

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: UNA PROPUESTA DE FUTURO

Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. El Proyecto de regulación legal específica e independiente de la jurisdicción voluntaria.–II. Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria y su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000.–III. Análisis de la definición legal de jurisdicción voluntaria contenida en el artículo 1.811 de la LEC de 1881.–IV. Naturaleza jurídica de la actual jurisdicción voluntaria.–V. La sanción constitucional de la jurisdicción voluntaria en el artículo 117 de la Constitución Española: análisis de su posible consideración como potestad jurisdiccional.–VI. Racionalización y distribución de las competencias en materia de jurisdicción voluntaria.–VII. Problemas fronterizos, supuestos conexos y procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria.–VIII. A modo de epílogo.

I. EL PROYECTO DE REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA E INDEPENDIENTE DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

EN el apartado V de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000, *BOE* de 8 de enero, que ha entrado en vigor, conforme a la disposición final vigésima primera, al año de su publicación, se afirma 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...».

La disposición final decimoctava recoge el compromiso formal y legal 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, en consecuencia, finalizará el 8 de enero del año 2002.

AFDUAM 5 (2001), pp. 89-148.

En tanto no se apruebe una ley de jurisdicción voluntaria, lo que supone optar por el modelo alemán, conforme al cual se regula esta materia en un texto distinto de la ley procesal civil general, continúa vigente, con determinadas excepciones, la regulación contenida en el libro III de la LEC de 1881, relativa a la jurisdicción voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación (1) y a la declaración de herederos *abintestato*, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1.º y 2.º, de la nueva LEC (2).

La nueva ley de jurisdicción voluntaria llamada a recoger los nuevos avances de la ciencia procesal, que han constituido uno de los *leitmotiv* de la LEC de 2000, no debe desdeñar las enseñanzas de la experiencia histórica en materia tan arraigada en las legislaciones de los distintos países europeos, en los que la expresión y la regulación de la jurisdicción voluntaria ha tenido enorme fortuna, desde que se recoge por primera vez, en un fragmento del *Corpus Iuris* Justiniano y, a través de los glosadores e intérpretes medievales, pasa al Derecho común y llega a los Códigos modernos.

La doctrina procesalista ha caracterizado la regulación contenida en los 323 artículos correspondientes al libro III de la LEC de 1881, en líneas generales, como caótica, dispersa y anacrónica, especialmente en materia de actos de comercio, lo que a mi juicio habría que referirlo no tanto a los principios informadores, como expondré a continuación, cuanto a los supuestos que constituyen el objeto regulado (3).

En el ámbito jurídico, como afirma Muñoz Rojas, 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 (4).

(1) Vide FAIRÉN, sobre la conciliación en la audiencia previa, en *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la LEC de 7 de enero del año 2000)*, Madrid, 2000, pp. 73 y ss.

(2) La Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, es de 17 de mayo de 1898. La influencia de la legislación alemana en la española, patente en la regulación de determinadas materias, se manifiesta de forma singular en el marco de la Constitución Española, al haber constituido la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución alemana, nuestro principal modelo constitucional.

(3) RAMOS MÉNDEZ, en su *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, pp. 16 y 32-33, denuncia el estado de cosas en la materia y afirma la necesidad de una reestructuración a fondo: «Existen disposiciones que son prácticamente letra muerta o, al menos, están inéditas en los últimos años. Otros artículos me atrevería a afirmar que están vírgenes desde su promulgación y otros procedimientos han sido sustituidos o, mejor dicho, son suplidos con mucha mayor efectividad por otro tipo de actuaciones extrajudiciales... por lo que no es aventurado concluir que las necesidades reales en actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio van por un camino muy distinto del paradigma normativo actualmente vigente».

(4) Vide, al respecto, MUÑOZ ROJAS, «Sobre la Jurisdicción voluntaria», *Actualidad Civil*, 1989, núm. 39, semana 22, 1990, pp. 577-585. El mismo autor en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 9, aborda, asimismo, en materia de jurisdicción voluntaria, los requisitos, condiciones y exigencias de índole sustantiva y formal de determinados institutos jurídicos –como la adopción– que, tradicionalmente, se incluyen en la jurisdicción voluntaria desde el Derecho Romano Clásico.

Ciertamente, constituye un tema polémico en la actual doctrina europea, la determinación de cuál sea el concepto, la naturaleza jurídica, la función, y el contenido de la denominada jurisdicción voluntaria. En relación con la misma se han mantenido las más diversas posiciones, y ha sido analizada desde los más contrapuestos puntos de vista, sin que se haya llegado a una orientación mayoritaria entre los estudiosos, lo que ha hecho afirmar algún autor que «la jurisdicción voluntaria es un tema por todos repudiado y sin sede científica propia» (5).

Desde posiciones opuestas, se ha considerado a la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional (6) y se ha sostenido su naturaleza administrativa (7). Desde una óptica conciliadora e intermedia, se ha mantenido su consideración como actividad sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales (8) y se ha afirmado, asimismo, que la jurisdicción voluntaria se encuadraría en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa (9). Se ha propugnado, también por parte de la doctrina, su individualización como categoría o actividad autónoma –como «*tertium genus*» entre administración y jurisdicción–, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados (10). Incluso se ha llegado a afirmar, en la doctrina italiana, que la expresión jurisdicción voluntaria tiene hoy un valor sólo convencional y que no cabe hablar, en relación con los actos que se encuentran dentro de la misma, ni de jurisdicción ni de voluntariedad (11).

Escaso éxito y no pocas críticas ha suscitado sin embargo, en la doctrina de sus propios países la sustitución de la expresión jurisdicción voluntaria, consagrada por la tradición y la experiencia histórica (12), por otras como la italiana «Pro-

(5) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, IEP, Madrid, 1964, p. 36.

(6) *Vide*, en este sentido ZANOBINI, «Sull'amministrazione pubblica del diritto privato», en *Riv. Dir. Pubbl.*, 1918, pp 183 y ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951, pp. 5 y ss.; y SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1953, pp. 529 y ss. *vide*, asimismo, en CASTÁN, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1964, pp. 26 y ss., el examen del doble problema relativo a la determinación de si la función notarial, indudablemente separada de la jurisdicción contenciosa, encaja, cuando menos, en el cuadro de la llamada jurisdicción voluntaria, y el relativo a si esta última es verdadera y propia jurisdicción.

(7) *Vide*, por todos, ALLORIO, «Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria», en *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 1948, pp. 485 y ss.

(8) *Vide*, al respecto, LIEBMAN, «Giurisdizione volontaria e competenze», en *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, II, 1925; CRISTOFALINI, «Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria», en *Studi in onore de Chioyenda*, Padova, 1927, pp. 377 y ss.

(9) CALAMANDREI, *Studi sul procedimento civile*, vol. I: «Limiti tra giurisdizione e amministrazione», Padova, 1930.

