

Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007

Esther González Pillado

Facultad de Derecho
Universidade de Vigo

Abstract*

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional introduce modificaciones importantes en el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. El objeto de este artículo es una exposición general de este procedimiento destacando el cambio que supone la introducción de plazos procesales para que los padres puedan oponerse a una resolución administrativa de protección de menores.

The Law Nr. 54, of 28th of December 2007, on International Adoption modifies the current procedure for revising administrative decisions on minors' protection. This article aims at explaining their general traits, highlighting a key change, the establishment of procedural terms for parents to ask for a judicial revision on minors' protection administrative decisions.

Title: Proceeding against the administrative decisions on minors' protection after the reform of the Law 54/2007

Keywords: Minors' protection; administrative decisions

Palabras clave: Resoluciones administrativas; protección de menores

Sumario

1. **Introducción**
2. **La protección del menor: consideraciones generales**
3. **Control jurisdiccional de las medidas administrativas de protección de menores**
4. **Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección del menor**
 - 4.1. **Concepto y naturaleza jurídica**
 - 4.2. **Ámbito de aplicación**
 - 4.3. **Competencia**
 - a. **Supuesto general**
 - b. **Concurrencia de un acto de violencia de género**
 - 4.4. **Las partes**
 - a. **Activa y pasiva**
 - b. **Intervención del Ministerio Fiscal**
 - c. **Postulación procesal**
 - 4.5. **Procedimiento**
 - a. **Carácter preferente del procedimiento**
 - b. **Exclusión de la reclamación administrativa previa**
 - c. **Fase de impugnación: integración del expediente administrativo**
 - d. **Alegaciones**
 - e. **Vista. Actividad probatoria**
 - f. **Terminación del proceso**
 - g. **Recursos**
5. **Bibliografía**
6. **Tabla de sentencia citadas**

* Este trabajo se comprende en el Proyecto de Investigación "Problemática del acogimiento familiar: los derechos de los padres biológicos y de los acogedores frente al interés del menor", subvencionado por la Cátedra de la

1. Introducción

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil alude por primera vez a mecanismos procesales para la protección de los menores; así, la propia rúbrica del Título Primero del Libro IV, dedicado a los procesos especiales, se refiere a los procesos de menores, junto a los de capacidad, filiación y matrimonio, dedicándose después el Capítulo IV a los “Procesos matrimoniales y de menores”, y el Capítulo V a la “Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y al procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”.

De estos procedimientos a los que alude genéricamente la ley con la denominación “de menores”, debe hacerse una distinción básica:

- De un lado, los procedimientos de guarda y custodia de hijos menores y alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores (art. 748.4 LEC), en los que se podrá debatir cualquier cuestión relativa a los menores que no se pueda sustanciar por el proceso matrimonial o por el de filiación¹. Se trata de procesos que versan sobre medidas de protección a los menores “no desamparados” es decir, integrados en una unidad familiar aunque la misma esté formada por uno solo de los progenitores, al haberse roto la unión matrimonial o no matrimonial.

Dentro de este primer grupo de procesos de menores se integra también el procedimiento para reclamar el mantenimiento de las relaciones personales entre los abuelos y los nietos, así como de otros parientes y allegados, de tal forma que pueda hacerse efectivo el derecho de visita y comunicación entre ellos previsto en el art. 160 CC (art. 250.1.13 LEC)².

- De otro lado, los procedimientos que tienen por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los que tienden a determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. En este caso, sí estamos ante menores “desprotegidos” o desamparados, esto es, aquéllos frente a los cuales sus progenitores no cumplen sus deberes de guarda, lo que lleva a la autoridad administrativa a actuar adoptando las medidas adecuadas. Pues bien, este estudio se centra exclusivamente en el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que se ha visto modificado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

2. La protección del menor: consideraciones generales

Infancia de la Universidade de Vigo.

¹ Esto es, la determinación de la titularidad de la potestad de guarda, el régimen de visitas, la cuantía de los alimentos o la atribución de la vivienda familiar en el caso de existir hijos menores.

² Introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los abuelos con los nietos.

La previsión de mecanismos procesales de protección de menores en la nueva LEC supone un gran avance frente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que únicamente en sede de jurisdicción voluntaria se ocupaba del acogimiento (art. 1828) y de la adopción (arts. 1829 a 1832); debiendo aplicarse además, los arts. 172 y ss. CC, relativos a la guarda y acogimiento de menores y a la adopción.

El estudio de los medios procesales de protección de menores exige una descripción somera de los supuestos concretos en que se exige la protección del menor y quién está obligado a prestar la misma. Ello obliga al análisis de normas de carácter sustantivo, básicamente la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, y el Código Civil, arts. 172 y ss.³

Debemos partir de nuestra propia Constitución que, al enumerar en el Capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Precisamente, la sensibilidad social hacia la infancia se consolida a partir de determinados Tratados Internacionales ratificados por España, especialmente, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989⁴, “que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo”⁵.

En coherencia con el mandato constitucional y la tendencia en el ámbito internacional, se ha operado una importante renovación del nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores partiendo de la consideración del menor como sujeto social, fuera del ámbito exclusivamente familiar y, a la vez, como auténtico titular de verdaderos derechos subjetivos. En consecuencia, la protección de los menores ha ido evolucionando desde una perspectiva de beneficencia de niños abandonados hacia su extensión a situaciones de trato vejatorio o de presión y descuido por parte de padres o guardadores⁶.

Por tanto, en la actualidad, la protección de los menores integra toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos, cuyo propósito es prevenir y corregir situaciones de desamparo o de desprotección de los mismos, las cuales, dada su variedad, exigen toda una serie de respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias de cada caso y que se pueden clasificar atendiendo al grado de intensidad de la intervención administrativa en el ámbito familiar del menor.

La competencia para la realización de esas funciones corresponde a los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a los que con arreglo a las leyes

³ Aunque también tiene gran relevancia la normativa autonómica en cuanto las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de asistencia social y protección de menores, al amparo de la norma 20ª, del núm. 1 del art. 148 CE que permite al Estado la transferencia de estas competencias.

⁴ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

⁵ Apdo. I, Exposición de Motivos LO 1/1996.

⁶ CABALLERO GONZÁLEZ (1988, p. 105).

corresponda el ejercicio de esa función en el territorio de que se trate. Por tanto, la competencia para la adopción de medidas de protección de menores es única y exclusiva de la Administración; sin perjuicio de que en el ámbito de la jurisdicción puedan ser adoptadas medidas provisionales por situaciones de riesgo en cualquier tipo de procedimiento, civil o penal, como establece el art. 158 CC; ahora bien, si como consecuencia de las medidas adoptadas, queda limitada o suspendida la patria potestad de los padres, el órgano jurisdiccional debe ponerlo en conocimiento de la autoridad administrativa que asuma la protección de menores en el territorio de que se trate para que ésta asuma sus competencias.

De acuerdo con lo apuntado, las situaciones de desprotección en que se puede encontrar el menor, y que dan lugar a la intervención administrativa, se pueden clasificar en: situaciones de riesgo de cualquier naturaleza, que perjudican el desarrollo personal y social del menor, y situaciones de desamparo del menor.

En el primer caso, dado que la situación existente no alcanza la gravedad suficiente como para separar al menor de su entorno familiar, la actuación de los poderes públicos se orientará a limitar los factores de riesgo, promoviendo las medidas de protección del menor y de su familia; se trata aquí de una actuación administrativa de apoyo o ayuda familiar, prestando la atención en la propia familia del menor. Así, puede tratarse de medidas económicas cuando la causa determinante del riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos económicos; prestaciones de tipo formativo o psicosocial con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social; medidas técnicas a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el ejercicio adecuado de las funciones parentales (art. 17 LO 1/1996).

Frente a las situaciones de riesgo, se pueden dar también situaciones de desamparo provocadas por el “incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material” (art. 172. 1.II CC). En estos casos, la resolución administrativa que declara el desamparo trae consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria del menor y es el propio ente administrativo quien asume la tutela del mismo⁷. Esta tutela *ex lege* conlleva además, la guarda del menor que se podrá realizar a través del acogimiento familiar o residencial (art. 172.3 CC).

Al margen del supuesto del desamparo, los órganos de la administración también están obligados a actuar cuando los propios padres o tutores que no pueden asumir sus obligaciones de guarda en relación con sus hijos menores así lo solicitan (172.2 CC). En estos casos, la Administración asume la guarda de los mismos, con independencia de que también pueda venir impuesta por los órganos jurisdiccionales cuando así proceda legalmente. Como en el supuesto de la tutela *ex lege*, la guarda del menor se podrá realizar a través del acogimiento en cualquiera de sus dos modalidades.

⁷ Esta tutela *ex lege* de la administración tiene carácter provisional y sólo se mantiene mientras perduren las circunstancias que dieron lugar al desamparo.

En todos los casos expuestos, se trata de medidas de protección del menor de carácter provisional pero que, en último término, podrían llevar a una solución más definitiva, la adopción (arts. 175 y ss. CC), que supone la separación definitiva del menor de sus padres biológicos.

3. Control jurisdiccional de las medidas administrativas de protección de menores

Como se ha apuntado en el apartado anterior, es la Administración, a través de los órganos a quienes se ha atribuido esta competencia, quien debe adoptar las medidas adecuadas de protección de menores una vez constatado el supuesto de hecho previsto en las normas sustantivas, siguiendo para ello el procedimiento administrativo correspondiente. En consecuencia, si alguno de los interesados en impugnar la resolución administrativa decidiera oponerse a la misma, tendría que acudir ante el órgano competente del orden contencioso-administrativo, de acuerdo con lo establecido con carácter general para los actos administrativos.

No obstante, pese a ser una Entidad pública la que asume la protección de los menores, dictando al efecto actos y decisiones de naturaleza pública, debe tenerse en cuenta que las facultades de tutela automática o de guarda no derivan de la legislación administrativa, sino del Código Civil; esto es, la cobertura legal de los actos administrativos se encuentra en el Derecho privado. En consecuencia, resulta obligado remitir al orden jurisdiccional civil las cuestiones relativas a la impugnación de decisiones administrativas en esta materia (arts. 9 y 22 LOPJ), en detrimento del orden contencioso-administrativo. Así, el art. 172.6 CC establece que las resoluciones administrativas en materia de protección de menores serán recurribles ante la jurisdicción civil.

Por tanto, debe concluirse que en materia de protección de menores los órganos jurisdiccionales civiles asumen una función revisora, en sede jurisdiccional, de la previa actuación administrativa de las Entidades públicas con competencia en esta materia.

De acuerdo con esto, la LEC prevé un procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en el Capítulo V del Título I del Libro IV (arts. 779 y 780 LEC). La regulación de este procedimiento contrasta con la situación anterior, en cuanto hasta la entrada en vigor de la nueva ley procesal se acudía a las normas de jurisdicción voluntaria reguladoras del acogimiento y la adopción (arts. 1825 a 1827 LEC de 1881), de acuerdo con lo preceptuado por la disposición adicional primera de la LO 1/1996⁸.

⁸ Disposición que ordena la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el art. 158 CC; contra las resoluciones que acuerden el desamparo y la asunción de la tutela por parte de la administración o cualquier otra reclamación frente a resoluciones de las Entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda. Por tanto, eran de aplicación los arts. 1825 a 1827 LEC de 1881.

A su vez, la disposición adicional tercera de la misma LO 1/1996 también remite al cauce de la jurisdicción voluntaria para todas las actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Libro I del Código Civil, salvo declaraciones de incapacidad y prodigalidad.

4. Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección del menor

4.1. Concepto y naturaleza jurídica

Teniendo en cuenta que el objeto de este procedimiento, cuestiones relativas a la protección de menores exigen celeridad en su resolución, ha previsto el legislador en el art. 780 LEC un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. En consecuencia, se remite este precepto al procedimiento verbal regulado en el art. 753 LEC. Sin embargo, el hecho de que, en definitiva, de lo que se trate sea de oponerse a una resolución administrativa, trae consigo alguna especialidad procedimental. Concretamente, en este procedimiento se diferencian, como se expondrá en los apartados siguientes, dos partes claramente diferenciadas: una primera, cuyo objeto es la introducción de las alegaciones mínimas para la incoación y la obtención, para su conocimiento por parte del demandante, del expediente administrativo previo; y, una segunda fase, que es el verdadero procedimiento de oposición a la resolución administrativa, que se tramitará por los cauces del juicio verbal.

