

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Referencia: FIS-C-2015-00009

ÍNDICE

1. Los puntos clave de la nueva Ley. 1.1. Introducción. 1.2. Reducción del ámbito de la jurisdicción voluntaria. 1.2.1. Reclasificación. 1.2.2. Desjudicialización. 1.2.2.1. Atribución de competencias a los Letrados de la Administración de Justicia. 1.2.2.2. Atribución de competencias a Notarios y Registradores. 1.3. Modernización. 2. La intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de Jurisdicción voluntaria. 2.1. Recomendaciones internacionales. 2.2. Naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil. 2.3. La norma general de intervención. 2.3.1. Precedentes. 2.3.2. El art. 4 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. 2.3.3. Derechos propios de las Comunidades Autónomas. 2.4. Expedientes tipificados en los que interviene el Ministerio Fiscal. 2.5. Disposiciones generales y normas comunes. 2.6. Intervención en la determinación de la competencia. 2.7. Forma de los actos del Ministerio Fiscal. 3. Especialidades de los expedientes que afectan a menores de edad 3.1. Marco general de derechos humanos en el ámbito procesal. 3.2. Normas generales expresas en la LJV. 3.3. Normas complementarias y principios aplicables a la tramitación de los expedientes. 3.3.1. El derecho a ser oído y escuchado. 3.3.2. Modificación de los principios tradicionales del proceso civil. 3.3.3. Contenido de las resoluciones. 4. Especialidades de los expedientes que afectan a personas con capacidad modificada judicialmente. 4.1. Marco general de derechos humanos. 4.2. La función del Ministerio Público en la protección de las personas con capacidad modificada judicialmente. 4.3. Normas generales expresas en la LJV. 4.4. Normas complementarias y principios aplicables a la tramitación de los expedientes. 5. Algunas observaciones respecto a los expedientes tipificados de competencia judicial. 5.1. El expediente de tutela y curatela. 5.2. Novedades en la guarda de hecho. 5.3. El papel del Ministerio Fiscal en el expediente de concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad. 5.4. El requisito de la venta en pública subasta. 5.5. Judicialización del impedimento de crimen. 5.6. Nuevas medidas de protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. 6. Algunas observaciones respecto a los expedientes tipificados de competencia del letrado de la Administración de Justicia (LAJ). 6.1. Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento del defensor judicial. 6.2. El nuevo expediente colectivo e inmediato de declaración de fallecimiento en los casos del art. 194 nº 2 y 3 CC. 7. Cuestiones de derecho transitorio. 7.1. Marco general. 7.2. Cuestiones que plantea la reclasificación de algunas materias. El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. 8. Vigencia de Circulares, Instrucciones y consultas anteriores 9. Conclusiones.

1. LOS PUNTOS CLAVE DE LA NUEVA LEY

1.1. Introducción

Bajo diferentes denominaciones, como jurisdicción voluntaria (*freiwilligen Gerichtsbarkeit*, *jurisdição voluntária*), materia graciosa (*matière gracieuse*) o asuntos no contenciosos (*Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*), las normas procesales civiles de los países europeos contienen disposiciones cuya característica común radica en la intervención de los

órganos judiciales en asuntos en los que no se suscita propiamente un litigio entre partes. No son cuestiones pacíficas la determinación de su naturaleza, la necesidad de la intervención judicial ni el catálogo de materias que incluye.

En lo que a nuestro país concierne, con raíces en el Derecho Romano, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 recogió un total de XIII títulos en su Segunda Parte bajo la denominación de “Jurisdicción Voluntaria”. Más tarde, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC 1881) reguló la materia en su Libro III. La vigencia dilatada de la norma decimonónica no estuvo exenta de contratiempos. Junto a su marcada obsolescencia y abandono, destacó la proliferación de normas externas a la ley rituaría que multiplicaron, sin la sistemática y rigor técnico exigibles, el número de procedimientos de esta índole.

La sentida necesidad de un nuevo Código procesal civil se plasmó en la Ley 1/2000 de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC 1/2000). Sin embargo, la norma extrajo de su seno todo el conjunto de disposiciones referentes a la jurisdicción voluntaria. Como indicaba su Exposición de Motivos, se prefirió la regulación en ley distinta y separada, opción seguida por otros países como la República Federal Alemana (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) o la República de Austria (*Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*).

La Disposición final decimoctava de la LEC 1/2000 expresó que “en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor” el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria. La nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* (en adelante, LJV) viene a culminar, tardíamente, este propósito de reforma legislativa. Su Preámbulo reconoce que la jurisdicción voluntaria constituye “un sector de nuestro Derecho que no ha merecido tan detenida atención por el Legislador o los autores como 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”.

La LJV tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, definiendo su primer artículo como tales “todos aquellos que 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”.

Los 148 artículos de la Ley vienen acompañados de 6 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria y 21 disposiciones finales que recogen importantes modificaciones en distintas parcelas de nuestro ordenamiento a las que sólo, de forma puntual, se hará referencia. Con excepción de algunas disposiciones, la nueva norma, publicada en el BOE de fecha 3 de julio de 2015, contemplaba un reducido período previo a su entrada en vigor (20 días desde la referida publicación oficial).

Los aspectos que pueden considerarse más sobresalientes de la nueva norma son, por un lado, la importante reducción del ámbito de lo que se considera jurisdicción voluntaria y, por otro, la modernización de este sector del ordenamiento jurídico.

1.2. Reducción del ámbito de la jurisdicción voluntaria

1.2.1. Reclasificación

La atribución de determinadas materias al área de la jurisdicción voluntaria o a la de la contenciosa no es cuestión pacífica. La tendencia a la reclasificación es fácilmente comprobable. Cabe citar, como ejemplo y por su importancia en la labor del Fiscal, que la propia LEC 1/2000 reasignó el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (hasta entonces encuadrado en la jurisdicción voluntaria en virtud de la Disposición Adicional Primera de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor) al ámbito de los procesos especiales de la LEC 1/2000 (art. 748).

El art. 24 de la Constitución no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables (SSTC nº 43/1987 y 160/1991). En opinión del Tribunal Constitucional, la diversidad de los supuestos que contemplaba el Libro III LEC 1881, unida a

las variadas tesis acerca del carácter de la jurisdicción voluntaria, impedían sentar conclusiones generales (SSTC nº 13/1981 y 298/1993).

Lo cierto es que la LJV, “revisa la opción legislativa” consistente en mantener en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (arts. 1.901 a 1.909 de la LEC 1881) la materia concerniente al retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, añadiendo un Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV de la LEC 1/2000, integrado por los nuevos arts. 778 quáter a 778 sexies bajo el título “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuesto de sustracción internacional”.

Esta opción no ha sido seguida únicamente en este caso. La LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ha dado nueva redacción al art. 156 CP. La disposición adicional primera aclara que la esterilización “deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento *contradictorio* posterior”. La exclusión expresa del término “jurisdicción voluntaria”, anteriormente recogido en el precitado artículo del CP y la expresa mención en el Preámbulo (XXVII, “in fine”) a que “las leyes procesales civiles (...) regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas” y que, “en tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código”, hacen necesario un estudio de estas cuestiones que habrá de materializarse en una futura Circular.

Del mismo modo, otro tipo de procedimientos cuyo carácter se discute, como el del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC 1/2000) o el ingreso de menores en los denominados centros de formación especial, exigen un análisis diferenciado que se efectuará en epígrafe posterior, en el primer caso, y en documento separado, en el segundo.

1.2.2. Desjudicialización

Como señala el Preámbulo de la LJV, “no es nuevo el debate sobre si sería pertinente mantener en este campo la exclusividad de los tribunales de justicia –y, dentro de ellos, del personal jurisdicente–, o si sería preferible encomendar su conocimiento a otros órganos y funcionarios públicos”. En este sentido, desde el punto de vista internacional, la Recomendación nº R(86)12, de 16 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales*, considera necesario limitar el número de tareas no propiamente judiciales que asumen tales órganos, asignándolas a otras personas o instituciones.

No obstante, la jurisdicción voluntaria no siempre supone, conforme al apartado cuarto del art. 117 CE ejercicio de funciones expresamente “atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. En determinados casos se ejerce verdadera jurisdicción, potestades que quedan amparadas por el art. 117.3 (véase, en este sentido, STC nº 155/2011, de 17 de octubre). Existe, por tanto, un “núcleo mínimo” de competencia judicial que debe ser respetado.

La nueva Ley “opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales (actuales Letrados de la Administración de Justicia), Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles”.

Destaca la desjudicialización del acogimiento de menores, anteriormente regulado en el Título II de la primera parte del Libro III de la LEC 1881, arts. 1.825 a 1.827 -reglas comunes con la adopción- y 1.828). La LJV, en su disposición adicional segunda, contiene un precepto relativo al régimen jurídico aplicable al citado acogimiento de menores que, por no consentir u oponerse los progenitores o el tutor, precisa decisión judicial, conforme a los trámites de la jurisdicción voluntaria. Dicho precepto fue de aplicación hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* que modificó el art. 173 CC, apartado 3, permitiendo su disposición transitoria segunda el cese de los acogimientos constituidos judicialmente mediante resolución de la Entidad Pública, sin necesidad de resolución judicial. La LJV fue publicada en el BOE de 3 de julio y la ley 26/2015, en el del 29 del mismo mes. Ambas entraron en vigor a los 20 días de su

publicación. El tiempo de vigencia de la referida disposición adicional segunda ha sido, pues, muy breve.

Aunque la LJV no hace referencia a ella, es obligada una breve mención a las competencias de las Oficinas Consulares de Carrera en materia de jurisdicción voluntaria, junto con las de fe pública y registro civil (art. 5 del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 24 de abril de 1963), ajustándose a la legislación procesal, notarial y registral (art. 48.6 Ley 2/2014, de 25 de marzo, *de la Acción y del Servicio Exterior del Estado*) y a los acuerdos internacionales suscritos por España que, desde siempre, han mantenido importantes funciones, particularmente en los ámbitos tutelar y de adopción (véanse, por ejemplo, el art. 14.1 del *Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares* de 1967 y el art. 17 de la Ley 54/2007 *de Adopción Internacional*, que ha sido modificado por la ya citada Ley 26/2015).

1.2.2.1. Atribución de competencias a los Letrados de la Administración de Justicia

Potenciar la figura de los Secretarios Judiciales constituye uno de los objetivos perseguidos por las recientes reformas legislativas. En este sentido, tras la LO 19/2003, de 23 de diciembre, el art. 456 LOPJ les confirió competencias, “cuando así lo prevean las leyes procesales”, en materia de jurisdicción voluntaria, “asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer”. Dicho precepto añadió que “se llamará decreto a la resolución que dicte el Secretario Judicial con el fin de poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión”, matizando que “será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa”.

En lo que ahora concierne, el art. 2.3 LJV señala que “el impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley”. La norma establece un criterio general de competencia para la decisión de los asuntos en los casos en que no se hayan atribuido expresamente, correspondiendo al Juez “los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente” y al Secretario judicial “el resto de expedientes”.

Entre los expedientes en que se afirma la competencia decisoria del Secretario judicial, hay varios en los que el Fiscal tiene intervención, lo que será objeto de análisis en posteriores epígrafes.

La LO 7/2015, de 21 de julio, entre otras importantes cuestiones, ha modificado la denominación, siendo la actual “Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia”. La disposición adicional primera expresa que, a partir de su entrada en vigor, todas las referencias que se contengan en la LOPJ, “así como en otras normas jurídicas” a Secretarios judiciales deberán entenderse hechas a Letrados de la Administración de Justicia. Por esta razón, en adelante, se utilizará esta terminología bajo la abreviatura LAJ.

1.2.2.2. Atribución de competencias a Notarios y Registradores

En el marco de los asuntos de jurisdicción voluntaria, la atribución de competencias a los Notarios es muy antigua en Europa, remontándose a la Edad Media. En la Memoria de 1926, el entonces Fiscal del Tribunal Supremo se mostraba ya favorable a una modificación legislativa tendente a la desjudicialización de algunas materias en favor de dicho colectivo. La reforma solicitada no se produjo y, en algunos casos del tráfico jurídico, dio lugar a prácticas irregulares como la existencia de declaración de herederos abintestato por actas de notoriedad, situación que fue estudiada por la Circular 1/1970, de 9 de marzo, que entendió que el Fiscal debía considerarlas “ineficaces y sin trascendencia jurídica por ser contrarias a las leyes”. Tímidamente, se introdujeron reformas. Así, la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, modificó el art. 979 LEC 1881, permitiendo la declaración de herederos mediante acta de notoriedad en los casos de descendientes, ascendientes o cónyuge del finado.

En lo que al Fiscal concierne, no tiene intervención en las actuaciones que son competencia de tales profesionales, lo que no obsta para que, en aquellos casos en que por los mismos se aprecie carencia de representación legal de menores o personas con capacidad modificada judicialmente que así lo requieran, se comuniquen dicha circunstancia al Ministerio Público a los efectos de instar la correspondiente designación de defensor judicial. En este sentido, pueden citarse distintos preceptos como los arts. 56.1, 57.3 ó 62.3 de la Ley del Notariado, de 28 de marzo de 1862.

La LJV modifica la citada Ley del Notariado en su disposición final undécima introduciendo unas reglas generales sobre “expedientes y actas especiales” y otras particulares por materias, siendo llamativa la de tramitación de la escritura de separación matrimonial o divorcio en los casos de carencia de hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos.

Interesa destacar que el sistema de reasignación de competencias no se ha llevado exclusivamente a través de la referida LJV, sino que otras importantes normas han contribuido a tal fin. En particular, son de citar la Ley 14/2014, de 24 de julio, *de Navegación Marítima* y, muy especialmente, la modificación de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, dado que desjudicializa materias en las que el Fiscal sí dictaminaba, como el expediente de dominio.

1.3. Modernización

El Preámbulo expresa que “se toma particular cuidado en adaptar la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria a los principios, preceptos y normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratándose de soslayar con ello problemas de interpretación y dándose respuesta a algunas lagunas legales y aporías”. El refuerzo de los principios de oralidad, intermediación y concentración se materializa en el papel central de la comparecencia que se contempla en el art. 18 de la Ley. Ha de recordarse que la audiencia prevista en el art. 1.813 LEC 1881 no estaba regulada en cuanto a su forma (salvo para el Ministerio Fiscal, en el art. 1.815). Nada impedía que fuera oral, pero la práctica era su tramitación generalmente escrita.

Otra cuestión a considerar, entre otras adaptaciones técnicas a las que se hará referencia a lo largo de esta Circular, es la mejora de su estructura y sistemática.

Aspecto sobresaliente de la nueva Ley lo ha constituido la desaparición de los expedientes obsoletos. La regulación de la LEC de 1881 sufrió grandes críticas, precisamente, por la falta de concordancia con las normas materiales. Por ejemplo, las disposiciones previstas para el nombramiento de curadores ejemplares (arts. 1.847 y ss.) dejaron de tener vigencia con la publicación del Código Civil que suprimió esta figura. Otro procedimiento que tuvo su importancia (véase Memoria de 1924) fue el de los apeos y prorrates de foros (arts. 2.071 y ss.), pero ya en 1963, con la *Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia* (Ley 147/1963), se otorgó un plazo de 10 años para proceder a la práctica eliminación de la institución que, posteriormente, fue formalmente derogada en todos sus preceptos (disposición derogatoria única de la Ley 7/1987), no formando parte actualmente de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, *de derecho civil de Galicia*. Estos conjuntos normativos han permanecido hasta la actualidad en la LEC 1881 por falta de derogación expresa.

Por último y conectado con lo anterior, hay que hacer referencia a la necesidad de actualizar y coordinar las disposiciones de la LJV con las reformas del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuestiones a las que -por su indudable trascendencia en la labor del Fiscal- se dedicarán, posteriormente, dos epígrafes separados.

2. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1. Recomendaciones internacionales

El Ministerio Público asume competencias extrapenales en algunos Estados miembros del Consejo de Europa. Esta actividad incluye la defensa de colectivos vulnerables, los asuntos de

familia y la protección de los derechos fundamentales, pero puede constatarse la existencia de un grupo indefinido y variable de materias en los que la intervención del Fiscal se presenta como posible.

En el terreno de las recomendaciones internacionales, destaca la Rec (2012) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*. Aunque silencia las materias concretas que deben serle conferidas -dado que es una cuestión que entra dentro de los márgenes de competencia de cada Estado-, recoge una serie de principios comunes, entre los que resaltan los siguientes:

- Las responsabilidades y facultades del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal “deben ser establecidas por ley en todos los casos y claramente definidas a fin de evitar cualquier ambigüedad”.
- El ejercicio de tales facultades y responsabilidades debe ser “acorde con los principios de legalidad, objetividad, transparencia e imparcialidad”.
- La conducta de los miembros del Ministerio Público en tales ámbitos “debe estar regida por códigos de ética apropiados”.
- Con el fin de armonizar la política y la práctica en cada ámbito nacional, se debe considerar la confección de “circulares e información sobre las mejores prácticas en los ámbitos externos al sistema de justicia criminal en lo que afecta al Ministerio Público”.
- Por último, el Ministerio Público “debe tener a su disposición los recursos materiales y personales necesarios y disponer de la formación apropiada al objeto de cumplir adecuadamente sus responsabilidades en los ámbitos ajenos al sistema de justicia penal”.

2.2. Naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil

Como expresa el Tribunal Constitucional (STC nº 185/2012, de 17 de octubre), “ni la Constitución Española, ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil”. La STS Sala 1ª, nº 160/1988, de 3 de marzo, sin embargo, la analiza detalladamente, proyectada en una doble actuación: “Como parte plena o como parte informante, conocida también como meramente dictaminante o que simplemente evacua audiencias”.

La Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, abunda en las diferentes formas de intervención, según el tipo de proceso, expresando que “las dos situaciones fundamentales previstas en la LEC para el Fiscal son la de parte y la de órgano dictaminador”. Ahora bien, matiza que su condición de parte ofrece peculiaridades cuando no actúa como demandante, puesto que su intervención “se debe *ex Constitutione* a la defensa de la legalidad y del interés público”. Por eso finaliza afirmando que, dada su posición de “parte imparcial” reconocida por el propio TC (por todos, ATC nº 63/1997, de 6 de marzo), pondrán todos los medios oportunos para intentar que su contestación a la demanda se efectúe previo conocimiento de la postura del demandado y, en el caso de que se le haya conferido un traslado de la demanda simultáneo con el demandado, se limitarán a abordar las cuestiones procesales, a admitir únicamente los hechos aducidos por el actor que resulten acreditados por la prueba propuesta, solicitando un nuevo traslado para dictaminar conjuntamente sobre la demanda y la contestación y, en el caso de no serle conferido, fijarán su posición definitiva en cuanto al fondo en la comparecencia o vista posterior.

En materia de jurisdicción voluntaria, inicialmente, sólo cabe hablar de “solicitantes” e “interesados” y no propiamente de partes. Sin embargo, la tramitación en el seno del expediente de verdaderas controversias, admitida desde antiguo, hace que se desdibuje esta premisa. Como luego se analizará, la posición del Fiscal en los distintos expedientes varía sustancialmente de unos a otros.

En cuanto a los límites a la actuación del Ministerio Público, ante la ausencia de un marco legal preciso, es conveniente mencionar algunos de los principios que sienta la ya mencionada Rec (2012) 11:

- Las competencias del Ministerio Fiscal no deben restringir “el derecho de toda persona física o jurídica a iniciar un proceso o a actuar para defender sus intereses ante un tribunal independiente e imparcial, incluso en los casos en los que el Ministerio Fiscal actúe o tenga intención de actuar en calidad de parte”.
- Los poderes del Fiscal para iniciar procesos judiciales o para actuar en calidad de defensor “no deben comprometer el principio de igualdad de armas entre las partes en litigio”.
- El poder de realizar investigaciones pre-procesales debería estar establecido por la ley y conviene ejercerlo de manera proporcionada.
- En los casos en los que los intereses de un individuo son representados por el Ministerio Fiscal, dicha persona tendría que estar facultada para ser parte de los procesos. Esto no debería impedir que el Fiscal sea parte en los mismos cuando el interés general o público está en juego. El Memorando explica que, inicialmente y salvo que concurra un interés público o general que lo justifique, el Fiscal podrá retirarse cuando el afectado decida poner fin a esa representación. Por otro lado, si el Fiscal decide retirarse, el afectado debe ser informado de tal decisión.
- Los derechos del Fiscal a presentar recurso o de revisar una decisión judicial por una instancia superior no deberían ser distintos de los de las otras partes. El Memorando de la recomendación expresa que, cuando actúa como “amicus curiae” su papel debe limitarse a la explicación de la normativa a aplicar y a la expresión de su opinión sobre la interpretación de las mismas en el caso concreto, no debiendo ser vinculante para el Tribunal.
- Las partes en el procedimiento deberían ser informadas acerca de la decisión del Fiscal para intervenir o para unirse a las diligencias y tener la oportunidad de informar sobre la posición del Fiscal y poder presentar sus argumentos. El Memorando explica que, dada la influencia que puede ejercer la opinión del Fiscal, en aplicación del principio contradictorio del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las partes no pueden verse sorprendidas por decisiones fundadas en alegaciones de las que no han tenido conocimiento.
- Cuando el Fiscal presente una opinión escrita antes de la audiencia, esta opinión debería ponerse a disposición de todas las partes con suficiente tiempo para ser examinada. De otra manera la audiencia podrá ser aplazada.

Fijados unos mínimos de principio a los que deberán ajustarse los Sres. Fiscales, procede ahora examinar, dentro ya del concreto ámbito de la jurisdicción voluntaria, qué funciones específicas se asignan al Fiscal.

2.3. La norma general de intervención

2.3.1. Precedentes

La LEC de 1855, dentro de las disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria, recogió una cláusula (art. 1.208) relativa a la intervención del Fiscal. Posteriormente, la *Ley provisional sobre organización del Poder Judicial* de 1870 reguló las funciones del Ministerio Fiscal en su Título XX (arts. 763 y ss.). El art. 838 recoge detalladamente las atribuciones del Ministerio Fiscal y, entre ellas, en su número 6, la de “representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos”.

El Libro III de la LEC de 1881 incorporó, en el párrafo primero del art. 1.815, una nueva cláusula general: *se oirá precisamente al Promotor fiscal cuando la solicitud promovida afecte á los intereses públicos, y cuando se refiera á persona ó cosa, cuya proteccion ó defensa competan á la Autoridad [sic]*. El precepto, salvo las modificaciones propias de las reglas ortográficas y la mención al “promotor fiscal” que se sustituyó por “Ministerio Fiscal”, ha permanecido hasta la entrada en vigor de la nueva LJV.

La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, estableció entre sus funciones (art. 3) las de: “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. Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa *en juicio y fuera de él*, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos. (...) 15. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya”. Con posterioridad, se reformó el apartado 7 (Ley 14/2003, de 26 de mayo), quedando la redacción como sigue: “*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”.

2.3.2. El art. 4 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria

El art. 4 LJV, bajo el título “intervención del Ministerio Fiscal” dispone que *el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare*.

El Consejo Fiscal (*Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* de 17 de diciembre de 2013) estimó que “la redacción (...) mejora sensiblemente la contenida en el art. 1.815 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, en este sentido, con las pretensiones señaladas en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, reduciendo la intervención en numerosos negocios de jurisdicción voluntaria en los que se consideraba que existía un interés general de personas indeterminadas (expedientes de dominio, declaraciones de herederos, extravío de cheques, etc.).

La norma general, por tanto, prescribe la intervención del Fiscal en tres supuestos:

- Cuando el expediente afecte al estado civil o condición de la persona.
- Cuando esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente.
- Aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.

A la hora de solventar las dificultades de interpretación del precepto, los Sres. Fiscales deberán atenerse al principio de legalidad, al tenor del art. 3 EOMF, a las características de la concreta intervención procesal y a las exigencias de celo y carácter protector que, de forma tradicional – como se desprende de la exposición histórica-, han regido la Institución.

2.3.3. Derechos propios de las Comunidades Autónomas

El apartado 3 de la disposición adicional primera de la LJV señala que “las referencias realizadas en esta Ley al Código Civil o a la legislación civil deberá entenderse realizada también a las leyes civiles forales o especiales allí donde existan”.

Conforme al art. 149.1.6ª CE, “el Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. El Tribunal Constitucional ha matizado que “el citado precepto constitucional no permite, sin más, a éstas introducir en su Ordenamiento normas procesales, por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo, en ejercicio de sus competencias” (STC nº 127/1999, de 1 de julio).

El margen concreto con que el TC ha venido interpretando el concepto de “necesidad” de la especialidad procesal de origen autonómico resulta de la obligación de “salvaguardar la

uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales”, fin al que se ordena la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal (SSTC nº 173/1998, de 23 de julio; 47/2004, de 25 de marzo; 21/2012, de 16 de febrero; 92/2013, de 22 de abril).

Más detalladamente, precisa el TC que las Comunidades Autónomas “tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica”, es decir, que “las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas” (SSTC nº 47/2004, de 25 de marzo; 243/2004, de 16 de diciembre; y 135/2006, de 27 de abril; 21/2012, de 16 de febrero).

La matización reviste importancia debido a que las materias a analizar tienen especialidades sustantivas en diferentes Comunidades Autónomas. Las legislaciones forales contemplan intervenciones del Ministerio Fiscal en aspectos no regulados en la LJV. A título de mero ejemplo, los arts. 446, 447, 450, 459 (referidos a la fiducia sucesoria) del Código del Derecho Foral de Aragón; los arts. 29, 34, 37 (referidos a la sustitución fideicomisaria); Ley 191 (adveración del testamento ante párroco y ante testigos) de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Dichas disposiciones siguen manteniendo su vigencia.

En principio, la tramitación de los expedientes que sean análogos en cuanto al derecho material se realizará por el correspondiente de la LJV. Los que carezcan de tipificación expresa deberán regirse por las normas comunes.

La disposición adicional primera de la LJV establece, con carácter general, que las referencias que efectúen las leyes de fecha anterior a la presente a las competencias del Juez en relación con los asuntos de jurisdicción voluntaria, se entenderán hechas al Juez o al LAJ con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 2 de la ley. Del mismo modo, las referencias que figuren en normas de fecha anterior relativas a la LEC en cuanto a asuntos de jurisdicción voluntaria, se entenderán hechas a la LJV.

Finalmente, debe indicarse que, en aquellos casos en que no figure mención al Ministerio Fiscal en la legislación propia de la Comunidad Autónoma correspondiente, sólo podrá justificarse su intervención conforme a los criterios de la LJV (cláusula general o expresa tipicidad) y no conforme a los de la legislación derogada.

2.4. Expedientes tipificados en los que interviene el Ministerio Fiscal

La LJV reduce sustancialmente el número de expedientes en los que tiene intervención el Ministerio Fiscal. Sólo la ostenta en los de competencia del Juzgado de Primera Instancia (no en los de lo Mercantil) y limitada a determinadas materias. Siguiendo la estructura de la norma, el Ministerio Fiscal interviene en los siguientes:

A. Jurisdicción voluntaria en materia de personas

- Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 25)
- Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial (arts. 28.2 y 30.1)
- Adopción (art. 34.1)
- Tutela, curatela y guarda de hecho (arts. 45.2, 47, 48, 49, 50, 51.2 y 52)
- Concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (art. 55)
- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad (art. 57)
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 60.2)

- 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 modificada judicialmente (art. 64)

- Declaración de ausencia y fallecimiento (art. 68.2)

B. Jurisdicción voluntaria en materia de familia

- Dispensa del impedimento matrimonial de muerte dolosa del cónyuge anterior (art. 83.1)

- Intervención judicial en relación con la patria potestad (art. 85.1)

- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (art. 90.5)

C. Jurisdicción voluntaria relativa al Derecho sucesorio

- Aceptación y repudiación de la herencia (art. 94.3)

Debe reseñarse que dentro del primer grupo, no se incluye la intervención del Fiscal en el expediente previsto en el capítulo X (extracción de órganos de donantes vivos). Es el único del Título II en que dicha circunstancia se da. La razón radica en que se exige que el donante sea “mayor de edad” y “que goce de plenas facultades mentales”, no pudiendo obtenerse ningún tipo de órganos de personas que “por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente”, ni de “menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores” (arts. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* y 8 del RD 1723/2012, de 28 de diciembre, *por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*).

2.5. Disposiciones generales y normas comunes

Una de las críticas habituales a la LEC 1881 consistía en que los arts. 1.811 y siguientes, insertos en el Libro III, Primera Parte, Título I, bajo la rúbrica de “disposiciones generales”, pese a su denominación, no contenían propiamente un conjunto de principios generales y reglas de procedimiento, sino que se limitaban a consignar algunos preceptos fragmentarios e inconexos que no podían considerarse un cuerpo orgánico. Novedad de la LJV es que se da “forma a un procedimiento general de jurisdicción voluntaria” (Preámbulo IX), aplicable a todos los expedientes “en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate” (art. 13).

La existencia de un procedimiento general permite solucionar los casos de posibles expedientes no tipificados en la LJV cuya tramitación venga impuesta por otras normas. De hecho, el propio Preámbulo parte de la existencia de preceptos procesales en los Códigos Civil, Mercantil y leyes de contenido material. La *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley* completa lo anterior al señalar que se ha optado por un sistema mixto que elude una labor “exhaustiva” que dejaría huérfanos de regulación aquellos casos en que el Legislador futuro pueda remitir a los trámites de la jurisdicción voluntaria. Al mismo tiempo, evita la carencia de soporte normativo que supondría legislar un único procedimiento, dejando a las leyes materiales las peculiaridades de cada caso.

Un sencillo esquema del sistema general de tramitación de los expedientes, haciendo referencia a aquellas particularidades que conciernen a la intervención del Ministerio Fiscal abarcaría los siguientes puntos:

a) Inicio

Los expedientes se inician de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o por solicitud de persona legitimada. Se entiende por esta última, “quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto”. La solicitud mantiene los criterios tradicionales de simplicidad, debiendo consignar los

datos de identificación del solicitante, una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que se ampara la pretensión y acompañar, en su caso, los documentos y dictámenes que se consideren de interés, junto con las copias para los interesados.

El Fiscal interviene en los expedientes normalmente como simple interesado, dentro de las peculiaridades que la naturaleza de su función presenta, como ya se ha expresado con anterioridad. En ocasiones, puede intervenir como solicitante, particularmente cuando la iniciación resulta de oficio (por ejemplo, en los casos de nombramiento de defensor judicial, tutela y curatela o medidas de control en guarda de hecho). Existen, sin embargo, algunos expedientes en los que únicamente el Ministerio Fiscal puede ser solicitante (concretamente, en los referidos a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad – art. 57.2- y en los casos de declaración de fallecimiento colectivo expresados en el art. 194.2 y 3 CC –art. 68.2, “in fine”-), situaciones que se justifican en la peculiaridad de las materias reseñadas.

No hace referencia la norma a las consecuencias de la no presentación de las copias. El art. 16.4 de la Ley establece que el LAJ examinará la existencia de posibles defectos u omisiones en las solicitudes presentadas y dará, en su caso, un plazo de cinco días para proceder a su subsanación. Si esta no se llevara a cabo en el plazo señalado, tendrá por no presentada la solicitud y archivará las actuaciones en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, se dará cuenta al Juez, quien acordará lo que proceda. La solución es similar a la dispuesta en el art. 275 LEC 1/2000. Es de entender, sin embargo, que no podrá haber lugar a tan radical efecto en los casos en que la ley señale que el concreto expediente deba iniciarse de oficio.

b) Postulación

El Preámbulo expresa que “la Ley no establece un criterio general” remitiendo a cada caso concreto. El art. 3.2 LJV matiza que “tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley”, sin perjuicio de que puedan utilizar sus servicios cuando esta no lo exija. Indica, además, que la presencia de estos profesionales es preceptiva, en todo caso, “para la presentación de los recursos de revisión y apelación que, en su caso, se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición”.