(10) FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953. La opinión de este autor parece haber sido aceptada, entre nosotros, por FONT BOIX, en su estudio: «El notariado y la jurisdicción voluntaria», en *Academia Matritense del Notariado*, t. XV, 1967, pp. 235 y ss. Contrariamente, en opinión de BARATA, «La natura giuridica degli atti di volontaria giurisdizione», en *Riv. Not.*, 1965, p. 778, las características de los actos de jurisdicción voluntaria no son tales que justifiquen la existencia de una categoría autónoma, sino que la jurisdicción voluntaria se encuentra, más bien, en una zona límite entre la función administrativa y la jurisdiccional.

(11) MORTARA, *Comentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano, 1923, p. 28, nota 1; CHIOYENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Nápoles, 1936, p. 74.

(12) En contra del mantenimiento de la expresión jurisdicción voluntaria, *vide*, por todos, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1974, t. 1, pp. 115 y ss.

cedimenti in camera di consiglio», la francesa «Jurisdiction graciense», o la austriaca «Gerichtsbarkeit in Geschäften ausser Streitsachen», es decir, jurisdicción en asuntos no contenciosos, si bien en la doctrina francesa e italiana (13) y en la propia legislación, se continúa utilizando las expresiones «Jurisdiction volontaire» y «Giurisdizione volontaria». En todo caso, la disparidad de criterios y la heterogeneidad de los supuestos integrados en la institución ha hecho decir a algún autor que se trata de uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea (14).

Es hora ya que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador (15) y, en efecto, estamos en un momento en el que la doctrina científica y legal debe orientar al legislador acerca de los diversos aspectos que esta materia plantea, y de forma especial, a mi juicio, en las cuestiones relativas a la redistribución de competencias entre la judicatura y otros profesionales del Derecho.

En el marco de la necesaria adaptación de este organismo vivo que en 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 experiencia de los demás operadores jurídicos, realizados durante la pasada centuria, 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 procesalista española sepa proyectarse hacia el futuro, a fin de dar respuesta, también en esta parcela del ordenamiento jurídico, al desafío de una justicia más moderna y eficaz. Cabrá aquí mencionar por su correspondencia con la problemática objeto de nuestro estudio y por su afortunada y precisa expresión, lo afirmado en la exposición de motivos de la nueva LEC: «... Es necesaria, sobre todo, una nueva ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial» (16).

(13) En relación con la utilización de la expresión jurisdicción voluntaria por la mayoría de los autores italianos de todas las épocas, *vide* CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, pp. 314 y ss.; ANDRIOLI, «Il proceso civile non contenzioso», en *Anuario diritto comparato*, 1966, pp. 226 y ss., y FAZZALARI, *Uno sguardo storico e sistematico en Atti del XVII*, Convegno Nazionale, Palermo, 1989, *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, Milano, 1981, pp. 12 y ss.

(14) ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, Milán, 1932, p. 221.

(15) HABSCHEID, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7.ª ed, Munich, 1983, p. 2.

(16) Apartado III, EM, Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000. En relación con el proceso sin dilaciones indebidas, *vide* GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., Madrid, 2001, pp. 315 y ss.

II. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SU CONEXIÓN CON EL NUEVO MODELO PROCESAL DE LA LEC DEL AÑO 2000: EL ETERNO RETORNO DE PRINCIPIOS, FIGURAS E INSTITUCIONES EN EL MUNDO DEL DERECHO

1. Proceso de acercamiento entre las distintas esferas de jurisdicción

En el campo de los principios informadores de la jurisdicción, la ley de 1881 había optado en la eterna cuestión de los contrapesos en relación con algunas de las garantías esenciales de los justiciables, seguridad jurídica, brevedad y simplificación procedimental, por un marcado formalismo y procedimentalismo en el juicio ordinario, que se contraponía a la celeridad del juicio verbal, así como a los numerosos y diversos procedimientos o expedientes de jurisdicción voluntaria, que se habrían configurado desde su origen en el Derecho Romano, pasando por la legislación medieval y moderna, hasta el libro III de la LEC, dedicado a la jurisdicción voluntaria, como actuaciones caracterizadas, en mayor medida que en los procesos contenciosos, por los principios de oralidad, concentración, libertad de formas, facultades coercitivas de los tribunales, dirección material y no meramente formal del proceso por el juez, y obligaciones procesales de los intervinientes.

A mi juicio, una buena parte de las notas inherentes al procedimiento de jurisdicción voluntaria, básicamente la economía procesal, la celeridad en la tramitación, la simplificación procedimental, el papel más activo del juez y la concentración en las actuaciones, han sido asumidas por el legislador de la LEC en la nueva regulación del proceso, con la adición básicamente de la intermediación y del reforzamiento de las obligaciones procesales de las partes, lo que supone, por una parte, que no cabrá en el futuro la justificación legal, expresa o tácita, de acudir a la jurisdicción voluntaria, por razones de urgencia o celeridad, en supuestos de asuntos en los que existe conflicto y, por otra parte, un acercamiento entre ambas esferas de la jurisdicción, la contenciosa y la voluntaria, en el marco de lo que la EM de la LEC 2000 denomina: «el anhelo y la necesidad social de una justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad» (17).

(17) A propósito del riesgo de pasar de los excesos formalistas a los excesos antiformalistas de las leyes, previene FAIRÉN en numerosos escritos publicados en los últimos años, *vide*, por todos, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Madrid, 1998, pp. 46 y ss., donde se afirma: «Es cierto que no deben existir en un modelo procesal más formas que las que la garantía del juez y partes –y de terceros, naturalmente– exigen. Pero el mismo procedimiento, en general, es “forma externa del proceso” –no es una “logomaquia”–, y un proceso sin procedimiento conduce a la doctrina del “juicio sumario indeterminado”, alemana del siglo XVII, según la cual, lo procedente para acelerar el proceso era sustituir los trámites de derecho procedimental, legales o los *substantialia iuris positivi* –por los inspirados en el derecho natural– *substantialia a iure naturali seu divino inductae*. En la práctica alemana ello significó que cada juez, so pretexto de aplicar el derecho natural para formar su procedimiento, hacía lo que le venía en gana, incluido lo más arbitrario. Esa doctrina significó más de doscientos años de retraso en los estudios procesales...». A propósito de la constitucionalidad de los requisitos procesales, *vide* GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., Madrid, 2001, pp. 72 y ss.

Los expedientes de jurisdicción voluntaria adolecen, sin embargo, de ciertas limitaciones en la aplicación de los fundamentales principios informadores del proceso, como la audiencia pública, la contradicción, la aportación de parte, la ausencia de plenitud de efectos de la cosa juzgada o el principio dispositivo.

