición meramente verbal. Queda claro que los motivos de oposición deben articularse por escrito. Debiera exigirse también que al formular oposición el demandado articulara igualmente la prueba de que intente valerse.

El apartado séptimo dispone que *la celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante. Si fuera el demandado que se hubiera opuesto quien no compareciere, el Juez le tendrá por desistido de la oposición y continuará la vista.*

Durante la celebración de la misma se oirá a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera.

Se practicarán, en su caso, las pruebas útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo improrrogable de seis días. El Juez podrá también recabar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Entendemos que la comparecencia se regula de forma correcta. La previsión de que *la celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante* es también adecuada, teniendo en cuenta que la inasistencia del requirente, cuando lo sea la autoridad central hace inaplicable el instituto del desistimiento, debiendo continuar el procedimiento su curso, teniendo en cuenta el interés público subyacente en este procedimiento. De este modo se evita que recaigan resoluciones como el AAP Valencia, sec. 10ª, nº 236/2002 que declara que la exigencia de asistencia a la vista o, lo que es lo mismo, la comparecencia en el día y hora señalados, es una carga a las partes demandantes en todo caso, sean particulares o sea la Abogacía del Estado y considera correcto en tales casos tener por desistido al Abogado del Estado pese a que comunicó vía fax la imposibilidad de asistir a la comparecencia.

Es correcto que no se exija la presencia del requirente. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya declara al respecto que *debido al carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas que se dan, la exigencia jurídica en algunos países de la comparecencia personal del solicitante en el procedimiento en el Estado requerido puede ocasionar retraso en los procedimientos y añadir unos gastos excesivos para el solicitante. Requerir la presencia personal del demandante en los procedimientos, puede provocar, en algunos casos, la imposibilidad de recurrir al Convenio*

La audiencia al menor se regula correctamente en el apartado octavo del art 778 ter.

La previsión de que el Juez acuerde la elaboración de informes, conforme al principio de oficialidad que en ciertos extremos informa a este procedimiento, se armoniza adecuadamente con la necesidad de celeridad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La **sentencia** está regulada en el apartado noveno del art. 778 ter que establece que *celebrada la vista y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los tres días siguientes a su finalización, el Juez dictará sentencia en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor, teniendo en cuenta el interés superior de éste y los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia, según el caso.*

El art. 1908 vigente establece que celebrada la comparecencia y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes dentro de los seis días posteriores, el Juez dictará auto dentro de los tres días siguientes, resolviendo, en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución.

Es correcto el cambio operado. La resolución, tratándose de un procedimiento contencioso, no debe adoptar la forma de auto sino la de sentencia.

En relación con las **costas** el apartado décimo del art. 778 ter establece que *si se acordare la restitución del menor, en la resolución se establecerá que la persona que hubiere trasladado o retenido al menor abone las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.*

En los demás casos se declararán de oficio las costas del proceso.

De conformidad con el al art. 1909 LEC1881 si el Juez resolviese la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que trasladó o retuvo al menor abone las costas del procedimiento así como los gastos en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, que se harán efectivos por los trámites previstos en el art. 928 y concordante de dicha Ley. En los demás supuestos, se declararán de oficio las costas del procedimiento.

Se mantiene, pues, en este punto el sistema vigente, con el añadido de que ahora es claro que deberán incluirse en las costas los honorarios de abogado y procurador.

La configuración del sistema de **recursos** o vías de impugnación, así como su armonización con un procedimiento de restitución inmediata de menores desplazados constituye el principal problema que plantea la regulación procesal de las reclamaciones por sustracción internacional de menores.

El apartado once del art. 178 ter dispone que *contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación en ambos efectos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días.*

El párrafo segundo del vigente art. 1908 prevé recurso de apelación, en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días.

Vemos por tanto que el recurso pasa a ser en el texto proyectado en ambos efectos. La solución parece razonable pues en los supuestos en los que la Audiencia a través del recurso revoca la decisión de retorno, si ésta ya se ha ejecutado, la resolución del Tribunal ad quem va a tener una muy limitada efectividad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En todo caso, el reconocimiento de la apelación en ambos efectos debiera traer consigo un riguroso cumplimiento del plazo de veinte días para su resolución. En otro caso, los efectos pueden ser demoledores para el procedimiento. Los plazos procesales, cuando afectan a causas en las que el interés del menor resulta directamente afectado, debieran³¹ ser escrupulosamente respetados.

El difícil equilibrio entre el derecho de recurso y la celeridad se visualiza con claridad en el confuso proceder de la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya, que a tales efectos propone (conclusión 6.6) un "procedimiento de recurso acelerado".