Antes de analizar la naturaleza jurídica de este procedimiento, debe ponerse de manifiesto la contradicción existente entre ley procesal civil y la disposición adicional 1ª LO 1/1996, puesto que la primera prevé un procedimiento especial, en su art. 780, para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, mientras que la segunda ordena la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria frente a esas tipo de resoluciones. La aparente contradicción deriva de que la LEC no deroga de forma expresa el precepto de la LO 1/1996. Pese a todo, la citada disposición adicional primera de la LO 1/1996 debe entenderse derogada por la Ley procesal civil aun a falta de mención expresa, en la medida en que es incompatible con la vigencia del nuevo proceso especial del art. 780 LEC (apdo. 3º de la disposición derogatoria única LEC)⁹.

En cuanto a la naturaleza jurídica, los procesos de menores se regulan en el Título I del Libro IV de la nueva Ley procesal civil, junto con los de capacidad, filiación y matrimonio. Según señala expresamente la Exposición de Motivos de la ley (apdo. XIX), se trata de “procesos especiales imprescindibles”, que exigen una tramitación diferenciada de la propia de los procedimientos ordinarios, debido a las características derivadas de los derechos sustantivos en juego.

La razón de la regulación de los procesos de menores conjuntamente con los de capacidad, filiación y matrimonio se pone también de relieve por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley (apdo. XIX), cuando señala que todos ellos se caracterizan porque no rige el principio dispositivo o su vigencia es matizada dada la influencia de “un indiscutible interés público inherente al objeto procesal”. Este interés público se ve reflejado no sólo en la regulación especial de cada uno de los procesos sino también en las disposiciones generales a todos ellos, como se verá seguidamente.

⁹ Derogación implícita que es posible en cuanto las disposiciones adicionales y finales de la LO 1/1996 no tienen carácter orgánico.

El legislador inicia el Título I del Libro IV con el Capítulo I (arts. 748 a 755), cuya rúbrica “Disposiciones Generales” nos indica ya que nos encontramos ante unas normas comunes a todos estos procesos, motivada por las similares características de los mismos.

La razón de ser de estas normas comunes se debe a que se trata de procesos en los que no se debate sobre derechos o intereses privados sometidos plenamente al poder de disposición de sus titulares, como ocurre normalmente en los procesos civiles, sino que se juzga sobre situaciones jurídicas a las que subyace un interés general¹⁰ que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas¹¹. Como consecuencia de ello, en estos procesos no pueden regir de una forma plena los principios dispositivo y de aportación de parte, sino que, más bien al contrario, se sustituyen por sus opuestos, de oficialidad y de investigación oficial.

Esta atenuación de los principios dispositivo y de aportación de parte tiene las siguientes manifestaciones en los procesos de menores:

- a) Los procesos de menores no se pueden iniciar de oficio, pues el legislador trata de garantizar en todo caso la imparcialidad judicial, de tal forma que es necesario que alguien ajeno a la jurisdicción inicie el proceso. No obstante, el proceso jurisdiccional se presenta como la única vía para la aplicación del Derecho al caso concreto, esto es, las consecuencias jurídicas en materia de menores sólo se pueden alcanzar a través del cauce jurisdiccional¹².
- b) Las partes no podrán disponer del objeto del proceso, salvo determinadas cuestiones de contenido patrimonial; en consecuencia, el legislador prohíbe la renuncia, el allanamiento y la transacción y permite el desistimiento con las limitaciones que se recogen en el art. 751 LEC y que se expondrán en los apartados siguientes.
- c) Como garantía de los intereses de los menores, siempre será parte el Ministerio Fiscal, como representante del interés público que concurre en estos casos (art. 749 LEC).
- d) En los procesos de menores también aparecen atenuadas las consecuencias del principio de aportación de parte, de forma que la actividad alegatoria y probatoria no está exclusivamente en manos de las partes, pudiendo el juez resolver el litigio de acuerdo con los hechos objeto de debate y que hayan sido probados, con independencia de cuál haya sido la forma de introducción en el proceso y permitiéndose además, al órgano jurisdiccional la práctica de pruebas de oficio (art. 752 LEC).
- e) El principio de publicidad se podrá restringir por el órgano jurisdiccional cuando así lo considere adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (art. 754 LEC).

¹⁰ La propia Exposición de Motivos de la LEC, en su apdo. XIX, habla del “indiscutible interés público inherente al objeto procesal”.

¹¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2005, p. 410).

¹² La imposibilidad de acudir al arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, se deriva de lo previsto en los arts. 1 y 2 Ley de Arbitraje, que limitan su objeto a las materias sobre las que las partes tengan poder de disposición.

- f) Por último, la eficacia *erga omnes* de las sentencias que se dictan en estos procesos obliga a su publicación de oficio en el Registro Civil (art. 755 LEC).

Ahora bien, no todas las disposiciones generales contenidas en los arts. 748 a 755 LEC derivan de la vigencia más o menos directa del interés público subyacente a estos procesos, sino que se puede hacer una distinción. De un lado, los preceptos, a los que se acaba de hacer alusión, que, efectivamente, derivan de forma más o menos directa de ese interés: arts. 749 (intervención del Ministerio Fiscal), 751 (indisponibilidad del objeto del proceso), 752 (prueba), 754 (exclusión de la publicidad) y 755 (acceso de las sentencias a los Registros públicos). De otro lado, otros preceptos atienden a razones de técnica procesal ajenas al interés público: se trata de los arts. 750 (preceptiva representación y defensa técnica de las partes) y 753 (tramitación a través del juicio verbal con especialidades)¹³.

4.2. Ámbito de aplicación

El art. 780 LEC no precisa cuáles son las resoluciones administrativas que pueden ser impugnadas a través de este procedimiento; únicamente, el propio art. 780.1 LEC, en su redacción dada por la Ley 54/2007, cuando regula los plazos de presentación de la demanda de oposición, alude a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo y a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores. No obstante, teniendo en cuenta las razones de la introducción de este mecanismo procesal, se puede decir, con carácter general, que a través de este proceso se podrá tramitar toda demanda de oposición a cualquier decisión que afecte al menor que haya sido adoptada por la Entidad administrativa que tenga encomendada la protección de menores. Esto supone que el objeto de este proceso es muy amplio, en términos similares a los previstos en la regulación anteriormente vigente¹⁴. Concretamente, durante la vigencia de la LO 1/1996, el cauce procesal de la jurisdicción voluntaria se utilizaba, no sólo para la impugnación de las resoluciones que apreciaban el desamparo y declaraban la asunción de tutela por ministerio de la ley, sino que se extendía a “cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las Entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores” (disp. ad. 1.2º LO 1/1996).

Sin ánimo de exhaustividad, se puede decir que el objeto de este proceso incluye, entre otras, la resolución administrativa que declara al menor en situación de desamparo, la resolución administrativa denegatoria de la solicitud de que se deje sin efecto la tutela asumida por la Administración, la resolución administrativa que deniega la petición de cese de la tutela administrativa, la resolución que deniega la petición de cese de la guarda voluntaria, la resolución denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas, la resolución

¹³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2005, p. 411).

¹⁴ Acertadamente se apunta en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril (apdo. VII.5.A), que el objeto de este proceso especial “se extenderá con carácter general a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores” y se añade que “nada permite deducir que la nueva LEC es limitar las posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia”. En términos análogos se pronuncia el AAP de Guadalajara, de 14 de octubre de 2004 (JUR 2004/48679).

administrativa que deniega la petición de cesación del acogimiento familiar, la resolución administrativa que dispone el acogimiento cuando los padres o tutores consideren que no se ha acordado la modalidad de acogimiento más adecuada para el menor o existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas¹⁵, la resolución administrativa que acuerda la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido, la resolución administrativa en la que se acuerde cualquier medida educativa con la que se discrepe, la que declara la no idoneidad del solicitante para la adopción, o las que tengan por objeto suplir la voluntad discrepante de los progenitores en determinados casos (intervención quirúrgica, internamientos en centros de atención médica o psiquiátrica).

4.3. Competencia

a. Supuesto general

El art. 779 LEC contiene normas especiales de competencia, tanto objetiva como territorial, para los procesos regulados en el Capítulo V, del Título I del libro IV¹⁶.

Repite el legislador, como se verá seguidamente, la misma norma de competencia del art. 63.16 de la LEC de 1881 prevista para los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de protección de menores¹⁷.

La competencia objetiva es asumida por los juzgados de primera instancia, o de familia¹⁸, en aquellos lugares en que existan estos órganos jurisdiccionales especializados. En consecuencia, el legislador excluye, de un lado, a los jueces de paz que no pueden asumir competencias en esta materia y, de otro, en coherencia con la separación de competencias civiles y penales en relación al menor, excluye del conocimiento de asuntos de protección de menores a los juzgados de menores, a quienes competen exclusivamente las cuestiones relativas a menores infractores, de acuerdo con la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En lo que respecta a la competencia territorial, el art. 779 LEC señala que será competente territorialmente el juzgado de primera instancia “del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia

¹⁵ Supuesto al que se refiere expresamente el nuevo apartado del art. 172 CC, introducido por la Ley 54/2007.

¹⁶ El art. 779 LEC establece reglas para la determinación de la competencia para los procedimientos previstos en los arts. 780 y 781 LEC, esto es, el de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y el de determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción, por lo que no existe colisión con las normas competenciales del art. 52.5ª LEC, relativo a la competencia territorial en los juicios en los que se ejercitan acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, y del art. 769.3 LEC, que se refiere a los procesos sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.

¹⁷ Disposición que continúa en vigor por así disponerlo expresamente la disposición derogatoria 1ª LEC.

¹⁸ La alusión expresa en el art. 779 LEC a los juzgados de primera instancia, omitiendo a los de familia, no impide que éstos asuman competencias en esa materia en aquellos partidos judiciales en los que existan. Así lo establecía la disposición adicional 2ª de la Ley 21/1987, cuando aludía al art. 98 LOPJ para determinar el órgano competente objetivamente. En sentido similar, también en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril (apdo. VII.5.A) se alude a la posibilidad de que los jueces de familia asuman competencia objetiva en esta materia.

corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante". De la lectura del precepto transcrito se deriva que son dos los fueros de atribución de competencia previstos, pero no se aplican ambos al procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. En concreto, el criterio competencial que va a determinar el órgano judicial que va a conocer de este procedimiento será el del lugar en que radique la sede de la Entidad pública que tenga competencias en materia de protección de menores; por su parte, el fuero relativo al lugar del domicilio del adoptante se aplicará en los procedimientos de los arts. 179 y 180 CC, a los que alude expresamente el propio art. 779 LEC y a los supuestos de adopción en los que son los mismos adoptantes quienes instan la adopción ante el órgano jurisdiccional –así lo permiten los arts. 175.2 y 176.2 CC-. En este sentido debe ser interpretada la mención "en su defecto" utilizada por el art. 779 LEC¹⁹.

Volviendo al procedimiento objeto de estudio, normalmente, cuando la competencia territorial viene determinada por el domicilio de la Entidad protectora, debe entenderse que dicha previsión legal se refiere al lugar donde tiene su sede la Delegación provincial de la Consejería del gobierno autonómico que tenga atribuidas las competencias en materia de asuntos sociales y se ha ocupado de la protección del menor, aunque cabe la posibilidad de que esta actividad esté descentralizada, en cuanto existe una tendencia a ubicar estas competencias, por delegación, en el ámbito de la actividad municipal en aquellas ciudades que por su entidad e importancia configuren de forma unitaria el desarrollo de la política de asistencia social²⁰.

Las dificultades a la hora de determinar la competencia territorial pueden surgir en aquellos supuestos en que existan en la provincia dos Delegaciones provinciales de la Consejería del gobierno autonómico que tenga atribuidas las competencias en materia de asuntos sociales, una en la capital de provincia y otra en una ciudad cuyo número de habitantes y volumen de trabajo así lo exijan en razón de un mejor servicio a los ciudadanos²¹. En estos casos, de acuerdo con el art. 779 LEC la competencia territorial sería asumida por el juzgado de primera instancia o de familia del lugar en que tiene su sede la Entidad pública, con independencia que sea la capital de provincia.

Sin embargo, esta interpretación encuentra un obstáculo en el art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que contiene una norma competencial que ordena el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los organismos públicos o los órganos constitucionales a los juzgados y tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia; norma aplicable, siguiendo el tenor literal del precepto, con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera

¹⁹ En sentido similar, ESCRIBANO MORA (2001, p. 6435); ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3639).

Por su parte, PÉREZ MARTÍN (2000, p. 4186), sostiene que el fuero del domicilio de la Entidad protectora se aplicará siempre que ésta haya de intervenir forzosamente en el expediente de adopción aunque no haya sido la promotora, refiriéndose, concretamente, al supuesto del art. 176.2.3^a LEC que permite la incoación del expediente por solicitud del adoptante cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por éste.

Mientras BANACLOCHE PALAO (2001, p. 1320) da a entender que en estos procesos rige siempre el fuero del domicilio del adoptante.