El régimen actual se aparta del previsto en los arts. 4 y 10 de la LEC 1881. La primera de las normas no exigía la intervención de procurador en los actos de jurisdicción voluntaria. Respecto a la intervención de Letrado, sólo era preceptiva en los casos en que la cuantía excediera de 400.000 pesetas (2.404 €), con la excepción de los actos que tuvieran por objeto la adopción de medidas urgentes o que debieran instarse en un plazo perentorio y también los previstos en la disposición adicional tercera de la LO 1/1996 (es decir, las previstas en los Títulos IX y X del Libro I del CC) en que no era necesaria la intervención de profesionales.

Lo expuesto resulta de capital importancia porque la omisión de la intervención de Abogado, en los casos en que la Ley la establece como preceptiva, es motivo de nulidad de pleno derecho (art. 238 nº 4 LOPJ) del acto procesal -sin perjuicio de la posibilidad de subsanación- y, en algunos casos, el régimen varía respecto a la legislación derogada.

En lo que concierne a los expedientes tipificados en los que tiene intervención el Ministerio Público, en general, no se exige la presencia de los citados profesionales, con las siguientes excepciones:

- Remoción del tutor o curador. Precisa de la intervención de Abogado (art. 43.3 LJV).
- Concesión judicial de la emancipación o del beneficio de la mayor edad. Se requiere la asistencia de Letrado en el exclusivo caso de que se formule oposición y sólo a partir de ese momento (art. 53.3 LJV).
- 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 modificada judicialmente. Es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador si el valor del acto para el que se insta el expediente supera los 6.000 € (art. 62.3 LJV).

- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales cuando estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente. Es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador cuando la intervención judicial lo es para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 € (art. 90.3, párrafo segundo LJV).

- Aceptación y repudiación de la herencia en los casos previstos en las letras “a” (progenitores que ejerzan la patria potestad para repudiar la herencia o legados en nombre de sus hijos menores de 16 años, o si aun siendo mayores de esa edad, sin llegar a la mayoría, no prestaren su consentimiento) y “b” (tutores, y en su caso, defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos) del art. 93 LJV. En ambos casos es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador cuando la cuantía del haber hereditario supera los 6.000 € (art. 94.4 LJV).

c) Normas sobre acumulación de expedientes, litispendencia y prejudicialidad

Mantiene la nueva Ley el criterio del art. 1.823 LEC 1881 de imposibilidad de acumulación de expedientes de jurisdicción voluntaria a los de contenciosa (art. 15.3).

El art. 15 regula las normas de acumulación de expedientes estableciendo que el Juez o el LAJ, según quien ostente la competencia, acordará la acumulación “cuando la resolución de uno pueda afectar a otro, o exista tal conexión entre ellos que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias”. No cabe acordar la acumulación cuando la resolución corresponde a sujetos distintos. La norma remite a las disposiciones sobre acumulación de procesos en el juicio verbal, estableciendo dos especialidades según se trate de acumulación ante el mismo o ante distintos órganos judiciales.

En los casos de tramitación simultánea o posterior de procesos contenciosos sobre el mismo objeto, una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, establece el art. 6.2 que “se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos”.

En los casos en que se acredite la existencia de un proceso contencioso cuya resolución pueda afectar al expediente, el apartado 3 de este artículo expresa que “se acordará la suspensión (...) debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 LEC”, es decir, conforme a la norma sobre prejudicialidad civil, lo que obliga a que previamente finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial y a que, en el caso en que se deniegue la citada suspensión, haya lugar a los correspondientes recursos.

En los casos en que se tramiten simultáneamente dos o más expedientes de jurisdicción voluntaria con idéntico objeto, prosigue la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acuerda el archivo de los posteriormente incoados (art. 6.1).

d) La comparecencia

Apreciada la competencia objetiva y territorial, subsanados –en su caso– los posibles defectos u omisiones y estimada la admisibilidad de la solicitud, el LAJ citará a la comparecencia establecida en el art. 18. Es muy importante destacar que la comparecencia sólo es preceptiva en los siguientes casos (art. 17.2):

- Que, conforme a la Ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante.
- Que tuvieran que practicarse pruebas ante el Juez o el LAJ.
- Que el Juez o el LAJ consideren necesaria la celebración de comparecencia para la mejor resolución del expediente.

Si sólo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, éste emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días (art. 17.2, último inciso).

La misma se celebra ante el Juez o el LAJ –según quien ostente la competencia- bajo los trámites previstos para la vista del juicio verbal con algunas especialidades recogidas en el citado art. 18 LJV. Debe hacerse mención aquí a la posterior reforma de la LEC 1/2000 por Ley 42/2015, de 5 de octubre, puesto que afecta directamente a dicho extremo.

e) Nuevo régimen de la oposición

El art. 1.817 de la LEC 1881 establecía las consecuencias de la oposición: “Se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía”. Aunque tanto la doctrina jurisprudencial como la ley matizaron este radical efecto para algunas materias, este constituía el principio general.

El nuevo art. 17.3, párrafo segundo, parte del principio contrario: “si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea”.

Se permite, pues, un cierto margen de contradicción que le acerca al ámbito de lo contencioso. No obstante, si el interesado que plantea la oposición interpone demanda provocaría el archivo del expediente, conforme al art. 6.2 anteriormente citado.

Cuando se sustancie la oposición en el propio expediente, del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente.

Es importante destacar que, si bien la falta de asistencia del solicitante a la comparecencia da lugar al archivo por desistimiento, la inasistencia de los demás citados no impide la celebración del acto y la continuidad del expediente.

También, fruto de esta introducción del principio contradictorio, los interesados pueden plantear cuestiones procesales en la comparecencia y formular conclusiones orales tras la práctica de la prueba.

f) Caducidad del expediente

El art. 21 establece que “se tendrá por abandonado el expediente si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad promovida por los interesados en el plazo de seis meses desde la última notificación practicada”. La caducidad la declara el LAJ y, contra el decreto sólo cabe recurso de revisión.

Se aparta esta disposición del régimen previsto en el art. 237 LEC 1/2000, estableciendo un plazo mucho más reducido. La caducidad constituye un modo anormal de terminación del proceso que tiene, por un lado, un fundamento subjetivo, constituido por la presunción de abandono de la pretensión a consecuencia de la inactividad de las partes y como manifestación de su desinterés, y otro objetivo, la necesidad de evitar la prolongación “sine die” de un litigio e impedir que se mantenga, indefinidamente, una situación de litispendencia contraria a la seguridad jurídica.

Ahora bien, es presupuesto esencial que, pese al impulso de oficio de las actuaciones, la inactividad y la consiguiente paralización procesal se deba exclusivamente a la voluntad de las partes.

El instituto de la caducidad, en cuanto afecta al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, debe ser interpretado de forma restrictiva, “de suerte que sólo cuando la paralización del proceso se deba a la exclusiva negligencia o aquietamiento de la parte, y no al incumplimiento de deberes de impulso procesal de oficio atribuido al órgano judicial, podrá decretarse la caducidad de la instancia” (STC nº 364/1993, de 13 de diciembre). Ahora bien, como expresa la misma resolución “este principio de impulso procesal de oficio no es incompatible, sino más bien al contrario, con las obligaciones procesales de las partes y su deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales, debiendo coadyuvar e interesarse por la marcha del proceso en el que pretenden la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal, que no existe lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando ésta resulte exclusivamente imputable a la inactividad procesal

de las partes (SSTC nº 96/1985, 163/1988, 196/1990, 98/1993), a su conducta omisiva (SSTC nº 58/1988, 216/1989, 129/1991), negligencia (SSTC nº 108/1985, 29/1990, 114/1990, 61/1991, 68/1993) o a la acción voluntaria y desacertada de las partes (STC nº 50/1991)”.

g) Decisión del expediente y recursos

El expediente se resuelve por medio de auto, si la competencia es del Juez, o de decreto, si la misma recae en el LAJ.

Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria, una vez firme la resolución, no puede iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que a él dieron lugar. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos.

Las resoluciones de jurisdicción voluntaria no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia jurisdicción voluntaria. Por ello, “no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria” (art. 19.4 LJV).

En materia de recursos, las resoluciones definitivas dictadas por el Juez pueden ser recurridas en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la LEC 1/2000.

Si la decisión corresponde al LAJ, debe interponerse recurso de revisión ante el Juez competente, en los términos previstos en la LEC 1/2000, es decir, conforme a su art. 454 bis, que permite apelación -una vez resuelto por el Juez mediante auto-, garantizándose, de esta manera, la unidad de criterio de las Audiencias Provinciales.

A diferencia de los arts. 1.819 y 1.820 de la LEC 1881 que expresaban que las apelaciones se admitirían siempre en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente y las de los interesados en un solo efecto, el nuevo art. 20.1 LJV expresa que “el recurso de apelación no tendrá efectos suspensivos, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario”. En los expedientes tipificados en que tiene intervención el Ministerio Público, la ley excepciona esta regla en los siguientes casos:

- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad. El art. 58.4 expresa que la resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos, salvo cuando se nombre administrador del patrimonio protegido por no poderse designar conforme a las reglas establecidas en el documento público o la resolución judicial de constitución.
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 60.4).
- 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 modificada judicialmente. (art. 65.5).
- Aceptación y repudiación de la herencia (art. 95.3).

La LJV otorga, por último, carácter preferente a la tramitación del recurso de apelación en los supuestos de adopción (art. 39.4) y derecho al honor, intimidad y propia imagen (art. 60.4).

h) Ejecución

La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se rige por lo establecido en la LEC 1/2000, en particular por los arts. 521 y 522, “pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido”.

El apartado 2 del art. 22 de la LJV distingue las resoluciones que dan lugar a hechos o actos inscribibles en el Registro Civil de las que son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil o cualquier otro registro público. En el primer caso, “se expedirá testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación”; en el

segundo, “deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral”. Esta disposición viene a completar lo ya dispuesto en el art. 521.2 LEC 1/2000.

i) Gastos

El art. 7 de la LJV contiene una disposición general sobre gastos, atribuyendo los ocasionados al solicitante, salvo que la Ley disponga otra cosa. Se exceptúan los ocasionados por testigos y peritos que serán a cargo de quien los proponga.

La norma se aparta del principio general del vencimiento de la LEC 1/2000. Ello supone que, al no haber la condena en costas, el solicitante se ve obligado a incurrir en gasto cuando resulta preceptiva la intervención de Abogado y Procurador.

Aunque la Ley nada expresa, en los casos en que la solicitud se realice por el Fiscal o precise la aportación de testigos o peritos, los gastos nunca se impondrán al Ministerio Público. Si bien la Ley no concreta el concepto de “gastos” y sus diferencias con las “costas”, parece que vendría en aplicación lo dispuesto en el art. 394.4 LEC 1/2000.

j) Otras cuestiones

A diferencia de lo dispuesto en el art. 1.812 LEC 1881, no se hace referencia a que “para las actuaciones de jurisdicción voluntaria, son hábiles todos los días y horas sin excepción”. Habrá que estar, por tanto, a lo dispuesto en los arts. 182 y siguientes de la LOPJ y 130 a 131 LEC 1/2000. Es importante reseñar que muchas actuaciones en materia de jurisdicción voluntaria pueden tener carácter urgente (véase, por ejemplo, la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*). La LEC 1/2000 marca el criterio de distinción en su art. 131.2: “se considerarán urgentes las actuaciones del Tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial”. Es perfectamente posible habilitar días u horas o acudir al Juzgado de Guardia (véase, en este sentido, art. 70 LEC 1/2000 y art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*).

En el mismo orden de cosas, tampoco existe una disposición similar al art. 1.818 LEC 1881 que establecía que “el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa” (exceptuando los autos que tengan fuerza de definitivos). Habrá que estar, por tanto, al régimen general de invariabilidad de las resoluciones previsto en el art. 214 de la LEC 1/2000.

2.6. Intervención en la determinación de la competencia

Dentro de las funciones que el art. 3 EOMF asigna al Fiscal, se encuentra la de “mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros” (apartado ocho). Dicha función es muy antigua y ya venía consignada en el art. 838.3 de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870.

En lo que concierne a la jurisdicción voluntaria, en numerosas ocasiones la Fiscalía se ha pronunciado sobre el particular, en concreto sobre la imposibilidad de la sumisión, expresa o tácita, bajo la vigencia de la LEC 1881. Muestra de ello son la Consulta de 15 de noviembre de 1910, la Circular de 10 de junio de 1912, la Consulta de 16 de noviembre de 1925, la Circular de 13 de mayo de 1930 y la Circular 3/1971, de 3 de diciembre.

Incidentalmente también se ha ocupado la FGE de la materia de competencia para cuestiones específicas (así, por ejemplo, la Circular 2/1984, de 8 de junio, referida al internamiento del antiguo art. 211 CC; la Instrucción 4/2008, de 30 de julio, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapacitadas* o la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*).

La LJV establece, en su art. 2, la competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria a favor, según el caso, de los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil.

En lo que a la competencia territorial se refiere, el apartado 2 del citado art. 2, expresa que “vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita”, manteniendo el criterio de la LEC 1881, conforme a la interpretación de la Fiscalía y de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (así, SSTs de 5 de enero de 1935 y de 8 de mayo de 1971).

El art. 16 LJV contiene un precepto sobre control por el propio órgano una vez presentada la solicitud de iniciación del expediente. Así, “el LAJ examinará de oficio si se cumplen las normas en materia de competencia objetiva y territorial”. Los dos números siguientes resuelven los posibles supuestos:

- Si no aprecia la competencia objetiva, el LAJ podrá acordar el archivo en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien acordará lo que proceda. En la resolución habrá de indicarse el órgano judicial que se estima competente para conocer del expediente.
- Si no aprecia la competencia territorial, puede acordar la remisión al órgano que considere competente en aquellos expedientes que sean de su competencia. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien acordará lo procedente.

En todos los supuestos, la audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante es preceptiva. La falta de competencia objetiva es apreciable de oficio, en cualquier momento de la tramitación del expediente y en trámite de recurso, debiendo estarse a lo dispuesto en el art. 48 LEC 1/2000, dado su carácter supletorio (art. 8).

Junto con el sistema de control de oficio, el solicitante, los interesados y el propio Ministerio Fiscal pueden hacer uso de la declinatoria, siendo de aplicación, *mutatis mutandis*, los preceptos de la LEC 1/2000 (arts. 49, 59 y 63 a 65 LEC 1/2000, debiendo tenerse en cuenta la nueva redacción dada al art. 64.1 por la posterior Ley 42/2015, de 5 de octubre). También pueden alegar la falta de competencia, objetiva o territorial, al inicio de la comparecencia (art. 18.2.3ª LJV), siendo resueltas en el mismo acto, de forma oral y tras oír a los comparecientes, por el Juez o el LAJ (es apreciable la diferencia, en este sentido, con la imposibilidad prevista en el art. 443.2 -en relación con el 416.2-, para la vista del juicio verbal en la LEC 1/2000).

Un supuesto particular es el de la existencia de expedientes que penden ante distintos órganos judiciales en los que, conforme al art. 15 LJV, sean aplicables las reglas de la acumulación. En tales casos, los interesados deberán solicitar por escrito la acumulación ante el órgano que se estime competente en cualquier momento antes de la celebración de la comparecencia. La Ley concreta que, si el órgano requerido no accediese a la acumulación, la discrepancia será resuelta en todo caso por el Tribunal superior común. Si se tiene constancia de la tramitación simultánea o posterior de expedientes con idéntico objeto, hay que estar a lo dispuesto en el art. 6, que expresa que “proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados”.

