

LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: PROBLEMAS, INTERROGANTES, SOLUCIONES

Antonio Fernández de Buján

ÍNDICE: 1.- Reforma legislativa pendiente 2.- Etapa de reflexión y debate 3.- Concepto y contenido 4.- Fundamentación histórica 5.- Naturaleza jurídica y sanción constitucional 6.- Racionalización y redistribución de competencias 7.- A modo de conclusión.

1.- REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE

La disposición legal decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC), por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, recoge el compromiso del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la ley, plazo que, concluida la *vacatio legis* prevista, finalizó el 8 de enero del 2002.

En la afortunada y precisa exposición de motivos de la LEC, al tiempo que se menciona el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, que suponga un acortamiento del tiempo necesario para obtener una resolución jurisdiccional, que satisfaga la demanda de tutela con plenitud de garantías procesales, también se afirma en el apartado quinto que, en cuanto a su contenido general, dicha ley «se configura con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta». Especial significación tiene en este campo la Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*) de 1898 que, con más de treinta reformas parciales, continúa en vigor.

En tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente, con determinadas excepciones, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en los casos en que no existe contienda judicial, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC. Conviene señalar, por otra parte, que si bien la mayor parte de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria judicial, y la mayor parte de los correspondientes a la, a mi juicio, impropriamente denominada, jurisdicción voluntaria no judicial, se regulan en textos legislativos diversos, entre los que cabe citar, el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación Hipotecaria, la Ley y el Reglamento del Registro Civil, la Ley del contrato de seguro, la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley sobre autorización judicial en materia de extracción de órganos, la Ley en materia de filiación, patria potes-

tad y régimen económico del matrimonio, la Ley en materia de tutela y curatela, la Ley en materia de acogimiento, guarda y custodia de menores y adopción, la Ley Cambiaria y del Cheque, la Ley sobre sustracción de menores y la Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La Jurisdicción Voluntaria ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia con los más variados epítetos: misteriosa, heterogénea, fascinante, atormentada, insistente, machacona y dando respuesta a problemas concretos, repudiada por todos y sin sede científica propia, enojosa, difícil y de poco lucimiento, uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada, autoritaria, inquisitiva o paradigmática por su brevedad y economía procesal, pero en la práctica, salvo valiosas excepciones, ha suscitado escaso interés en la doctrina científica y en el desarrollo argumental de la doctrina jurisprudencial, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye su campo de aplicación¹.

Sería deseable, en esta línea de reflexión, que la profundización en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, nos llevase a deslindar entre aquellas competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional, por razón de su naturaleza jurídica, o a la consideración de ser los jueces los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función, y aquellas otras competencias que atribuidas en su momento –finales del siglo XIX- a los jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la prevención o desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo, podrían desjudicializarse, al desaparecer las razones de política legislativa que constituían su fundamento, y atribuirse, en la parte correspondiente a disposiciones finales, a profesionales del derecho, a quienes corresponda con mayor propiedad el ejercicio de estas funciones, en atención a su propia naturaleza así como a su especialización y cualificación jurídicas. Se trataría con ello no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino sobre todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como muestra de confianza en la madurez de la sociedad civil. El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial, no supone, por otra parte, ningún obstáculo para acometer la desjudicialización de aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, corresponden a la competencia funcional de otros operadores jurídicos.

La desregulación judicial supondrá la reforma de la correspondiente legislación notarial, registral, funcionarial o la de otros agentes jurídicos, respecto de los que se produzca el traspaso de competencias. La necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia, constituyó, por otra parte, el objeto de una Recomendación del Consejo de Europa, dirigida a los países miembros de fecha 16 de septiembre de 1986.

¹ En este sentido, se manifiesta MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, num. 39/90, pp. 577-585, cuando afirma que «en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos». Especial relevancia en la doctrina española en la materia tienen las obras de RAMOS MENDEZ, *La jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid 1978; y GONZÁLEZ POVEDA, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3ª ed. 1997.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria deberá por ello regular tan sólo las competencias que se mantienen en la órbita judicial. Ciertamente dirimir conflictos a través del proceso, con todas las garantías propias de la actividad procesal, es el núcleo esencial de la postestad jurisdiccional, pero otorgar tutela judicial fuera del proceso, con respecto a las fundamentales garantías del procedimiento, en asuntos relativos a menores, personas con discapacidad, incapacitados, desvalidos, ausentes, intereses generales, públicos o sociales, restricción de derechos fundamentales o en conflictos no especialmente relevantes, mediante la aplicación del derecho objetivo, forma parte asimismo del contenido de facultades atribuido por el art. 117, 3 de la Constitución a Juzgados y Tribunales, interpretado en sentido amplio.

El apropiado mantenimiento de la denominación Jurisdicción Voluntaria, no debe calificarse en el caso presente, conforme se expone en la Exposición de Motivos de la LEC, como expresión en exceso tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan solo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico², sino que al fundamento histórico de la pareja nominal «*iurisdictio voluntaria*» utilizada sin intervalos durante casi veinte siglos -y la reforma de la Justicia no debe ni puede prescindir de la historia (EM, XIV)- ha de añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común y de los operadores jurídicos, así como consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa³. Así, denominaciones como proceso no contencioso o procedimiento en Cámara de Consejo se han revelado como insatisfactorias, y no han logrado sustituir en los propios países en que se han introducido a la denominación clásica que ha seguido presente en las aportaciones científicas y, en ocasiones, de forma casi freudiana, en el propio texto de la ley⁴. Jurisdicción contenciosa y voluntaria, una vez desgajadas de ésta las artificiosas adherencias que no le son propias, constituyen esferas de la jurisdicción, que requieren una actividad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, si bien en la jurisdicción voluntaria que se enmarca, en gran parte de su contenido, en el amplio campo del ejercicio pacífico de los derechos, y de ahí la justificación funcional de la denominación, no existen, en general, posiciones contrapuestas, a priori, de personas enfrentadas, salvo supuestos de conflictos de relevancia menor, mientras que en la jurisdicción contencio-

2 Sobre el valor interpretativo de los preámbulos y el problema de la *voluntas legislatoris*, vid., DIEZ-PICAZO, L. M., *Los preámbulos de las leyes*, ADC, T. XIV, 1992, pp. 501-533.

3 Sobre la consideración del Derecho como precedente histórico, vid. en FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Séptima edición. Madrid 2004, pp. 35 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Madrid 3ª ed. 1999.

4 Art. 32, disp. Att. del Código Civil Italiano: «el ministerio público debe ser oído siempre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tienen contenido patrimonial»; arts. 35 y 36 del D.P.R., 5 de enero de 1967, n. 200, que regulan las funciones y competencias de los cónsules en materia de jurisdicción voluntaria; arts. 9, 66 y 67 de la reciente ley de 31 de mayo de 1995, reformadora del sistema italiano de derecho internacional privado, mediante los que se regulan las hipótesis en que subsiste la jurisdicción del juez italiano en materia de jurisdicción voluntaria, así como los presupuestos y la eficacia en Italia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que intervienen jueces extranjeros. Vid. al respecto en VENTURINI, *Considerazione sulla qualificazione dei procedimenti stranieri di giurisdizioni volontaria*, Rivista di Diritto Internazionale privato e procésale, 2003, pp. 813-910. En relación con el estudio histórico de la institución de la jurisdicción voluntaria vid., FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id. A propósito de la competencia en materia de *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id. *Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. *Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "iurisdictio voluntaria"*, en D. 1.16.2.pr., Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215.

sa, lo normal es la existencia de una controversia entre los litigantes, aunque hay también procesos declarativos o constitutivos en los que no existe oposición. Se trata de auténticos procesos sin contradicción de voluntades, como por ejemplo sucede en los supuestos de las denominadas sentencias sin oposición.

2.- ETAPA DE REFLEXIÓN Y DEBATE

Abierto el período de debate y estudio previo a la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, constituida en el seno de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, desde diciembre del año 2002, la ponencia encargada de hacer una propuesta de regulación sobre la materia, incluida la reforma de la jurisdicción voluntaria en el Pacto de Estado sobre la Justicia firmado por los dos partidos mayoritarios en España, el 28 de mayo del año 2001, así como en la reciente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley de 23-12-2003, en la que se prevé la competencia de los Secretarios Judiciales, en los actos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se les atribuya en las futuras leyes procesales, así como la creación de Servicios Procesales Comunes a la materia, lo que supone un reforzamiento de las funciones de estos profesionales en este campo, en la línea de lo previsto en el art. 290 de la LOPJ de 1985, que les atribuía las propuestas de autos definitivos en materia de jurisdicción voluntaria, suprimidas por la LEC del año 2000.