²⁰ ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3635); PÉREZ MARTÍN (2000, p. 4185).

concurrir en el procedimiento, salvo dos excepciones: los juicios universales y los interdictos de obra ruinosas.

Partiendo de la rotundidad del precepto transcrito y de la consideración de que la disposición derogatoria única de la LEC considera en vigor la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, la conclusión debería ser entender competente en todo caso para conocer de este tipo de procesos de menores al juzgado que tenga su sede en la capital de provincia.

Sin embargo, es posible llegar a otra solución más ajustada al espíritu de toda la normativa vigente en materia de protección de menores, si se tienen en cuenta otras consideraciones de relevancia.

En efecto, debe entenderse que tanto la Ley de Asistencia Jurídica al Estado como la Ley de Enjuiciamiento Civil son leyes ordinarias, siendo esta última la más reciente y además la norma especial que regula el proceso civil y que prevé para los procesos civiles especiales relativos a la protección de los menores una norma de competencia territorial aplicable al caso concreto. Esto es, considera el legislador que en esta materia, debido a los intereses en juego no son válidas las normas competenciales vigentes, de ahí la necesidad del art. 779 LEC.

A esto se añade la conveniencia de acercar la justicia a los ciudadanos y más en la materia que nos ocupa que exige no sólo cercanía sino también rapidez y agilidad en su tramitación, lo que se consigue si la misma Entidad que ha dictado la resolución en materia de protección de menores y que ha tramitado el correspondiente expediente, la que va a estar involucrada en el proceso, normalmente como demandada, está más cercana al órgano jurisdiccional que va a tramitar el proceso. No podemos olvidar que en estos procesos por encima de cualquier otra consideración está el interés del menor y que será éste el que determine la actuación de todos los poderes públicos, incluido el juez.

Por todo ello, se considera que la competencia territorial en estos procesos especiales corresponde al juzgado del domicilio de la Entidad que tiene la competencia en materia de protección de menores, con independencia de que esté ubicada o no en la capital de la provincia.

b. Concurrencia de un acto de violencia de género

El fuero competencial previsto en el art. 779 LEC puede verse afectado en caso de concurrencia de un acto de violencia de género en cuanto los juzgados de violencia sobre la mujer asumen determinadas competencias en materia civil, de acuerdo con lo establecido en el art. 87 *ter.2* LOPJ, entre las que se incluyen los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

²¹ Esta situación se puede plantear, por ejemplo, dentro de la Comunidad Autónoma Gallega en la provincia de Pontevedra, que tiene una delegación en la capital de la provincia (Pontevedra) y otra en Vigo.

La determinación concreta de los casos en que la competencia para el conocimiento de estos procesos va a ser asumida por el juzgado de violencia de género en lugar del juez de primera instancia o de familia, exige hacer un somero examen de los requisitos previstos en el art. 87 *ter.3* LOPJ, cómo y cuándo se produce la pérdida de competencia por parte de los jueces civiles y, por último, qué norma de competencia territorial se aplica cuando concurre un acto de violencia de género.

a) Requisitos

A los efectos de la determinación del ámbito concreto de competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, el art. 87.*ter.3* LOPJ establece tres presupuestos que deben concurrir simultáneamente en los términos que se exponen a continuación.

- Requisitos objetivos:

El art. 87 *ter.2* LOPJ enumera los procesos civiles que pueden ser tramitados por los juzgados de violencia sobre la mujer, entre los que se incluyen los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

- Requisitos subjetivos:

En lo que respecta a los requisitos subjetivos para la asunción de competencia civil por parte de los juzgados de violencia sobre la mujer, en los apartados b) y c) del art. 87 *ter.3* LOPJ, se exige la asunción de la condición de parte en el proceso civil de la víctima de la violencia de género y de su agresor.

Ahora bien, la atribución de la competencia civil al juez de violencia sobre la mujer es independiente de la posición que en el proceso civil ocupen la víctima y el agresor (demandante o demandado); es más, ni siquiera se exige que asuman posiciones enfrentadas en el proceso de que se trate. Así ocurre en el proceso de oposición a una resolución administrativa en la que se acuerde el desamparo del hijo común de ambos en el que los dos cónyuges presentan demanda de oposición frente a la decisión de la Entidad pública.

En lo que respecta a la víctima, el propio art. 87 *ter.3* b) LOPJ se remite al apartado 1 a) del mismo precepto que delimita el ámbito de actuación penal, tanto desde el punto de vista objetivo (tipo de delitos y faltas) como subjetivo (sujetos pasivos de esos delitos y faltas) de los juzgados de violencia sobre la mujer. En consecuencia, debe ser parte del proceso civil una mujer víctima de alguno de los delitos o faltas enumerados en el art. 87.*ter.1* LOPJ, que tenga o haya tenido una relación de afectividad con el agresor, aún sin convivencia, o un descendiente de la víctima o agresor o un menor o incapaz, siempre que conviva con el menor o esté sujeto a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, siempre que la violencia se ejerza también sobre la mujer.

El legislador exige la condición de “víctima”, término que debe entenderse en el sentido de que, en el proceso penal iniciado para perseguir un acto de violencia de género, aparezca como víctima una de las personas citadas en el art. 87 *ter.1 a)* LOPJ, y ello pese a que, teniendo en cuenta la fase inicial del proceso en que nos encontramos, no sea posible predicar con certeza esa condición de víctima²².

En cuanto al agresor, se exige por el art. 87 *ter.3 c)* LOPJ que sea parte del proceso civil un imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

En principio, por imputado se entiende la persona que ocupa la posición pasiva en la fase de instrucción del proceso penal. Ahora bien, tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la doctrina procesalista utilizan diversos términos para calificar a esa persona; así se habla de inculcado, imputado judicial, procesado, presunto reo, presunto culpable, entre otros, dependiendo del momento procesal y del estadio en que se encuentra ese sujeto pasivo del proceso. Con ello, se pone de manifiesto la dificultad que supone determinar el sentido en que es utilizado este término en el art. 87 *ter.3 c)* LOPJ.

Del propio tenor literal del art. 87 *ter.3 d)* LOPJ que exige, como requisito adicional para que el Juzgado de violencia sobre la mujer asuma competencias en materia civil, que se hayan iniciado ante el mismo “actuaciones penales por delito o falta...”, se debe entender que el legislador se está refiriendo al imputado como aquel sujeto al que se le imputa la comisión de un hecho delictivo pero siempre que haya pasado un filtro judicial; esto es, no basta con la atribución de un hecho delictivo en una denuncia o en una querrela, sino que se exige la admisión de las mismas o la detención del presunto autor, o la citación para declarar en calidad de posible responsable de la comisión de un delito o una falta cuando los cargos aparecen en cualquier otra diligencia^{23 24}.

La interpretación anterior es avalada, además, por la previsión del propio art. 87 *ter.4* LOPJ, que permite al juez de violencia sobre la mujer inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano competente, cuando aprecie que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género.

- Requisitos de actividad:

Como tercer requisito, acumulativo a los anteriores, exige el art. 87 *ter.3 d)* LOPJ, para la asunción de competencias civiles por los juzgados de violencia sobre la mujer, que “se hayan iniciado por el juzgado de violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta como consecuencia

²² Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.1).

²³ Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que alude a la necesidad de un filtro judicial para adquirir la condición de imputado y con ello, la cualidad de parte del proceso penal con todos los derechos inherentes a la misma. Entre otras, SSTC 186/1990, de 15 de noviembre; y 121/1995, de 18 de julio.

²⁴ En este mismo sentido, Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.1); MUERZA ESPARZA (2005, pp. 57 y 58); SENÉS MOTILLA (2005).

de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a la víctima de violencia de género”.

Del tenor literal del precepto transcrito se deriva que son dos las situaciones jurídicas que, de forma separada, integran el tercer requisito legal para la asunción de competencia civil por el juez de violencia sobre la mujer: que se hayan iniciado por este órgano actuaciones penales por delito o falta consecuencia de un acto de violencia de género o bien que se haya adoptado una orden de protección.

Este segundo supuesto no plantea ningún problema interpretativo puesto que basta con la adopción de una orden de protección, ya sea por el juez de violencia sobre la mujer o el juez de guardia, para que automáticamente el primero asuma las competencias civiles.

Más problemas exegéticos pueden surgir de la primera situación debido a la expresión utilizada por el legislador “iniciado actuaciones penales”, teniendo en cuenta las diversas formas de iniciación del proceso penal que existen en nuestro ordenamiento. La lectura literal del precepto comentado nos da dos elementos interpretativos importantes. De un lado, no existen limitaciones en relación al proceso penal que se inicia, al referirse el art. 87 *ter.3 d)* LOPJ a “actuaciones por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer”, lo que incluye la instrucción del proceso ante el Tribunal del Jurado, el sumario, las diligencias previas del abreviado, el juicio de faltas y las diligencias urgentes del juicio rápido.

De otro lado, las actuaciones se deben haber iniciado ante el Juzgado de violencia sobre la mujer, lo que cobra gran importancia teniendo en cuenta los distintos órganos receptores de la denuncia en nuestro ordenamiento (policía, Ministerio Fiscal) y las diversas facultades investigadoras que tienen esos órganos en los distintos procesos penales existentes.

A la vista de los dos elementos anteriores, se debe concluir que la asunción de competencias civiles por parte del juez de violencia sobre la mujer exige que éste haya iniciado un proceso penal, lo que requiere determinada actuación procesal que ponga de manifiesto que el proceso penal está en marcha, como puede ser el auto de incoación de sumario o de diligencias previas. Esta interpretación viene corroborada por el apdo 3º del art. 49 bis LEC que obliga al juez de violencia sobre la mujer a acompañar al requerimiento de inhibición dirigido al juez civil, “el testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela o de la orden de protección adoptada”.

Ahora bien, una vez que el proceso penal está iniciado, no se establece ningún límite temporal en el proceso penal en marcha que excluya la *vis atractiva* de la competencia civil, lo que dará lugar a situaciones muy diversas en el plano práctico, como se expone en el apartado siguiente.

b) Pérdida de competencia objetiva por el juez civil

Como complemento al art. 87 *ter.3* LOPJ, en el art. 49 *bis* LEC se prevén las normas reguladoras de la pérdida de competencia por parte de los jueces civiles, ya sea el juzgado de primera instancia o de familia, cuando se comete un acto de violencia de género.

El legislador, en este precepto, diferencia tres posibles situaciones:

1. El apdo. 1º del art. 49 *bis* LEC se refiere al supuesto en que existe un proceso penal iniciado por la posible comisión de un acto de violencia de género.

En este caso, el juez de primera instancia o de familia que está conociendo del proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y tiene conocimiento de la pendencia de un proceso penal ante el juez de violencia sobre la mujer, cuyo objeto es la instrucción de un acto de violencia de género, deberá comprobar que se cumplen los requisitos del art. 87 *ter.3* LOPJ y, en su caso, inhibirse remitiendo los autos en el estado en que se encuentren al juzgado de violencia sobre la mujer, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral (art. 49 *bis* LEC).

A la vista de los presupuestos anteriores, conviene hacer algún comentario relativo a la fase procesal en que se encuentran los procesos implicados, tanto el penal como el civil, puesto que, mientras con relación al primero sólo se exige la incoación del procedimiento, sin que exista ninguna otra previsión al respecto, en el proceso civil se establece como límite para la pérdida de competencia del juez civil que no se haya iniciado la fase de juicio oral.

De acuerdo con lo anterior, en lo que respecta al proceso penal la falta de previsión de un límite temporal dará lugar a una serie de consecuencias a nivel práctico. Así, una vez dictado auto de incoación del procedimiento por el juez de violencia sobre la mujer, y durante la tramitación de éste, el mismo órgano asumirá también el conocimiento del asunto civil y ello con independencia de que, terminada la instrucción, este órgano pierda su competencia penal y el asunto pase a ser conocido por el órgano enjuiciador²⁵, o que se encuentre en vía de recurso²⁶.

La situación cambia cuando en el proceso penal pendiente se ha dictado ya sentencia firme, debiéndose hacer una distinción entre si la sentencia es condenatoria o absolutoria.

²⁵ Siendo posible que el juez de violencia sobre la mujer dicte sentencia civil cuando todavía no ha recaído sentencia sobre el tema penal por el correspondiente órgano enjuiciador, e incluso que, posteriormente, éste último dicte una sentencia absolutoria al no estimar probados los hechos.

²⁶ En coherencia con ello, los nuevos arts. 789.5 y 797 *bis* LECrim ordenan la remisión al Juzgado de violencia sobre la mujer que hubiera instruido la causa, de testimonio de la sentencia dictada por el juez de lo Penal o la Audiencia Provincial, con indicación de si es o no firme y, en su caso, de la sentencia de segunda instancia cuando la misma sea revocatoria en todo o en parte.