En materia de competencia objetiva, debe reseñarse que la de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil queda bien determinada en la LJV, recogiendo en un Título específico (el VIII) lo concerniente a los segundos. La competencia de los Juzgados de lo Mercantil, además, se reafirma en la regulación de cada uno de los expedientes que le atañen (arts. 113, 118, 121, 124, 126, 130, 133 y 137). En lo que afecta a la conciliación, el art. 140 establece la competencia del Juez de Paz, LAJ del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil, en materias de su competencia, pero, en dichos supuestos, el mero hecho de suscitar cuestiones de competencia implica que la conciliación se tenga por intentada sin más trámites.

Es importante destacar, en lo que atañe a las materias atribuidas a los Juzgados de Primera Instancia, las competencias fijadas por el art. 87 ter LOPJ a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la existencia de Juzgados especializados conforme al art. 98 de la LOPJ (véanse

también los arts. 17 a 23 del Reglamento 1/2005 del CGPJ de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

En lo que afecta a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 49 bis LEC 1/2000.

En lo referente a los Juzgados especializados conforme al art. 98 LOPJ, de singular importancia en las materias de familia y personas con capacidad de obrar modificada, hay que estar a lo dispuesto en el art. 46 LEC 1/2000 que remite a la sustanciación de las cuestiones de competencia cuando se plantean problemas de esta índole.

En materia de competencia territorial, a diferencia de la LEC 1881 que contenía reglas generales en el art. 63, la LJV ha optado por establecer las normas concretas al regular cada uno de los expedientes, fijándola “en cada caso” (art. 2.2). Bajo la legislación derogada, el planteamiento de cuestiones de competencia negativas no fue infrecuente (se hará referencia a algunas de ellas en otros apartados de la presente Circular).

En lo que concierne a la competencia funcional, los recursos de apelación se sustancian ante la Audiencia Provincial, conforme al art. 82 LOPJ, debiendo tenerse en cuenta la posibilidad de creación de secciones especializadas, conforme al art. 80.3 LOPJ y 24 del citado Reglamento 1/2005.

2.7. Forma de los actos del Ministerio Fiscal

En lo que concierne a este apartado, se reitera lo expuesto en la Instrucción 2/2015 sobre *directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*.

3. ESPECIALIDADES DE LOS EXPEDIENTES QUE AFECTAN A MENORES DE EDAD

3.1. Marco general de derechos humanos en el ámbito procesal

Junto a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN), es necesario hacer mención de las disposiciones del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996. El objeto del Convenio, que entró en vigor el 1 de abril de 2015 (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015), es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles su ejercicio velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial. El Convenio recoge, por un lado, los derechos procesales de los menores y, por otro, el papel que deben jugar las autoridades y representantes en orden a asegurarlos.

3.2. Normas generales expresas en la LJV

El art. 2, en la regla de distribución de competencias entre el LAJ y el Juez en los casos en que ésta no venga atribuida expresamente a ninguno de ellos, indica que este último decidirá “cuando afecten a los derechos de menores”.

El art. 5 expresa que se podrá ordenar “prueba de oficio en los casos en que (...) se afecte a menores”.

En la regulación de la comparecencia, el art. 18.2.4^a establece que “cuando el expediente afecte a los intereses de un menor (...) se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal”.

Este mismo apartado también expresa que “el Juez o el LAJ podrán acordar que la audiencia del menor se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en

soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.”

El art. 19.2, finalmente, expresa que “cuando el expediente afecte a los intereses de un menor (...), la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados”.

3.3. Normas complementarias y principios aplicables a la tramitación de los expedientes

En nuestro Derecho no existe un conjunto sistematizado de normas jurídicas que regulen las particularidades que puede revestir el testimonio y las comparecencias de los menores de edad víctimas o testigos ante Juzgados y Tribunales. No se trata de que los niños, por el hecho de serlo, hayan de tener un estatuto específico frente a los testigos y víctimas adultos, pero si la comparecencia ante los órganos jurisdiccionales puede acarrear para cualquier persona inquietud, desasosiego o temor por la carga emocional que todo proceso conlleva, no parece que el ordenamiento jurídico pueda ignorar las peculiaridades que puede revestir el testimonio infantil.

A lo largo de los últimos años se ha observado una toma de conciencia sobre este problema. Esa mayor sensibilidad, unida a los compromisos internacionales contraídos se tradujo en diversas reformas legislativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El interés de la Fiscalía General del Estado en la cuestión ha sido máximo, siendo prueba de ello la Circular 3/2009, *sobre protección de menores víctimas y testigos*. En ese contexto hay que tener en cuenta, igualmente, el *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar* de 9 de junio de 2014 (actualización del elaborado y aprobado por el pleno del Observatorio de la Infancia el 22 de noviembre de 2007 con participación de las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), así como los distintos protocolos aprobados en esta materia en diferentes Comunidades Autónomas. Aunque la mayor atención se ha centrado en el campo procesal penal, no se puede obviar la protección necesaria de los niños en el proceso civil, en particular en los procedimientos matrimoniales que afectan a hijos menores de edad. Deben igualmente tenerse en cuenta los pronunciamientos contenidos en la reciente Circular 6/2015, de 17 de noviembre, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.

Es posible fijar una serie de normas generales a aplicar en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

3.3.1. El derecho a ser oído y escuchado

El art. 12 CDN consagra el derecho de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernan. Este aspecto guarda íntima relación con la evolución de las facultades del niño. El discernimiento sobre el grado de madurez de un menor no es una tarea fácil y requiere una indagación individualizada. En algunos ámbitos y dependiendo de las circunstancias, el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio desde muy pequeño, aun cuando no pueda comunicarlo fácilmente.

El citado Convenio Europeo de 1996 ha establecido unas normas complementarias. Ha de mencionarse igualmente la Observación General nº 12 del Comité de Derechos del Niño (2009): *El derecho del niño a ser escuchado*.

En España, este derecho se consagra en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM), reforzando una larga tradición de disposiciones que obligan a oír al menor antes de tomar decisiones graves que le afecten (art. 92, 154, 156, 159, 177 CC). De los términos imperativos del citado art. 9 se desprende el deber de los padres, educadores, cuidadores, jueces... de oír al menor, que puede solicitar del Juzgado ser oído “por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente”. La LO 8/2015, de 22 de julio, de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* ha modificado el citado artículo. Deben ahora subrayarse las siguientes reglas:

- Las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, debiendo el órgano judicial evitar toda demora injustificada.
- En cuanto a la forma, junto con los preceptos expuestos ya citados del art. 18.2.4ª LJV, debe ser adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En particular debe ser informado de lo que se le pregunta y de las posibles consecuencias tanto del parecer que exprese como de las de cualquier resolución que pueda adoptarse. Cabe la aplicación supletoria de los arts. 355, 356, 358 y 359 de la LEC 1/2000 para el reconocimiento de personas. La Circular 3/2009 -aunque hace referencia a los procesos de separación y divorcio- recoge reglas aplicables con carácter general, expresando la conveniencia de que las comparecencias y exploraciones se desarrollen en un ambiente relajado, sólo en presencia del Juez, Fiscal y LAJ, con posibilidad de auxilio de psicólogos, miembros del equipo técnico o personal debidamente formado, evitando las preguntas directas al menor sobre los temas más conflictivos, prefiriendo las fórmulas indirectas.
- Es importante que, en la medida de lo posible, las entrevistas al niño siempre se desarrollen por las mismas personas y que el número de las mismas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el buen fin del expediente.
- El art. 9.2 LOPJM señala que el menor puede valerse de intérpretes y expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.
- El derecho a ser escuchado puede ejercitarse directamente por el menor, cuando tenga suficiente madurez o a través de la persona que designe para que le represente. El art. 9 LOPJM señala que puede ser “sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente”. El nuevo apartado e) del art. 10.2 LOPJM también le faculta para “solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses”.

No se trata de un derecho absoluto. Puede ser denegado en resolución motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y sus representantes, cuando se estime que la audiencia pueda ser perjudicial. El nuevo art. 9.3 LOPJM señala que “siempre que se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión”.

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

3.3.2 Modificación de los principios tradicionales del proceso civil

Con anterioridad a la LJV, la quiebra de los tradicionales principios dispositivo y de aportación de parte ya tenía precedentes antiguos en la jurisdicción voluntaria, encontrándose, por ejemplo, en el antiguo 1.910 en su redacción original (depósito de los hijos de familia, pupilos o incapacitados maltratados por sus padres, tutores o curadores u obligados por los mismos a ejecutar actos reprobados por las leyes) y, en general, el uso forense admitía que en los

procedimientos en los que regía el interés público estuvieran presididos por el principio de actuación de oficio. Con posterioridad, manifestaciones de este principio pueden hallarse, por ejemplo, en el art. 158 CC o la disposición adicional tercera LOPJM.

Lo anterior también era observable en la jurisdicción contenciosa, siendo muestra de ello el art. 752.1 LEC 1/2000. Como señalaba la Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre *la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, “es precisamente ese interés público (...) el que fundamenta las especialidades procesales que singularizan estos procesos”.

Estos principios se han mantenido en los arts. 5 y 19.2 LJV.

La jurisdicción voluntaria se ha caracterizado por no observar el principio de preclusión según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella (art. 1.816 LEC 1881). Por ello, en lo que concierne a la aportación de documentos y dictámenes, nada impide que puedan incorporarse con posterioridad a la solicitud si tienen relevancia. Lo anterior se deduce del art. 19.2 LJV.

La doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS han señalado que, en los procedimientos sobre protección de menores en los que el interés del menor es prioritario, no rige el principio de perpetuación de la acción, permitiendo, de esta manera que, en vía de recurso, la Sala pueda contemplar los cambios de circunstancias producidos con posterioridad (SSTC nº 75/2005, de 4 de abril, 58/2008, de 28 de abril y STS nº 565/2009, de 31 de julio). Lo anterior también puede ser aplicable en estos casos.

Finalmente, deben reseñarse también las restricciones que puede sufrir el principio de publicidad. Ello se deduce de preceptos como el art. 754 LEC 1/2000 (procesos especiales de menores), pero también de otros como el art. 13.3 LOPJM (que exige la debida reserva para las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan de los casos de protección de menores) y, en general, de las normas que consagran el derecho a la intimidad y a la vida privada de los menores (así, art. 16 CDN). En este particular, es preciso recordar la doctrina sentada en la Instrucción 1/2007, de 15 de febrero, *sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores*.

3.3.3. Contenido de las resoluciones

Sea el expediente competencia del Juez o del LAJ, el art. 9.3 LOPJM, tras la reforma de la LO 8/2015, establece que “en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración”.

Junto con lo anterior, la resolución debe respetar el principio del interés del menor. La nueva redacción del art. 2 LOPJM, tras la reforma de la LO 8/2015, ha recogido una regulación detallada del concepto estableciendo una serie de criterios generales, elementos de ponderación, prevalencia y respeto de las garantías del proceso. El Preámbulo de la norma señala que ha incorporado “tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, en un intento de precisar este concepto jurídico indeterminado bajo tres consideraciones: derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento, con el fin de “asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor”.

4. ESPECIALIDADES DE LOS EXPEDIENTES QUE AFECTAN A PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

4.1. Marco general de derechos humanos

La LJV expresa en su Preámbulo que se ha buscado “la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”. La Convención (en adelante CDPD) fue

aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (A/RES/61/106) junto con un Protocolo Facultativo. España ratificó el texto y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año (BOE nº 96, de 21 de abril de 2008).

Todavía, sin embargo, no se ha producido la adaptación del Código Civil ni de la LEC 1/2000 a la CDPD que ya estaba anunciada en la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, *de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad*, y reiterada en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

El Tribunal Supremo, no obstante, ha considerado que “el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente”, entendiéndolo que el afectado sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, constituyendo la modificación de la capacidad de obrar sólo una “forma de protección” (única interpretación posible del art. 200 CC) y que la medida no es discriminatoria porque “la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias” al hablarse de una “persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos” porque le impiden autogobernarse. No se trata de “un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada” (SSTS nº 282/2009, de 29 de abril, 421/2013, de 24 de junio y 337/2014, de 30 de junio).

Desde una perspectiva social, la visión de las personas con discapacidad ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde modelos de exclusión hacia la óptica del prisma médico y rehabilitador, finalizando por el actual modelo social (o de derechos humanos) de la discapacidad. La CDPD supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad e implica un evidente proceso de adaptación normativa. En este sentido, es importante la cita tanto del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (su art. 4 define el término “persona con discapacidad”), como de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (su art. 2.2 define el término).

La pérdida de la capacidad de obrar en ningún caso está ligada a la condición de persona con discapacidad o en situación de dependencia. La modificación de la capacidad de obrar es, en este sentido, una excepción. El art. 12 CDPD constituye la clave para entender el nuevo modelo que propugna. Mientras el sistema tradicional tiende a un modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, el modelo de derechos humanos en el que se basa la CDPD aboga por un modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”. Hasta que se produzca la referida reforma del sistema, es preciso analizar las novedades de la LJV y, al mismo tiempo, dentro de las posibilidades que ofrece el marco legal actual, ajustar la interpretación al diseño de la CDPD.

4.2. La función del Ministerio Público en la protección de las personas con capacidad modificada judicialmente

La Fiscalía General del Estado cuenta ya con una importante trayectoria que ha tenido por objeto “dinamizar la respuesta eficaz que la Sociedad reclama del Ministerio Fiscal en el sentido expresado en dicha Convención, que en estos momentos habrá que estructurar necesariamente sobre los instrumentos legales vigentes, concretados en la institución tutelar” (Instrucción 4/2008, de 30 de julio, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces*).

El concepto de persona con discapacidad no se corresponde exactamente con el de aquéllas respecto de las que la legalidad actual atribuye al Fiscal funciones concretas de protección en el orden jurisdiccional civil. El “ámbito de actuación del Ministerio Fiscal en materia de protección de las personas con discapacidad está inicialmente concretado en torno a lo dispuesto en el art. 200 CC en relación a *las enfermedades o deficiencias persistentes de*

carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, precepto que se complementa con el art. 228 CC (...), así como con el art. 299 bis CC (...)" Estas disposiciones "encuentran su concordancia en la ley procesal civil, que atribuye al Fiscal una peculiar posición de garante de los derechos de las personas con discapacidad en los procesos en que se encuentran afectados sus intereses" (Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las Secciones de lo Civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*).

Incidentalmente, también recae su labor en garantía de derechos de personas que no presentan la capacidad modificada judicialmente, ni tampoco es previsible la misma. Es el caso de la intervención en los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico o en materia de patrimonios protegidos.

Por otra parte, conforme ya se expuso en la Instrucción 4/2009, en el ámbito jurisdiccional, la creación de Juzgados y Secciones de las Audiencias especializados con carácter exclusivo en los procesos de modificación de la capacidad de obrar y en las tutelas (en ocasiones con la fórmula mixta de encuadrarlos junto con los órganos jurisdiccionales especializados en cuestiones de familia) demanda una constante y pormenorizada atención por parte de la Fiscalía que puede justificar, en determinados casos, la dedicación exclusiva a esta materia. Se subraya la conveniencia de establecer una organización especializada e integrada en las correspondientes Secciones de lo Civil, dentro del marco de las facultades auto-organizativas de cada Fiscalía territorial.

Finalmente, la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*, expresa que, mientras no se produzca la reforma legislativa ya citada, hay que establecer unos criterios uniformes con objeto de aplicar las previsiones de la Convención. Para lo anterior, se estima que la curatela ofrece un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica, ofreciendo un "marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones". Es necesario concretar, en la medida de las posibilidades, el alcance y extensión de la modificación de la capacidad jurídica en atención a las habilidades conservadas y a los distintos ámbitos de la vida, constituyendo el eje el informe pericial del médico forense o de los servicios de acción social. Debe insistirse en lo excepcional de la privación del derecho de sufragio activo.