Ratificado el carácter prioritario de la Ley de Jurisdicción Voluntaria por el ministro López Aguilar, en el curso del Congreso Nacional de Secretarios Judiciales, celebrado la pasada primavera en Valencia, es el momento de reflexionar sobre una institución que con un marco de aplicación específico, aunque próximo a la jurisdicción contenciosa⁵, aspira asimismo a lograr la efectividad de la Justicia, a hacerlo con vocación de permanencia y en estrecho contacto con la realidad social, enunciando problemas, suscitando dudas y esbozando soluciones, conforme a la clásica tricotomía que contribuye al progreso del conocimiento científico.

Cabría señalar, en primer lugar, que la nueva regulación del proceso en la LEC 2000 caracterizada por principios como la economía procesal, la concentración, la intermediación, la oralidad o el papel activo del juez, ha supuesto un acercamiento a la concepción de mayor agilidad, brevedad y menor formalismo, caracterizadora del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el cual debería, a su vez, salir reforzado en la futura ley en orden a la exigencia de un mayor cumplimiento de las garantías procesales propias del contencioso, especialmente en lo referente a los principios de audiencia

5 Vid. en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001; Id. *La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000*, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp.329-342; Id. *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid 2002, pp. 1997-2036; Id. *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id. *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp. 1317-1341; Id. *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09; 17-09; 26-09 y 3-10-2004.

a las partes interesadas y su participación activa en el desarrollo del procedimiento, así como si se produce alguna duda razonable en el ánimo del juez sobre la relevancia de la contradicción, o en aquellos supuestos en que la ley expresamente lo prevea, se ponga fin al expediente voluntario y se inicie el proceso contencioso correspondiente y todo ello, sin perjuicio de que el interesado pueda en cualquier momento de la tramitación del procedimiento voluntario, o con posterioridad a la resolución del mismo, promover el proceso contencioso que corresponda.

Sin embargo, que se hayan diluido algunas diferencias no implica que se mantengan otras; así por ejemplo, en el marco de la jurisdicción voluntaria no existe el principio de dualidad ni de igualdad de partes, dado que los terceros o interesados no están en pie de igualdad con el solicitante. Por otra parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria no se produce en su plenitud el efecto de cosa juzgada de la resolución judicial, ni se da en toda su extensión el principio contradictorio. Ni la ley ni la Jurisprudencia sientan conclusiones generales sobre el carácter preceptivo o no de la intervención de quienes pueden considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria, sino que se afirma, por el contrario, la necesidad de valorar cada caso de forma individualizada.

3. CONCEPTO Y CONTENIDO

Con la expresión jurisdicción voluntaria se hace referencia a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un juez, o éste interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal sin que exista una contienda o conflicto de intereses con otra persona. El artículo 1811 LEC contiene la definición legal «Se consideraran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas o determinadas».

Son, por ejemplo, supuestos de jurisdicción voluntaria -de entre los más de 200 pendientes de nueva regulación, racionalización y redistribución- la adopción de medidas relativas al traslado o retención ilícita de menores en actuaciones de sustracción internacional; la aprobación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial; la protección patrimonial de las personas con discapacidad; la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona; que se proceda al nombramiento de un tutor o que se autorice a éste la venta de un inmueble de su pupilo; la constitución de una adopción o de un acogimiento familiar; las autorizaciones relacionadas con el honor, la intimidad o la propia imagen del menor; la autorización para el transplante de órganos de personas fallecidas; que se autorice la convocatoria de una junta general ordinaria de sociedad anónima que no se hubiese convocado en el plazo legal; que se acuerden medidas de garantía en relación con la mala administración de los padres; que se disponga el depósito y venta de mercancías y equipajes en los casos en que el destinatario no abone el flete o el pasaje; la auditoría de las cuentas de los empresarios; el nombramiento de perito en el seguro de daños; que se autorice al capitán del buque, la venta de un cargamento, en peligro de avería, en el puerto de arribada y no en el de destino; la liquidación y distribución de una avería gruesa, en materia de derecho marítimo, o los supuestos de intervención judicial, sin que exista proceso, en relación con la restricción de derechos fundamentales.

Se incluyen asimismo dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el ordenamiento jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un pro-

ceso contencioso, entre los que cabe señalar las controversias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o los desacuerdos entre los esposos en la gestión de los bienes comunes. Se trataría de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justificaría la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumpliría, en estos casos, el papel que correspondería a un especial procedimiento sumario contradictorio.

Son considerados finalmente procedimientos de jurisdicción voluntaria otros supuestos en los que la intervención del juez queda reducida a la mera presencia, comprobación de hechos, calificación, autenticación o documentación del acto o relación jurídica, lo que supone una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional, ni parece asimismo necesaria en éstos supuestos la actuación judicial en garantía de derechos, que con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a los jueces y tribunales en el artículo 117.4 de la Constitución.

La intervención de oficio del juez y del fiscal está prevista en supuestos de procedimientos de jurisdicción voluntaria que afectan a menores, incapacitados o desvalidos, en estrecha relación con los preceptos constitucionales (arts. 9.2 y 53.3 CE) referidos al Estado social, o bien a la condición y estado civil de las personas, o a intereses jurídico-públicos, generales o sociales⁶.

4.- FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA

No es la jurisdicción voluntaria una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano, existió el sustrato social y la realidad jurídica, de lo que por primera vez, en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista clásico, del siglo III d.C., llamado Marciano, en su obra *Instituciones*, con posterioridad recogida en el *Digesto* de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria, «*iurisdictio voluntaria*». Dicha expresión se trasmite en la Edad Media, a través de los glosadores y

6 Vid., en la doctrina española: GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria*, ADC, 1953, pp. 5 ss.; CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en *Estudios de Derecho Procesal*, 1962; PRIETO CASTRO, *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid 1964, pp. 585 ss.; FONT BOIX, *El Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Academia Matritense del Notariado, T. XV, 1967, pp. 272-295; SERRA, *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, pp. 619 ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México 1974, tomo 1, pp. 115 ss.; RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid 1978; ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura Jurisdicción Voluntaria. III*, J.F.P.J., Madrid 1987, pp. 65-72; MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, n° 9, 1989; Id., Actualidad Civil, n° 39, 1990; FAIRÉN, *Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: las confusiones de la historia y su evolución*, BICAM, 2/ 1990, pp.19-34; Id. *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la LEC y la problemática actual*, ADC, 1991, pp. 947-969; MARTÍN OSTOS, *Hacia un nuevo Secretario Judicial español. La Ley n° 2946, 25-2-1992*; ALMAGRO, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SERRA y MORENO CATENA, en *Derecho Procesal II, vol. I, Parte General. Proceso Civil*. Valencia 1992, pp. 535-593; AUGER, *Reforma de la jurisdicción voluntaria*, Anales Academia Matritense del Notariado, 1992, pp. 7-27; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, t. III*, Barcelona 1992, pp. 1289 ss.; BELLOCH, *Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado 1992, pp. 9-42.; GÓMEZ FERRER, *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notariado*, R.J.N., 1993, pp. 9-178; ORTIZ NAVARRETE, *Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, Actualidad Laboral 1996; GONZÁLEZ POVEDA, *Jurisdicción voluntaria*, 3ª ed., Pamplona 1997; SEOANE CACHARRÓN, *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre la jurisdicción voluntaria*, Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2003, n° 3, pp. 91-108.

comentaristas al Derecho Común, y de éste pasa a los Códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.

Muchas de las instituciones que conforman hoy la jurisdicción voluntaria se conocían ya en la República romana y se formalizaban o bien a través de un proceso ficticio, al que las partes acudían habiéndose puesto previamente de acuerdo sobre un negocio, o bien a través de la exigencia legal de intervención del magistrado en determinadas actuaciones jurídicas⁷.