En el primer caso, cuando en el proceso se ha dictado una sentencia condenatoria firme, al no preverse por el legislador límite temporal alguno a la *vis attractiva* del juez de violencia sobre la mujer, éste asumirá la competencia civil hasta el momento de la extinción de la responsabilidad penal del autor del acto de violencia de género por alguna de las causas previstas en el art. 130 CP, incluido el cumplimiento de condena²⁷. En consecuencia, si el proceso de oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores, siempre que se cumplan los restantes requisitos del art. 87.ter 3 LOPJ, se inicia con anterioridad a la extinción de la responsabilidad penal del autor del acto de violencia de género, la competencia para conocer del mismo la asume el juez de violencia sobre la mujer.

En el segundo caso, cuando se ha dictado una sentencia absolutoria en el proceso penal en curso, el juez de violencia sobre la mujer asumirá la competencia civil siempre que el proceso civil se inicie antes de que la sentencia sea firme, pues hasta ese momento se cumple el requisito de la existencia de actuaciones procesales penales; lo mismo puede decirse del sobreseimiento tanto libre como provisional, puesto que, en cuanto estas resoluciones sean firmes ya no se cumple el requisito de la pendencia del proceso penal. En los tres supuestos citados, los juzgados de violencia sobre la mujer carecerán de competencia para tramitar el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores cuando, antes de iniciarse el mismo, hubiera adquirido firmeza la resolución de que se trate²⁸.

Por su parte, en relación al proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, exige el art. 49 bis.1 LEC que se trate de la primera instancia y que no se haya iniciado la fase de juicio oral²⁹. La determinación concreta del

²⁷ En este sentido se expresa también la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.2), añadiendo que la falta de límite temporal no puede llevar al absurdo de que por el hecho de haber instruido una causa por violencia de género, el juez de Violencia sobre la Mujer deba conocer de todos los procesos iniciados por la misma pareja incluso años después, como puede ser el caso de una modificación de medidas. Igualmente, se han manifestado en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 (apdo. 11.5); Criterio nº 7 adoptado en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de Género adoptados en la reunión de Magistrados, en el Seminario de Formación Organizado por el Consejo General del Poder Judicial para Magistrados pertenecientes a Secciones especializadas en Violencia de Género (celebrado en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2005).

²⁸ Vid. a este respecto, el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia..., (apdo. 11.5), op. cit.

En cambio, la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.2) se manifiesta en otro sentido, haciendo una distinción entre dos supuestos. De un lado, "si se ha dictado sentencia absolutoria, se ha archivado porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho o se ha sobreseído provisionalmente porque no está debidamente justificada la perpetración del delito o porque no hay motivos suficientes para acusar a quien es parte en el procedimiento civil, no cabrá la inhibición del pleito civil a favor del juez de Violencia sobre la Mujer (aun cuando la resolución no sea firme por hallarse pendiente del recurso planteado contra dicha decisión) en tanto subsistan las mismas circunstancias, pues faltaría uno de los presupuesto del art. 87 ter.3 LOPJ". De otro, "si se ha sobreseído porque el denunciado, que a su vez es parte civil, no ha podido ser citado o se encuentra en rebeldía, procederá la inhibición, si bien el procedimiento civil, a diferencia del penal, podrá continuar su tramitación en rebeldía del demandado".

²⁹ No es muy afortunada la expresión utilizada por el legislador en este precepto, puesto que la referencia al juicio oral hace pensar, más que en el proceso civil, en el penal. De ahí que algunos autores (MUERZA ESPARZA (2005, pp. 63 y 64); PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA (2005)) así lo consideren. Igualmente, AAP de Madrid, de 3 de octubre de 2005 (JUR 2005/241883).

momento hasta el cual el juez civil pierde la competencia a favor del juez de violencia sobre la mujer exige concretar qué se entiende por “iniciación de la fase de juicio oral”. Para ello se debe partir del hecho de que el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se tramita por el juicio verbal con las especialidades de los arts. 753 y art. 780 LEC. De esta forma, deberá entenderse iniciada la fase de juicio oral cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista del art. 443 LEC³⁰. En concreto, dicho límite procedimental concurre con el dictado de la providencia convocando a las partes a la vista en el proceso civil correspondiente³¹.

Como consecuencia del establecimiento de ese límite procedimental por parte del legislador, una vez dictada la providencia para convocar a las partes a la vista o a la comparecencia para la ratificación del convenio, el juez civil asume la competencia de todo el procedimiento, incluida la ejecución, pese a la existencia del un proceso penal iniciado ante el juez de violencia sobre la mujer.

Comprobada la concurrencia de los requisitos del art. 87 *ter.3* LOPJ, el juez civil acordará la inhibición a través de auto, fundamentando en el mismo las razones que le llevan a considerar competente al juez de violencia sobre la mujer, remitiéndole los autos, sin que sea de aplicación lo previsto en el art. 48.3 LEC, y debiendo las partes desde ese momento comparecer ante el mismo (art. 49 bis.4 LEC). En consecuencia, la apreciación de oficio de su falta de competencia objetiva la hará el juez civil *inaudita parte*, con el objeto de agilizar el trámite³². Contra este auto cabrá recurso de apelación en el plazo de cinco días (art. 66.1 LEC).

Finalmente, debe señalarse que en el caso de que, cumpliéndose los requisitos del art. 87 *ter.3* LOPJ, el juez civil no acordase la inhibición a favor del juez de violencia sobre la mujer, las partes no podrán denunciar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia mediante declinatoria, tal como establece el art. 49 bis.4 LEC, sino que deberán presentar ante el mismo una solicitud acompañada de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de querrela o de la orden de protección acordada por el juez de violencia sobre la mujer. Ahora bien, mucho más

³⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.2); Criterio nº 2 adoptado en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de Género adoptados en la reunión de Magistrados, en el Seminario de Formación Organizado por el Consejo General del Poder Judicial para Magistrados pertenecientes a Secciones especializadas en Violencia de Género..., op. cit.; II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia..., (apdo. 11.5), op. cit.; SENÉS MOTILLA (2005).

³¹ Criterio nº 1 adoptado en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de Género adoptados en la reunión de Magistrados, en el Seminario de Formación Organizado por el Consejo General del Poder Judicial para Magistrados pertenecientes a Secciones especializadas en Violencia de Género..., op. cit.; DELGADO MARTÍN (2005). Igualmente, AAP de Barcelona, de 7 de diciembre de 2005 (JUR 2006/65520).

³² Acertadamente, se pone de manifiesto en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.2) que esta falta de audiencia podría motivar que el juez civil acuerde la inhibición, desconociendo que el asunto penal que la motiva ha sido archivado o ha recaído sentencia penal firme, lo que daría lugar a la devolución de los autos civiles al juez de primera instancia o de familia con la consiguiente demora en la tramitación del procedimiento civil, por lo que convendría en estos casos hacer una indagación previa acerca del

operativo será que las partes se dirijan al juez de violencia sobre la mujer para que éste requiera de inhibición al juez civil.

2. El apdo. 2º del art. 49 *bis* LEC alude al supuesto en que el juez civil que está tramitando un proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores tiene noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que todavía no ha dado lugar a la iniciación de un proceso penal ni a dictar una orden de protección. En este caso, el juez de primera instancia o de familia, una vez verificada la “conurrencia de los requisitos del art. 87 *ter.3* LOPJ, citará a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal, que se celebrará en las 24 horas siguientes, a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o solicitar la orden de protección ante el Juzgado de violencia sobre la mujer que resulte competente. En el supuesto de que así lo haga, habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud de orden de protección en el tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el juez de violencia sobre la mujer”.

Una vez requerido de inhibición por el juez de violencia sobre la mujer, el órgano civil deberá, como en el supuesto del apdo. 1 del art. 49 *bis* LEC, acordar la inhibición a través de auto, remitiendo los autos al juez de violencia sobre la mujer, sin que sea de aplicación lo previsto en el art. 48.3 LEC, y debiendo las partes desde ese momento comparecer ante el mismo (art. 49 *bis.4* LEC). Contra este auto cabrá recurso de apelación en el plazo de cinco días (art. 66.1 LEC).

No se recoge en el apdo. 2 del art. 49 LEC hasta qué momento procesal es posible la inhibición al juez de violencia sobre la mujer. Efectivamente, mientras que en el apdo. 1 del citado precepto se alude de forma expresa a un proceso civil en primera instancia, en el apdo. 2 (y también en el 3) se habla sólo de proceso civil, lo que podría llevar a entender que el juez de violencia sobre la mujer podría asumir la competencia del litigio civil aún cuando éste se encuentre en segunda instancia o en fase de ejecución³³. No obstante, al margen de la defectuosa redacción del precepto, es necesario hacer una interpretación integradora del mismo que nos lleva a considerar que la inhibición del juez civil sólo se puede producir en primera instancia y siempre que no se haya dictado providencia de citación a la vista³⁴.

En coherencia con la premisa anterior, se debe concluir que, si el juez civil que está tramitando un proceso de los enumerados en el art. 87 *ter.2* LOPJ, tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia de género por una de las partes (hombre) frente a la otra

estado procesal de la causa penal, en la medida en que fuera posible, antes de acordar la remisión de los autos civiles.

³³ Incluso la utilización en el apdo. 3 del término “tribunal” en lugar de “juzgado”, podría llevar a esa misma conclusión, como se expondrá en su momento.

³⁴ Así lo entienden también, DELGADO MARTÍN (2005); GONZÁLEZ GRANDA (2005); *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (elaborada por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género www.poderjudicial.es), pp. 85 y 86.

(mujer que es o ha sido su cónyuge o tiene o ha tenido alguna relación de afectividad), no deberá proceder a convocar la comparecencia del art. 49 *bis*.2 LEC, sino que simplemente debe poner el hecho en conocimiento del Fiscal, de acuerdo con las normas generales.

3. Por último, el apdo. 3 del art. 49 *bis* LEC se refiere al mismo supuesto en que el juez de violencia sobre la mujer que está tramitando un proceso penal conoce la existencia de un proceso civil que está relacionado con el acto de violencia de género. Se trata, por tanto, de un caso idéntico al contemplado en el apdo. 1 del mismo precepto pero desde la óptica del juez de violencia sobre la mujer que, una vez verificada la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 87 *ter*.3 LOPJ requerirá de inhibición al juez civil³⁵, el cual deberá acordar de inmediato la inhibición y la remisión de los autos al requirente. Esta inhibición, de acuerdo con la literalidad de la norma, es de carácter imperativo y, por tanto, no se podrán plantear cuestiones de competencia entre los dos órganos.

Nuevamente, la defectuosa redacción del precepto hace que se planteen dudas en relación al momento hasta el cual el órgano civil está obligado a inhibirse ante el requerimiento del juez de violencia sobre la mujer, no sólo porque no se establezca el límite del juicio oral, previsto en el apdo. 1 del art. 49 *bis* LEC, sino porque se alude de forma expresa a “Tribunal civil”, lo que podría dar lugar a entender que la inhibición es obligatoria incluso en la segunda instancia. No obstante, como ya se mantuvo en relación al apdo. 2 del art. 49 *bis* LEC, se debe hacer una interpretación integradora de toda la norma en su conjunto y concluir que el límite será el mismo en todo caso, esto es, el dictado de la providencia citando a las partes a la vista del proceso civil.

- a) ¿Pérdida de la competencia civil del juez de violencia sobre la mujer?

No alude el legislador a un problema de gran trascendencia práctica que sí ha sido puesto de manifiesto por la doctrina³⁶. Se trata de los efectos que, desde el punto de vista competencial, pueden producirse cuando el juzgado de violencia sobre la mujer ha asumido la competencia objetiva para conocer de un concreto proceso de civil (por concurrir los requisitos del art. 87 *ter* LOPJ) y tiene lugar una desaparición sobrevenida de alguno de los presupuestos determinantes de la atribución de esa competencia civil³⁷.

En principio, se podría entender que se produce una nueva pérdida de la competencia objetiva o, más bien, un trasvase de competencia del juez de violencia sobre la mujer al juez civil, por desaparición de los presupuestos legales.

Sin embargo, una solución en este sentido sería contraria al principio de *perpetuatio iurisdictionis*, que obliga a obviar toda alteración determinante de la competencia que se produzca después de

³⁵ Acompañando al requerimiento testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de querrela o de la orden de protección (art. 49 *bis*.3.2º LEC).

³⁶ DELGADO MARTÍN (2005); GONZÁLEZ GRANDA (2005); TASENDE CALVO (2005).

³⁷ Sería el caso de sobreseimiento en el proceso penal o sentencia absolutoria.

la iniciación del proceso³⁸, así como a la necesaria celeridad que requieren los asuntos relacionados con la violencia de género; además, implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente³⁹.

b) Competencia territorial en materia civil

El órgano competente para conocer será el juez de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima, de acuerdo con las normas del art. 15 *bis* LECrim, en detrimento de las reglas de competencia previstas en el art. 779 LEC.