Por último, subrayar la importancia de los informes anuales sobre la situación del afectado por las medidas, reiterando la necesidad de que su contenido sea suficientemente expresivo de la situación personal. Es necesario igualmente constatar la situación de aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada. Los Sres. Fiscales ponderarán la necesidad de ejercitar las acciones precisas para adaptar el sistema de protección a las nuevas pautas referentes a la especificación de las habilidades de la persona afectada.

4.3. Normas generales expresas en la LJV

Son las mismas que las previstas para los casos de menores de edad. Sin embargo, en el art. 18.2.2^a se establece una disposición específica para la comparecencia: "se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles".

4.4. Normas complementarias y principios aplicables a la tramitación de los expedientes

A diferencia del desarrollo normativo experimentado en la legislación sobre protección jurídica del menor, puede constatarse la carencia de disposiciones adecuadas para la protección de los adultos con capacidad modificada judicialmente. Las normas vigentes continúan estando vinculadas al sistema de tutela de los menores de edad, sin atender a las evidentes diferencias que recoge la CDPD.

La ausencia de definición legal del modelo de apoyos, previsto en el art. 12.3 CDPD, constituye un obstáculo importante. Hasta que llegue la nueva regulación, no obstante, hay que partir de

los principios consignados en el art. 12.4 CDPD que señalan que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Esas salvaguardias asegurarán: 1) que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; 2) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; 3) que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; 4) que se apliquen en el plazo más corto posible; 5) que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; 6) que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

También en el marco del art. 13 de la Convención relativo al acceso a la justicia, el derecho a la igualdad exige que los Estados partes velen porque las personas con discapacidad “tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones con las demás” garantizando, en cualquier caso, que “las personas que ven obstaculizado su derecho a la capacidad jurídica tengan la oportunidad de impugnar esos obstáculos (en su propio nombre o mediante su representante legal) y defender sus derechos ante los tribunales”.

A la hora de asegurar la plena aplicación del art. 12, la CDPD exige que se celebren consultas estrechas y colaboración activa con las personas con discapacidad a través de las organizaciones que las representan en la elaboración y aplicación de legislación y políticas y en otros procesos de adopción de decisiones para dar efectos al art. 12. A este respecto, es de reseñar el Convenio Marco de colaboración entre la FGE y el CERMI de 25 de enero de 2006.

Desde el punto de vista del Consejo de Europa, la Recomendación Rec(2006)5, de 5 de abril, del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, recoge como una de sus líneas de actuación (nº 12) la protección jurídica. Entre sus acciones específicas, se encuentran las de “proporcionar una asistencia adecuada a las personas que experimentan dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica y procurar que esta atención sea proporcional al grado de apoyo requerido” y “aplicar las disposiciones pertinentes de la Recomendación nº R(99)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios relativos a la protección jurídica de los adultos con capacidad modificada judicialmente”.

Muchos de los aspectos que han tenido desarrollo en el ámbito del menor tienen uno paralelo en la protección jurídica de las personas con capacidad modificada judicialmente. Por ejemplo, la audiencia es uno de los puntos clave de participación en los procesos de toma de decisiones. Igualmente constituyen puntos de convergencia las exigencias de celeridad y preferencia en las comparecencias o audiencias (art. 12.4 de la Convención), las de información adecuada y accesible y la posibilidad de auxilio de especialistas (recogidas expresamente en la LJV).

Como señala el principio 9.1 de la Recomendación “al establecer o implantar una medida de protección, los deseos actuales y *anteriores* y sus opiniones deberán ser averiguados en la medida de lo posible y deberán ser considerados otorgándoles el debido respeto”.

A pesar de no existir un precepto paralelo al 9.3 LOPJM en el ámbito de los adultos con capacidad modificada judicialmente, es preciso también que “en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia (...), así como su valoración”. En este sentido, puede traerse a colación la STS nº 337/2014, de 30 de junio, que señala que la correcta interpretación de la regulación específica de la modificación de la capacidad exige partir de que “la persona afectada sigue siendo titular pleno de sus derechos fundamentales de modo que la incapacitación supone, en su correcto entendimiento, sólo una forma de protección”. Por ello, junto con las necesarias exigencias de flexibilidad, es preciso siempre “valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de

decisiones”. Lo anterior “constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate”.

Las importantes lagunas derivadas de la ausencia de un marco legal de protección jurídica de los adultos con capacidad modificada judicialmente cuentan con un referente de posibles soluciones en los avances experimentados en la legislación de protección jurídica del menor en lo que *mutatis mutandis* puedan serle aplicables y en el mencionado bosquejo orientador de las recomendaciones Rec(2006)5 y R(99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros previamente citadas.

5. ALGUNAS OBSERVACIONES RESPECTO A LOS EXPEDIENTES TIPIFICADOS DE COMPETENCIA JUDICIAL

5.1 El expediente de tutela y curatela

La LJV, en el Capítulo IV del Título II sobre expedientes en materia de personas, bajo la rúbrica “de la tutela, la curatela y la guarda de hecho”, contiene una disposición común y, en su sección segunda recoge concretamente el expediente de tutela y curatela (arts. 44 a 51). Lo más destacable es el hecho de que abarca una gran variedad de incidencias y trámites cuyo conocimiento corresponde al mismo órgano judicial. Sin embargo, como se expondrá, no todos están reservados a la decisión del Juez.

Desde el punto de vista material, hay que remitirse a los preceptos del Título X del Libro I CC (“de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”). El Código del Derecho Foral de Aragón contiene disposiciones específicas en el Título III del Libro I (arts. 100 a 159). El Título II del Libro II del Código civil de Cataluña (bajo la rúbrica de “las instituciones de protección de la persona”) contiene cinco capítulos sobre tutela, curatela y guarda de hecho (arts. 221.1 a 225.5, recogiendo un sexto sobre la figura del asistente, cuyo nombramiento también exige resolución judicial y al que se aplican las normas de aptitud, excusas, remoción y rendición de cuentas de los tutores, arts. 226.1 a 226.7). En menor medida que las anteriores, la Ley 2/2006, de 14 de junio, *de derecho civil de Galicia*, contiene unas disposiciones específicas referidas exclusivamente a la autotutela (arts. 42 a 45).

La disposición común (art. 43) da solución expresa al problema de los cambios de residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Es competente para resolver el Juzgado de Primera Instancia de la nueva residencia, que tendrá que pedir “testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud”. Se acoge así el criterio establecido por Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 que expresa “en materia de gestión de tutela, resulta aplicable el fuero de la nueva localidad en que reside el incapaz [sic], lo que se justifica por el principio de protección del incapaz, en relación con razones de inmediación y eficacia, y la efectividad de la tutela judicial exigida por la norma constitucional del art. 24.1 CE”, solución que ha sido reiterada en diversos Autos de la Sala 1ª resolviendo cuestiones de competencia (así, Autos de 31 de marzo; de 30 de junio o de 2 de diciembre, entre otras; números de recurso 31/2009, 130/2009 y 122/2014,). La última de las resoluciones citadas añade que este criterio, “además, posibilita el acceso efectivo del incapaz [sic] a la justicia, de conformidad con el art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Supone una excepción al principio de la “perpetuatio iurisdictionis” establecido en el art. 411 LEC 1/2000. Debe reseñarse, sin embargo, que si el cambio de residencia es meramente accidental y temporal, no da lugar a dicho efecto (así, Autos de la Sala 1ª de fechas 6 y 21 de julio de 2009; números de recurso 29/2009 y 201/2009). La Instrucción 4/2008, de 30 de julio, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces*, realizó un estudio sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo (apartado IV), acogiendo este último criterio (conclusión VI).

El Consejo Fiscal, en el *Informe sobre el Anteproyecto* (2013), expresó que “la regulación de la tramitación de estos expedientes no supone ninguna modificación sustancial respecto de la actualmente vigente, que ya atribuye importantes funciones de vigilancia al Ministerio Fiscal, cuyo adecuado cumplimiento está afectado por una escueta plantilla y escasos medios materiales”.

En lo que concierne al nombramiento de tutor o curador, el expediente resulta de aplicación salvo en aquellos casos en que, conforme al art. 760.2 LEC 1/2000, la sentencia que declare la modificación de la capacidad haya nombrado a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representarle y velar por él. De conformidad con lo dispuesto en el art. 759.2 LEC 1/2000 y la Circular 1/2001 (apartado VII.2), “no deberá proceder el Juez a la constitución del órgano tutelar en la misma sentencia que declare la incapacidad si no le ha sido solicitado en la demanda (arts. 759.3 y 760.2 a contrario), si bien deberá en tal caso ordenar la deducción del oportuno testimonio para iniciar de oficio el expediente de constitución de la tutela o curatela (arts. 228 y 291 CC)”. Siguen vigentes, en lo no afectado por la LJV, lo expresado en la ya citada Instrucción 4/2008 (apartado IV y conclusión quinta).

Tanto la tutela como la curatela requieren un desarrollo posterior que se desenvuelve en una pluralidad de actos. Así:

- La aceptación del cargo (que se realiza ante el LAJ conforme al art. 46.3 y el art. 259 CC en la redacción dada por la disposición final primera de la LJV, en adelante DF1ª).
- La tramitación de las posibles excusas (art. 50).
- La prestación de la fianza acordada en el auto de nombramiento, en su caso, y sus posibles modificaciones (art. 46.1 y 45.5, segundo párrafo).
- El depósito de los objetos de valor (véase el art. 265 CC, en redacción dada por la DF1ª, que atribuye la competencia al LAJ).
- La formación de inventario (que también se realiza ante el LAJ, conforme al art. 264 CC reformado por la DF1ª y el art. 47).
- La fijación de la retribución del cargo, si se solicita y procede (art. 48).
- La inscripción en el Registro Civil (art. 46.5)
- La adopción de medidas de vigilancia y control posteriores al nombramiento (art. 45.4, párrafo segundo).
- La rendición anual de cuentas (art. 51) y, en su caso, de informes complementarios sobre las situación de la persona y el estado de la administración de los bienes (45.4, párrafo segundo).
- La remoción del tutor, si procede (art. 49).
- La rendición final de cuentas (art. 51.4).

Las especialidades procesales de cada uno de estos actos varían sustancialmente. Así, podemos distinguir varios tipos:

En primer lugar, algunos sólo requieren de la simple ejecución material: así, el acto de aceptación del cargo, el depósito de los objetos de valor y la inscripción en el Registro Civil.

Otros actos exigen la adopción de una resolución con previa audiencia de los interesados y del Ministerio Fiscal: es el caso de la suficiencia de la fianza y sus posibles modificaciones (art. 45.5, párrafo segundo, y 46.2), el establecimiento de una retribución, si procede, y sus cambios (art. 48) o la adopción de medidas de vigilancia y control y petición de informes complementarios (art. 45.4, párrafo segundo). Nótese que, como ya se señaló, la audiencia no implica comparecencia, pudiendo sustanciarse el trámite por escrito. Los anteriores no agotan los casos de incidencias que exigen la simple audiencia (así, por ejemplo, la tramitación de los desacuerdos en los casos de tutela plural del art. 237 CC, párrafo segundo).

Distinto es el caso de la formación del inventario: el nuevo art. 264 CC (DF1ª) establece que “el inventario se formará ante el LAJ con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que aquél estime conveniente”. Tampoco el precepto exige comparecencia, pero ha regulado la suspensión del trámite y la formación de una pieza separada de carácter contencioso para solventar las posibles controversias sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, que se acomoda a lo previsto para el juicio verbal, resolviendo la sentencia

sobre tal extremo, dejando a salvo los derechos de terceros (art. 47.2). Los restantes motivos de oposición, si se dan, se resuelven por el LAJ (art. 47.3).

Un mayor nivel de exigencia se observa en la tramitación de las excusas y de la rendición de cuentas. En ambos casos se exige la celebración de comparecencia (arts. 50.2 y 51.2). Téngase en cuenta, en los casos de rendición final de cuentas, que la presencia del Ministerio Fiscal no es necesaria cuando el afectado haya alcanzado la mayoría de edad o se dicte nueva sentencia en la que la persona con capacidad modificada judicialmente sea sometida a curatela.

Finalmente, destaca el caso de la remoción, que exige siempre comparecencia y, además, es el único supuesto en que la intervención de Abogado es preceptiva (art. 43.3). Otra especialidad deriva del hecho de que, si surge oposición, el expediente se torna en contencioso, citando el LAJ a los interesados a una vista y continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Esta singularidad no debe extrañar dado que la cuestión sobre si este asunto debe llevarse siempre por un procedimiento contradictorio no ha estado exenta de debate.

Ha de reseñarse que la LJV regula los aspectos de la constitución y el desarrollo de la tutela y de la curatela en la misma sección del capítulo. Los preceptos de la tutela no son siempre aplicables a la curatela, puesto que el art. 291 CC sólo contempla esta circunstancia para “las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores”, lo que no concurre en los casos de la posible retribución, inventario, fianza o rendición de cuentas. Sin embargo, la Ley hace referencia expresa tanto al tutor como al curador en los artículos referidos a la rendición de cuentas (art. 51.4), retribución (art. 48.1), fianza (art. 46.1) y, en lo que concierne al inventario, habla genéricamente del “administrador del caudal” (art. 47.1). El correcto entendimiento de estas disposiciones debe realizarse en atención a la flexibilidad que es exigible en el instituto de la curatela a la luz de la CDPD que ha sido objeto de tratamiento por la Fiscalía (Instrucción 3/2010, apartado 3 y conclusión tercera). De esta forma, se admite que la curatela, sin desnaturalizar su esencia, pueda abarcar algunas facultades características de la tutela. Lo anterior da lugar a un marco más extenso y graduable que incluso puede llegar a comprender funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio, en línea con lo ya preceptuado por el art. 223.6 del libro segundo del Código civil de Cataluña.

Siguen vigentes, en lo no afectado por la LJV, lo expresado en la ya citada Instrucción 4/2008 (apartados VI, VII y VIII y IX y conclusiones), en lo relativo a la vigilancia sobre la situación personal y patrimonial (contiene indicaciones sobre revocación de poderes, formación de inventario, depósito e informes de situación patrimonial) del tutelado durante el ejercicio de la tutela y actuaciones al finalizar la tutela, y la Instrucción 3/2010 (apartado 6 y conclusión séptima), sobre los aspectos concernientes a la vigilancia del Fiscal sobre la situación personal del tutelado y su adaptación a los principios de la CDPD.

5.2. Novedades en la guarda de hecho

La Sección 3ª del Capítulo IV contiene un único artículo (el 52) destinado a la guarda de hecho en el que se regulan el requerimiento y las medidas de control. El requerimiento no presenta especialidades, pudiendo realizarse tanto de oficio (art. 303 CC) como a instancias del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo.

La adopción de medidas de vigilancia y control se realiza previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

Es necesario hacer mención aquí de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en el Código Civil*.

En primer lugar, el art. 303 CC se reforma introduciendo tres novedades:

- La posibilidad de que, de forma cautelar, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se otorguen judicialmente facultades tutelares a los guardadores. También, en el caso de

menores de edad, la posibilidad cautelar de constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

- La mejor definición del papel de la Entidad Pública dado que, expresamente, señala que procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los arts. 172 y 239 bis.

- Finalmente, otorga legitimación al guardador de hecho para promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

Ha de partirse, como lo hace la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores* (apartado IV), de que la guarda de hecho es una situación provisional, tolerada por el ordenamiento pero preordenada a su extinción, que debe desembocar en otra institución más estable. No puede decirse con propiedad que sea una institución tutelar, sino que es más bien una situación fáctica no prohibida, pues la Ley, en tanto faculta al Juez para controlar su desenvolvimiento, revela una actitud favorable a la misma, dentro su provisionalidad. Consiguientemente, conocida la situación de guarda de hecho, la línea a seguir sería en todo caso la de promover la constitución de una institución de protección estable.