En el primero de los supuestos, escenificada la ficción procesal, el demandado guardaba silencio ante la petición del actor o demandante, y el allanamiento daba lugar a una resolución del magistrado favorable a lo solicitado. A través de esta ficción procesal, que ya en la época clásica deja de utilizarse como fórmula negocial, se transmitían derechos como el usufructo, la servidumbre o la posición de heredero. La intervención necesaria o preceptiva del magistrado era exigida por la ley en determinados supuestos como la tutela, la adopción, la prestación de alimentos entre parientes, la autorización del curador para proceder a la venta de un inmueble del incapacitado por locura o la puesta en posesión de los bienes hereditarios a favor de un coheredero. Este procedimiento finalizaba mediante el pronunciamiento de un decreto, *decretum*, por el magistrado. Y es éste término clásico de decreto el utilizado en la legislación alemana e italiana para referirse a las resoluciones judiciales por las que se concluyen los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como podría ser el utilizado para referirse a aquellos supuestos en los que se atribuya la competencia al Secretario Judicial, en la futura ley española.

Tanto en los supuestos de jurisdicción voluntaria negocial como preceptiva o necesaria, el magistrado actúa como garante del cumplimiento de las formalidades del proceso o negocio, testigo cualificado y persona autorizante y legitimada por el Poder Público para colaborar en el nacimiento o modificación de la relación jurídica.

Al momento histórico en el que se produce una ampliación del contenido de la *iurisdictio*, sin que ello suponga una alteración de su significado, se refiere Ulpiano, en un texto recogido en D. 2.1.1. en el que se afirma que «la jurisdicción tiene un amplísimo contenido: así por ejemplo abarca el otorgamiento de la posesión de un patrimonio, la autorización para una toma de posesión, el nombramiento de tutores a los pupilos que carezcan de ellos o la atribución de jueces a los litigantes».

Asimiladas en la época clásica romana a la jurisdicción voluntaria determinadas actuaciones formalizadas ante los funcionarios encargados de los Archivos o Registros Públicos y ante los Notarios o Tabeliones, es en la Edad Media cuando se atribuye ya a los Notarios competencias específicas en materia de jurisdicción voluntaria, primero como profesionales adscritos a los tribunales y con posterioridad como titulares de los juzgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, ante los que se desarrollaba la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria, en una primera etapa, superada la cual se procedía a la formalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado fuera ya del marco del proceso contencioso. Y también en este punto, nos puede ayudar la experiencia histórica, en orden a crear juzgados que tengan atribuida competencia específica en esta materia, en atención a que en torno al 10% de los asuntos que se conocen por los jueces civiles españoles, pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria⁸.

⁷ Vid., en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*. cit., pp. 57 a 96; Id., *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil 36, cit., pp. 1281 ss.

⁸ En la Edad Media, las cada vez más amplias necesidades negociales, aconsejaron la creación de jueces con competencias específicas en el marco de la jurisdicción voluntaria, ante las que se desarrollaba la

Mantenida la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria, en las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, enmarcada la jurisdicción voluntaria dentro de la legislación procesal, cuya regulación es competencia exclusiva del Estado conforme al 149,6 de la CE, y establecida la tramitación de su normativa a través de la vía de una ley y no de forma reglamentaria, nos encontramos ante la posibilidad de actualizar la institución, y situarla en sus justos límites, sin administrativizarla, sin magnificar su función social, y sin identificarla con una mera supresión de plazos, formalidades y garantías⁹.

5.- NATURALEZA JURÍDICA. SANCIÓN CONSTITUCIONAL

No es, a mi juicio, la jurisdicción voluntaria una actividad administrativa, cuya titularidad se atribuye a los juzgados y tribunales, conforme a nuestro actual modelo de colaboración entre los poderes del Estado, sino que la protección, gestión o administración de derechos o intereses privados que, con carácter preventivo, se atribuye a los jueces, supone un ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio¹⁰, en atención al carácter de indisponibles de los derechos o intereses legítimos tutelados, a la interrelación entre intereses particulares con intereses generales o sociales, a la especial garantía que supone la intervención judicial o al carácter tuitivo respecto a la posición de menores, incapacitados, personas con discapacidad o desvalidos.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 22 de mayo del año 2000, de la que fue Ponente el Magistrado Peces Morate, «si en los casos de actuaciones de jurisdicción voluntaria, el juez o magistrado denegase su intervención, hemos de convenir que el derecho conculcado sería el contemplado en el art. 24.1 de la Constitución, al mismo tiempo que se produciría un incumplimiento del deber impuesto a los jueces y tribunales por el art. 1.7 del Código Civil... ».

Cabría, en consecuencia, distinguir dos modelos procesales: a) el de los juicios ordinarios de cognición, caracterizados básicamente por las mayores garantías en materia de alegaciones, pruebas, recursos, aportación de parte, principio dispositivo, etc., que caracterizan tanto los supuestos en que existe conflicto relevante entre las partes, como

ficción procesal, que acabó siendo suprimida y sustituida por la simple *confessio* o reconocimiento ante el juez, con plenos efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva. Hay un momento histórico, no determinado con total precisión, en el que se atribuye a los Notarios la titularidad de los juzgados especializados en el conocimiento de estos asuntos. Vid. al respecto en, NÚÑEZ LAGOS, *Documento latino y documento germánico*. A.A.M.N., I, pp. 431 ss.; y DI BLASI, *sub voce Giurisdizione volontaria*, N.N.D.I., 1957, pp. 1096 ss.

⁹ Vid. en PEDRAZ, *Constitución Jurisdicción, Proceso*, 1990. Sobre Tutela jurisdiccional en Derecho Privado, vid., con carácter general en ORTELLS, *Derecho Procesal Civil*, Navarra 2001, pp. 43-63.

¹⁰ Vid. especialmente en RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, T. III*, cit., pp 1289 ss; Id. *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss. Para TARZIA debe considerarse superado el antiguo aforismo *iurisdicchio in sola notione contentiosa consistit*, y es necesario reivindicar algunas garantías fundamentales de la jurisdicción contenciosa también para la jurisdicción voluntaria, así por ejemplo las garantías de la independencia y la terceridad del juez; para MONTESANO los derechos subjetivos e intereses tutelados por la jurisdicción tienen la misma naturaleza que los derechos subjetivos lesionados propios de la jurisdicción contenciosa, y especialmente en los casos de tutela de los derechos de los menores e incapacitados, el procedimiento seguido debe cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos; Para DENTI, no cabe individualizar una jurisdicción voluntaria con características autónomas respecto de la jurisdicción en general, sino que, por el contrario, en cuanto que se atribuye a órganos judiciales, no se sustrae a las garantías, subjetivas y objetivas, que caracterizan la actividad judicial. Las opiniones de estos autores se encuentran reflejadas en las *Atti del XVII Convengo Nazionale del Processo civile in Palermo*, celebrado en 1989.

aquellos otros en que planteado un contradictorio, éste se resuelve sin allanamiento, ni debate, ni controversia, y b) los juicios de jurisdicción voluntaria, caracterizados por una mayor agilidad, menor formalismo, limitación de determinadas garantías, con preservación de las fundamentales garantías de los procesos contradictorios, amplios poderes del juez –sin que quepa hablar de dirigismo judicial- y mayor economía procesal, que conforman aquellos supuestos en que el juez, sin que exista pretensión frente a otra parte, ni controversia de especial relevancia, actúa por imperativo legal, en defensa de intereses públicos o sociales, o con carácter constitutivo, autorizando y controlando la legalidad de la correspondiente actuación¹¹.

El otorgamiento de amplios poderes instructivos al juez, en materia de jurisdicción voluntaria, en atención al carácter tuitivo y social de muchos de sus procedimientos, con la consiguiente libertad de formalidades y actuación conforme a los principios de lógica judicial e impulso de oficio frente al carácter más reglado del proceso, no debe sin embargo, desembocar en un excesivo dirigismo judicial, que ponga en peligro las fundamentales garantías propias del proceso contradictorio, ni mucho menos en un procedimiento autoritario o inquisitivo¹².

Frente a posiciones maximalistas del tipo «la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier Ordenamiento Jurídico» o la de «las necesidades negociales y el tráfico jurídico, justifican la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos», se impone una posición realista, en la que sitúan las mas modernas corrientes de la ciencia procesal, partidarias de regular, sin quiebra de las garantías esenciales del proceso, y sin desnaturalizar el marco que le es propio, una parcela imprescindible de la realidad social, en constante expansión, fruto del nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, que ha evolucionado desde la originaria tutela de relaciones jurídico privadas, a la actual protección de derechos indisponibles, intereses generales, públicos o sociales, así como a la resolución de conflictos de intereses considerados de relevancia menor.