El apartado doce del art. 778 ter reula la **mediación** estableciendo que *en cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación.*

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este capítulo.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez, en los términos establecidos en el apartado 2º del artículo 19.»



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Debe calificarse como de muy acertada la expresa previsión de un procedimiento de mediación respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva pues este tipo de salida es expresamente recogida por el Convenio de La Haya.

En efecto, el art. 7 del Convenio de La Haya impone a las Autoridades centrales la obligación de facilitar una solución amigable del conflicto poniendo los medios necesarios para ello, entre los que se encuentra la mediación familiar.

El Informe Pérez Vera en su punto 92 consagra el deber de las Autoridades centrales de tratar de encontrar una solución extrajudicial al asunto. En efecto, según la experiencia expuesta por ciertos delegados, el número de casos que es posible resolver sin tener que recurrir a los tribunales es considerable. Ahora bien, una vez más, es la Autoridad central la que, en esas etapas previas a un eventual procedimiento judicial o administrativo, dirige la evolución del problema; así pues, a ella le corresponde decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la "restitución voluntaria" del menor, o para facilitar una "solución amigable".

La Quinta reunión de la Comisión Especial de 2006 bajo el epígrafe "asegurar la restitución voluntaria del menor", en su punto 1.3.1 reafirma las Recomendaciones 1.10 y 1.11 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001: "1.10 Los Estados contratantes deberían fomentar la restitución voluntaria del menor cuando sea posible. Se propuso que las Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7 c) del Convenio, en la medida de lo posible y cuando sea apropiado, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigiendo a las partes a un



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

organismo especializado que proporcione un adecuado servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante.

1.11 Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del niño o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución.

Las conclusiones del Seminario de jueces sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de Noordwijk se han decantado claramente por fomentar esta vía. En el mismo sentido se pronuncian las Conclusiones y recomendaciones del Seminario Judicial Internacional sobre el Convenio de La Haya de Ruwenberg.

También se recoge expresamente la mediación como forma de resolución de conflictos en el art. 55 e) del Reglamento de la Unión 2201/2003 conforme al que las autoridades centrales adoptarán las medidas adecuadas para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

Igualmente debe tenerse en cuenta en la materia la Recomendación (98) de 21 de enero de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar. Su exposición de motivos señala que se ha de asegurar la protección de los intereses del niño y de su bienestar especialmente en los problemas de custodia y derecho de visitas.

Se sugiere, no obstante, que se incorpore una previsión similar al art. 22.3 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que dispone que "respecto a los niños o a los adolescentes con residencia habitual en un



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

estado extranjero que hayan sido trasladados a Cataluña con vulneración de los derechos de guarda, la persona, la institución o el organismo cuya guarda tengan atribuida pueden solicitar del organismo competente de la Generalidad que intervenga con funciones de mediación, para obtener su regreso al lugar de su residencia habitual”.

Por su parte el art. 778 quater regula el **procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional**, estableciendo que *cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el título I del libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158.*

La autoridad competente en España para emitir una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta previsión es absolutamente novedosa y acertada. Sin embargo, establecer como criterio de competencia la regla de que lo será *la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor* tiene el inconveniente de dejar sin resolver la cuestión cuando no se hubiera incoado con anterioridad ningún proceso. Por ello debiera preverse esta eventualidad estableciéndose que cuando ninguna autoridad judicial española haya conocido con anterioridad ningún proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor será competente el Juzgado de primera Instancia del último domicilio del menor en España.

Por lo que se refiere a la *ejecución*, la regulación proyectada incurre en el mismo defecto que la vigente. Nada se dice al respecto. Debiera establecerse una cláusula en la que se establezca la necesidad de que la sentencia se pronuncie con el mayor detalle posible sobre la forma de ejecución. Debiera igualmente establecerse la necesidad de una rápida ejecución de las decisiones de retorno y la adopción de medidas cautelares para evitar el ocultamiento del menor con posterioridad al dictado de la sentencia.

Debiera igualmente establecerse como obligación de la Autoridad central la de la puesta en práctica de las medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor, prestando la necesaria asistencia al Juzgado ejecutante.

También es conveniente que se prevea que el Juzgado, ante una actitud renuente o rebelde del progenitor sustractor habrá de acordar las medidas procedentes, incluso la actuación coactiva a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este punto son interesantes las previsiones de la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya, que en su punto 4.2.2.8 bajo la rúbrica “asegurar la ejecución de la decisión” dispone que “los servicios sociales y de policía pueden ser requeridos para que aporten toda la asistencia necesaria a la Autoridad central para asegurar la ejecución de la orden de retorno o impedir el desplazamiento del menor fuera del país antes del retorno”.