La posibilidad de declaración de desamparo en los casos de guarda de hecho cuando el guardador facilita al guardado adecuada asistencia moral y material ha sido objeto de controversia tanto en la legislación de las Comunidades Autónomas como en las resoluciones de las Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo ha estimado que “cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección” (STS nº 582/2014, de 27 de octubre). Este criterio puede cohererarse con el establecido en la citada Circular 1/2001 que expresa que “siempre ponderando las singularidades de cada caso –la situación de desamparo es por esencia casuística- se apoyará la opción de declarar en situación de desamparo con asunción de tutela automática al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que -si así lo exige el interés del menor- los guardadores sean designados acogedores”.

La nueva norma ofrece un marco más flexible a una institución que no es infrecuente y que ha motivado incluso pronunciamientos del TC sobre la legitimación de los guardadores de hecho para recurrir en amparo resoluciones judiciales lesivas de los derechos fundamentales de la persona que tienen a su cargo (STC nº 221/2002, de 25 de noviembre).

Otra cuestión importante radicaba en la forma de proceder al nombramiento de tutor ordinario. La Circular 8/2011 expresaba que “para nombrar tutor ordinario a un menor en situación de desamparo, previa o simultáneamente a la designación judicial, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del mismo o, en su caso, promoverse judicialmente la privación de la patria potestad”. La Circular añade que, a través de “la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos y, en especial los abuelos, se encargan de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de funciones”.

Este problema, sin embargo, había sido objeto de interpretación por distintas Audiencias que admitían la tramitación de la suspensión de la patria potestad y la constitución de la tutela en el mismo expediente de jurisdicción voluntaria estimando que existía suficiente previsión legal en el art. 239 CC, párrafo segundo, que permitía el nombramiento de tutor por las reglas ordinarias en los casos de tutela de menores desamparados (así, entre otras, SAP Pontevedra nº 376/2013, de 15 de octubre; AAP Sevilla nº 2/2011, de 25 de enero; AAP Almería nº 37/2008, de 9 de abril; AAP nº Toledo 3/2007, de 11 de enero; AAP Castellón nº 194/2005, de 29 de

septiembre; AAP Asturias nº 109/2002, de 12 de noviembre; AAP Zaragoza nº 57/2002, de 30 de enero; AAP Cáceres nº 71/1999, de 25 de octubre), solución que no permite la Circular.

Lo cierto es que el art. 239 CC ha sido reformado por la Ley 26/2015 añadiendo, en su actual apartado 2, un segundo párrafo que expresa “en estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso”.

Es evidente que la privación de la patria potestad sólo puede realizarse en un procedimiento contencioso, concretamente en el ordinario, pero ahora la norma ha avanzado en la línea propuesta por esta dirección doctrinal y permite que “en la misma resolución” se acuerde sobre la suspensión de la patria potestad o remoción de tutor, por lo que cabe su tramitación en el mismo expediente.

5.3. El papel del Ministerio Fiscal en el expediente de concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad

El art. 320 CC expresa que el Juez podrá conceder la emancipación -que habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor con las limitaciones establecidas en el art. 323 CC- a los hijos mayores de 16 años si éstos la pidieren, previa audiencia de los padres, en los siguientes casos:

- 1º) Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
- 2º) Cuando los padres vivieren separados.
- 3º) Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Del mismo modo, el art. 321 CC dispone que el Juez podrá, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad -que extingue la tutela, conforme al art. 276, dando lugar a la sujeción a curatela (art. 286)- al sujeto a tutela mayor de 16 años que lo solicitare. No regula el Código las causas que autorizan al menor a solicitarlo.

Las dos situaciones se contemplan en el art. 53 LJV, atribuyendo la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio del menor.

Junto con estos preceptos del CC, hay que hacer constar la regulación de los arts. 30.2 y 33 del Código del Derecho Foral de Aragón, los arts. 211.7 y 211.10 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y la Ley 66 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra (en redacción dada por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril).

Solicitante es el menor mayor de 16 años, con la asistencia de alguno de sus progenitores, no privados o suspendidos de la patria potestad, o del tutor. En el caso de no estar asistido, se nombrará defensor judicial para instarlo, asumiendo, en el ínterin, la representación y defensa el Ministerio Fiscal. A la solicitud se acompañarán, los documentos que acrediten la causa exigida en el CC y la proposición de prueba que se considere pertinente.

Es importante destacar que no es preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador, pero sí lo es de Abogado en el momento en que se formule oposición y a partir de ese instante (art. 53.3).

Interesados lo son los progenitores (en el caso de la emancipación) o el tutor (en el caso del beneficio de la mayor edad), no limitando la Ley el número de otros posibles al señalar que se citará “a aquellos que pudieran estar interesados”, pudiendo integrar el concepto otros parientes o allegados.

La intervención del Fiscal resulta de los arts. 54 y 55.1 y en alguno de los preceptos de derecho material antes citados como el art. 321 CC o el art. 211.10, apartado 2, del libro segundo del Código civil de Cataluña.

El Juez resuelve “teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor” (art. 55.2). Es importante atender, por tanto, a las modificaciones de los arts. 2, 9 y 10 LOPJM,

por LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, ya citadas. La resolución, que adopta la forma de auto, tiene eficacia constitutiva precisando la inscripción en el Registro Civil para su eficacia frente a terceros, previendo la norma la remisión al Registro Civil del testimonio de la concesión de la emancipación o del beneficio de la mayor edad para proceder a la inscripción (art. 55.3).

Conforme al art. 10.2 LOPJM, el menor puede: “poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas”. Es de estimar que la concesión judicial de la emancipación o la concesión del beneficio de la mayor edad no forman parte del conjunto de medidas de protección del art. 158 CC sino que se encuadran dentro de la materia de la capacidad de las personas (en este sentido AAP Córdoba de 14 de abril de 2000, rec. 36/2000). Por tanto, no existe legitimación autónoma del Ministerio Fiscal para promover la solicitud, pero nada obsta a que dé traslado de la petición del menor al Juzgado, lo que avala el nuevo art. 54.1 LJV. El beneficio de la mayor edad, en la medida en que es causa de extinción de la tutela, impone al Ministerio Fiscal una actuación todavía más activa, particularmente cuando se utiliza para evitar la acción protectora de la Administración en los supuestos de desamparo.

La posición del Fiscal no puede quedar comprometida por la comunicación que realice al Juzgado poniendo en conocimiento el deseo del menor de emanciparse. La decisión de fondo debe adoptarse conforme a la concreta situación del menor. Es importante tener en cuenta la defectuosa configuración legal de estas categorías jurídicas, ya denunciada por la FGE (Memoria 2010, páginas 1.044 y 1.045). Resulta capital valorar la madurez del menor, sus posibilidades de independencia económica, el potencial beneficio de la medida, el planteamiento de medidas alternativas y la fijación de una cuantía de alimentos a su favor.

En algunas ocasiones, los menores acuden a las Fiscalías para informarse sobre la posibilidad de concesión judicial de la emancipación sin contemplar todavía un propósito firme. En estos casos, resulta de gran utilidad recabar el auxilio del Equipo Técnico, tras la apertura de las correspondientes diligencias preprocesales, con el fin de detectar posibles situaciones de desprotección, constatar la presencia de los parámetros citados en el párrafo anterior y, en su caso, plantear soluciones alternativas a la judicialización.

5.4. El requisito de la venta en pública subasta

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 modificada judicialmente constituye una materia tradicional del ámbito de la jurisdicción voluntaria. La regulación se contempló en el Título XIII de la segunda parte de la LEC 1855 y, hasta fechas recientes, en el Título XI de la Parte Primera del Libro III de la LEC 1881 (arts. 2011 a 2030) bajo la rúbrica: “De la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos”. La redacción había sido actualizada por Ley 15/1989, de 29 de mayo, *sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La LJV deroga expresamente tales preceptos (disposición derogatoria única, apartado 1), contemplando un capítulo destinado a estas cuestiones (arts. 61 a 66) que mejora y racionaliza la normativa anterior. Destaca la remisión expresa tanto a los preceptos del Código Civil (que ya contemplaba la regulación de la LEC 1881) como a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*.

La regulación sustantiva se encuentra en los arts. 166, 271 y 272 CC y 5.2 de la citada Ley 41/2003. Es de resaltar que el Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 15, 16, 17, 18, debiendo tenerse en cuenta el régimen diferencial del menor mayor de catorce años), el libro segundo del Código civil de Cataluña (arts. 222.43, 222.44, 236.27, 236.28 y el régimen del patrimonio protegido –art. 227.4, apartado 5) y la Ley 65 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra contienen preceptos específicos.

De forma paralela al derogado art. 2012 LEC 1881, el art. 62.3, enumera los potenciales solicitantes:

- Los representantes legales del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

- El curador o el defensor judicial en su caso.
- El constituido en tutela o curatela, si no le hubiese sido prohibido.
- El administrador designado por el transmitente o el tutor de los bienes (cuando se trate de la administración de bienes o derechos determinados, con facultades concretas sobre los mismos, conferida por su transmitente a título gratuito a favor de quien no ostente la representación legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, o cuando se ejerzan separadamente la tutela de la persona y la de los bienes).
- El administrador del patrimonio protegido.

La solicitud debe expresar “el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga”, previsiones similares a las que ya contenía la LEC 1881 en su art. 2012.

La norma detalla la documentación que debe presentarse junto con la solicitud, de forma que permitan “formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada”. En el caso de la transacción debe acompañarse, además, “el documento en que se hubieren formulado las bases” de la misma. También es importante destacar la previsión del art. 64.2 que señala que “cuando proceda dictamen pericial, se emitirá antes de celebrarse la comparecencia, debiendo citarse a ella al perito o peritos que lo hubiesen emitido, si así se acordara, para responder a las cuestiones que le planteen tanto los intervinientes como el Juez”. Sigue, pues, prevaleciendo el carácter documental de la justificación frente al de las pruebas presenciales.

Novedad de la Ley (art. 63.3) es que la solicitud para la realización de actos de disposición puede incluir “la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada”. En este caso, “deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”. En cualquier caso, deberá ser autorizada por el Juez (art. 65.2, párrafo primero, *in fine*).

Esta posibilidad estaba contemplada, con anterioridad a la LJV, en diversos preceptos como en el art. 5.2 de la Ley 41/2003 (patrimonio protegido), el 2.015 LEC 1881 (ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad), 2.022 LEC 1881 (para los valores), 2.030 LEC 1881 (para los actos de simple gravamen) o el art. 139 del Código del Derecho Foral de Aragón.

No obstante, el art. 65.2 LJV mantiene el requisito de la pública subasta para los casos en que no se haya solicitado la “venta directa o por persona o entidad especializada”. Siguen manteniéndose las excepciones de las acciones, obligaciones u otros títulos admitidos a negociación en mercado secundario (art. 65.2, segundo párrafo) y para los actos de gravamen (art. 65.4).

Es de reseñar que la supresión del requisito de la venta en pública subasta para los casos de tutela, a pesar del tenor de la LEC 1881, había obtenido un favorable eco en varias Audiencias Provinciales (así, entre otras AAP Coruña 86/2012, de 11 de junio; Albacete nº 3/2009, de 29 de junio; Barcelona 121/2009, de 7 de mayo; Madrid 129/2008, de 15 de abril y Castellón 192/2007, de 27 de septiembre), aunque no era doctrina unánime, y constituía una práctica impulsada por los propios Fiscales especialistas, habida cuenta de la obsolescencia de los preceptos de la LEC 1881 (denunciada por las distintas asociaciones y colectivos afectados por la lentitud, gastos, molestias e ineficacia para el objetivo primordial de garantizar el precio más adecuado), el amplio margen de medidas de control que permitían las disposiciones de la tutela (art. 233 CC) y la aplicación analógica de los preceptos de la Ley 41/2003.

La LJV también ha suprimido los preceptos que articulaban la forma de proceder en la venta en pública subasta de la LEC 1881, sustituyéndolos por la simple mención de “efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos”.

Se mantienen las cautelas sobre el destino final de la cantidad obtenida en los actos de enajenación o gravamen en el art. 66, previsiones que ya contenía el arts. 2.023 LEC 1881.

5.5. Judicialización del impedimento de crimen

La disposición final primera de la LJV modifica el art. 48 CC, disponiendo que “el Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales”. La reforma ha suprimido la dispensa de edad, dejándola al régimen general de la emancipación (a partir de 16 años).

El impedimento de parentesco estaba regulado en los arts. 74 LRC 1957 y 260, 261, 365 a 367 RRC, constituyendo un expediente de Registro Civil en el que, por aplicación del art. 97.3º LRC 1957, tenía intervención el Ministerio Fiscal. La LJV regula también este último impedimento, pero sin intervención del Ministerio Fiscal. La dicción del art. 83.1 no arroja duda sobre este extremo cuando contempla las personas que deben citarse en la tramitación de ambos expedientes (contrayentes y aquellos que pudieran estar interesados, quienes serán oídos) expresando que, “para la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior deberá citarse, *además*, al Ministerio Fiscal”, por lo que, *a contrario sensu*, no procede su citación en el de parentesco.

El impedimento de muerte dolosa del cónyuge se reformula al incluir también a la “persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. La novedad radica en que el citado impedimento de crimen era competencia, con la legislación derogada, del Ministro de Justicia, constituyendo, pues, un caso de judicialización.

Pocas especialidades se incluyen a la tramitación general prevista en la LJV. El impedimento lo constituye haber sido “condenado por haber tenido participación en la muerte dolosa”, no incluyendo, por tanto, ni las formas imperfectas de ejecución ni los supuestos de imprudencia. La norma exige la concurrencia de “justa causa”, indicando que la solicitud expresará los “motivos de índole particular, familiar o social en la que se basa”, acompañando los documentos y antecedentes necesarios que la acrediten. La concesión constituye un acto discrecional del Juez.

5.6. Nuevas medidas de protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente

El segundo expediente del capítulo II del Título III LJV (arts. 87 a 89), destinado a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia, contempla una pluralidad de supuestos de hecho que, con la normativa anterior se incluían también en dicho ámbito en virtud de la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y también por las disposiciones adicionales primera (apartado 1º) y tercera LOPJM que deben entenderse tácitamente derogadas.

La LJV remite directamente a los artículos aplicables del CC (158, 164, 165, 167 y 216). Deben tenerse en cuenta los preceptos materiales del Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 10, 94 a 99), libro II del Código civil de Cataluña (arts. 236.3, 236.25, 236.26 y 236.22) y Ley 65 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Desde el punto de vista práctico, las intervenciones del Ministerio Fiscal instando la aplicación de medidas del art. 158 CC revisten singular importancia, tanto por su frecuencia como por la complejidad de los asuntos.

A través de esta vía pueden encauzarse conflictos tales como los derivados de la prestación del consentimiento a los tratamientos médicos de menores (vid. Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave* y el nuevo apartado 6 del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, tras la reforma operada por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*). También podrá servir

para tramitar los casos de defensa del derecho a la enseñanza obligatoria (escuela en casa, véase STC nº 133/2010, de 2 de diciembre).

El artículo segundo de la Ley 26/2015 ha ampliado el elenco de medidas contenidas en el citado precepto. La razón de ello radica, según el Preámbulo, en “evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorsetamientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo”. Tales son:

- La prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.
- La prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

La competencia se otorga al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Si el ejercicio conjunto de la patria potestad o la atribución de la guarda y custodia hubiera sido establecido por resolución judicial o en el caso de que estuvieran sujetos a tutela, será competente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial. La ley aclara, art. 89, que “en los casos de tutela del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, el Juez que haya conocido del expediente remitirá testimonio de la resolución definitiva al que hubiese conocido del nombramiento de tutor”.