En este sentido, me parece plenamente acertado y novedoso el análisis realizado en el Fundamento de Derecho sexto de la mencionada STS de 22 de mayo del año 2000, en relación con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y su consideración como potestad jurisdiccional, amparada por el art. 117,3 CE, conforme al cual «no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan

Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere, pero sin paralelismo alguno con el que nos ocupa, aunque este recurso se denomine gubernativo.

11 Vid. en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción Voluntaria*, cit., p. 186.

12 Vid., en DE PRADA, J.M., *Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la D.T. 10ª de la Ley 19/1981*, Derecho Judicial, 1996, pp. 57 ss.

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción.».

Cabría, asimismo, argumentar a favor de la jurisdicción voluntaria en el marco del artículo 117,3 que el artículo 117,4 CE sólo habla de garantía de derechos, y es evidente que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria pueden tutelarse no sólo derechos, sino también intereses legítimos, objeto ambos de la tutela judicial efectiva, a través del cauce del 117,3 CE, que distingue por otra parte entre proceso y normas de procedimiento, lo que puede suponer la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio.

Tanto el solicitante de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como la parte en un proceso contencioso, tienen derecho a obtener una resolución judicial de fondo, sobre el derecho o interés legítimo pretendido o sobre el conflicto, relevante o no, planteado, y la tramitación ante el juez, en ambos supuestos, debería realizarse con respeto a las fundamentales garantías de procedimiento, que hagan posible la tutela judicial efectiva del justiciable. En esta línea de argumentación cabría señalar que, al igual que sucede en materia contenciosa, cabe plantear una cuestión de constitucionalidad, tanto respecto de un procedimiento en concreto, como de una proyecto específico, en materia de jurisdicción voluntaria.

No voy a entrar, en la enumeración detallada de los supuestos que a mi juicio, deben mantenerse en sede judicial, en atención o bien a la propia naturaleza jurídica de la función o bien a la mayor garantía que supone su atribución al órgano jurisdiccional, al reconocérsele a su actividad el más alto grado posible de independencia e imparcialidad, si bien si cabe señalar que, en todo caso, con carácter general, deben mantenerse en la órbita judicial:

- Todos aquellos asuntos en los que sea necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, o bien a la necesidad de aplicar a casos concretos valores más que reglas o decidir entre valores, o bien al hecho de tratarse de situaciones conexas a la jurisdicción contenciosa, o bien supuestos en los que se trate de averiguar hechos o la existencia de derechos, o bien finalmente supuestos que requieran una especial garantía o control por parte de la autoridad pública, en atención a que estemos en presencia de:
 - a.- Procedimientos voluntarios en los que se trata de autorizar la restricción, y controlar su correcto ejercicio, de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidos en la sección 1ª, capítulo 2º, Título I de la Constitución.
 - b.- Procedimientos relativos al derecho de familia y condición y estado civil de las personas, dado que en ellos confluyen junto con intereses privados, otros que tienen una innegable proyección pública.
 - c.- Procedimientos en los que se garantizan intereses generales, públicos o sociales.
 - d.- Actos que afecten a personas o bienes cuya defensa sea competencia de autoridades públicas o se establezca la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.
 - e.- Actos que afecten a personas con capacidad de obrar limitada.
 - f.- Actos que requieran la formulación de juicios de valor, realizados con posterioridad a la comprobación de hechos o datos en los supuestos de que se trate.

En los últimos años, el desarrollo procedimental, paralelo a la provisión de intervención de la autoridad judicial sin que exista proceso, se ha recogido, en ocasiones, en la propia ley sustantiva civil o mercantil, generándose una inflación de procedimientos específicos, no siempre justificados en su singularidad, pero que en buena medida se amparaban en la ausencia de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria en el libro III de la LEC. Cabría citar entre otros textos en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria: Ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de transplantes de órganos; Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito; Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio; Ley 1/1982, de 5 de mayo sobre derecho al honor, intimidación personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela; Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; Ley Foral de Navarra 5/1987, de 1 de abril, sobre autorización judicial para enajenar o gravar bienes fideicomisarios; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento y adopción; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en materia de Propiedad Intelectual, en supuestos de discrepancias sobre remuneración equitativa del autor, divulgación de la obra, subsanación de omisiones, reanudación de explotación de obra etc., que requieran autorización judicial; Ley de la Generalitat de Cataluña, 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de Sucesiones por causa de muerte, sobre autorización judicial en materia de conmutación o conversión del modo que grava una institución de heredero o de legado; Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Ley de la Generalitat de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia, en materia de idoneidad para la adopción; Ley de la Generalitat de Cataluña, 18/2002, de 5 de julio, en materia de cooperativas, Ley 9/2000, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores,; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc...

Por otra parte, no todos los supuestos en que está prevista la intervención de un juez, sin que exista proceso, son actos de jurisdicción voluntaria, así por ejemplo, basta un simple escrito, dirigido al juez, sin más trámite de procedimiento, en el que el interesado manifieste su voluntad de renuncia, para repudiar una herencia. No obstante, en la gran mayoría de supuestos de derecho civil o mercantil —y cabría incluso plantearse la existencia de supuestos de jurisdicción voluntaria en el marco del derecho laboral, penal o internacional privado— en que dicha intervención está prevista, tipificado el caso específico en la norma sustantiva, debe producirse el correspondiente desarrollo de las reglas de procedimiento ante el juez, o bien en la propia disposición de derecho material, o bien en el paralelo procedimiento específico recogido en el libro III de la LEC, según las particularidades del caso. En el supuesto de que no se hubieran previsto normas de procedimiento, o éstas resultasen insuficientes, deberá procederse a la aplicación de la normativa que, con carácter fragmentario y supletorio, y con la denominación de disposiciones generales y disposiciones generadas en negocios de comercio, se encuentra plasmada en las partes primera y segunda del libro III de la LEC de 1881.

Parece razonable que la nueva ley de jurisdicción voluntaria regule, por el contrario, un procedimiento unitario, que refleje un acercamiento a la regulación propia del proceso contencioso, en aquellas reglas que se estime procedente, a fin de que no se identifique la jurisdicción voluntaria con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial y de la seguridad jurídica, inherentes a cualquier procedimiento de naturaleza judicial. El deseable, a mi juicio, proceso de influencia recíproca entre ambas esferas de la jurisdicción, ha tenido ya una primera manifestación, con la asunción por el código procesal civil del año 2000 de principios caracterizadores de la jurisdicción voluntaria, como la abreviación, la concentración o la libertad de forma.

Resultaría apropiado, asimismo, un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial, que en consonancia con la libertad de forma y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción, pueda poner en riesgo las fundamentales garantías inherentes a todo procedimiento, una limitación del principio de impulso de oficio a aquellos supuestos de derechos indisponibles o de interés general, públicos o sociales y una aproximación de las posiciones de solicitante, interesados y terceros, en especial en aquellos supuestos en los que el interesado exprese un interés contrario al manifestado por el promovente, es decir, en aquellos casos en que nos encontremos en presencia de lo que se denomina contrainterés en la legislación italiana, no obstante lo cual, no se produce un sobreseimiento del expediente.

El deseable acercamiento no debe suponer, en modo alguno, confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, que tienen un campo de aplicación y unas características netamente diferenciadas, en especial en lo referente a la ausencia de los principios de igualdad de partes, de preclusión y de efecto material de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, así como la ausencia, como ya hemos señalado, de lesión de derecho o interés legítimo o de contradicción relevante en el marco de la jurisdicción voluntaria.

La implantación, finalmente, de un auténtico procedimiento global y unitario de jurisdicción voluntaria, que sustituya a las inconexas reglas de procedimiento actuales, debería obligar, en buena lógica, a revisar los numerosos procedimientos específicos contenidos en leyes sustantivas, a los efectos de determinar cuáles procede que continúen vigentes y cuáles no se encuentran justificados conforme a la actual regulación, e incluso cabría plantearse la posibilidad de proceder a una recodificación formal de todos los supuestos de jurisdicción voluntaria en la ley reguladora específica de esta esfera de la jurisdicción, si ello no supusiese una excesiva perturbación en el sistema, que no resultase asumible. Lo que sí parece razonable es procurar que los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria sean ubicados en la nueva Ley, lo que obligará a regular un procedimiento con la suficiente flexibilidad para acoger los nuevos supuestos que se puedan establecer en el futuro, por razones de coherencia formal, sistemática e incluso educativa de la propia legislación, al desaparecer la justificación de su inclusión en leyes sustantivas, en atención a la inadecuación del libro III de la LEC de 1881 a la realidad social, debido a su carácter obsoleto, o a la falta de coordinación entre los diversos textos legales¹³.