4.4. Las partes

a. Activa y pasiva

No especifica el art. 780 LEC quiénes están legitimados activa y pasivamente para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, sin embargo, teniendo en cuenta la normativa sustantiva sobre la materia, puede decirse que, en lo que respecta a la posición activa, podrá ser asumida por los padres, tutores o guardadores del menor a quienes debe notificarse la resolución administrativa de protección.

Más problemático resulta determinar si el menor está legitimado para impugnar por sí mismo las resoluciones administrativas que acuerden el desamparo o cualquier otra medida de protección en relación a su persona. Aquí deben tenerse en cuenta diversos preceptos: entre las normas procesales, el art. 780.2 LEC que no excluye la legitimación activa del menor en este procedimiento, pues alude únicamente a “quien pretenda oponerse a una resolución administrativa”; entre las normas sustantivas, el art. 9 LO 1/1996 regula el derecho del menor a ser oído “en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”, además de garantizar que este derecho pueda ser ejercitado por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio⁴⁰.

En coherencia con lo anterior, no parece existir inconveniente alguno en atribuir legitimación activa al menor que tenga suficiente juicio para impugnar las resoluciones administrativas cuando no esté conforme con su contenido, siempre que no sea el Ministerio Fiscal el que considere que se debe proceder a la impugnación. En estos supuestos, el menor de edad debe

³⁸ Y que no esté prevista legalmente de forma excepcional, como ocurre con la asunción de la competencia civil por el juez de violencia sobre la mujer, cuando ya se ha iniciado el correspondiente proceso civil.

³⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 19 de julio (apdo. VI.B.2); DELGADO MARTÍN (2005); GONZÁLEZ GRANDA (2005); II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia..., (apdo. 11.7).

⁴⁰ Acertadamente señala ESCRIBANO MORA et alii (2001, p. 6438) que este precepto parte de la situación de que la impugnación se realice por los padres o guardadores y de que el Ministerio Fiscal pueda estar en desacuerdo con la resolución, en cuyo caso la legitimación es clara y el juez en su decisión deberá tener en cuenta el derecho a ser oído del menor. Pero también puede ocurrir que la Entidad pública adopte una decisión con la que esté conforme el Ministerio Fiscal y, en cambio, el menor esté en desacuerdo con alguna o algunas de las medidas adoptadas.

estar representado en el proceso por un defensor judicial, ante la existencia de intereses contrapuestos⁴¹.

En lo que respecta a la posición pasiva en este procedimiento, será asumida por el Ente público a quien se le encomienda la protección de menores, en cuanto éste ha dictado la resolución que ahora se impugna.

Además, han de ser llamadas al proceso todas las personas que mantengan relaciones de patria potestad o de tutela respecto al menor. Especialmente, en lo que se refiere a los padres biológicos del menor, con frecuencia la impugnación se promueve por uno de ellos, mientras que el otro está conforme con la resolución, por lo que no se puede seguir el proceso sin darle la oportunidad de que intervenga en el mismo, ya sea como coadyuvante de acuerdo con el art. 13 LEC o incluso como demandado⁴².

b. Intervención del Ministerio Fiscal

En principio, teniendo en cuenta que en el proceso civil el interés en juego es de carácter privado, y a la vista de la normativa que regula el Ministerio Fiscal, que lo configura como un Ente público que tiene como funciones la defensa de la legalidad, del interés público y social y de los derechos de los ciudadanos (arts. 124.1 CE, 435 LOPJ y 3 EOMF), es lógico que la intervención del Ministerio Público en dicho proceso no sea la norma general.

Sin embargo, como ya se ha puesto de relieve, existen determinados procesos civiles que tienen por objeto la protección de un interés público, en cuyo caso, la intervención del Ministerio Fiscal debe estar regulada en las normas procesales. Esta es precisamente la razón de la existencia del art. 749 LEC.

Este precepto regula, por tanto, la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos contenidos en el Título I del Libro IV LEC, y debe ser complementado con los artículos reguladores de cada uno de estos procesos así como con las normas que sobre los mismos se contienen en el Código Civil.

A los efectos que nos interesan, este Ente público debe intervenir preceptivamente en el proceso objeto de estudio, en cuanto siempre es parte interesada un menor de edad (art. 749.2 LEC).

Como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril (apdo. VII.5) “en todos los procesos que afecten a menores, el Fiscal deberá orientar su actuación conforme a los principios recogidos en el art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. De manera particular velará para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, en los términos previstos en el art. 9 de la citada Ley”.

⁴¹ ESCRIBANO MORA et alii (2001, pp. 6438 y 6439).

⁴² ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3644).

La actuación del Ministerio Fiscal en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores no siempre tendrá el mismo carácter, así, en algunos casos, su intervención será en calidad de parte, en otros de dictaminador y, por último, también podrá asumir la defensa y representación del menor.

En lo que respecta a la posición de parte activa, el Ministerio Fiscal actuará en calidad de demandante en los procesos de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores siempre que considere que la resolución dictada por la Administración es contraria a los intereses del menor. En los demás casos, el Ente público podrá actuar en la posición activa o pasiva como representante del menor asumiendo su defensa y representación (arts. 3.7 ECMF y 8 LEC), instando la adopción de todas aquellas medidas que sean adecuadas a su especial situación y a sus necesidades, actuando siempre en defensa de sus intereses.

Además, incluso en aquellos casos en que el menor tenga su propio representante, el Ministerio Fiscal debe intervenir para velar por la correcta actuación del mismo en defensa siempre de los intereses del menor.

Por otra parte, no se debe olvidar que, de conformidad con el art. 174 CC, al Ministerio Fiscal le corresponde la vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, lo que obligará a la Entidad pública a poner en su conocimiento cualquier resolución que se adopte en relación al menor⁴³. A esto se añade que el Fiscal debe comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promover, en su caso, las medidas de protección que estime adecuadas (arts. 18 y 21 LO 1/1996).

Por lo demás, la Ley procesal civil también regula determinados supuestos en que el Ministerio Fiscal debe intervenir en actos procesales concretos. Un supuesto claro de esta intervención es la exigencia de la previa conformidad del Ministerio Fiscal para que el desistimiento sea eficaz en estos procedimientos (art. 751.2 LEC).

Una cuestión relevante es determinar los efectos de la falta de intervención del Ministerio Fiscal cuando las normas procesales le obligan a ello. En principio, parece que dicha cuestión se debe resolver acudiendo a las normas de la nulidad de actuaciones previstas en los arts. 238 y ss. LOPJ (o arts. 227 y 228 LEC). Concretamente, el art. 238.3 LOPJ prevé la nulidad de actuaciones cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la

⁴³ Además de este precepto existen otros que exigen poner en conocimiento del Ministerio Fiscal hechos o circunstancias relativos a menores. Así, entre otros, en la LO 1/1996, el art. 9, que exige la comunicación al Ministerio Fiscal de las denegaciones de audiencia solicitadas por el menor en un procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado; el art. 18, en cuanto a situaciones de desamparo en que la Entidad pública competente asume la tutela y adopta las medidas de protección oportunas; o el art. 21.4, que impone al Ministerio Fiscal el deber de ejercer su vigilancia sobre todos los Centros que acogen menores. En lo que respecta al Código Civil, el art. 172, que dispone que se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal por la Entidad pública correspondiente las medidas de protección necesarias para la guarda del menor que adopte y las posibles variaciones posteriores.

ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido indefensión.

Sin embargo, pese a que es norma esencial del procedimiento la intervención del Ministerio Fiscal, por así imponerlo el art. 749 LEC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene suavizando la infracción de este requisito, mediante la convalidación de las actuaciones posteriores si, en sede de recurso, se da la intervención efectiva del Ministerio Fiscal. Así, la STS de 23 de junio de 1994 señala que “carece de aplicación al caso el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto no es menos evidente que no se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley, toda vez que la intervención del Ministerio Fiscal, omitida al principio del procedimiento, no es esencial para el mismo, puesto que compareció posteriormente y actuó como tuvo por conveniente, según su posición jurídico-procesal”⁴⁴.

Por su parte, la STS de 12 de diciembre de 1997 entiende que la falta de intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos es un “defecto subsanable y la subsanación se produce precisamente en casación en cuyo curso tiene lugar la audiencia del Ministerio Fiscal, sin que la ausencia anterior (en el presente caso) hubiera producido indefensión alguna a las partes contendientes”⁴⁵.

Ahora bien, la nulidad de actuaciones procederá en todo caso cuando se demuestre que se ha producido indefensión provocada por la falta de intervención del Ministerio Fiscal.

c. Postulación procesal

El art. 750.1 LEC establece que “las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador”. Con ello el legislador, pese a la sencillez del procedimiento a través del cual se deben tramitar estas cuestiones (el juicio verbal, de acuerdo con el art. 753 LEC), tiene en cuenta el interés general inherente a las mismas para justificar la intervención preceptiva de abogado y procurador, asegurando de esta forma que las partes estén debidamente representadas y asistidas.

Partiendo de la norma general de la obligatoriedad de la intervención de abogado y procurador en estos procesos, se contienen en el mismo precepto dos excepciones: de un lado, cuando el Ministerio Fiscal asuma la defensa de una de las partes por así establecerlo la ley (art. 750.1 LEC); y, de otro, cuando en los procesos matrimoniales de separación o divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges utilicen una misma representación y defensa.

⁴⁴ STS de 23 de junio de 1994 (RJ 1994/4969). En el mismo sentido, SSTS de 21 de mayo de 1988 (RJ 1988/6543) y de 9 de julio de 1992 (RJ 1992/6273).

⁴⁵ STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8757). Igualmente, SSTS de 3 de marzo de 1988 (RJ 1988/1547); 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8857); 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/1147); 26 de enero de 1993 (RJ 1993/365); 17 de marzo de 1993 (RJ 1993/2016); 8 de abril de 1994 (RJ 1994/2736); 23 de junio de 1994 (RJ 1994/4969); 20 de febrero de 1997 (RJ 1997/1005); 12 de febrero de 2001 (RJ 2001/851); 30 de marzo de 2001 (RJ 2001/4776).

Dejando a un lado la segunda excepción, que no interesa al objeto de este estudio, la previsión del art. 750.1 LEC se debe poner en relación con el art. 749.2 LEC, que encomienda al Ministerio Fiscal la representación y defensa de menores, ausentes e incapaces⁴⁶.

En lo que respecta a la parte pasiva, como siempre es el ente público con competencia en materia de protección de menores, su actuación en el proceso será a través del Abogado del Estado o de los Letrados de la Comunidad Autónoma de que se trate, sin necesidad de procurador (arts. 439.2 y 447 LOPJ y art. 1 Ley 52/1997)⁴⁷.

4.5. Procedimiento

El procedimiento adecuado para tramitar estas demandas es el juicio verbal, por disposición expresa del art. 780.4 LEC, con las especialidades previstas en las “Disposiciones Generales” del Capítulo I, del Título I, del Libro IV (arts. 748 a 755), además de las previsiones específicas del propio art. 780 LEC.

a. Carácter preferente del procedimiento

Como una de las novedades introducidas por la Ley 54/2007, la nueva redacción del art. 779 LEC alude al carácter preferente del procedimiento. Esta previsión, que ordena la sustanciación preferente de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, es una muestra más de que el legislador es consciente de la necesaria celeridad que requiere el tratamiento de las reclamaciones en materia de menores.

b. Exclusión de la reclamación administrativa previa

El art. 780.1 LEC prevé la innecesariedad de la reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores, lo que supone una excepción al régimen administrativo común. No se trata de una novedad del legislador⁴⁸, sino que una previsión similar se contenía ya en el art. 172.6 CC en su redacción dada por la LO 1/1996.

Este carácter no preceptivo de la reclamación administrativa previa se debe a la necesaria agilidad de los procedimientos que afectan al menor. No debe olvidarse que la mayoría de las medidas que se adoptan en relación a los menores son directamente ejecutivas y su implantación genera la separación o el distanciamiento del menor de su familia de origen, por lo que el transcurso del tiempo determina la consolidación de situaciones que difícilmente son reversibles

⁴⁶ Véase ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA (2001, pp. 1-37 y 38), donde hacen una enumeración de las distintas situaciones en las que el Ministerio Fiscal puede asumir la defensa y representación de los menores, incapaces y ausentes, explicando su distinto tratamiento dependiendo de la orientación que se dé a la actuación del citado ente, atendiendo al principio de legalidad.

⁴⁷ SANCHO GARGALLO y ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3402).