Las medidas pueden acordarse de oficio o a solicitud del propio afectado, cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con capacidad modificada judicialmente, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado.

También digna de mención resulta la modificación operada en el art. 216 CC por la Ley 26/2015. Este precepto permite la aplicación de las medidas previstas en el art. 158 en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, en cuanto lo requiera el interés de éstos. La reforma añade un nuevo párrafo, cuyo primer inciso afecta a la legitimación: “Si se tratara de menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, estas medidas solo podrán ser acordadas de oficio, o a instancia de ésta, del Ministerio Fiscal o del propio menor.”

Junto a las personas citadas no solicitantes, es preciso destacar que la Ley no limita el número de interesados. Durante la comparecencia, el Juez puede acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar con posterioridad, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días. La ley no exige que tales alegaciones se realicen oralmente, por lo que cabe la forma escrita.

6. ALGUNAS OBSERVACIONES RESPECTO A LOS EXPEDIENTES TIPIFICADOS DE COMPETENCIA DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (LAJ)

6.1. Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento del defensor judicial

La LJV reagrupa, en el capítulo II del Título II, referido a los expedientes en materia de personas (arts. 27 a 32), una serie de supuestos que han constituido, desde siempre, materia tradicional de la jurisdicción voluntaria. Así, la LEC de 1855 contenía disposiciones para el “curador para pleitos” (arts. 1.253 a 1.260) y para “las habilitaciones para comparecer en juicio” (arts. 1.350 a 1.358). La LEC de 1881 mantuvo las disposiciones “del nombramiento de curadores para pleitos” (arts. 1.852 a 1.851, sección que, tras la publicación posterior del CC, se consideró tácitamente derogada) y “de las habilitaciones para comparecer en juicio” (arts. 1.994 a 2.001, a la que se dio nueva redacción por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, *sobre modificación de determinados arts. de la LEC*). Hay que tener en cuenta, para el defensor judicial, las disposiciones procesales del art. 300 CC (que la propia Ley mantiene, en su

disposición final primera, modificando la palabra “procedimiento” por “expediente”) y el art. 8.1 LEC 1/2000, para los casos de integración de la capacidad procesal (la propia LJV lo modifica en su disposición final tercera para atribuir la competencia al LAJ). La disposición adicional 3ª LOPJM, que también incidía en la materia, debe entenderse tácitamente derogada. La reagrupación se ha efectuado, partiendo de tres supuestos:

A) Casos en que procede el nombramiento de defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar. La Ley hace mención expresa de tres, sin carácter exhaustivo:

- Conflicto de intereses, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto.
- No desempeño de sus funciones por el tutor o el curador, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
- Medidas para la administración de bienes, en los casos en que se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela las precise.

Los preceptos materiales aplicables remiten a los arts. 162 y 163 (patria potestad), 299, 299 bis (este último modificado por la disposición final primera de la LJV para atribuir la competencia al LAJ y proceder a la sustitución de la mención “administrador” por la de “defensor judicial”), 301 y 302 CC. Contienen disposiciones especiales los arts. 153 a 155 del Código del Derecho Foral de Aragón; también los arts. 224.1 a 224.5, 222.29, 222.34, 223.7 (para la tutela y curatela) y 236.20 (potestad parental) del libro II del Código civil de Cataluña y Ley 64 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Ha de hacerse una simple y breve alusión a la complejidad que reviste el concepto de “conflicto de intereses”, a la necesidad de su apreciación caso por caso y al hecho de que la confluencia de intereses distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y resulte admisible la defensa conjunta.

Por otro lado, es importante también tener en cuenta las menciones que realiza la LJV (disposición final undécima) en los expedientes en materia de sucesiones competencia de los Notarios, en los que es obligado comunicar al Ministerio Público los asuntos en que el interesado menor o persona con capacidad modificada judicialmente carezca de representante legal a fin de que se produzca la designación de defensor judicial (así, arts. 56.1, 57.3, 62.3 de la Ley del Notariado).

B) Casos de habilitación para comparecer en juicio y ulterior nombramiento de defensor judicial. La habilitación constituye un medio para suplir la falta de capacidad procesal. El art. 7 LEC 1/2000 establece, en este sentido, que “sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”, matizando su nº 2 que “las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la Ley”. Se instará cuando el menor no emancipado o persona con capacidad modificada judicialmente aparezca como demandado o en los que el hecho de no promover la demanda pueda dar lugar a grave perjuicio. La norma se ciñe a tres casos:

- Hallarse los progenitores, tutor o curador ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso.
- Negarse ambos progenitores, tutor o curador a representar o asistir en juicio al menor o persona con capacidad modificada judicialmente.
- Hallarse los progenitores, tutor o curador en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio.

Los dos primeros casos son, prácticamente, una reproducción de los que expresaba el art. 1.995 LEC 1881. La tercera (imposibilidad fáctica) es de nueva redacción. La novedad de los tres supuestos radica en que no sólo se hace referencia a los progenitores, sino que, en la actualidad, recoge también al tutor y al curador. La LEC 1881 sólo contemplaba a los hijos no emancipados respecto de los progenitores, no haciendo mención de los supuestos de personas

con capacidad modificada judicialmente. Los menores emancipados pueden, inicialmente, comparecer en juicio por sí solos (arts. 323 CC, 33.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, 211.7.1 del libro segundo del Código civil de Cataluña y Ley 66 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra, con las excepciones que se prevén en tales preceptos que requieren complemento de capacidad). En los casos de personas con capacidad modificada judicialmente, la sentencia debe contemplar los extremos concernientes a la capacidad procesal.

Distinto de estos casos es el de la “autorización” del art. 761.2 LEC 1/2000. El precepto hace referencia a la posibilidad de entablar la demanda para reintegración de la capacidad o modificación de su alcance por la propia persona afectada. En los casos en que a éste se le haya privado de la capacidad para comparecer en juicio, el precepto señala que “deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo”. No es necesario, por tanto, nombramiento de defensor judicial.

C) Por último, el art. 27.3 recoge supuestos en que, no siendo necesaria la previa habilitación para comparecer en juicio, procede el nombramiento de defensor judicial. Son dos:

- Cuando la Ley otorga legitimación al menor o persona con capacidad modificada judicialmente para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria. El último inciso del citado art. 27.3 matiza que “no procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiere, no tuviera un interés opuesto al menor o persona con capacidad modificada judicialmente”. La “autorización de la Ley” ya se contemplaba en la regulación prevista en el derogado art. 1.994 LEC 1881. Hay casos en que la necesidad de nombramiento de defensor judicial se justifica por motivos de conflicto de intereses en el marco de un proceso. Por ejemplo, en los procedimientos de filiación, cuando el menor es demandado y el progenitor también demandado tiene un interés contrapuesto en la determinación del estado civil (véase, en este sentido la STS nº 726/2004, de 8 de julio y el art. 235.16, apartado 3 del Libro II del Código civil de Cataluña). Otro caso es el
- Previsto en el art. 780 LEC 1/2000 (redacción conforme Ley 26/2015) que permite tanto formular oposición como ser parte en el proceso, debiendo ejercitar sus pretensiones “en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente”. También en el marco de la LJV se producen casos similares como, por ejemplo, el del menor (mayor de 16) que desea solicitar la concesión judicial de la emancipación o la habilitación de edad y carece de asistencia de los progenitores o del tutor (art. 54.1 LJV).
- Cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente la capacidad de una persona y sea necesario nombrar un defensor judicial. Este caso remite al art. 758 LEC 1/2000 que es modificado por la propia LJV (disposición final tercera) para reflejar la competencia del LAJ.

En lo que concierne a la competencia, el art. 28.1 señala que corresponde al LAJ del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial. El segundo inciso permite la concordancia con el art. 8 de la LEC 1/2000, cuyo apartado 1 expresa que “cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el LAJ le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona” y también con el art. 9 de dicho texto legal que expresa que la falta de capacidad procesal “podrá ser apreciada de oficio por el Tribunal en cualquier momento del proceso”.

El párrafo 2º del art. 29 LJV establece que “en el caso de que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor

judicial”. El art. 8.2 LEC 1/2000, en este sentido, señala que, en estos casos “y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél”, quedando el proceso en suspenso “mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal”.

Se trata, como expresa la Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre *la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, de “un régimen jurídico de intervención provisoria a cargo del Fiscal, presencia que se halla íntimamente ligada a la declaración contenida en el art. 3.7 del EOMF”. En principio, la representación del Fiscal está concebida con carácter de subsidiariedad respecto a las restantes personas que, por sus especiales relaciones con el menor o persona con capacidad modificada judicialmente, puedan ejercer esta labor con mayor acierto dado que debe intentarse que la representación y defensa no sean meramente formales.

La interpretación de estos preceptos no deja de plantear problemas, particularmente en los casos de personas adultas en que se aprecia limitación en las facultades intelectivas y volitivas con incidencia en la comprensión del significado del proceso. Diversas Audiencias Provinciales han tratado la cuestión, estableciendo algunos criterios que permiten fijar unos mínimos.

Desde luego, hay que partir del principio de que “nada provoca más indefensión que una situación en que una persona que ha perdido sus facultades para dirigir su propia persona y sus bienes no sea debidamente representada y defendida por persona que resulte idónea a tal fin” (SAP Pontevedra, secc.1ª, nº 348/2014, de 23 de octubre).

El nombramiento de defensor judicial debe conllevar “la certeza de que no exista incapacidad declarada y de que se haya iniciado un procedimiento de incapacidad del que resultará la designación de tutor o curador, como persona que represente legalmente al litigante en quien se aprecian síntomas de incapacidad o supla sus deficiencias de capacidad”, no siendo exigible a los codemandados la interposición de la demanda, sino que, si tras concederles un breve plazo no lo hacen, debe ser el Ministerio Fiscal el que lo realice por aplicación del art. 757 de la LEC (AAP Madrid, secc. 13ª nº 58/2008, de 21 de febrero). No cabe, sin embargo, imputar al actor la paralización del proceso, ni cabe la caducidad dado que el impulso del procedimiento, a tenor de lo dispuesto en el art. 8, no es a instancia de parte, sino de oficio (AAP Madrid, secc. 10ª, nº 49/2012, de 7 de febrero).

La cobertura de la actuación del Ministerio Fiscal se hace atribuyéndole la cualidad de parte, pero con muchos matices. “Podemos decir que más que ser parte lo que el M.F. hace es interponer su oficio”. La propia redacción del art. 8 LEC hace pensar que el alcance de “su intervención es provisional, subsidiaria, temporal, y con carácter de urgencia hasta que se dote a los interesados de los mecanismos ordinarios de defensa”. En tales circunstancias, su actuación es “meramente preventiva y conservativa de forma que no precluyan las oportunidades procesales de sus patrocinados”. Lo que no parece que pueda hacer el M.F. es “tomar por sí mismo decisiones que supongan actos de disposición sobre el proceso o sobre su objeto”. La lógica de las cosas nos dice que la intervención del M.F. “se limita a los aspectos conservativos urgentes en defensa de los menores e incapacitados, y nada más” (AAP Madrid, secc. 14ª, nº 311/2004, de 28 de abril).

La intención de agilizar el procedimiento no puede conllevar el ejercicio errático o inadecuado de una posición de defensa cuando se conoce que existen personas que pueden desempeñar la función de forma adecuada por su conocimiento de las circunstancias que rodean a la demanda o su mayor facilidad para obtenerlo. Otro entendimiento sería contrario al tenor de los arts. 12, nº 3 y 4, y 13 de la CDPD.

Volviendo a la regulación del expediente de jurisdicción voluntaria, el art. 28.2 dispone que el mismo se inicia de oficio o bien a petición del Ministerio Fiscal, iniciativa del afectado (menor o persona con capacidad modificada judicialmente) o por cualquier otra persona que actúe en interés de éste. El procedimiento no se aparta de las normas comunes. La resolución se ajusta a los criterios de idoneidad, lo que es acorde con el tenor del art. 300 CC.

La norma establece algunos preceptos complementarios. El art. 32 (rendición de cuentas, excusa y remoción del defensor judicial) es práctica reproducción de lo dispuesto en los arts. 301 y 302 CC, con el único añadido de atribuir la competencia para la tramitación y decisión al

LAJ. El art. 30.3 prevé la remisión de testimonio del nombramiento de defensor judicial al Registro Civil en los casos de designación para administración de los bienes de persona respecto a la que deba constituirse tutela o curatela, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

El nuevo art. 29 establece las consecuencias de la solicitud disponiendo que “desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate”.

6.2. El nuevo expediente colectivo e inmediato de declaración de fallecimiento en los casos del art. 194 nº 2 y 3 CC

La LJV contempla un capítulo (el IX, dentro del Título II destinado a los expedientes en materia de personas) denominado “de la declaración de ausencia y fallecimiento” (arts. 67 a 77), expediente cuya resolución corresponde al LAJ. La competencia se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del último domicilio de la persona de cuya declaración de ausencia o fallecimiento se trate, o, en su defecto, el de su última residencia.

La novedad más importante, como expresa el Preámbulo de la norma, radica en que “se ha procedido a modificar el sistema legal actual de declaración de fallecimiento, para prever un expediente de carácter colectivo e inmediato, para todas aquellas personas respecto a las que se acredite que se encontraban a bordo de una nave o aeronave cuyo siniestro se haya verificado, tratando de dar mejor solución a los problemas e incidencias que se producen a los familiares de residentes en España que en cualquier lugar del mundo se vean involucrados en un siniestro del que pueda colegirse la certeza absoluta de su muerte”.

La tramitación de la nueva modalidad conlleva, en primer lugar, normas distintas de competencia (art. 68.1), estableciendo las siguientes posibilidades:

- *Regla general para todos los afectados*: Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del siniestro.
- *Regla alternativa respecto de los españoles y residentes en España para el caso de que el siniestro hubiera acaecido fuera del territorio español*: Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se inició el viaje y, si éste se hubiera iniciado en el extranjero, el del lugar correspondiente al domicilio o residencia en España de la mayoría de los afectados.
- *Norma residual*: Cuando la competencia no se pudiera determinar conforme a los criterios anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio o residencia de cualquiera de ellos.

Otra modificación de relevancia es que la declaración de fallecimiento, en estos casos, sólo se realizará únicamente a instancia del Ministerio Fiscal (art. 68.2). Finalmente, contiene un precepto (art. 74.1) que acelera la tramitación. Distingue en este sentido:

- Si se trata de la declaración de fallecimiento del nº 2 del art. 194 (es decir, de los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes), se instará por el Ministerio Fiscal inmediatamente después del siniestro.
- Si se trata de la declaración de fallecimiento del nº 3 del art. 194 (es decir, de los que no se tuvieren noticias después de que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado, o, en caso de haberse encontrado restos humanos en tales supuestos, y no hubieren podido ser identificados, luego que hayan transcurrido ocho días), en cuyo caso el Ministerio Fiscal lo hará a los ocho días del siniestro si no se hubieran identificado los restos.

Aportadas o practicadas las pruebas que se hayan estimado necesarias para acreditar la concurrencia de cuantos requisitos exigen los mencionados apartados del CC, dentro del plazo

máximo de cinco días, con la colaboración, en su caso de las Oficinas diplomáticas o consulares correspondientes, el LAJ dictará en el mismo día el decreto que declarará el fallecimiento de cuantas personas se encontraren en tal situación, expresando como fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, la del siniestro.

Dada la complejidad y las dificultades prácticas que pueden surgir, los Sres. Fiscales deberán comunicar, a la mayor brevedad, la intención de iniciar tales expedientes a la Fiscalía General del Estado con objeto de coordinar las actuaciones.

7. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

7.1. Marco general

En lo que concierne a este apartado, se reitera lo expuesto en la Instrucción nº 2/2015 sobre *directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*.