En todo caso, la jurisdicción voluntaria se configura como parte integrante de la idea de Administración de la Justicia, considerada como función con un contenido más amplio que el correspondiente a potestad jurisdiccional. Lo que no parece adecuado es utilizar la noción o la expresión jurisdicción voluntaria fuera del marco judicial o consular, en atención a los parámetros de constitucionalidad establecidos en el art. 117,3 y 4 de la Constitución¹⁴.

13 Vid. al respecto en, SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madrid, 2002; DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Madrid 1991, pp. 23 ss. Como señala RAMOS MÉNDEZ «los actos constitutivos de jurisdicción voluntaria gráficamente demuestran su jurisdiccionalidad porque deben al juez su existencia jurídica», *Derecho Procesal Civil*, t. III, cit., pp. 1289. Sobre la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria vid. CARNELUTTI, *Institución del nuovo processo civile italiano*, I, Roma 1951, pp. 1 ss. Sobre la polémica acerca de su naturaleza jurídica vid., con carácter general en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 97 ss; Id *Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil 36, cit. pp.1295 ss.

14 Vid. en este sentido en, HABSCHIED, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., München 1983; DENTI, *La giurisdizione volontaria revisitata*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1987, y en Studi in onore di E. Allario, Milano 1989, pp. 181-196; TARZIA, *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, Atti del XVII Congresso Nazionale del Processo civile, cit., pp. 263-270; MONTESANO, *I procedimenti in camera...*, Atti del XVII Congresso... cit., pp. 256-262.

Conforme a este criterio, se ha pronunciado la citada STS de 22 de mayo del año 2000: «el que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible...».

6. RACIONALIZACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La nueva regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria debería suponer la desaparición de las contradicciones que, denunciadas por la doctrina, produce la actual legislación en la materia, y que sólo pueden ser suplidas por la armonización sistemática y la interpretación correctora de los textos. La desregulación y racionalización deberá ir precedida, no obstante, de una revisión de supuestos que han caído en desuso, tienen nula aplicación práctica o son auténticos cadáveres legislativos, a los efectos de su no inclusión en el nuevo texto legal¹⁵.

El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial, no supone, por otra parte ningún obstáculo en esta materia, para racionalizar el sistema, redistribuir entre jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, comprenden a otros profesionales del derecho, en especial notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico.

Como actos de Jurisdicción voluntaria obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, manifestaciones de la actual discordancia entre lo legislado y la realidad social, que deberá ser corregida en la futura reforma, cabe señalar:

- Las informaciones para dispensa de ley, que en su regulación actual, han perdido significación.
- El aumento de la prima del seguro en tiempos de guerra.
- El procedimiento de apeos y prorrates de foros.
- La intervención notarial, mediante acta de notoriedad, en la formalización del derecho de tanteo de alguno de los partícipes en la venta de una nave, prevista en el art. 2167 LEC.
- El sometimiento de los actos de notoriedad notarial a la homologación judicial, conforme a los artículos 203 LH y 209 y 297 RH, dado que supone una disfunción del procedimiento, revela una prevención no razonable frente a la com-

¹⁵ Sobre la consideración de las diligencias preliminares como actos de jurisdicción voluntaria vid. en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II, Parte Especial*, con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN y BARONA, Valencia 2000, pp. 153 ss.

En análogo sentido, señala Díez-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2001, pp. 229: «...aunque la doctrina considera las diligencias preliminares actuaciones de jurisdicción voluntaria, y la jurisdicción voluntaria ha quedado fuera del ámbito objetivo de la LEC, en este caso el legislador ha hecho una excepción a esa regla. Probablemente la razón de que la LEC, regule las diligencias preliminares pese a ser actos de jurisdicción voluntaria debe buscarse en la necesidad que había de introducir cambios en su regulación para darles mayor eficacia, lo que no debía esperar hasta la aprobación de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria». Sobre la consideración de los supuestos de separación y divorcio por mutuo convenio, como actos de jurisdicción voluntaria, afirma GÓMEZ COLOMER, en *Derecho Jurisdiccional II, Parte Especial*, cit. pp. 729 ss., que «estamos probablemente ante el mejor ejemplo que se puede poner de jurisdicción voluntaria, pues la ausencia de controversia es total...».

- petencia notarial y ocasiona una limitación en la práctica de sus efectos, lo que hace aconsejable la revisión o supresión del sistema establecido.
- La requisita de víveres. El supuesto que está regulado en los artículos 616 CCo y 2161,10 LEC debe ser suprimido por anacrónico, al preverse la posibilidad de que el capitán obligue a poner en común durante el viaje marítimo víveres privativos, y que el dueño de los víveres no se conforme o con la necesidad o con el precio fijado y solicite una información judicial en el primer puerto de arribada.
 - El préstamo a la gruesa. El procedimiento, conforme a los artículos 611 CCo y 2161,9 LEC, mediante el cual el capitán solicita autorización judicial para obtener, por medio de un préstamo a la gruesa, medios necesarios para la expedición marítima o para atender necesidades urgentes durante la navegación, es hoy considerado por toda la doctrina como obsoleto, en atención a su no utilización, en la práctica, al haber sido sustituido por otros mecanismos de crédito más propios del moderno tráfico económico.
 - La venta de nave inutilizada. En el artículo 2161,6 LEC, se prevé el supuesto de la nave que en viaje se haya inutilizado para la navegación, en cuyo caso, verificada la justificación pericial de la inutilidad, se procederá a su venta en pública subasta, previa la concesión de la autorización por el juez. El procedimiento tenía justificación en 1881, en atención a las dificultades de comunicación que en ocasiones se producían entre el capitán y el naviero, al efecto de decidir sobre la venta del buque. Ahora bien, la facilidad de comunicación existente en la actualidad, convierte en excepcional el supuesto previsto de autorización judicial supletoria respecto del consentimiento del naviero, por lo que parece razonable proponer la supresión del procedimiento.
 - El abandono del cargamento para pago de fletes, previsto en los artículos 687 CCo. y 2156 LEC, hace referencia a aquellos supuestos en los que el cargador se niega a recibir la carga, abandonándola en poder del fletante o naviero, con el fin de liberarse del pago del flete, cuando al menos las tres cuartas partes del cargamento líquido porteadó se hubiese derramado. Se trata de un procedimiento arcaico y anacrónico que limitado a los supuestos en que el cargamento consiste en líquidos, no ha sido aplicado en los últimos decenios, por lo que debería ser suprimido.

No debería, finalmente, extenderse artificialmente el campo de la jurisdicción voluntaria fuera de su propio ámbito, por meras razones de economía procesal, lo que se produciría si se tramitasen por la vía del procedimiento voluntario supuestos de tutela de derechos o intereses lesionados o supuestos de conflicto relevante. No se puede establecer una jurisdicción voluntaria contra natura por un simple deseo de celeridad. Una cosa es que se facilite la transacción, y el compromiso, y otra es que se desnaturalice en un procedimiento voluntario, el conocimiento de supuestos en los que lo que subyace es la tradicional lucha por el derecho.

La conformación como voluntarios de determinados supuestos, se habría debido en su momento a la necesidad de arbitrar un procedimiento abreviado o urgente, que eludiera la excesiva dilación del proceso civil ordinario, más que a su verdadera naturaleza jurídica, en atención a la relevancia de la contradicción o conflicto.