Sería deseable, en definitiva, que la nueva ley de jurisdicción voluntaria preserve el cumplimiento de las fundamentales garantías del procedimiento, sobre todo si se mantiene, como creemos que sería conveniente, el carácter jurisdiccionalista de la jurisdicción voluntaria, conforme a las anteriores leyes procesales de 1855 y 1881, de modo que la adopción de medidas urgentes que agilicen la administración de la justicia –considerada por el 94 pñor 100 de las respuestas formuladas por los ciudadanos, en una encuesta realizada por el CGPJ en febrero del presente 2001, la fundamental prioridad de la Justicia en España– no suponga la quiebra de las restantes garantías procesales de los justiciables (partes, solicitantes o interesados).

2. El eterno retorno de principios, figuras e instituciones en el mundo del Derecho

Ya en el Derecho Romano, en los distintos tipos de procesos se había puesto el acento, según las épocas, en la oralidad o en la escritura, en el formalismo o en la ausencia de formalidades, en el poder coercitivo del magistrado o en las cargas procesales de las partes, en la posición pasiva o neutral del magistrado o en la exhortación a que procure la transacción o conciliación entre las partes.

Javier Delgado, Presidente del Tribunal Supremo, se refería en el discurso de apertura de las Jornadas de la UAM sobre Derecho y Proceso, en noviembre del año 2000, a las líneas maestras difíciles de desmontar, sobre las que se estructura nuestro ordenamiento jurídico y su reflexión podría complementarse con lo que se ha dado en denominar el eterno retorno de principios, figuras e instituciones en el mundo del derecho. Y quizá valga la pena detenerse en este punto, a la luz de la nueva LEC y de la todavía *non nata* ley de jurisdicción voluntaria, en el marco de la clásica idea de que la historia es maestra de la vida, y de que el Derecho es básicamente lógica y experiencia jurídica. La lógica debe su conformación como rama del pensamiento a Aristóteles, que después de haberse formado durante veinte años en la Academia de Platón, a la muerte de éste funda el Liceo y escribe alrededor de 400 libros, de los que se conservan 50. La experiencia histórica nos enseña a considerar el Derecho como un agregado de experiencias colectivas frente a una concepción sacralizada o dogmática de la ley, que en conocida expresión de Von Lübtow no es como un meteorito que cae del cielo, sino que tiene normalmente tras de sí un pasado histórico que la condiciona y un futuro que trata de alcanzar como ideal (18). En fecha más reciente de 1996, Tomás y Valiente escribe, en la misma línea de pensamiento, que: «No hay Dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históri-

(18) VON LÜBTOW, *Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte*, Berlin, 1954.

cos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante» (19). Esta concepción se recoge en el artículo 3, apartado 1, del Código Civil, en el que se afirma que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...».

Por otra parte, y en lo que afecta a la experiencia jurídica al respecto, en relación con la oralidad que caracteriza al nuevo proceso civil, conforme al mandato constitucional, recogido en el artículo 120 de la Carta Magna y a su contraposición con el carácter escrito del antiguo procedimiento, cabe decir que durante los ocho primeros siglos de la historia de Roma y, en especial, en los seis siglos de República, el proceso fue oral, por influencia del proceso griego. La justicia se administraba públicamente, en el foro o en el comicio, al aire libre, dado que los palacios de justicia o basílicas son de la época clásica. El magistrado, elegido por la asamblea popular, y rodeado del consejo de juristas que le asesoraba y de los auxiliares o lictores, se situaba en un estrado y sentado en la silla curul, insignia de su *iurisdictio*, dirigía el proceso (20).

Desde el inicio del procedimiento ante el magistrado, las actuaciones realizadas por los *adversarii*, el actor y el *reus*, se desarrollaban todas ellas de forma oral y normalmente a lo largo de un día ante el magistrado y de uno o varios ante el juez, —lo que constituía la manifestación en la práctica procesal de los no formulados teóricamente principios de concentración e inmediación—, que era un particular elegido por las partes, de entre una lista de jueces elegidos por la asamblea popular —*album iudicialis*— y propuestos por los distintos grupos políticos que controlaban los comicios. El *iudex* elegido, o sorteado en caso de desacuerdo, emitía su parecer o *sententia*, que era su opinión, si había visto claro el asunto, en reunión pública y de forma oral, o bien podía abstenerse, jurando que no estaba seguro sobre la sentencia justa, con lo que el asunto volvía a replantearse ante el magistrado.

La oralidad, la concentración, la inmediación y la inmediatez temporal eran consustanciales al proceso primitivo. Incluso había unos magistrados, los ediles curules, que administraban justicia sólo los días de mercado en Roma, y conocían de los supuestos de evicción, vicios ocultos y todos los demás problemas que podían plantear las compraventas realizadas por los ciudadanos en el foro, en los días feriados (21). Se pensaba en la Roma republicana que la figura del ciudadano o ciudadanos que actuaban como juez o tribunal, asesorados por los juristas, era una garantía de pureza democrática, frente a la posible injerencia de los poderes del Estado, idea ésta de justicia popular que Roma recibe de Atenas y que lleva a la práctica tanto en el ámbito de la justicia civil como de la justicia penal, a lo largo de la República.

(19) TOMÁS Y VALIENTE, «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales», en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1966, pp. 149-180.

(20) Vide, al respecto, WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana*, Barcelona, 1991; AMARELLI-LUCREZI, *I processi contra Archia e contro Apuleio*, Nápoles, 1997; PARICIO, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, Granada, 1991. Id., *Valor de las opiniones jurisprudenciales en la Roma clásica*, Madrid, 2001; FERNÁNDEZ BARREIRO, «Poder político y Jurisprudencia en la Roma tardo-clásica», en *Poder político y derecho en la Roma clásica*, ed. J. Paricio, Madrid, 1996, pp. 118 y ss.

(21) IMPALLOMENESE, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955.

La concepción clásica de la justicia popular directa se recoge en el artículo 125 de la Constitución cuando se afirma que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular –que es la *actio popularis* romana– y participar en la administración de justicia mediante la institución del Jurado, en aquellos procesos penales que la ley determine».

La democracia popular en Atenas en el ámbito de la administración de justicia tuvo un período de esplendor de cincuenta años. Sin embargo, tiene escrito Castillejo, el pueblo ateniense de hombres libres que tantas veces había logrado la victoria sobre los ejércitos de los déspotas persas, no consiguió dominar sus propias pasiones, envidias y suspicacias: por condena popular, Milcíades el héroe de Maratón, murió en la cárcel, Temístocles el héroe de Salónica murió en el destierro condenado por un Jurado, Sócrates condenado a muerte por escaso número de votos, bebió la cicuta, al igual que lo hizo Demóstenes, el gran orador y opositor a Filipo de Macedonia, ante una condena popular, que afectó, asimismo, a Fidias, escultor del Partenón, que muere en la cárcel, y la democracia acabó eclipsándose (22).