⁴⁸ Acertadamente señala ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3640) que el carácter no preceptivo de la reclamación administrativa previa no implica que en determinados casos no sea aconsejable utilizar este mecanismo para evitar litigios o como acto preparatorio del ejercicio de la propia acción jurisdiccional.

después, en el caso de que sean dejadas sin efecto por los tribunales. Por tanto, resultaría completamente inadecuado obligar al interesado a acudir previamente a la vía gubernativa y dejar expedita la vía judicial sólo cuando la reclamación previa hubiera quedado desestimada, expresa o tácitamente⁴⁹.

c. Fase de impugnación. integración del expediente administrativo

En una forma similar a lo que ocurre en el proceso contencioso-administrativo, y teniendo en cuenta que el actor no conoce el contenido del expediente administrativo, a efectos de poder redactar de una forma adecuada su demanda, se establece un trámite previo a la presentación de la misma cuyo objeto es poner a disposición del demandante todos los datos que ha utilizado el órgano público para adoptar esa decisión. Así la dualidad escrito de iniciación-demanda tiene sentido desde el momento en que para la elaboración del primero sólo se exigen, como veremos, datos identificativos de la concreta actuación administrativa y de las partes, mientras que en la demanda debe figurar una exposición detallada de la concreta pretensión del demandante. Así, siendo consciente el legislador de que el actor no podrá fundamentar debidamente su pretensión si no cuenta con todos los documentos incorporados al expediente administrativo, se prevé que el proceso se inicie mediante un escrito no fundamentado para que después, una vez conocido el expediente administrativo, se presente la demanda ya con la fundamentación necesaria. De esta forma, se van a evitar situaciones de indefensión para todos aquellos que quieran poner en marcha este procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ya que antes de formalizar su oposición podrán conocer todos los datos y documentos que han motivado la resolución administrativa dictada.

En consecuencia, el procedimiento se inicia con la presentación de un “escrito inicial” que debe contener la concreta “pretensión y la resolución a la que se opondrá” (art. 780.2 LEC). Es decir, el actor no tiene que presentar una demanda sino solamente un escrito sucinto en los términos de la norma; concretamente, deberá consignar la concreta pretensión, esto es, la petición de impugnación de la resolución administrativa, e identificar cuál es la resolución⁵⁰ y el Ente administrativo que la ha dictado. Esos son los únicos requisitos que exige el art. 780.2 LEC. No obstante, a esos dos contenidos se deben añadir, además, los datos personales del solicitante así como su domicilio a efectos de notificaciones.

Pese al silencio de la norma, no se exigirá para la presentación de este escrito inicial intervención de abogado y procurador, en contra de la previsión general contenida en el art. 750 LEC, puesto que así se deriva de la interpretación sistemática del precepto que lleva a evitar en todo caso las dilaciones innecesarias, garantizando la celeridad en el procedimiento⁵¹.

⁴⁹ A lo ya apuntado, ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3640) añade una segunda finalidad a esta previsión expresa de exclusión de la reclamación administrativa previa, puesto que el legislador pretende homogeneizar las previsiones reglamentarias de las normas emanadas de las distintas Comunidades Autónomas, en cuanto algunas contenían en sus respectivas normativas de protección de menores, la exigencia de la reclamación administrativa previa a la vía judicial. Con la mención legal del art. 780.1 LEC estas previsiones quedan sin efecto.

⁵⁰ A este respecto sería conveniente la presentación de una copia de la resolución administrativa que se pretende impugnar.

⁵¹ En un sentido similar, ESCRIBANO MORA et alii (2001, p. 6439); ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3641).

Hasta la reforma operada por la Ley 54/2007, no establecía el art. 780 LEC plazo alguno para la formulación del escrito inicial de oposición, lo que guardaba coherencia con la generalidad de su supuesto de hecho, de tal forma que era cada tipo de resolución la que determinaba hasta qué momento se podía formular oposición. Así, en el caso de resolución administrativa de desamparo, la oposición era posible hasta la firmeza del auto de adopción⁵².

Actualmente, tras modificación del apartado 1 del art. 780 LEC por la Ley 54/2007, se establecen plazos para la oposición a la resolución administrativa de protección de menores. En concreto, se prevén dos plazos distintos, dependiendo de la resolución administrativa de que se trate: en el caso de una resolución administrativa que declara el desamparo, la oposición podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación; para cualquier otra resolución en materia de protección de menores, el plazo será de dos meses también desde la notificación.

De esta forma se trata de poner fin a la inseguridad jurídica que se planteaba en la práctica en un gran número de ocasiones en que los padres biológicos no se oponían a la declaración de desamparo pero, después, cuando se dictaba otra resolución administrativa, como podía ser la resolución administrativa que deniega la petición de cesación del acogimiento familiar, se oponían en bloque a todas las resoluciones dictadas hasta ese momento^{53 54}.

Podría pensarse que esta previsión de un plazo concreto para la impugnación de las resoluciones administrativas de protección de menores, y más concretamente la de desamparo, dejan en una situación de indefensión a los padres biológicos del menor, al impedir la oposición a las mismas fuera de ese plazo y hasta que se llegue a adoptar una medida de protección más estable (la adopción). Sin embargo, no podemos olvidar que por encima de los derechos de los padres biológicos, está el interés del menor.

Ahora bien, la regulación de los plazos previstos en el art. 780.1 LEC debe compatibilizarse con los apdos. 7 y 8 del art. 172 CC, también introducidos por la Ley 54/2007, puesto que, pese a que el propio apdo. 6 del art. 172 CC se remite a la LEC en lo que respecta a los plazos y condiciones para recurrir en la vía jurisdiccional civil las resoluciones en materia de protección de menores, después prevé en los apartados siguientes plazos para esa oposición que difieren de la previsión de la norma procesal, con todas las complicaciones que ello conlleva.

En lo que respecta al desamparo, no parece complicado compatibilizar ambos plazos, el previsto en la ley procesal y en la sustantiva, puesto que mientras, como se ha apuntado, el art. 780.1 LEC permite la oposición a la resolución administrativa que declara el desamparo únicamente dentro del plazo de 3 meses desde la notificación de la citada resolución; el art. 172.2 CC, en cambio,

En contra, GARBERÍ LLOBREGAT (2001, p. 697) para quien la ausencia de previsión legal lleva a entender la necesidad de abogado y procurador para la presentación del escrito.

⁵² BUSTO LAGO (2002, p. 94).

⁵³ Así sucedió en el caso al que se refiere el AAP de Toledo, de 10 de mayo de 2005 (JUR 2005/121678).

⁵⁴ En este sentido se pronunciaba BAYO DELGADO (2000, p. 70) quien echaba en falta un plazo preclusivo de oposición.

prevé un plazo de dos años no para la oposición a la declaración de desamparo, sino para que los padres o tutores soliciten ante el ente administrativo que cese la suspensión de la patria potestad⁵⁵ y para que quede revocada la situación de desamparo ante el cambio de circunstancias que ahora les permite asumir íntegramente la patria potestad⁵⁶.

Más complicado puede resultar compatibilizar los plazos en el caso de la oposición a otras resoluciones administrativas de protección de menores, puesto que las previsiones de los arts. 780.1 LEC y 172.6 CC parecen estar en contradicción. A saber, la norma procesal prevé un plazo de dos meses para poder oponerse a la misma ante los órganos jurisdiccionales civiles; frente a esto, el art. 172.6 CC permite “oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor” en un plazo de dos años.

Esta contradicción debe ser salvada entendiendo ambos plazos como concurrentes en el sentido de que la demanda de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores debe presentarse en el plazo de dos meses contados desde la notificación de la misma y, en todo caso, nunca podrá ser admitida transcurridos dos años desde que la misma ha sido dictada.

Esta interpretación puede verse corroborada por el propio inciso segundo del apdo. 7 del art. 172 CC cuando señala que “pasado dicho plazo (dos años), decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor”.

Una vez presentado el escrito inicial ante el órgano competente, éste deberá admitirlo siempre que se refiera a una resolución administrativa en materia de protección de menores y se haya presentado dentro del plazo previsto en el art. 780.1 LEC a través de la correspondiente resolución judicial que tendrá forma de auto, y cuyo contenido no se agota solamente en acordar la incoación del procedimiento sino que traerá consigo además la remisión de un oficio a la Entidad administrativa para que aporte a los autos un testimonio del expediente administrativo en el plazo de 20 días (art. 780.3 LEC)⁵⁷ ⁵⁸.

⁵⁵ Que es una consecuencia de la declaración de desamparo de acuerdo con el art. 172.1 CC.

⁵⁶ De acuerdo con el art. 172.7.II CC, transcurrido el plazo de dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, decae el derecho de los padres de solicitar u oponerse a esta decisión, sin embargo, como señala el precepto citado, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo. Sin embargo, el apartado siguiente del mismo art. 172 CC parece contradecir esta previsión al permitir que la entidad pública, de oficio o a instancia de persona o entidad interesada, pueda en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor.

⁵⁷ ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3642) pone de manifiesto los problemas prácticos que se pueden derivar de esta previsión legal, puesto que el concepto de expediente administrativo no obedece a una realidad física homogénea. Así, en materia de protección de menores la actuación asistencial puede iniciarse por distintas vías, ya sea en virtud de resolución judicial de los juzgados de instrucción, de menores o de familia, o ya sea por los servicios asistenciales de carácter municipal o por actuaciones policiales. También el tratamiento del caso puede ser muy heterogéneo en cuanto los problemas que se pueden presentar en familias en proceso de desestructuración en las que se está interviniendo por los servicios especializados de atención a la mujer por malos tratos domésticos, o de atenciones médicas por la existencia de patologías psicológicas en algún miembro de la familia o por atenciones asistenciales en el ámbito propio de la reinserción social o de la rehabilitación por algún tipo de drogodependencia. Con todo lo anteriormente expuesto se quiere poner de relieve que la referencia legal a un

La obligación del Ente público de dar cumplimiento al requerimiento judicial de aportación del expediente administrativo deriva del deber general de colaborar con la Administración de Justicia previsto en los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ. No obstante, la Ley procesal civil no establece ningún mecanismo de coerción que asegure su remisión por parte del Ente, como ocurre en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa (art. 48, apdos. 7 a 10). Pese al silencio legal, si la Administración se resistiera a la remisión del expediente en plazo, el órgano jurisdiccional podrá imponerle multas de acuerdo con el art. 247 LEC⁵⁹, pudiendo incluso incurrir el responsable del Ente en el delito de desobediencia del art. 410 CP.

No obstante, es posible en la práctica que el Ente administrativo competente en materia de protección de menores pretenda mantener reservados determinados datos y circunstancias, como pueden ser los relativos a las familias acogedoras o informes técnicos confidenciales, no sólo respecto a su contenido sino también a la identidad de sus autores. En tales supuestos, la cuestión deberá ser planteada ante el órgano jurisdiccional quien, a la vista de los intereses en juego, decidirá lo que estime oportuno, tal como prevé el art. 371 LEC para la declaración testifical⁶⁰.

d. Alegaciones

De acuerdo con el carácter no dispositivo del objeto del proceso y por imperativo del art. 752.1.1 LEC, "los procesos sobre (...) menores se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

De conformidad con esta especialidad, los trámites de aportación de hechos al proceso y la preclusión dimanante de la superación temporal de los mismos (art. 286 LEC) se flexibilizan o diluyen hasta prácticamente desaparecer⁶¹. Así, en cualquier momento del proceso, será posible introducir hechos que tengan relación con la cuestión objeto de debate, sin necesidad de que concurren las notas de novedad o ignorancia sobre su acaecimiento que prescribe el art. 286 LEC. Para que el hecho pueda ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional basta con que conste en los autos y que sobre él recaiga actividad probatoria.

expediente administrativo es una pura entelequia, pues aunque la competencia para acordar el desamparo la asume determinado órgano de la Comunidad Autónoma, la información de la que dispone está limitada a esa concreta declaración, pero las posteriores medidas serán implantadas por otros servicios distintos. Quizás habría sido más adecuado, como señala este mismo autor, la referencia legal a los "antecedentes", que es la terminología que utiliza el art. 142 LPL en materia de impugnación de resoluciones de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

⁵⁸ Para PÉREZ MARTÍN (2000, p. 4191), el plazo de 20 días previsto por el legislador resulta demasiado amplio, en cuanto no se trata de que el Ente administrativo conteste a la oposición (para lo cual se le conceden después igualmente 20 días en el art. 753 LEC), sino de que simplemente remita el testimonio de un expediente. Efectivamente, se debe tener en cuenta que durante la tramitación de este procedimiento de oposición el menor sigue apartado de sus padres o tutores, por lo que la dilación en la misma puede suponer unos perjuicios irreparables.

⁵⁹ GARBERÍ LLOBREGAT (2001, p. 697). Por su parte, ASENSIO MELLADO (2001, pp. 4-259) entiende que la falta de envío del correspondiente testimonio ha de producir las consecuencias previstas en el art. 48.7 LJCA, consistentes en la imposición de multas periódicas y coercitivas.