En el momento actual, dadas las características de concentración y economía procesal de la LEC 2000, la inclusión de una serie de supuestos en el marco de la jurisdicción voluntaria ha perdido la justificación que en su momento habría podido existir, lo que hace aconsejable su transferencia al ámbito de lo contencioso. Podrían considerarse incursos en este apartado los siguientes casos:

- 1.- La remoción del tutor, curador o defensor judicial, debería llevarse a cabo en juicio ordinario, en atención al grado de contenciosidad, manifiesta o latente, que se produce en la mayoría de estos supuestos.
- 2.- La esterilización de un incapaz con graves deficiencias psíquicas, que conforme al art. 156,2 del Código Penal puede autorizarse mediante expediente de jurisdicción voluntaria, debería transformarse en un proceso contradictorio, dado que no parece razonable que haya que acudir a un proceso para incapacitar a una persona y que pueda esterilizarse a una persona por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria.
- 3.- La determinación judicial de las medidas para asegurar la contribución de un cónyuge a las cargas del matrimonio, en caso de incumplimiento por parte de éste, art. 1318 CC y disposición transitoria décima, Ley 11/1981 de 13 de mayo.
- 4.- La autorización judicial para realizar actos de disposición sobre la vivienda y los bienes destinados al uso familiar, en caso de discrepancia conyugal, conforme a los arts. 96 y 1320 CC.
- 5.- Autorización judicial en los actos de administración y disposición de los bienes gananciales, en caso de discrepancia conyugal, conforme al art. 1377 CC.
- 6.- Supuestos de infracción de los deberes de los cónyuges en el uso de los poderes de gestión de la comunidad y del deber de informar al otro cónyuge, conforme a los números 2 y 4 del art. 1393 CC.
- 7.- Supuestos de negativa a facilitar el derecho de comunicación de la contabilidad, conforme al art. 2166 LEC 1881.
- 8.- Supuestos de discrepancia entre los socios relativa a la administración de la sociedad y nombramiento, en consecuencia, de un coadministrador, conforme a los arts. 131 y 132 CCo. y 2163 LEC 1881.
- 9.- Supuestos de robo, hurto o extravío de documentos al portador, en el caso de que exista oposición a la denuncia, conforme a la ley 1999/1985, de 17 de julio, arts. 84 a 87, 96 a 155.
- 10.- Supuestos de discordia entre los partícipes respecto a reparación y recomposición de una nave, conforme al art. 216.8 LEC 1881.
- 11.- Supuestos de discrepancias en materia de propiedad intelectual que requieran la autorización judicial para la divulgación de una obra, art. 40 LPInt.; la fijación judicial de una remuneración equitativa del autor atendidas las circunstancias del caso, art. 47 LPInt.; la subsanación judicial de omisiones en el contrato de edición, art. 61.2 LPInt.; fijación del plazo de reanudación de explotación de la obra, art. 68,2 LPInt., en los que debería considerarse de suficiente relevancia el conflicto existente, a los efectos de su inclusión en el marco de la jurisdicción contenciosa.
- 12.- La anotación preventiva de legados, por mandato judicial, en el supuesto de desacuerdo entre los afectados, conforme los artículos 55 á 57 L.H.

El carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, en atención a las decisiones contingentes de política legislativa ha sido por otra parte, una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción, y así por ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura, fueron en una primera época de vigencia de la LEC 1881 expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo con poste-

rioridad transvasados a la jurisdicción contenciosa. En la misma línea, el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000 ha incluido en su seno supuestos que con anterioridad se regulaban por el trámite voluntario, como el internamiento de personas incapaces por trastornos psíquicos o conforme al artículo 770 LEC, las pretensiones que se formulan al amparo del título IV, libro I del Código Civil, relativo al matrimonio, que se sustanciarán por los trámites del juicio verbal.

En sede judicial, pero atribuida su competencia a los Secretarios judiciales deberían mantenerse, con carácter general, los procedimientos voluntarios de aseguramiento, prevención y ejecución así como determinados supuestos de homologación. La mayoría de la doctrina procesalista, la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, el apartado 11 del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por el PP y el PSOE el 28 de mayo del año 2001, y el Acuerdo del mes de febrero del año 2003 entre el Ministerio de Justicia con las Comunidades Autónomas, que tienen transferidas competencias en esta materia, en el que se reconocen la necesidad de atribuir nuevas competencias a los Secretarios judiciales en materia de ejecución, conciliación y jurisdicción voluntaria en general. La confirmación de esta tendencia se ha manifestado asimismo, como ya hemos tenido la ocasión de señalar en páginas anteriores, en los artículos 438,3 y 5 y 456,3 y 4, de la Ley Orgánica 23-12-2003, por la que se reforme la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y en la formulación del Ministro López Aguilar, expresado en Valencia en el año 2004, referidos a la necesidad de reformar la Jurisdicción voluntaria.

El procedimiento podría consistir en reconocerles competencia para dictar decretos motivados, con hechos, fundamentos de derecho y fallo, en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el Juez en primera instancia. La utilización del término decreto supondría, por otra parte, la recuperación de la denominación de la resolución «*decretum*», con la que el magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como la armonización con la terminología utilizada en la legislación alemana -el *Rechtspfleger* alemán, equiparable al Secretario Judicial español, concluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante un decreto motivado-, y en la legislación italiana.

Parece, por todo ello, razonable atribuir a estos funcionarios la titularidad competencial en materia de conciliación, ejecución, en el ámbito de las medidas de prevención, aseguramiento y prevención, así como en los supuestos de diligencias preliminares, en los impropiamente denominados procesos de separación o divorcio por mutuo consenso y en el otorgamiento de la posesión de bienes hereditarios, en la hipótesis deseable de que se produzca un trasvase de la regulación de estas instituciones que, no obstante su clara naturaleza voluntaria, se encuentran tipificadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁶.

Convendría asimismo reflexionar sobre la posibilidad de que determinadas competencias en la actualidad atribuidas a la Judicatura, como la consignación de deudas

16 Vid. en este sentido en ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura jurisdicción voluntaria*. Fe pública Judicial, III Jornadas, Madrid 1987, pp. 65 ss; PEDRAZ, *La nueva secretaría judicial*, RPJ, 1992, pp. 85 ss. y MARTÍN OSTOS, *El Secretario Judicial a examen*, Madrid 1994. Sobre atribución de competencias específicas a los Secretarios Judiciales, vid. VÁZQUEZ SOTELO, *La intervención de Secretario en el proceso*, I.J.F.P.J., Barcelona 1985; MORENO CATENA, *La Fe Pública Judicial y la publicidad en la LOPJ*, II JFPJ, Alicante 1986; LORCA NAVARRETE, *El Secretario Judicial en el contexto de la técnica monitoria civil*, VJFPJ, Salamanca 1990; HABSCHIED, *El Rechtspfleger en Europa*, trad. Bujosa, Berlín 1989; NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *La intervención del Secretario Judicial en el Registro Civil*, IV JFPJ, 1991; SEOANE CACHARRÓN, *Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial*, V JFPJ, Salamanca 1990; Id. *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre jurisdicción voluntaria*, Revista Centro Estudios Ministerio de Justicia 2003, pp. 91-108.

dinerarias, las subastas voluntarias, la protesta de averías o el inventario de bienes, fuesen atribuidas de forma compartida a Secretarios Judiciales y Notarios, como titulares respectivos de Fe pública judicial y extrajudicial, lo que implicaría la posibilidad de que el usuario pudiese optar por acudir a unos u otros agentes jurídicos para la formalización de las correspondientes actuaciones.

En los asuntos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se mantenga en la exclusiva competencia de los jueces, podría atribuirse al Secretario, la tramitación del expediente que debería en todo caso se estudiado y decidido por el Juez en auto motivado. Ello supondría, en estos supuestos, el respeto, al menos desde un punto de vista formal, a la supresión de las propuestas de autos definitivos atribuidas a los Secretarios judiciales, operada por el código procesal civil del año 2000, así como un reparto de funciones entre Jueces y Secretarios en esta materia. La atribución de competencia, en los demás supuestos de jurisdicción voluntaria, a los Secretarios judiciales, que decidirían mediante decreto motivado, con análogos efectos a los autos judiciales, supondrá, por otra parte, una armonización, en este campo, de la regulación especial, con la correspondiente a otros países comunitarios, de tradición jurídica semejante a la nuestra.

Se descargaría con ello de competencias a los Jueces, que se atribuirían a estos funcionarios del derecho, que integran el órgano jurisdiccional, al menos a partir de la LOPJ de 1985, conforme a la opinión de una parte de la doctrina procesalística, cualificados por su preparación jurídica y por su dominio de la técnica procesal, que se encuentran en el momento actual, al decir de la mayoría de los estudiosos que se han pronunciado sobre la cuestión, infrutilizados en el marco de la Administración de Justicia¹⁷, no obstante, la relevancia de las funciones que se les atribuyen en el marco de la Administración de Justicia: dación de fe, dación de cuenta, ordenación procesal y determinadas competencias en el ámbito de la ejecución¹⁸.

Sería deseable, en todo caso que, se valorase la creación, en el futuro, de juzgados que tuviesen atribuida la competencia en exclusiva en esta materia, tal como sucedía en la Edad Media, con los *iudices chartularii*, ante los que, en atención a su especialización judicial, se desarrollaba, con carácter exclusivo, la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria. En los pasados decenios en torno a un 10% de los asuntos conocidos en los juzgados civiles se corresponden con procedimientos de jurisdicción voluntaria.