En la República romana, que hereda y pone en práctica el sistema de justicia popular ateniense, acaba optándose por el sistema de tribunales permanentes y colegiados, cuyos miembros eran elegidos por la asamblea, con carácter permanente (23). Los enfrentamientos entre los grupos políticos del siglo I a. C., para imponer la elección en la asamblea de sus candidatos a jueces, es una de las razones que contribuyó a la crisis del período áureo de la historia política de Roma, que degenera en el gobierno autoritario de Augusto y de sus sucesores, que introducen la concepción de la administración de justicia como función pública, correspondiente al Estado, y la de los jueces o magistrados como profesionales del Derecho y funcionarios jerarquizados de la chancillería imperial. La evolución desde esta concepción burocrática dependiente del poder político, hasta la actual configuración de los jueces como independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117 CE) duró veinte siglos.

El procedimiento del Principado y del Imperio fue predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías, de posibilidades dilatorias, de tecnicismos, de sutilezas jurídicas, y se entendió entonces que ello suponía un progreso respecto a la oralidad del proceso anterior, *scripta manent verba volant*, los escritos permanecen, las palabras vuelan, pensaban entonces los romanos, frente al aforismo germánico conforme al cual «el papel engaña sin ruborizarse» (24).

En el ámbito de las cargas procesales de las partes y del poder coercitivo del magistrado, resaltadas como notas positivas del proceso ordinario de la nueva LEC, se produce, asimismo, una evolución, aunque en sentido inverso, en el proceso romano.

(22) Vide, de forma paralela lo ocurrido en Roma, en CERAMI, *Accusatores populares, delatores, iudices. Tipologia dei collaboratori di giustizia nell'antica Roma*, Index, 26, 1998, pp. 117 y ss., y LABRUNA, «Corruzione e politica in Roma repubblicana», en *Attualità del antico*, Roma, 1997, pp. 237 y ss.

(23) VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996; SANTALUCÍA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994; ROBINSON, *The criminal Law of ancient Rome*, Londres, 1995; GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padua, 1990.

(24) MURGA, *Derecho Romano Clásico*, Zaragoza, 1980.

En el proceso originario, la posición del magistrado es básicamente pasiva, lo que contrastaba con la obligación de la presencia física de las partes en el foro, que deben comparecer por sí mismas y estar presentes a lo largo del procedimiento, pues son ellas las que en virtud del principio dispositivo impulsan su desarrollo.

Si el demandado se negaba a comparecer, el demandante podía llevarlo por la fuerza ante el magistrado, si bien había unas causas tipificadas por la ley que le eximían de la comparecencia. Alternativamente, el demandado podía presentar un *vindex* que garantizaba la futura comparecencia, pero que quedaba como rehén del actor, hasta que se producía la misma. Si el demandado no comparecía, el *vindex* quedaba obligado a satisfacer la pretensión del demandante (25).

Posteriormente, se otorga al magistrado la posibilidad de conceder una *actio in factum*, por el hecho de la no comparecencia, dirigida a indemnizar los daños causados al demandante (26).

Asimismo, la posición de *indefensio* –indefensión– por no comparecer o no defenderse suponía la pérdida de la cosa o del derecho real sobre el que se contendía o del derecho de crédito objeto del litigio. Alternativamente, se facultaba al demandado a garantizar su asistencia mediante una promesa –llamada *vadimonium*– a la que se añadía una cláusula penal, en virtud de la cual la incomparecencia llevaba aparejado el pago de una cantidad al demandante.

La no comparecencia de mala fe era sancionada con el embargo provisional y preventivo de todo el patrimonio del demandado en primera instancia y con embargo ejecutivo, con venta en pública subasta, en caso de que el demandado persistiese en su actitud contumaz (27).

Por el contrario, en el proceso cognitivo, no se establece ninguna garantía ni sanción contra el demandado que no se presenta o que no se defiende –*indefensus o contumax*– por lo que se sustancia el proceso sobre la base de las pretensiones del demandante (28).

No debo finalizar este breve inciso sin, al menos, hacer referencia al principio clásico romano, que se concreta en obligación legal moderna del artículo 428.2 de la nueva LEC de favorecer la transacción entre las partes, así como a las facultades coercitivas del magistrado romano y moderno, dirigidas por ejemplo a obligar, mediante multas, al cumplimiento de las condenas, a hacer o no hacer, lo que nos llevaría al análisis de la contraposición entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial (29).

Cabría, asimismo, mencionar la evolución producida en el marco del proceso romano, desde las primitivas condenas a prestaciones de cualquier naturaleza, a la obligatoriedad de la condena pecuniaria en el proceso formulario, lo que en su

(25) FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Navarra, 1969.

(26) PUGLIESE, sub voce *azione*, NND Diritto Romano.

(27) Vide, en KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, y ALBANESE, *Il processo privato romano delle «legis actionen»*, Palermo, 1987

(28) LUZZATO, «In tema di origini del processo “extra ordinem”», *Studi Volterra*, 2, Milano, 1971, pp. 665 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los principios dispositivo e inquisitivo en el proceso romano*, SDHI, 41, 1975, pp. 125 y ss.; PROVERA, *Lezioni sul proceso civile giustiniano*, 2 vols., Torino, 1989.

(29) Vide, en TONDO, *Crisi della Repubblica e formazione del Principato in Roma*, Milan, 1988; AMARELLI, *Tardo antico, basso imperio, imperio bizantino*, AAC, 1995, pp. 327 y ss.

momento se consideró un notable progreso, en cuanto que se aceptó como una novedad la idea de que toda prestación podía ser objeto de valoración económica, lo que con el paso del tiempo volvió a cuestionarse, por los inconvenientes de todo tipo que suponía la condena pecuniaria, por lo que se restablece la posibilidad de condena a todo tipo de prestación (30).

III. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL ARTÍCULO 1811 DE LA LEC DE 1881 Y LA CONTENCIOSIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA CONTRAPOSICIÓN: EL TEXTO DE MARCIANO RECOGIDO EN D. 1. 16. 2 PR

1. La contenciosidad como elemento esencial de la jurisdicción voluntaria. La conversión del expediente voluntario en contencioso. Relevancia de la contradicción

El artículo 1811 de la LEC de 1881 establece que «Se considerarán 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 y determinadas».

La definición legal del 1811 se adhiere al criterio de la no contradicción o contenciosidad como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, lo que supone situarse en la línea de la tradición histórica de nuestro Derecho que, con base en el texto de Marciano, recogido en el Digesto, ha pasado a las Partidas, y de ahí a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 (31). El concepto de jurisdicción voluntaria contenido en el 1811 ha dado lugar a un amplio debate científico, especialmente en torno de la ausencia de conflicto como criterio determinante de la jurisdicción voluntaria (32).

(30) *Vide*, al respecto, en GUARINO, *La condanna nei limite del possibile*, Napoli, 1978, y BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 1, Madrid, 1990, pp. 175 y ss.

(31) Las Partidas reproducen en materia de jurisdicción voluntaria los principales textos romanos, *vide* al respecto, con citas de la Glosa, de Gregorio López y de la doctrina procesal castellana, en FAIRÉN, «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa», en *ADC*, 1991, pp. 947-949. Cabe, asimismo, señalar que el Tribunal Supremo continúa citando textos del Digesto y de las Partidas en apoyo no sólo de sus razonamientos, sino incluso como fundamento de sus decisiones, especialmente en el ámbito de los Principios Generales del Derecho, *vide*, en este último sentido, REINOSO, *Los principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1988.