⁶⁰ ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3643).

Ahora bien, no se permite por el legislador en ningún momento la aportación de hechos por el juez, de tal forma que el principio de aportación de parte rige plenamente en este procedimiento.

a) Demanda

Una vez recibido el testimonio del expediente administrativo, el órgano jurisdiccional emplazará al actor para que, en un plazo de 20 días, presente la correspondiente demanda (art. 780.4 LEC). A tal efecto, se le comunicará que está a su disposición en la Secretaría del juzgado el citado expediente para la adecuada formulación de la demanda.

No alude el legislador a cómo se debe elaborar el escrito de demanda. En principio, si tenemos en cuenta que el procedimiento adecuado para tramitar este tipo de reclamaciones es el verbal, de acuerdo con la remisión que el art. 780.4 LEC hace al art. 753 LEC, debería entenderse que la demanda tendría que adaptarse a lo establecido en el art. 437 LEC (*demanda sucinta*). Sin embargo, pese a la falta de remisión del legislador al art. 399 LEC, regulador de la demanda en el procedimiento ordinario, debe tenerse en cuenta que el propio art. 753 LEC se remite al art. 405 LEC, regulador de la contestación a la demanda en el procedimiento ordinario, para indicar la forma en que el demandado debe contestar. Sin duda, una interpretación sistemática del precepto y coherente con el principio de igualdad de las partes y el derecho de defensa, exige que el demandante también tenga que redactar su demanda de acuerdo con las normas del procedimiento ordinario⁶².

A los argumentos anteriores se debe añadir además, en lo que respecta al procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que en el escrito iniciador de este procedimiento se ha debido exponer de forma sucinta la pretensión y ahora, en el momento de presentar la demanda, el demandante cuenta ya con todos los datos que se hayan obtenido del expediente administrativo a su disposición para redactar su demanda de acuerdo con la previsión del art. 399 LEC⁶³.

Para la presentación de la demanda se exige intervención de abogado y procurador por así disponerlo el art. 750.1 LEC para todos los procesos regulados en el Título I del Libro IV LEC; además, es una consecuencia necesaria de la vigencia del principio de igualdad de las partes en el proceso pues en nombre del Ente público, que siempre actuará como parte pasiva, actuará el letrado del Ente administrativo que tenga asumidas las competencias en materia de protección de menores.

Como ya se ha apuntado, para la presentación de la demanda tiene el actor un plazo de 20 días, transcurrido el cual se dictará por el órgano jurisdiccional auto de sobreseimiento, con el

⁶¹ GARBERÍ LLOBREGAT (2001, p. 562).

⁶² En este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina, BANACLOCHE PALAO (2001, p. 1271); CORDÓN MORENO et alii (2001, p. 760); MARIMÓN DURÁ (2001, p. 6231); ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA (2001, pp. 1-76); SANCHO GARGALLO y ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3416).

⁶³ MARIMÓN DURÁ (2001, pp. 3620 y 3621); ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3644).

consiguiente archivo de las actuaciones⁶⁴. Esto no quiere decir que el actor pierda la posibilidad de iniciar nuevamente el procedimiento en otro momento posterior, sino que, por el contrario, podrá hacerlo cuando lo estime oportuno siempre que se respeten los plazos previstos en el art. 780.1 LEC. Este argumento está avalado, *a contrario sensu*, por el art. 781.2 LEC, relativo al procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, cuando señala que “si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate”.

Otra cosa es que la no presentación de la demanda en plazo pueda ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional como un antecedente en el caso de que nuevamente el actor decida iniciar el proceso de oposición, siempre que sea posible de acuerdo con los plazos previstos en el art. 780.1 LEC.

La demanda deberá ir acompañada de los documentos que con carácter general aparecen previstos en los arts. 264 y 265 LEC.

b) Contestación a la demanda

De la demanda se da traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a “las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados” (art. 753 LEC). Con esta previsión el legislador impone al juez un examen de oficio de la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, ordenando el emplazamiento de las personas cuya presencia es necesaria y, sin embargo, no han sido llamadas al proceso.

El demandado tiene un plazo de veinte días para comparecer y contestar a la demanda por escrito (art. 753 LEC) en la forma prevista con carácter general para el procedimiento ordinario en el art. 405 LEC.

Hasta ahora se ha visto que los escritos de alegaciones iniciales, esto es, demanda y contestación a la demanda, se deben realizar de acuerdo con las normas del proceso ordinario; pues bien, la aplicación del régimen del juicio ordinario lleva al planteamiento de la posibilidad de otros actos de alegación en este procedimiento, esto es, de la ampliación de demanda del art. 401.2 LEC o de la reconvencción (arts. 406 y 407 LEC).

Teniendo en cuenta que tanto la demanda como la contestación deben regirse por las normas del juicio ordinario, se podría entender que esta especialidad del art. 753 LEC no afecta exclusivamente a los actos de la demanda y de la contestación, sino a la fase alegatoria inicial en

⁶⁴ Como señala ORTUÑO MUÑOZ (2000, p. 3643) puede verse en la práctica que, con motivo del requerimiento de aportación del expediente administrativo, los servicios sociales correspondientes y la persona que ha anunciado la impugnación, restablecen el contacto, de tal forma que la situación del menor puede ser valorada de nuevo en sede administrativa. También puede ocurrir que el recurrente opte por la colaboración con los servicios sociales y no por la confrontación litigiosa, especialmente en los casos en los que la persona impugnante ha efectuado la reclamación inicial como una reacción inmediata a la notificación de la resolución, pero haya valorado posteriormente otras circunstancias y opte por desistir expresamente de la acción ejercitada.

su conjunto⁶⁵. Así, será posible la ampliación de la demanda, siempre que el demandado no haya contestado todavía a la demanda (art. 401.2 LEC); y la reconvencción (arts. 406 y 407 LEC), pero teniendo en cuenta que, en lo que respecta a la contestación a la misma, se debe hacer en el acto de la vista de forma oral, no siendo de aplicación la previsión del art. 407.2 LEC que prevé la contestación a la reconvencción por escrito⁶⁶.

c) Traslado de la demanda

Como otra especialidad de este procedimiento, el juez debe trasladar la demanda “al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados” (art. 753 LEC). De acuerdo con el tenor literal del precepto, el juez deberá controlar de oficio que han sido demandadas todas las personas que, conforme a la Ley, deben ocupar la posición pasiva, para proceder a trasladarles la demanda. Concretamente, la demanda se trasladará al Ministerio Fiscal en todos aquellos procesos que no hayan sido promovidos por el mismo y en los que deba ser parte (art. 749 LEC); y también procederá el traslado a todos aquellos que de acuerdo con la ley deban ser demandados.

La especialidad de esta previsión del art. 753 LEC estriba en que, si se produce el defecto legal en el modo de proponer la demanda al no dirigirse contra todos los legitimados pasivos de acuerdo con la ley, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de corregir esa omisión del demandante y considerar que la demanda está dirigida a todos los demandados de acuerdo con la ley⁶⁷.

e. Vista. Actividad probatoria

Presentados los escritos de alegaciones, proseguirá el juicio por los trámites del verbal, procediéndose a citar a las partes a la vista. Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 440.1 LEC, el órgano jurisdiccional, en el plazo de cinco días desde la contestación a la demanda, dictará auto en el que “citará a las partes para la celebración de la vista, con indicación del día y la hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación sin que puedan exceder de veinte”⁶⁸. En la citación también se indicará a las partes que deberán acudir a la vista con los medios de prueba de que intenten valerse. Sin embargo, no será de aplicación lo dispuesto en el art. 440.1.II LEC, ya que la inasistencia de la parte no comportará necesariamente la admisión de los hechos, por aplicación de la previsión contenida en el art. 752.2 LEC.

Además el órgano jurisdiccional tendrá que advertir a las partes de lo dispuesto en el art. 442 LEC para el caso de que no comparecieran a la vista. Sin embargo, la aplicación de este precepto

⁶⁵ BANACLOCHE PALAO (2001, pp. 1271 y 1272).

⁶⁶ ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA (2001, pp. 1-77).

⁶⁷ BANACLOCHE PALAO (2001, p. 1272). Continúa señalando con acierto este autor que, ante ese defecto legal cometido por el demandante, el juez no podrá inadmitir la demanda, ni ordenar al actor que subsane el defecto, ni esperar a que se produzca una intervención procesal o a que el demandado presente una excepción de falta de litisconsorcio (art. 405 LEC).

⁶⁸ El contenido del art. 440.1 LEC debe acomodarse a las peculiaridades propias de los procesos no dispositivos, concretamente al hecho de que la contestación a la demanda se haga por escrito con carácter previo al acto de la vista.

en este procedimiento tiene una serie de matizaciones, pues no se puede olvidar que en el mismo siempre interviene preceptivamente el Ministerio Fiscal y por tanto, ya ocupe el órgano público la posición activa o la pasiva, en ningún caso se dará el supuesto de hecho del art. 442 LEC.

Ahora bien, no siendo parte activa el Ministerio Fiscal, si no comparece a la vista el actor, se le tendrá por desistido, de acuerdo con el art. 442.1 LEC, pero siempre que se cumpla la condición exigida por el art. 751.2 LEC, esto es, la conformidad del Ministerio Fiscal a la terminación anticipada del proceso.

En el caso de falta de asistencia del demandado, el art. 442.2 LEC prevé que, previa declaración de rebeldía del mismo, continúe el juicio su curso sin volver a citarlo. Sin embargo, en este procedimiento este precepto no puede ser aplicado de forma literal en cuanto a la fase de alegaciones se aplican, como se ha expuesto, las disposiciones del juicio ordinario. Concretamente, en el juicio ordinario, una vez admitida la demanda, se emplazará al demandado para que conteste a la demanda en el plazo de veinte días, procediéndose a declararlo en rebeldía si no comparece en el plazo señalado en el emplazamiento (art. 496 LEC). Si comparece en plazo, la consecuencia de la falta de asistencia al juicio no es la declaración de rebeldía sino la celebración del juicio sin su asistencia.

En consecuencia, debe decirse que en este proceso, la declaración de rebeldía sólo procederá si no comparece el demandado en el plazo de veinte días señalado para la contestación a la demanda, y la no asistencia a la vista, si ha comparecido previamente en tiempo y forma, únicamente producirá el efecto de que se celebre sin su presencia⁶⁹.

Por último, la citación debe indicar a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a su recepción, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren. A tal fin, deben facilitar al órgano jurisdiccional todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación (art. 440.1.III LEC).

En cuanto al desarrollo de la vista debe estarse a lo dispuesto en el art. 443 LEC, aunque con alguna salvedad. Así, no serán de aplicación los apartados 1 y 2 del citado precepto, en cuanto, de un lado, el demandante ha tenido que hacer las alegaciones fácticas y jurídicas de su petición en el previo escrito de demanda; de otro lado, el demandado también habrá formulado su pretensión debidamente fundamentada tanto fáctica como jurídicamente en la contestación a la demanda, donde además habrá podido alegar, en su caso, oponerse a la acumulación de acciones o alegar cualquier otro hecho que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

En consecuencia, primeramente el juez deberá resolver sobre las posibles excepciones procesales previstas en el art. 443 LEC y, a continuación dará la palabra a las partes para que fijen con

⁶⁹ MARIMON DURA (2001, pp. 6234 y 6235).

claridad los hechos en que fundamentan sus pretensiones (art. 443.4 LEC), teniendo presente que el acuerdo de las partes en relación a los hechos tendrá los efectos previstos en el art. 752 LEC.

Propuesta la prueba por las partes⁷⁰, una vez admitida por el órgano jurisdiccional, se practicará junto con la que él mismo estime conveniente, y una vez finalizada su práctica, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes (art. 447.1 LEC).

Contra la inadmisión de cualquier medio de prueba podrá formularse oralmente recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, caso de desestimarse, cabrá protesta a los efectos de proponer de nuevo prueba en la segunda instancia (art. 285 LEC).

La prueba deberá ejecutarse en el acto de la vista, si bien cuando no fuere posible, se practicará en el plazo que decrete el órgano jurisdiccional que no podrá exceder de treinta días (art. 770.4 LEC). Durante este plazo se permite al órgano jurisdiccional “acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable”. Nuevamente, nos encontramos con una especialidad derivada de la naturaleza pública de los intereses en juego.

Además, y pese al silencio de la norma, como contenido necesario de la vista, el órgano jurisdiccional debe dar audiencia al menor de edad. Es de aplicación a este procedimiento la previsión general contenida en el art. 9 LO 1/1996; precepto de gran importancia pues, aunque ya con anterioridad se recogían en otros preceptos referencias al derecho de audiencia del menor (arts. 156, 167 o 177.1 CC), hasta la LO 1/1996 no existía ninguna disposición de aplicación general a todos los procedimientos administrativos o judiciales.