El punto 6.7 de la misma Guía dispone la necesidad de examinar si los mecanismos de ejecución en el seno del sistema interno necesitan ser completados (es decir, prever disposiciones por desacato al tribunal, arresto o encarcelamiento, poder de ordenar la revelación de la localización del menor, proporcionar garantías para el menor, ampliar el papel del Fiscal del Estado); y en los sistemas en los que se requieren medidas de ejecución complementarias, asegurar que el solicitante tenga conocimiento de la necesidad de medidas de ejecución distintas. Con este efecto, conviene reconocer la necesidad de obtener la ejecución de las órdenes de retorno (es decir, que el retorno se realice realmente y no simplemente se ordene). También se postula la necesidad de que la decisión de retorno establezca en detalle la forma en que ha de ejecutarse.

La **Disposición final cuarta** modifica nueve preceptos y añade tres nuevas disposiciones a la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, con el objeto de su adaptación Ley a los cambios en materia de matrimonio, representación del ausente y la designación de defensor judicial, que se operan en el Código Civil.

Mediante las **Disposiciones finales quinta, sexta y séptima**, se modifican, respectivamente, la Ley 24/1992, de 10 noviembre, *por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

evangélicas de España, la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Estas modificaciones responden a las reformas en materia de celebración del matrimonio.

La **Disposición final octava** modifica la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, con el objeto que adaptarla a la nueva previsión de que sea la propia Administración la que efectúe la declaración de heredero legítimo a favor del Estado.

La **Disposición final novena** modifica el artículo 28 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de *Contrato de Seguro*, en lo relativo al nombramiento de perito, que ya no efectuará un juez, sino un notario.

La **Disposición final décima** modifica el art. 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de *protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, para suprimir la referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La **Disposición final undécima** modifica la Ley de 28 de mayo de 1862, de *Notariado*, incorporando un nuevo Título, el VII, para regular los expedientes de jurisdicción voluntaria que se desjudicializan a favor de los notarios, que se incluyen en los 29 nuevos artículos que se añaden.

Estos expedientes pierden su anterior denominación y dejan de aludir a la "jurisdicción". Esta regulación comienza con unas reglas generales sobre las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

escrituras públicas y actas, así como el procedimiento para la designación notarial de peritos (artículos 49 y 50). Estos expedientes son los siguientes:

- Las actas y escrituras públicas en materia matrimonial (artículos 51 a 53).
- Los expedientes en materia de sucesiones (artículos 54 a 67).
- Los expedientes en materia de obligaciones, que comprenden el ofrecimiento de pago y consignación, la reclamación de deudas dinerarias que pudieran resultar no contradichas (artículos 68 y 69).
- La celebración de subastas notariales (artículos 70 a 74).
- Los expedientes en materia mercantil (artículos 75 a 77), que comprenden el nuevo procedimiento notarial para los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos al portador, los depósitos en materia mercantil y la venta de bienes depositados y, por último, el nombramiento de peritos en los contratos de seguros.

La **Disposición final duodécima** modifica el párrafo primero del art. 14 de la Ley Hipotecaria con la finalidad de reconocer como título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, junto al testamento y al contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado.

La **Disposición final decimotercera** introduce la Disposición adicional novena en la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de Asistencia Jurídica Gratuita* con el objeto de prever la gratuidad en determinados casos que se desjudicializan, para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho por falta de medios, dejando claro que estos supuestos no forman parte en sentido estricto del régimen de la asistencia jurídica gratuita al no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

estar vinculados al artículo 119 de la Constitución, pero se extiende el mismo sistema de ayudas de esta ley.

La **Disposición final decimocuarta** modifica los arts. 86 A 89 la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión para dar una nueva regulación a la venta extrajudicial en estos supuestos.

La **Disposición final decimoquinta** modifica los arts. 169 y 170 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio para regular la convocatoria por el registrador mercantil de la junta general de las sociedades. La novedad reside en desjudicializar estas convocatorias, que ya no se efectuarán por los jueces de lo mercantil, sino por los registradores mercantiles.

La **Disposición final decimosexta** modifica el art. 6 de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas, con el objeto de prever la constitución de estos sindicatos de obligacionistas ante el registrador mercantil cuando no sean las entidades emisoras las que llevan a cabo su constitución.

La **Disposición final decimoséptima** modifica la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, *sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, que viene a establecer un período transitorio en el cual se aplican con carácter retroactivo las disposiciones que señala tal norma, en relación con aquellos expedientes administrativos o judiciales que estuvieran pendientes de resolución a fecha de la entrada en vigor de la ley.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La **Disposición final decimoctava** modifica la letra g) del apartado 1 del artículo 4 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, *por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, en coherencia con el nuevo artículo 69 de la Ley del Notariado en relación con la exención de la tasa judicial por interposición de demanda de ejecución del acta notarial de reclamación de deuda dineraria no contradicha.