No voy a entrar tampoco en este estudio, en el examen detallado de los procedimientos que, a mi juicio, especialmente en el campo del derecho de cosas y en el del tráfico mercantil de sociedades, cabría atribuir en esta materia, al otro relevante Cuerpo de Profesionales del Derecho, el de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Parece, en principio, razonable el reconocimiento a estos operadores jurídicos de todas las competencias relacionadas con los actos de publicidad directa, como son las inscripciones, en cuanto titulares de una función pública, que se remonta a los funcionarios titulares de los Archivos Públicos romanos, con arreglo a la cual proceden a su valoración y califi-

17 MARINA, *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, AAMN, t. 32, 1991, pp. 496 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La impugnación de los actos registrales*, RCDI, 1955, pp. 413 ss.; GERONA PEÑA, *La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral*. Estudios de Derecho Procesal, vol. III, 1996, pp 3936 ss.; AMORÓS, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, RCDI, 1967.

18 Vid. en este sentido, ORTIZ NAVACERRADA, *El Secretario Judicial en el borrador de Proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, en Actualidad Civil núm. 33, pp. 15-21 septiembre de 1997. Opinaba ya entonces este autor que mejorarían los rendimientos prácticos del órgano jurisdiccional, si el Secretario Judicial asumiera sin reservas, la totalidad de actuaciones estrictamente ejecutivas que todavía continúan, en parte al menos, residenciadas en el Juez.

cación, conforme a la ley, con fundamentales efectos jurídicos de los actos en que intervienen, y respecto de los que cabe, en todo caso, el control y revisión judicial¹⁹.

Los Registradores, en cuanto órganos de las Administración, que ejercen una potestad pública, a través del procedimiento registral, podrían asumir todos aquellos procedimientos que incardinados de manera especial, aunque no exclusiva, en el marco de los derechos reales, como la anotación preventiva del crédito refraccionario, o la rectificación de errores en los Asientos del Registro de la Propiedad y en el del derecho societario, como la convocatoria de juntas generales de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, o asambleas generales de cooperativas en determinados supuestos, o bien, el nombramiento de interventores, liquidadores o auditores en situaciones concretas, tengan clara vocación registral.

Baste decir que, tanto en materia civil como en mercantil determinados procedimientos que se desjudicialicen pueden ser atribuidos con idéntica eficacia tanto a Notarios como a Registradores, que en los supuestos desjudicializados deban mantenerse los principios de audiencia y contradicción, al propio tiempo que suprimirse toda huella procesal y de manifestación de imperio, y que es en sede de disposiciones finales de la futura Ley Jurisdicción Voluntaria, donde deben incluirse los supuestos que salen de la órbita judicial y en sede de la legislación hipotecaria, notarial y registral, donde debe residenciarse la regulación correspondiente.

Notarios y Registradores son al propio tiempo, profesionales privados del derecho y órganos de la Administración pública, titulares activos de las funciones públicas que les atribuye el Ordenamiento Jurídico, y responsables de las actuaciones desarrolladas en su ejercicio ante los órganos judiciales.

En relación, finalmente, con la atribución de competencias que, podrían ser transferidas al Notariado²⁰, cabe señalar que parece necesaria una mayor colaboración e implicación en este campo, de quienes ostentan la doble condición de titulares de una función pública al servicio de los intereses generales, y de profesionales privados del derecho, lo que supone, por otra parte, la recuperación de su legítimo protagonismo en esta materia, que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación, acreditación y ciertos supuestos de homologación y de fe pública extrajudicial, mera presencia o comprobación de hechos, garantía de derechos, que se han visto reforzadas en el último siglo, en consonancia con la seguridad jurídica preventiva y la finalidad antilitigiosa de la actividad notarial, y que han hecho que el Notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, «no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del

19 Vid. al respecto en FONT BOIX, *El notariado y la jurisdicción voluntaria*, en Academia Matritense del Notariado, t. XV, 1967, pp.; ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 530 ss.; SOLIS VILLA, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, Estudios Academia Sevillana del Notariado, Madrid 1998; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Borrador para un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la LEC y de la L.H.*, Agosto 1991, Inédito, reseñado y consultado en el estudio de GÓMEZ-FERRER; GÓMEZ-FERRER, *Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp.9-178; GÓMEZ COLOMER, con MONTERO, MONTÓN y BARONA, cit., p.903; AUGER, *Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Academia Matritense y del Notariado, 33, 1992, pp. 7-27; BELLOCH, J.A., *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp. 9-42; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 141-162.

20 Vid en este sentido RODRÍGUEZ ADRADOS, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes»²¹.

La función notarial se ejerce, por otra parte, de forma independiente e imparcial, sin sometimiento a ordenación jerárquica, y su actuación, incluso en su función de dar fe pública, está sometida al control judicial. No constituye la actividad notarial un servicio público en su concepción administrativa, aunque si supone el ejercicio de un servicio público en cuanto a su función certificante y autorizante, en la medida en que se trata de una delegación parcial de la soberanía del Estado, que controla su recto ejercicio.

Entre las funciones que cabe atribuir al Notariado en esta materia cabe señalar, a mi juicio, las siguientes:

1. Las informaciones para perpetua memoria, en cuanto que tienen por finalidad dejar constancia y documentar declaraciones testificales, función típicamente notarial, por lo que deberían suprimirse, en favor de las actas notariales de notoriedad.
2. Las subastas judiciales voluntarias, en la medida en que se trate de un acto de presencia y documentación propia de la actividad del notario o del secretario judicial, por lo que cabría establecer la posibilidad de que el justiciable pudiese opcionalmente acudir a uno u otro profesional del derecho.
3. La formación de inventarios de la herencia debería atribuirse con carácter opcional a la competencia notarial, por ser las funciones de presencia y documentación propias de su actividad.
4. En la línea de lo establecido en el artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en el que se prevé la posibilidad de consignar ante Notario el importe de una letra de cambio, podría establecerse como competencia compartida entre Notarios y Secretarios, la consignación de deudas dinerarias, sin perjuicio de que se mantenga en el ámbito de la competencia del juez la declaración de extinción del derecho, conforme a los artículos 1178 a 1181 del Código Civil.
5. La posesión judicial para los supuestos de adquisición por un título distinto del hereditario, conforme a los artículos 2056 a 2060 LEC, ha caído en desuso, por la práctica de acudir al notario para que requiera, al arrendatario o administrador, a fin de que reconozcan la condición de propietario del adquirente. Se trataría de adecuar la regulación legal con la práctica usual.
6. En los deslindes o amojonamientos no contenciosos, se trata de documentar un acuerdo dispositivo realizado por los interesados, por lo que debería quedar abierta la posibilidad para el usuario para optar por acudir a los Secretarios o a los Notarios.
7. La presencia y documentación que requiere la celebración del matrimonio civil, hace aconsejable que se atribuya esta competencia al Notariado, con carácter compartido con los Secretarios Judiciales y Alcaldes. El divorcio aunque sea por mutuo acuerdo, por lo que supone de ruptura del vínculo conyugal y aunque no hubiere menores e incapacitados, debería mantenerse en la

²¹ Vid. al respecto en NUÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, pp. 414 ss.; DE LA CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, RDN, CXXXVI, abril-junio, 1987.