Es clara la razón que ha llevado al legislador a establecer el carácter necesario de la audiencia al menor en los procesos que tienen por objeto una decisión que le afecte, pues de lo que se trata, en último término es de establecer una garantía del procedimiento tendente a ilustrar la opinión del juez y además a exponer y defender los intereses familiares y/o económicos del menor afectado por el proceso⁷¹.

Una cuestión importante es determinar cuándo es preceptiva la audiencia al menor, pues el art. 9 LO 1/1996 en su apartado segundo únicamente garantiza “que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte

⁷⁰ Para las pruebas propuestas por las partes se remite el art. 443.4.II LEC al art. 429 LEC que regula la proposición y práctica de la prueba en el juicio ordinario; precepto que será de aplicación a los juicios no dispositivos con una salvedad, que la fase probatoria se abre con independencia de que las partes se hayan puesto de acuerdo para finalizar el proceso o haya conformidad de las partes sobre los hechos.

⁷¹ GUZMÁN FLUJA, CASTILLEJO MANZANARES (2000, p. 110).

interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

Quizás debería seguirse el criterio establecido por el art. 770.4^a *in fine* LEC, relativo al procedimiento matrimonial contencioso, cuando ordena al juez dar audiencia al menor de edad pero mayor de doce años, mientras que la audiencia al menor de doce años queda supeditada a que tenga suficiente juicio. Esto es, considera el legislador que por encima de los 12 años el menor tiene criterio y madurez suficiente para poder emitir una opinión coherente y siempre debe dársele audiencia, mientras que por debajo de esa edad no, aunque se considera que debe ser oído cuando tenga suficiente juicio⁷².

De esta forma, el mayor de doce años será oído necesariamente, ya sea de forma directa o a través de la persona que él designe, que será quien transmita al órgano jurisdiccional la opinión o el juicio del menor. El menor de doce años será oído, en cambio, solamente cuando tenga suficiente juicio, y aquí deberá tenerse en cuenta la valoración del estado del menor que hagan los técnicos al servicio del órgano jurisdiccional. Si, por el contrario, el menor carece de ese “suficiente juicio” al que alude la norma, se acudiría a su representante para que defienda sus intereses⁷³.

No se contiene en la ley ninguna previsión sobre el modo en que ha de realizarse la audiencia a los menores. Si bien es cierto que los menores pueden ser testigos aún antes de haber alcanzado los catorce años si el juez considera que “poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente” (art. 361.2 LEC), se debe tener presente que la audiencia al menor no es una prueba testifical y, por tanto, no son de aplicación las normas reguladoras de la misma. Pese a la falta de previsión normativa, la audiencia al menor debe hacerse en presencia del juez, el Ministerio Fiscal, el secretario judicial y los integrantes del equipo técnico, excluyéndose a las partes, pues su presencia podría resultar perturbadora para el menor⁷⁴.

Es también la especial naturaleza de la cuestión objeto de debate la que explica que no rijan las normas generales sobre valoración de la prueba, como se ha puesto de manifiesto.

⁷² GUZMÁN FLUJA, CASTILLEJO MANZANARES (2000, p. 63).

⁷³ En este caso, como señalan GUZMÁN FLUJA, CASTILLEJO MANZANARES (2000, p. 112) el representante no actúa en lugar del menor sino que actuará en defensa de sus intereses, es decir, en defensa de lo que considere mejor para el menor a la vista del conocimiento que tiene de su situación, necesidades, comportamiento, nivel educativo, etc.

⁷⁴ En lo que respecta a la forma de hacer constar la práctica de la audiencia, como pone de manifiesto PÉREZ MARTÍN (2000, p. 3953), al no existir previsión expresa, en la práctica, una vez se transcribieron las manifestaciones del menor y otras sólo que se ha practicado la misma. Además continúa señalando este autor que con las técnicas de constancia del desarrollo de las vistas mediante la grabación de imagen y/o sonido, la exploración de los menores puede provocar controversias. Así, habrá menores que no quieren que quede constancia grabada de su exploración y solicitarán que no se grabe. Además, no debe dejarse de lado que si el menor sabe que se le está grabando no será tan espontáneo e incluso no dirá todo lo que siente por miedo a que la grabación sea después vista por sus padres o tutores. Pero frente a esto, se ha cuestionado en la vista del recurso de apelación que el menor pudo haber sido manipulado en el momento de la práctica de la prueba, al no haber constancia de la exploración. Efectivamente, conciliar las nuevas técnicas de constancia de la vista y los derechos del menor es una cuestión polémica, aunque, de acuerdo con la normativa vigente, parece que deben tener preferencia estos últimos.

Finalmente, debe recordarse que el art. 754 LEC, partiendo del carácter de los derechos e intereses que se discuten en este proceso, ha dispuesto un régimen especial de publicidad de los actos y vistas que se celebren, permitiendo al órgano jurisdiccional que, tanto de oficio como a instancia de parte, acuerde que sean a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen, aunque no se esté en ninguno de los supuestos del art. 138.2 LEC. Sin duda, esta exclusión de la publicidad adquiere especial relevancia por respeto a la intimidad del menor.

f. Terminación del proceso

a) Sin sentencia contradictoria

De conformidad con el carácter indisponible de las materias objeto del proceso de menores, el art. 751.1 LEC proclama de forma tajante que en los procesos regulados en el título I del Libro IV de la ley procesal “no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento y la transacción”, condicionándose el desistimiento en el párrafo segundo del mismo precepto a la previa conformidad del Ministerio Fiscal, salvo las excepciones que se enumeran y que no aluden al proceso objeto de estudio, como ya se ha apuntado.

Por tanto, una vez formalizado el desistimiento del actor, el órgano jurisdiccional deberá requerir al Ministerio Fiscal para que manifieste, a la vista de los intereses en juego, si considera que la terminación anticipada del proceso puede provocar perjuicios a las partes del proceso o a terceros interesados.

b) Con sentencia contradictoria

Practicadas las pruebas, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días, denegando o estimando la oposición a la resolución administrativa⁷⁵.

g. Recursos

Pese al silencio del art. 780 LEC, contra la sentencia que se dicte en este proceso procederá recurso de apelación que se tramitará en la forma ordinaria (arts. 455 a 467 LEC).

La posibilidad de interponer recurso de casación se limita a que la resolución dictada presente interés casacional, entendiendo por el mismo que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en determinados puntos o cuestiones, o que la sentencia aplique una norma que no lleve más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido (art. 477.2.3º y 3 LEC); también será

⁷⁵ A este respecto, cabe destacar que, en un supuesto de oposición a una resolución administrativa por la que se declaraba el desamparo de tres menores, la SAP de León, de 22 de junio de 2005 (JUR 2005/217249) declara que el juez a la hora de resolver debe tener en cuenta las circunstancias existentes al tiempo de dictarse la resolución impugnada y no las vigentes al tiempo de resolver sobre la impugnación, pues sólo así se podrá determinar si aquella actuación administrativa fue correcta.

posible el recurso cuando se recurran pronunciamientos relativos a medidas de carácter pecuniario cuando la cuantía alcance el límite de los 150.000 euros (art. 477.2.2.º LEC).

Por último, en lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal, se debe tener en cuenta que, hasta que no se modifiquen los preceptos de la LOPJ que atribuyen la competencia para conocer de este recurso a los Tribunales Superiores de Justicia, las normas reguladoras de este recurso sólo se aplicarán en la medida que lo permita la disposición final decimosexta LEC, que establece un complicado régimen transitorio en materia de recursos. Así, el recurso extraordinario por infracción procesal sólo se permitirá frente a las resoluciones dictadas en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores que sean recurribles en casación, siempre que concurra alguno de los motivos de impugnación previstos en el art. 469 LEC (disp. final. 16ª.1 LEC).

5. Bibliografía

José María ASECIO MELLADO (2001), en Vicente GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico*, tomo IX, La Ley, Madrid.

Julio BANACLOCHE PALAO et alii (coord.) (2001), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid.

Joaquín BAYO DELGADO (2000), en Jaime ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. IV, ed. Difusión Jurídica, Barcelona.

José Manuel BUSTO LAGO (2002), *Los procesos especiales en la LEC 1/2000. Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Marcial Pons, Barcelona.

José María CABALLERO GONZÁLEZ (1988), "La tutela de los menores en situación de desamparo", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, pp. 1055-1059.

Faustino CORDÓN MORENO et alii (coord.) (2001), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Aranzadi, Pamplona.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS et alii (2005), *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Joaquín DELGADO MARTÍN (2005), "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", *La Ley*, núm. 6279.

Fernando ESCRIBANO MORA et alii (coord.) (2001), *El proceso civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia.

José GARBERÍ LLOBREGAT (2001), *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona.

José María ASENCIO MELLADO (2001), en Vicente GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico*, tomo IX, La Ley, Madrid.

Piedad GONZÁLEZ GRANDA (2005), "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *La Ley*, núm. 6214.

Vicente Carlos GUZMÁN FLUJA, Raquel CASTILLEJO MANZANARES (2000), *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

María Consuelo MARIMÓN DURÁ (2001), en ernando ESCRIBANO MORA et alii, *El proceso civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia.

Julio MUERZA ESPARZA (2005), "Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre", en Julio MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Aranzadi, Navarra.

Manuel ORTELLS RAMOS y Luís CUCARELLA GALIANA (2001), en Vicente GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico*, tomo IX, La Ley, Madrid.

Pascual ORTUÑO MUÑOZ (2000), en Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS et alii (coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Iurgium Editores, Madrid.

Antonio PÉREZ MARTÍN (2000), en Antonio María LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Lex Nova, Valladolid.

Francisco Javier PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA (2005), "Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *La Ley*, núm. 6273.

Ignacio SANCHO GARGALLO y Pascual ORTUÑO MUÑOZ (2000), en Antonio María LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Lex Nova, Valladolid

Carmen SENÉS MOTILLA (2005), "La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", *La Ley*, núm. 6371.

Julio José TASENDE CALVO (2005), "Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664, pp. 1-8.

6. *Tabla de sentencias citadas*

Tribunal Constitucional

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 15.11.1990	RTC 1990\186	Vicente Gimeno Sendra	Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil c. Juan José
STC 18.7.1995	RTC 1995\121	F. Javier Delgado Barrio	Josefa c. Dolores y Antonio

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS 3.3.1988	RJ 1988/1547	Juan Latour Brotons	Elisabeth c. José María
STS 21.5.1988	RJ 1988/6543	Antonio Fernández Rodríguez	Alina Elisabeth c. Manuel
STS 21.12.1989	RJ 1989/8857	Juan Latour Brotons	María Gudelia c. Juan Carlos
STS 6.2.1991	RJ 1991/1147	Antonio Fernández Rodríguez	Elena c. Lucas
STS 9.7.1992	RJ 1992/6273	Jaime Santos Briz	Miguel c. Jordi, Juan, Valeriano, Luciano, Ayuntamiento de Barcelona, Antonio y "Ediciones Primera Plana"
STS 26.1.1993	RJ 1993/365	Antonio Gullón Ballesteros	María c. Antonio
STS 17.3.1993	RJ 1993/2016	Matías Malpica González-Elipe	Mariana c. Pedro
STS 8.4.1994	RJ 1994/2736	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	Radex West GMBH c. <i>No consta</i>
STS 23.6.1994	RJ 1994/4969	Jaime Santos Briz	Rafael c. Helen y Helen c. Rafael
STS 20.2.1997	RJ 1997/1005	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	<i>No constan</i>
STS 12.12.1997	RJ 1997/8757	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Gloria-María c. Juan Francisco
STS 12.2.2001	RJ 2001/851	José M. Martínez-Pereda Rodríguez	Pilar c. José Luis
STS 30.3.2001	RJ 2001/4776	Francisco Marín Castán	Francisco c. "Televisión Española, S.A."

Audiencia Provincial

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AAP Guadalajara 14.10.2004	JUR 2004/48679	Isabel Serrano Frías	Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha c. Francisco y Elisa
AAP Toledo 10.5.2005	JUR 2005/121678	Gema A. Ocáriz Azaustre	Consejería de Bienestar Social c. Germán
SAP León 22.6.2005	JUR 2005/217249	Alberto F. Álvarez Rodríguez	José Ignacio y Elvira c. Ministerio Fiscal y Comunidad Autónoma de Castilla y León-Gerencia Territorial de Servicios Sociales

AAP Madrid	JUR	Eduardo Hijas Fernández	Constanza c. Luis Alberto
3.10.2005	2005/241883		
AAP Barcelona	JUR	Juan Miguel Jiménez de	Carla c. Lucas
7.12.2005	2006/65520	Parga Gastón	