Concluye el Anteproyecto con la **Disposición final décimo novena** referida al título competencial conforme al que se dicta la ley proyectada y la **Disposición final vigésima** a la entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE.

CONCLUSIONES

Primera. La nueva regulación de la jurisdicción voluntaria contenida en el Anteproyecto se inspira en los dos siguientes principios o elementos básicos: la *desjudicialización de determinados expedientes*, extrayendo del articulado de la Ley de jurisdicción voluntaria la regulación de todos aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera del ámbito de la Administración de Justicia, y la *redistribución de la competencia* de los procedimientos regulados con la denominación de jurisdicción voluntaria *entre Jueces y Secretarios judiciales*.

En consecuencia, la Ley proyectada únicamente regula los actos de jurisdicción voluntaria, cuya competencia queda atribuida al Juez o al Secretario judicial. Los expedientes que corresponderán a notarios y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

registradores se regularán en la Ley del Notariado o en la Ley Hipotecaria. Estos expedientes pierden la denominación alusiva a la "jurisdicción".

Segunda. Se trata de evitar la posibilidad de acudir indistintamente por elección del peticionario a diferentes ámbitos competenciales. El Anteproyecto opta por evitar dicha alternatividad con el objeto incrementar la seguridad jurídica que supone la clarificación de las competencias, así como conjurar la producción de indeseables posibles duplicidades.

Tercera. La jurisdicción voluntaria se enmarca en el art. 117.4 CE dentro del conjunto de actividades jurídico-públicas atribuidas a los tribunales de justicia separadas de la función genuinamente jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Cuarta. La reforma tiene un marcado carácter unificador que se manifiesta, por una parte, en el establecimiento de una serie de disposiciones generales aplicables a todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y en segundo lugar, en el desarrollo de la tramitación de aquellos expedientes que se consideran más relevantes y en las modificaciones para su adaptación a la legislación sustantiva.

Quinta. Este Consejo Fiscal nada tiene que objetar respecto de estas opciones de política legislativa, sin perjuicio invitar a legislador a reflexionar sobre algunas cuestiones, expresadas en el presente informe, que suscitan el desarrollo del artículo proyectado que afectan a las funciones que el Ministerio Fiscal tiene encomendadas.

Sexta. Si bien el Consejo Fiscal valora positivamente que el Anteproyecto circunscriba la actuación del Fiscal en la jurisdicción voluntaria a la protección de los derechos fundamentales y de las libertades pública, del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

estado civil de las personas y a la defensa de los menores o de las personas con capacidad judicialmente complementada, ha que significar que la regulación proyectada, presidida por los principios de oralidad e inmediatez, incrementará los problemas ya existentes en las Fiscalías para atender los señalamientos del orden jurisdiccional civil.

Efectivamente, la asunción de las normas del juicio verbal como base del procedimiento común adoptado -que este Consejo Fiscal también valora positivamente-, plantea numerosas dificultades prácticas para el Ministerio Fiscal, las que no debería pasar por alto el legislador, estableciendo las medidas necesarias para atender a las exigencias derivadas de la nueva regulación.

En este sentido el Consejo Fiscal propone la adopción de las siguientes medidas:

- a) Incremento suficiente de la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, en la medida que resulta imprescindible -una vez que el Fiscal ha abandonado la posición pasiva y formularia que antaño pudo tener en el procedimiento civil- para poder adoptar la posición activa y eficaz que función constitucional reclama.
- b) Sin embargo, y como quiera que este Consejo Fiscal no desconoce la actual situación económica y presupuestaria, afectada por un severo recorte del gasto público, como alternativa a lo anterior, debiera inexcusablemente arbitrarse un trámite escrito, como el hasta ahora vigente, para que el Ministerio Fiscal pueda dejar constancia de su posición en relación con la cuestión debatida en defensa de los intereses que tiene encomendados, y ello sin perjuicio de que en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

determinados supuestos en los que, por los singulares intereses en juego o la relevancia práctica de la comparecencia prevista, se pudiese determinar la necesidad de su efectiva presencia física en la misma.

- c) En cualquier caso, y por los motivos que se han expresado en el presente informe, no se considera en modo alguno adecuada a los intereses propios de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se prevén la presencia imperativa del Ministerio Fiscal en todos aquellos cuya resolución no corresponda expresamente a la autoridad judicial.

Séptima. En definitiva, el conjunto del Anteproyecto Ley de la jurisdicción voluntaria, se considera justificado y con las observaciones reseñadas en cuerpo del informe y particularmente en la anterior conclusión, es valorado favorablemente por el Consejo Fiscal.

Madrid, 17 de diciembre de 2013

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL



Fdo. Eduardo Torres-Dulce Lifante