(32) El criterio de la ausencia de conflicto como elemento esencial determinante entre el juicio declarativo ordinario y el procedimiento de jurisdicción voluntaria ha sido resaltado, entre otros muchos supuestos, a propósito del juicio de testamentaría, *vide* STS de 14 de julio de 1994, STS de 5 de julio de 1994 y STS de 31 de octubre de 1996.

En relación con el procedimiento de homologación civil de las resoluciones eclesiásticas sobre matrimonio canónico, conforme a la disposición adicional segunda de la Ley de 7 de julio de 1981 sobre esta materia, en STC de 8 de noviembre de 1983, se establece «la intervención judicial para el supuesto de que no se formule oposición, al modo de jurisdicción voluntaria, lo que ha de incluirse

Si bien, el artículo 1811 utiliza el término actos para referirse a la jurisdicción voluntaria, en otros artículos se hace referencia a negocios o expedientes. La doctrina, no obstante, suele utilizar la palabra asunto en relación con la jurisdicción contenciosa y negocio para aludir a la jurisdicción voluntaria. La diversa terminología no es, sin embargo, el único elemento de confusión. Por el contrario, la dispersión legal de su regulación, la heterogeneidad de los procedimientos, la notable variedad de materias, el amplio número de supuestos de la más variada naturaleza y la propia distinción entre jurisdicción voluntaria judicial y no judicial han impedido, al no encontrarse criterios clasificatorios aceptados como válidos por la mayoría de la doctrina, la configuración de una categoría unitaria de actos de jurisdicción voluntaria.

En una época como la actual, en la que se cuestionan las grandes construcciones conceptuales (33), entre otras causas por el influjo del pragmatismo característico del sistema anglosajón, la configuración legal de la jurisdicción voluntaria en la LEC de 1881 encuentra, al decir de Fairén, adhesiones significativas fuera de España. Se refiere este autor a su experiencia como interviniente en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Upsala (Suecia) en 1967, y en el XVII Congreso de la Asociación de Estudiosos del Proceso Civil, celebrada en Palermo en 1989, ambos atinentes a la temática de jurisdicción voluntaria. En ambas sesiones científicas, la intervención de Fairén relativa a la exposición y análisis de la solución procesal española al problema del paso de lo jurisdiccional voluntario a lo contencioso fue aceptada como especialmente adecuada por los presidentes de las respectivas ponencias, profesores Habscheid y Tarzia (34).

La regulación legal del paso de un tipo a otro de jurisdicción se contiene en el artículo 1817, que establece que: «Si a la solicitud promovida se hicere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía» (35).

La referencia al juicio correspondiente según la cuantía del inciso final debe entenderse derogada, en atención a lo establecido en la disposición derogatoria

entre las funciones que de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE puede atribuir la ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho: cuando se formula oposición por un esposo o el Fiscal, se cierra el procedimiento y el Juez debe abstenerse de dictar Auto de concesión de efectos civiles, dando la oportunidad a las partes de acudir al proceso que corresponda».

(33) *Vide*, al respecto, en DENTI, «La giurisdizione volontaria revisitata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, pp. 325 y ss., y en Studi in onore di E. Allorio, Milano, 1989, p. 194.

(34) *Vide* en FAIRÉN, «Sobre el paso...», cit., pp. 946 y ss.; Id., «Adiós a la LEC de 1881», *Revista de Derecho Procesal*, 2, 2000, pp. 329-331; Id., «Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: Las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 2/1990, pp. 19-34.

(35) El texto del artículo 1.917 procede, levemente modificado, del correspondiente a la regla séptima del artículo 1.208 del Código de 1851, en la que se establece que: «Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el expediente y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda». En relación con nuestro primer Código Procesal Español de 1851, de base romanística a través de las Partidas y de la influencia decisiva en el Código de 1881, *vide* FAIRÉN, «El centenario del primo codice civile spagnolo di procedure civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1956, pp. 215-224.

única, 1, 1.^a, de la LEC: «En tanto no entre en vigor la ley sobre jurisdicción voluntaria, las referencias al procedimiento contencioso precedente contenidas en el libro III se entenderán hechas al juicio verbal».

Si bien un sector de la doctrina moderna ha cuestionado la consideración del criterio de la no contenciosidad como determinante de la jurisdicción voluntaria, no se ha encontrado ningún otro elemento distintivo que satisfaga a la mayoría de los estudiosos (36). Por otra parte, es evidente que hay verdaderos procesos sin contradicción de voluntades y que no toda contradicción, sino la considerada de especial relevancia por la ley, hace contencioso el expediente. Concretamente, en las denominadas sentencias sin oposición, falta auténtico debate judicial, al no formularse por el demandado argumentos contrarios a la petición del actor. Son auténticos procesos sin contradicción de voluntades. Así, por ejemplo, no es infrecuente que el juez se encuentre ante un verdadero proceso sin contradicción, en aquellos supuestos en los que el actor presenta un título ejecutivo, por ejemplo, un documento público notarial, ante el cual no se produce allanamiento, pero tampoco oposición expresa por parte del demandado (37).

Los variados criterios avanzados por los autores, la irrevocabilidad de la cosa juzgada característica del contencioso frente a la revocabilidad de las decisiones judiciales de la jurisdicción voluntaria; el mayor o menor formalismo de los procedimientos; la diferencia entre parte que exige protección frente a un sujeto determinado y solicitante o promotor de un negocio; el relevante papel asignado al ministerio fiscal y al juez en la jurisdicción voluntaria, en relación con el principio dispositivo y de aportación de parte característico de la jurisdicción contenciosa; el carácter constitutivo de la mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria, frente a la más amplia variedad de las actuaciones de jurisdicción contenciosa; el interés público o social de la jurisdicción contenciosa frente al interés privado de la jurisdicción voluntaria; el carácter básicamente preventivo de la jurisdicción voluntaria frente al generalmente represivo de la jurisdicción contenciosa; o el *numerus apertus* de la jurisdicción contenciosa frente al *numerus clausus* de la jurisdicción voluntaria, etc., se han revelado como equívocos y sólo parcialmente válidos.

A propósito de la relevancia de la contradicción, Allorio hace referencia a intensidad y grado (38), en el sentido de que a la oposición considerada no rele-

(36) Para FAIRÉN, «Jurisdicción voluntaria...» cit., p.7, la esencia de la jurisdicción voluntaria consiste en que no hay contradictorio, es decir, no hay «conflicto», ni siquiera aparente, y por ello no hay «partes». La idea fundamental del proceso como *actus trium personarum*, falla totalmente. En opinión de PRIETO CASTRO, *Derecho de Tribunales*, Madrid, 1986, pp. 153 y ss., el procedimiento de los negocios de jurisdicción voluntaria no se sujeta al principio de dualidad de partes, y «partes» no existen realmente en ellos, sino que es un procedimiento «abierto» y pueden comparecer en él personas que designe el solicitante, las que acrediten un interés en el negocio y las que el juez estime que se debe oír (personas legitimadas), para mayor garantía del acierto; aunque estas características no constituyen óbice para la audiencia del promotor del expediente tras la otorgada a estas personas, como un reflejo en esta llamada jurisdicción del principio de contradicción (art. 1.813).