- órbita judicial. Más dudosa sería la atribución, en idéntico caso, al Notario, como competencia compartida con el órgano judicial, de la separación de mutuo acuerdo, aunque también en este supuesto me inclino por la solución negativa, no obstante lo que he escrito hace años en sentido contrario, dada la necesidad de valoración del convenio regulador. En el extranjero, la celebración del matrimonio se hará en presencia del funcionario diplomático o del agente consular encargado del Registro Civil.
8. En las uniones de hecho, convendría regular la función documentadora y de acreditación del notario, respecto a la existencia real de la unión y el tiempo de duración previo a tal acto de constatación.
 9. En materia de adopción debería regularse la colaboración del notario, a los efectos de acreditar documentalmente, mediante acta de notoriedad, la obligación legal del periodo de tiempo que la ley exige que debe cumplirse en situación de acogimiento preadoptivo por el adoptante o bajo su tutela.
 10. La comprobación de la autografía del testamento ológrafo y su protocolización, es un acto típico de la función notarial, a quien debe atribuirse en exclusiva.
 11. La protocolización y comprobación de la autenticidad de memorias testamentarias, arts. 1969 a 1979 LEC 1881, como instituciones propias de Cataluña y Navarra, son actos característicos de la función notarial, a quien deben atribuirse en exclusiva. En la actualidad, conforme al 672 CC., dichas memorias sólo resultarán válidas si observan los requisitos del testamento ológrafo.
 12. La acreditación de la autenticidad, y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales en supuestos de testamentos abiertos, realizados sin la intervención del notario, como el militar, el marítimo, en peligro inminente de muerte, en caso de naufragio, en tiempo de epidemia o determinadas manifestaciones testamentarias propias del Derecho civil de Comunidades Autónomas, constituyen una función propia del Notario, a quien debe atribuirse la competencia con carácter exclusivo.
 13. La apertura del testamento cerrado debería ser de competencia notarial exclusiva, como así ya se establece en el artículo 114 del Código de Sucesiones de Cataluña. No parece razonable que si el notario ha intervenido en la acreditación de que el documento introducido en el sobre recoge la voluntad testamentaria, aunque se mantenga secreto su contenido y una vez acreditados estos extremos lo protocoliza en su archivo, no pueda procederse ante Notario a la apertura de dicho testamento, si bien así se dispone en la correspondiente regulación. En sentido contrario, el art. 114 del Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, establece que acreditado el fallecimiento del testador el Notario, a instancia de parte interesada, procederá a abrir el sobre que contiene el testamento cerrado y a protocolizarlo, autorizando a este fin una nueva acta.
 14. En la aceptación y repudiación de la herencia, derecho de deliberar y aceptación de la herencia a beneficio de inventario, debería establecerse la competencia compartida entre el Secretario Judicial y el Notariado, a fin de que el usuario pudiese optar por acudir alternativamente a uno u otro, dado que se trata de actos de documentación y autenticación. En el caso de que en estos supuestos no hubiere proceso judicial pendiente, la atribución de la competencia al Notariado debería tener carácter exclusivo.
 15. Debería establecerse la posibilidad de inmatriculación mediante acta de notoriedad, y suprimirse la intervención judicial homologadora de la decisión del

- Notario, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida, por suponer una desnaturalización de la actividad notarial y una inapropiada desconfianza de su actuación.
16. No parece procedente la exclusión de la intervención notarial en el caso de declaración de herederos a favor de parientes colaterales, si bien, en sentido contrario, se ha justificado por un sector doctrinal, en atención a la mayor probabilidad de la existencia, en estos supuestos, de herederos desconocidos.
 17. La protesta de averías, en cuanto se trata de documentar formalmente la existencia, causas y circunstancias de una avería, es un acto propio de la función notarial, a quien debe atribuirse de forma compartida con los Secretarios Judiciales.
 18. Debería atribuirse al Notariado competencia para el reconocimiento y depósito de efectos mercantiles, sin perjuicio de mantener en el ámbito judicial la declaración de extinción del derecho.
 19. La apertura de escotillas para hacer constar la buena estiba del cargamento, es una actividad de control y documentación propia de la actividad notarial, y debería atribuírsele en exclusiva o de forma compartida con los Secretarios Judiciales.
 20. La documentación de la renuncia de los legatarios a su derecho de anotación preventiva, conforme al art. 149 RH.
 21. La inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas. Conforme al 312 RH., el requerimiento al propietario para que inscriba puede ser notarial o judicial, pero parece más razonable que sea notarial o registral, suprimiéndose la intervención del juez en este ámbito.
 22. La aprobación de la repudiación de la herencia realizada por los representantes de asociaciones, corporaciones y fundaciones, prevista en el art. 993 CC., podría asimismo atribuirse como competencia compartida, que daría lugar a la opción del interesado para acudir a uno u otro profesional del derecho, a Secretarios Judiciales o Notarios.

7.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Como reflexiones finales, que podrían adicionarse o serían de complemento a las ya expuestas, cabría hacer mención de las siguientes:

- 1) Las resoluciones dictadas en sede de jurisdicción voluntaria, así como las actuaciones atribuidas a otros profesionales del derecho, como resultado de la desjudicialización de competencias en esta materia, podrán en todo caso ser objeto de control o revisión judicial en proceso ordinario.
- 2) No parece, en principio, razonable judicializar supuestos cuya competencia se encuentra, en el momento actual, atribuida a otros operadores jurídicos, aunque si se vislumbra la oportunidad de reordenar, con mejor criterio, determinadas competencias fuera de su actual marco²².

²² Vid. En esta línea de argumentación, como en general en toda su reflexión sobre la jurisdicción voluntaria las, a mi juicio, acertadas propuestas sobre la jurisdicción voluntaria, formuladas por RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, cit. pp.17 ss; Id. *Derecho Procesal Civil*, T. III. Cit. pp.1289 ss.

- 3) Parece razonable incardinar, en líneas generales, la futura regulación de la jurisdicción voluntaria, en lo que constituye el actual marco de referencia de esta institución en las legislaciones más próximas de nuestro entorno comunitario como Italia, Portugal, Francia o Alemania: supuestos negociales, pequeños desacuerdos en el marco de la convivencia matrimonial o de las parejas de hecho, o en el ejercicio de la patria potestad autorizaciones, homologaciones, declaración de derechos, control de determinados actos, resoluciones urgentes, tutela de intereses públicos generales o sociales, en los que la actuación de los particulares trasciende de la esfera de la autonomía privada lo que se ha dado en denominar jurisdicción voluntaria tutelar de determinadas relaciones jurídico-privadas que afectan a menores, incapacitados, desvalidos o ausentes y supuestos de autorización judicial en la restricción, garantía y control en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.
- 4) En el marco de la jurisdicción voluntaria no cabe que los particulares conformen un procedimiento de naturaleza constitutiva, cautelar o ejecutiva, al margen de los preceptos legales existentes, lo que supone el mantenimiento del principio del *numerus clausus* en esta parcela del Ordenamiento.
- 5) Las disposiciones generales contenidas en la primera y segunda parte del libro III LEC 1881 no integran un procedimiento completo, sino que constituyen un conjunto de disposiciones parciales, por lo que habrá que acometer la tarea de elaborar unas auténticas y completas Disposiciones Generales en la futura Ley de la materia. Convendría elaborar, en este sentido, una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, en la que se recojan sus principios informadores, y las reglas de procedimiento que incardine esta esfera de la jurisdicción en el marco de la ciencia procesal del siglo XXI y no en el campo de la mera técnica procedimental.
- 6) Se impone la necesidad de una ley sustancialmente nueva, elaborada desde una posición reflexiva, metódica y sistemática, superadora de la concepción de la jurisdicción voluntaria como residual frente a la contenciosa y que conecte con la realidad social del actual momento histórico, más complejo en ocasiones y más simplificado en otras, que el existente cuando se aprobó el libro III de la LEC de 1881 que, todavía vigente, ha permanecido en vigor más de 120 años.

Doctrina y Jurisprudencia están de acuerdo, en que es hora ya de que la jurisdicción voluntaria, deje de ser un campo de experimentación del legislador. En el marco de la necesaria adaptación de ese organismo vivo que es el Derecho, al progreso de la civilización, el legislador está llamado a tomar en consideración, los logros de la especulación intelectual de la doctrina científica y las aportaciones y experiencias de los demás operadores jurídicos, realizadas durante la pasada centuria y en los años transcurridos de la presente, a los efectos de lograr una regulación de la jurisdicción voluntaria, que al propio tiempo que tenga en cuenta las necesarias enseñanzas de la historia y de la tradición procesalística española, «no hay dogmática sin historia o no debería haberla -escribía Tomás y Valiente en 1996- porque los conceptos e instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible pero condicionante», combine de forma adecuada, las obligadas soluciones de política jurídica, con la realidad social del momento actual, y una adecuada proyección hacia el futuro. Sería deseable que sin atender en este punto, al conocido aserto goethiano, de que todo lo incompleto es fecundo, se elabore una ley lo más completa posible que, escrita con buena técnica jurídica, conforme a las exigencias de la dogmática del derecho procesal, suprima los expedientes obsoletos, reforme los todavía útiles, traslade e incorpore de otros textos legales los que tienen naturaleza voluntaria y sistematice y redistribuya competencias, en aras

de la racionalización del sistema, desjudicializando, a favor de otros profesionales del derecho, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, a fin de dar respuesta, en definitiva, también en esta parcela del Ordenamiento Jurídico, al desafío de una justicia, más moderna y eficaz.