7.2. Cuestiones que plantea la reclasificación de algunas materias. El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

El artículo segundo de la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, ha realizado algunas modificaciones en la LEC 1/2000 de importancia. En lo que interesa al presente epígrafe, hay que reseñar que ha procedido a la modificación de su disposición adicional primera, dando a los arts. 763, 778 bis (nuevo procedimiento sobre ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos) y 778 ter (nuevo procedimiento sobre entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores) carácter de Ley Orgánica.

La LEC 1/2000 introdujo el art. 763 que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La necesidad de esta modificación deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional que ha subrayado la exigencia de Ley Orgánica tanto para el actual 763 LEC como para el 211 CC tras su modificación en 1996, en virtud de las SSTC nº 131/2010, de 2 de diciembre y 132/2010, de 2 de diciembre. Como matizó el TC, la declaración de inconstitucionalidad no llevó anudada “la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material”, sino sólo la obligación de que el Legislador, “a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”.

No es ocioso reseñar tanto la preocupación de la Fiscalía por resolver los complejos problemas que ha conllevado la correcta observancia de la garantía judicial para la protección de la libertad ambulatoria en los internamientos como el impacto de la STC nº 141/2012, de 2 de julio, en la exigencia del respeto de los plazos y las garantías que el precepto recoge (tendencia seguida por la STC nº 182/2015, de 7 de septiembre).

Conforme a estos pronunciamientos, el “dies a quo” para la ratificación de la medida de internamiento no voluntario por trastorno psíquico no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste lo reparte. La extensión de tal límite temporal lesionaría el derecho a la libertad personal. Las Fiscalías Provinciales y de Área deberán promover ante el Juez de Guardia la legalización de los internamientos en días inhábiles. Será aplicable el art. 70 LEC en relación con el art. 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005.

Conforme al art. 42.5 *el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Por su parte, el art 70 LEC dispone que *los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas*

urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable.

También resulta interesante consignar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la competencia territorial para el seguimiento y control del internamiento en los casos de cambio de centro, que se otorga al Juzgado del lugar donde se ha trasladado el afectado, y no al que dictó la resolución autorizando el internamiento (así, Autos de 27 de marzo de 2012, rec. 41/2012; de 11 de mayo de 2010, rec. 359/2009 y 11 de diciembre de 2008, rec. 204/2008).

La cuestión que se va a tratar en este epígrafe afecta a un punto muy concreto: la naturaleza del procedimiento fuera de los casos de pronunciamiento en sentencia dictada en el procedimiento de modificación de la capacidad (art. 760.1 LEC 1/2000).

Tras la publicación de la LEC 1/2000, una posición estimó que el procedimiento aplicable continuaba siendo el de jurisdicción voluntaria innominado de la LEC 1881, solución que indicaba expresamente la disposición adicional tercera de la LOPJM y que ya recogía, con anterioridad, la disposición adicional única de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. Tal solución, frecuente en el Derecho comparado, responde a las exigencias generales del art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la necesidad de un procedimiento rápido y sencillo. Nuestro Tribunal Constitucional, con la redacción del art. 211 CC, ya se pronunció sobre la validez de dicho procedimiento para tal tramitación (STC nº 129/1999, de 5 de julio). Esta es la solución que acogió la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado, *relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del fiscal en los Procesos Civiles*, que subrayó su incompatibilidad con el proceso tipo previsto en el art. 753 LEC 1/2000 (juicio verbal con especialidades).

Desde otra perspectiva y con importantes argumentos, otra dirección opinaba que el procedimiento regulado en el art. 763 LEC 1/2000 tiene carácter contencioso frente a la situación anterior en que la autorización para el internamiento se tramitaba a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, inclinándose por considerarlo un proceso especial, sin que opere la remisión al juicio verbal contenida en el art. 753 LEC 1/2000.

La entrada en vigor de la LJV, la derogación consiguiente de las disposiciones adicionales 3ª LOPJM y única de la Ley 13/1983, la ubicación sistemática del precepto y la presencia de nuevos procesos especiales con singularidades avala el argumento de que se trata de un proceso contradictorio al que no son aplicables las normas comunes de la jurisdicción voluntaria de la LJV ni tampoco las disposiciones del art. 753 LEC 1/2000. De hecho, en los casos en que se trate de personas en situación de dependencia, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, señala, en el art. 4.2, que “disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: (...) h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, *garantizándose un proceso contradictorio*”.

El dictamen del Ministerio Fiscal que prevé el apartado 3º del art. 763 LEC puede realizarse por escrito.

Los procedimientos que se iniciaron en su momento como expedientes de jurisdicción voluntaria podrán seguir tramitándose de la misma manera, afectando esta interpretación sólo a los incoados a partir de la entrada en vigor de la LJV.

8. VIGENCIA DE CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y CONSULTAS ANTERIORES

La entrada en vigor de una nueva norma supone el cese de la vigencia de instrucciones tanto lejanas en el tiempo como, por ejemplo, la Circular 1/1970, de 9 de marzo, *sobre las declaraciones de herederos abintestato por actas de notoriedad* (Memoria 1971, páginas 315 a 330), como más cercanas como, por ejemplo, la Consulta 8/1997, de 8 de octubre, *sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar* o la Consulta 1/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de que los expedientes de jurisdicción voluntaria sean resueltos mediante decreto del Secretario Judicial*.

Se mantienen, en lo esencial y no alterado, las Instrucciones 4/2008, de 30 de julio, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapacitadas*, 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las Secciones de lo Civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas* y 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*, que constituyen los textos básicos en materia de protección jurídica de personas con capacidad modificada judicialmente.

De la misma forma, mantienen su vigencia la Instrucción 3/2008, de 30 de julio *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo *sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores* y la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad*.

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*, ha quedado afectada en sus apartados IV (tratamiento de la guarda de hecho), VII (constitución judicial del acogimiento) y conclusiones derivadas (XV apartados 3 –sólo parcialmente- y 6).

Por último, mantiene del mismo modo su vigencia la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado, *relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del fiscal en los Procesos Civiles*, salvo en lo afectante a la naturaleza y procedimiento aplicable al internamiento no voluntario por trastorno psíquico que ya no puede entenderse que se realice conforme a las normas de la jurisdicción voluntaria (apartado VII.2)

9. CONCLUSIONES

Conclusiones generales

1ª La LJV ha modificado la regla general de intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. El nuevo art. 4 la resume en tres casos: cuando el expediente afecte al estado civil o condición de la persona, cuando esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente o cuando la ley expresamente así lo declare. A la hora de solventar las dificultades de interpretación del precepto, los Sres. Fiscales deberán atenerse al principio de legalidad, al tenor del art. 3 del EOMF, a las características de la concreta intervención procesal y a las exigencias de celo y carácter protector que, de forma tradicional, han regido la Institución.

2ª La nueva Ley no afecta a las referencias expresas a la intervención del Ministerio Fiscal efectuadas en la legislación foral sustantiva en aquellos supuestos en que no tienen concordancia con expedientes tipificados. Tales casos se tramitarán por las normas comunes con las especialidades necesarias, de conformidad con la doctrina del TC sobre el art. 149.1.6 CE. Sin embargo, en ausencia de referencia expresa y no tipificación en la LJV, los Sres. Fiscales sólo intervendrán cuando lo justifique la cláusula general del art. 4, cuyos criterios son más estrictos que los de la legislación que se deroga.

3ª La LJV reduce el ámbito de los expedientes tipificados en que los Sres. Fiscales tienen obligación de actuar. En concreto, se ciñe a la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, en materia de familia y en algunos casos relativos al Derecho sucesorio.

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

5ª En los expedientes en los que el Ministerio Público tenga intervención, los Sres. Fiscales prestarán especial cuidado con la observancia de los preceptos relativos a la acumulación de expedientes, litispendencia y prejudicialidad.

6ª La caducidad del expediente tiene un plazo más reducido (6 meses). Los Sres. Fiscales interpretarán, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, que sólo procederá “cuando la

paralización del proceso se deba a la exclusiva negligencia o aquietamiento de la parte, y no al incumplimiento de deberes de impulso procesal de oficio atribuido al órgano judicial”.

7ª Si bien la ley no concreta el concepto de “gastos” y sus diferencias con las “costas”, los Sres. Fiscales interpretarán que los gastos nunca se impondrán al Ministerio Público, por aplicación supletoria del art. 394.5 LEC 1/2000.

8ª La audiencia del Ministerio Fiscal es preceptiva en lo que concierne a la competencia, bien sea cuando esta es apreciada de oficio (por el Letrado de la Administración de Justicia, por el Juez o en trámite de recurso), bien haciendo uso de la declinatoria, o bien mediante la alegación al inicio de la comparecencia. Los Sres. Fiscales prestarán especial atención a la observancia de los criterios de la LJV, que mantiene el principio tradicional de exclusión de la sumisión expresa o tácita en materia de competencia territorial, y, en lo que concierne a la competencia objetiva, velarán porque se respete la de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 49 bis LEC 1/2000) y la de los Juzgados especializados (art. 46 LEC 1/2000).

Especialidades de los expedientes que afectan a menores de edad

9ª En todos los expedientes que afecten a menores, los Sres. Fiscales cuidarán porque se observen, además de las disposiciones previstas en la LJV, los derechos procesales consagrados tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños y las garantías que exige el principio del interés superior del menor, en particular las previstas en el art. 2 LOPJM.

10ª En lo que concierne a la audiencia de los menores de edad, los Sres. Fiscales prestarán atención al cumplimiento de los postulados del art. 9 LOPJM, velando porque en la resolución sobre el fondo se haga constar su resultado y valoración.

Especialidades de los expedientes que afectan a personas con capacidad modificada judicialmente

11ª La LJV ha buscado la adaptación a la CDPD, sin que se haya producido todavía la anunciada modificación del proceso judicial de determinación de apoyos y de la normativa sustantiva. Hasta que dicha reforma se produzca, los Sres. Fiscales observarán -junto con las disposiciones expresas de la LJV- los principios sentados en la doctrina del Tribunal Supremo, en las Instrucciones 4/2008, 4/2009 y 3/2010, y en la Recomendación Rec(2006)5, de 5 de abril, del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*.

12ª En lo que concierne a la audiencia de las personas con capacidad modificada judicialmente, los Sres. Fiscales prestarán atención a que se respeten las exigencias de celeridad, preferencia, información adecuada y accesible y posibilidad de auxilio de especialistas. Del mismo modo, tendrán especial cuidado de que en la resolución sobre el fondo se haga constar su resultado y valoración y que se respeten los principios y salvaguardas procesales previstas en los arts. 12 y 13 de la CDPD.

Especialidades de los expedientes de tutela y curatela y guarda de hecho

13ª En los casos de cambio de residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, el Juzgado competente lo será el de la nueva localidad, exceptuándose las situaciones en que el citado traslado sea meramente accidental y temporal.

14ª Los expedientes de tutela y curatela constituyen un expediente único que conlleva un desarrollo posterior con distintos trámites (algunos de ellos asignados al LAJ). Las especialidades procesales de cada uno de estos trámites diverge sustancialmente. Es importante destacar que gran parte de ellos no exigen comparecencia, por lo que la audiencia podrá materializarse por escrito.

15ª La LJV regula en la misma sección la constitución y desarrollo de la tutela y de la curatela. En el caso de la curatela, habrá que estar a las normas que les son directamente aplicables,

entendiéndose que la nueva ley ha acogido el carácter flexible de esta última institución, conforme al criterio ya expresado en la Instrucción 3/2010 de la FGE.

Especialidades de los expedientes de guarda de hecho

16ª La LJV debe adaptarse a la nueva regulación de la guarda de hecho realizada por la Ley 26/2015 que amplía las facultades de los guardadores y resuelve algunas cuestiones que habían planteado dudas de interpretación.

17ª Tras la LJV, es posible acordar la suspensión de la patria potestad y la designación de tutor ordinario en la misma resolución.

Especialidades de los expedientes de concesión judicial de la emancipación o del beneficio de la mayor edad

18ª Estos supuestos no forman parte del conjunto de medidas de protección del art. 158 CC, sino que se encuadran dentro de la materia de la capacidad de las personas. No tiene, por tanto, legitimación autónoma el Ministerio Fiscal para interponer la solicitud, pero nada obsta a que dé traslado de la petición del menor al Juzgado, mientras se le nombra defensor judicial en el caso de que no esté asistido.

19ª En los casos en que el menor solicite la intervención del Fiscal (art. 10.2 LOPJM), se abrirán diligencias preprocesales con objeto de valorar su grado de madurez, posibilidades de independencia económica, beneficios de la concesión, medidas alternativas y otras cuestiones complementarias.

Especialidades de los expedientes de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición

20ª En lo que concierne a 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 modificada judicialmente, es posible incluir en la solicitud que, en los casos de tutela, la autorización se extienda a la venta directa sin necesidad de pública subasta. Los Sres. Fiscales deberán comprobar la correcta acreditación del valor de mercado del bien o derecho de que se trate y de que las condiciones del acto de disposición sean adecuadas.

Especialidades de los expedientes de dispensa del impedimento de muerte dolosa

21ª La LJV ha regulado, como novedad, el expediente de dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, atribuyendo la competencia, que anteriormente era del Ministro de Justicia, al Juez. Se trata de un acto de naturaleza discrecional, por lo que los Sres. Fiscales deberán, en sus informes, valorar cuidadosamente los “motivos de índole particular, familiar o social” en que se funda la solicitud para entender que existe “justa causa”.

Especialidades de los expedientes de medidas de protección del art. 158 CC

22ª Junto con las novedades de la LJV, es necesario atender a la modificación que ha experimentado el art. 158 CC por la Ley 26/2015, que incorpora nuevas medidas (prohibición de aproximación y comunicación) y del art. 216 CC (que afecta a la legitimación para poder solicitarlas en los casos de menores bajo tutela de la Entidad Pública). En particular, en relación con las primeras, los Sres. Fiscales deberán atender a las exigencias de los principios de necesidad y proporcionalidad, expresando en sus informes detalladamente los motivos que las justifican.

Especialidades de los expedientes de nombramiento de defensor judicial

23ª Los Sres. Fiscales, en la interpretación de los arts. 29 LJV y 8 y 9 LEC 1/2000, observarán las siguientes pautas: La intervención como parte en tales procesos está matizada por las notas de provisionalidad, subsidiariedad y temporalidad. Deben evitarse actuaciones meramente formales que puedan causar indefensión, aun cuando tiendan a agilizar el procedimiento, cuando se conoce la existencia de personas idóneas que pueden desempeñar la función de manera adecuada por su conocimiento de las circunstancias que rodean a la

demanda o su mayor facilidad para obtenerlo. La intervención se limitará, inicialmente, a los aspectos conservativos urgentes en defensa de los derechos de las personas menores de edad o con capacidad modificada judicialmente o por modificar. En este último caso, debe prestarse especial atención a que no existan demoras injustificadas en la presentación de la correspondiente demanda de modificación de la capacidad.

Especialidades de los expedientes de declaración de fallecimiento en los casos del art. 194 nº 2 y 3 CC

24ª Los Sres. Fiscales deberán comunicar, a la mayor brevedad, la intención de iniciar tales expedientes a la FGE con objeto de coordinar las actuaciones.

Procedimiento aplicable al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

25ª. El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, autorizado o ratificado fuera de los casos previstos en el art. 760.1 LEC, no puede considerarse como un expediente de jurisdicción voluntaria, posición adoptada en la Circular 1/2001, sino como un proceso especial contradictorio con singularidades. Debido a lo anterior, los Sres. Fiscales rechazarán la aplicación de las disposiciones generales y normas comunes de la LJV, ciñéndose al específico régimen previsto en el art. 763 LEC 1/2000. Los procedimientos que se iniciaron en su momento como expedientes de jurisdicción voluntaria podrán seguir tramitándose de la misma manera, afectando esta interpretación sólo a los incoados a partir de la entrada en vigor de la LJV.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la interpretación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 22 de diciembre de 2015.- La Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.