(37) Sobre la no necesidad de acudir previamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria para entablar contienda judicial, vide STS de 27 de febrero de 1998.

(38) Vide ALLORIO, «Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria», en *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1963, t. II, pp. 3 y ss.

vante no se le concede virtualidad jurídica. Dicha oposición, como ha señalado González Poveda, puede basarse en criterios procesales o de fondo (39) y será el juez, a la vista de los argumentos aducidos por el oponente o las personas interesadas, el encargado de valorar la suficiencia de la misma, conforme a lo establecido en la ley, para dar paso al proceso verbal, decidir que la manifestación expresada en contrario no debe ser atendida o posponer su atendibilidad para el final de la tramitación del expediente (40). Ciertamente, en la práctica, el principio de que la oposición hace contencioso el expediente contenido en el artículo 1.817, está sometido a tal número de excepciones contenidas en los artículos 1.825 y siguientes que más que de un principio programático cabría hablar de un criterio aplicable con carácter general en supuestos de contenido patrimonial, y que encuentra numerosas excepciones en el ámbito de los negocios de comercio (41) –donde el criterio general es justo el contrario, es decir, que la oposición no esencial no hace contencioso el expediente–, del derecho de familia, del derecho hereditario o en el marco de las inscripciones practicadas en el Registro Civil (42).

Entre los numerosos supuestos en los que la oposición del tercero interesado no es considerada suficiente para pasar a la jurisdicción contenciosa pueden señalarse, por ejemplo: la protocolización del testamento ológrafo, regulada en el artículo 693 del Código Civil, en el que se afirma que «cualquiera que sea la resolución del juez, se llevará a efecto, *no obstante oposición*, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda» (43). En materia de acogimiento de menores y de adopción, regulada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se establece que *la oposición* de cualquier interesado no provoca la contenciosidad del expediente. En el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario el consentimiento, se interrumpirá el expediente y la oposición se tramitará por medio de un juicio verbal; en materia de acogimiento, si las partes o el tutor se opusieran podrá, no obstante, ser acordado por el juez, en interés del menor. En los supuestos de requisa de víveres realizada por el capitán de un buque, si los dueños no estuvieren conformes con

(39) *Vide*, al respecto, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, Madrid, 1997, pp. 135 y ss. Con carácter específico y con gran detalle ha estudiado GONZÁLEZ POVEDA esta cuestión en «Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción en oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, 16, pp. 18-56, en el que se analiza: la conversión del expediente en contencioso, el régimen común de la oposición en nuestro Derecho, el régimen de conversión del expediente sobreseyéndose el expediente; el régimen de sobreseimiento del expediente; el régimen de no conversión del expediente en contencioso y de tramitación de la oposición en el mismo expediente, y el régimen de inadmisión de la oposición.

(40) *Vide*, al respecto, en GIMENO GAMARRA, «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1963, pp. 5 y ss.

(41) *Vide*, al respecto, RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978.

(42) En relación con la interpretación de lo que se entiende por mera oposición o contradicción cualquiera en la LEC, artículos 1.811 y ss., a propósito de una colisión entre acta notarial y expediente judicial, *vide* Resolución DGRN de 8 de mayo de 1955.

(43) *Vide*, al respecto, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1966; 9 de mayo de 1970 y 19 de enero de 1973, y RODRÍGUEZ VALCARCE, «Testamento ológrafo: problemas que suscita su elevación a público y protocolización», *Revista de Derecho Notarial*, LXIII, 1969, pp. 217 y ss.; RUIZ VADILLO «El testamento ológrafo», *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 615 y ss.

la existencia de necesidad o con el precio fijado, podrán promover una información judicial en el puerto donde arriben, pero el juez se limitará a oír a los interesados en una comparecencia y si los intervinientes no se aviniesen dará por concluido el acto, no obstante la oposición de cualquiera de ellos, con reserva de la acción que corresponda, para que la ejecuten en el juicio contencioso, conforme al artículo 2.161, regla 10, de la LEC de 1881.

Hay otros supuestos de jurisdicción voluntaria en los que podría afirmarse que hay una oposición presupuesta o latente, no obstante la cual, el expediente no se hace contencioso, así, por ejemplo: cuando no existiendo acuerdo entre los cónyuges para proceder a la disposición de bienes gananciales, se atribuye al juez potestad para, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia, conforme al artículo 1.377 del Código Civil, o bien cuando el juez, conforme al artículo 248 del Código Civil, de oficio o a solicitud del ministerio fiscal o de persona interesada, decreta la remoción del tutor, pues parece razonable pensar que en la mayoría de los casos el tutor se opondrá a la remoción (44).

Por otra parte, como opina Fairén, la característica española de existir, al menos, un recurso de apelación e incluso el de casación (en relación con los procedimientos de jurisdicción voluntaria) disminuye las distancias entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria; aunque esta disminución no implica identidad ni mucho menos... Sencillamente, la existencia ordinaria de tales recursos en el ordenamiento español, demuestra que la jurisdicción voluntaria se ha considerado y considera como una manifestación de la jurisdicción, mejor que administrativa, y ello, *ope legis*. Explicación, en la relatividad histórica y geográfica de los conceptos... (45).

Señala Almagro que, en materia de oposición, la doctrina jurisprudencial ha puesto de relieve que el legislador, a veces, pese a cierto grado de litigiosidad subyacente o posible, establece que la consecuencia de unos determinados efectos ha de alcanzarse por acto de jurisdicción voluntaria. Ni que decir tiene que la licitud de esta conducta del legislador está en función sólo de algunas justificaciones: que la contrariedad real no sea «cegada» definitivamente por un acto de jurisdicción voluntaria y que aunque se posponga el planteamiento de la contrariedad real hasta la finalización del acto de jurisdicción voluntaria o se entienda que la causa concreta de oposición deba quedar englobada en una más general de categoría superior, nunca sea «sofocado» el legítimo ejercicio (46) del derecho a la jurisdicción

(44) La remoción del tutor sospechoso tiene su origen en la *cognitio de suspectus tutoribus* romana. Si bien, esta institución es considerada jurisdiccional por los juristas (D. 1. 24. 1 y D. 26. 10. 1. 4), no se cumple en la misma, la ausencia de acusación o contención, nota esencial de la *iurisdictio voluntaria* romana, salvo en el supuesto excepcional, contemplado en D. 26. 3. 10. 4, en el que el pretor, ante las abundantísimas pruebas de los hechos, rechaza incluso sin acusación al tutor sospechoso, para preservar el interés del pupilo: *quod favore pupillorum accipiendum est*. Otro supuesto sería la fijación del domicilio conyugal por el juez (art. 70 CC), cuando los cónyuges no se pongan de acuerdo sobre esta cuestión.

(45) FAIRÉN, «Sobre el paso...», cit., p. 958.

(46) En relación con la citación, emplazamiento y derecho a ser oído por parte de los interesados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, vide STS de 12 de julio de 1980, en la que se analiza, asimismo, el principio general de Derecho de la contradicción procesal, audiencia bilateral o de que nadie puede ser condenado sin que tenga la posibilidad de defenderse.

considerado desde la vertiente del derecho al proceso contradictorio con todas sus garantías. Asimismo, en opinión de este autor, en consonancia con la ausencia de contradicción se revela el carácter unilateral y no bilateral del proceso voluntario, por lo que la jurisdicción voluntaria no sólo presupone la inexistencia de conflicto, sino, en especial, que una persona, unilateralmente, tiene derecho a obtener la tutela judicial (47).

Podría afirmarse, en definitiva, que cuando el tercero interviniente no se limita a manifestar un mero interés, sino que formula un derecho subjetivo frente a la solicitud del promovente, parece razonable que el juez no concluya el expediente de jurisdicción voluntaria, sino que dé paso al juicio contencioso correspondiente.

Si bien no cabe hablar de contradicción en la jurisdicción voluntaria, el texto del artículo 1.813 de la LEC de 1881 podría considerarse un reflejo del principio contradictorio en los expedientes de jurisdicción voluntaria al establecerse que: «si el que promoviere el acto pidiere que se oiga a alguna otra persona o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escribanía (por Escribanía debe entenderse hoy la Secretaría del Juzgado) por un breve término, que fijará el juez según las circunstancias del caso». El texto del artículo 1.813 es, asimismo, un reflejo de la proximidad entre los dos tipos de jurisdicción, la contenciosa y la voluntaria (48).

2. Supuestos de intervención preceptiva del juez

En los actos de jurisdicción voluntaria no cabe afirmar la existencia de partes ni de pretensiones frente a una parte. El inicio de las actuaciones se produce o bien por decisión del solicitante, compareciente o promotor del expediente, o bien por acuerdo de los solicitantes (si bien no hay litisconsorcio), o bien de oficio (por ejemplo, en supuestos de menores, incapacitados, ausencia o fallecimiento). En todos los casos, el juez realiza un control de legalidad de lo actuado en su presencia y, en su caso, autoriza o legitima el acto o negocio correspondiente.

Junto con los supuestos en los que la intervención del juez es solicitada por él o los interesados, hay otros casos en los que, conforme a la dicción del artículo 1.811, la intervención del juez se considera necesaria, o bien en atención a la materia o bien debido al especial papel asignado por el legislador al órgano judi-

(47) ALMAGRO, *Derecho Procesal*, t. I, v. II, Proceso Civil, con CORTÉS DOMINGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, Valencia, 1990, pp. 546 y 548.

(48) En relación con el alcance del procedimiento de adopción y acogimiento de menores como acto de jurisdicción voluntaria, conforme a la ley de adopción de 11 de noviembre de 1987, en STC de 16 de junio de 1997, se afirma que «al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la LEC transparenta su intención de servir importantes fines. Uno, asegurar que todas las actuaciones así llevadas a cabo lo sean “con la conveniente reserva”... Otro fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes...».

cial. Singular relevancia se otorga al ministerio fiscal en materia de jurisdicción voluntaria. Conforme al artículo 1.815 de la LEC: «se oirá previamente al ministerio fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección y defensa competan a la autoridad» (49).

Con carácter general, la doctrina considera preceptiva la intervención del ministerio fiscal en todos aquellos supuestos que afectan a la condición o estado civil de las personas, en defensa de intereses generales o sociales o bien deberes jurídico-públicos. Se trata, por tanto, de supuestos en que los intereses públicos están por encima de los intereses de los particulares. Al decir de Fairén, cabría afirmar que determinados actos de jurisdicción voluntaria son de *ius cogens*, están regidos por el principio inquisitivo, por lo que no les son aplicables los principios clásicos del sistema procesal intradispositivo (50).

Para Prieto Castro, el ministerio fiscal ha de ser oído en la jurisdicción voluntaria en calidad de órgano informante o como parte, según los casos. El ministerio fiscal sería parte cuando actúa en defensa de los intereses de aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismos. Cuando desempeña su función de defensa del interés público, el ministerio fiscal sería órgano colaborador del juez o tribunal, fundamentalmente «informando», emitiendo su dictamen (51). Como interesado, señala González Poveda, el ministerio fiscal puede adoptar en los actos de jurisdicción voluntaria la posición de solicitante o promotor de expediente o la de tercero interviniente, es decir, como mero interesado (52).

Entre los numerosos supuestos de actuaciones de jurisdicción voluntaria en las que se considera necesaria u obligatoria la intervención del juez, citaremos, por ejemplo: la ausencia, en relación con la que se establece en el artículo 2.031 de la LEC, que «los jueces están plenamente facultados para adoptar de oficio, con intervención del ministerio fiscal, cuantas medidas de averiguación e investigación consideren procedentes, así como todas las de protección que juzguen útiles al ausente». La habilitación judicial, artículos 1.994 a 2.001 de la LEC, definida por Ramos Méndez como «un mecanismo para obviar la negativa o imposibilidad de la persona que debe prestar su concurrencia para completar la capacidad de otra», encontraría su fundamento, en que la negativa o imposibilidad de las personas llamadas a suplir o integrar la capacidad procesal de otras no debe redundar en perjuicio de éstas, hasta el punto de imperdirles el acceso a los tribunales o imposibilitar su defensa (53). El nombramiento de defensor, conforme al artículo 300 del CC, en el que se establece que «el juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del ministerio fiscal, tutor, curador o de cualquier otra persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para

(49) En el mismo sentido, el artículo 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal establece como misión del mismo: «Asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de organismos tutelares que las leyes establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

(50) FAIRÉN, «Sobre el paso...», cit., p. 958.

(51) PRIETO CASTRO, «Contribución dogmática del Ministerio Fiscal», en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, pp. 3 y ss.

(52) GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, cit., pp. 106 y ss.

(53) RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1990.

el cargo»; o bien, conforme a la Ley 11/1981, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que en su disposición transitoria décima establece que «Mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 1.º Para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la ley. 2.º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, cuando por su propia naturaleza se exija una resolución urgente»; o bien, conforme a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que regula el acogimiento de menores y adopción, y que establece que podrá promover la constitución judicial del acogimiento, el ministerio fiscal o la entidad pública correspondiente; o bien, conforme a la Ley de 24 de octubre de 1983, que restablece la distinción romana entre tutela y curatela y dispone que los expedientes se tramitarán conforme a la normativa de jurisdicción voluntaria de la LEC de 1881, considerándose un deber público la promoción de la constitución de la tutela y la curatela que incumbe, entre otros, al ministerio fiscal y al juez competente cuando tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a la misma (art. 228). O bien, conforme a lo dispuesto en los artículos 2.011 y siguientes de la LEC, en los que se establece que es necesaria la autorización judicial para enajenar, gravar o transigir sobre los bienes o los derechos de los menores o incapacitados. La necesaria autorización del juez para convocar junta general ordinaria, cuando se hubiese convocado dentro del plazo legal, conforme al artículo 101 de la LSA. El nombramiento por el juez de auditores, de las cuentas de la sociedad anónima, cuando concurre justa causa, conforme al artículo 206 de la LSA. La designación por el juez de interventores en las operaciones de liquidación de la sociedad anónima, conforme al artículo 269 de la LSA, supuestos estos tres últimos considerados de jurisdicción voluntaria y en los que es necesaria la intervención del juez.

En relación finalmente con el posible paso de un supuesto de jurisdicción contenciosa a jurisdicción voluntaria, cabe afirmar con Fairén que ofrece dificultades técnicas, pero que se verá muy facilitada por vehículos ya existentes: por un «desistimiento bilateral» de las partes que «deje sin contenido el proceso», por una *Erledigung der Hauptsache* del 91 a de la ZPD de la RFA, por el *contrat judiciaire* francés: todos los cuales tienen alguna relación con las transacciones. Tras lo cual, vendría la apertura, la incoación de la actividad de jurisdicción voluntaria, incluso de oficio por el juez, si se tratase de materia de *ius cogens* (54).

En lo que afecta a la regulación de los expedientes o procedimientos de jurisdicción voluntaria en los distintos cuerpos legales, cabe distinguir entre aquellos actos que están regulados en la LEC de 1881 (si bien numerosos artículos de la misma, relativos a la jurisdicción voluntaria, han sido modificados o sustituidos por la regulación contenida en leyes específicas), y aquellos actos regulados fuera de la LEC. Todos ellos se caracterizan por el hecho de que frente a la solicitud del o de los interesados o del ministerio fiscal o la actuación de oficio por parte del juez,

(54) FAIRÉN, «Sobre el paso...» cit., p. 956. Por el contrario, en opinión de PRIETO CASTRO, no es imaginable el fenómeno de conversión de un proceso civil en un negocio de jurisdicción voluntaria, porque el allanamiento del demandado a la denuncia del actor se ha de juzgar de distinto modo, *vide*, en este sentido, en *Derecho y Tribunales*, cit., p.155.

no hay contraparte y, por tanto, no hay litigio, al no existir, al menos en principio y de modo aparente, conflicto de intereses.

3. Contenido de los actos de jurisdicción voluntaria

En cuanto al contenido de la jurisdicción voluntaria, cabe decir que se caracteriza por su heterogeneidad y su constante expansión (55). En relación con la materia, conforme a una opinión tradicional, ésta se restringía o bien al campo del Derecho civil o al campo del Derecho mercantil, conforme a la distinción legal entre actos de jurisdicción voluntaria de Derecho civil (arts. 1.825 a 2.108 LEC 1881) y actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio (arts. 2.109 a 2.181 LEC 1881). Por el contrario, en opinión de Muñoz Rojas, cabe plantearse el tema de si la jurisdicción voluntaria existe fuera de este campo. Opina este autor que si las diligencias preliminares del proceso civil declarativo pertenecen a la jurisdicción voluntaria no existe razón para negar este carácter a los «actos preparatorios» del proceso laboral declarativo (arts. 76-77 LPL), puesto que son actividades sustancialmente idénticas: la exhibición de cosas muebles, el examen de libros y cuentas, etc., reúnen las notas básicas de la jurisdicción voluntaria, se practican antes y fuera del proceso, sin ejercicio de la acción procesal, falta la dualidad, bilateralidad y contradicción entre las partes procesales, no se produce el efecto de cosa juzgada material, etc. En el mismo sentido, si la conciliación civil es un expediente de jurisdicción voluntaria, el mismo carácter debe asignarse a la conciliación laboral (art. 50 LPL), e incluso a la penal (art. 804 LECrim). Asimismo, si se considera que las actuaciones necesarias para la creación de los títulos ejecutivos civiles extraprocesales son diligencias de jurisdicción voluntaria, el mismo carácter ha de otorgarse a la elaboración de los títulos preparatorios de la ejecución laboral, concretamente los certificados de descubierto en materia de Seguridad Social (art. 11 de la Ley 40/1980, de inspección y recaudación de Seguridad Social). Considera finalmente Muñoz Rojas de jurisdicción voluntaria determinados asuntos o negocios incluidos en las Leyes de Patentes y de Propiedad Intelectual (56).

Más dudoso cabe considerar, con Muñoz Rojas, acto de jurisdicción voluntaria, la hipótesis de esterilización despenalizada del presunto incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, con autorización del juez y a petición del representante legal del sujeto, oído el dictamen de dos especialistas y del ministerio fiscal y previa exploración del incapaz (conforme al art. 428 CP), no obstante la sustancial coincidencia con el proceso de incapacitación, particularmente en lo previsto por el artículo 209 del CC, así como lo previsto por el artículo 211 respecto al internamiento del presunto incapaz. Menos problemas tiene considerar acto de jurisdic-

(55) Un autor como FAIRÉN, que ha manifestado en diversos escritos su prevención por la jurisdicción voluntaria en cuanto procedimiento con garantías limitadas y en expansión a costa de la jurisdicción contenciosa, afirma, no obstante, que su contenido es fundamental y que no puede desaparecer, sino que más bien tenderá a incrementarse día a día, como consecuencia de las necesidades de la sociedad, *vide*, al respecto, en «Sobre el paso...», cit., p. 959, y *Atti...*, cit., p. 80.

(56) *Vide*, en MUÑOZ ROJAS, «Sobre la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, núm. 39, semana 22, 1980, XXXIX, y la bibliografía allí citada.

ción voluntaria el procedimiento en virtud del cual el juez puede proceder, en los casos previstos en la ley, a autorizar la extracción de órganos o piezas anatómicas de personas fallecidas en accidente o como consecuencia ulterior de éste (art. 5 de la Ley de 27 de octubre de 1979).

En cuanto a las disposiciones generales en materia de jurisdicción voluntaria (arts. 1.811 a 1.824 LEC 1881), aplicables básicamente a actos de Derecho civil en materia de personas, cosas, obligaciones, familia y herencia, y a las disposiciones específicas en materia de negocios de comercio (arts. 2.109-2.118 LEC 1881), cabe afirmar que no sólo son aplicables a los supuestos regulados en la propia LEC, sino también a todos aquellos otros supuestos previstos en otras leyes, cuando así se establezca expresamente y a todos aquellos que requiriendo intervención judicial no exista proceso y no tengan asignado procedimiento (57).

Desde el punto de vista de la finalidad perseguida por los actos de jurisdicción voluntaria, se suele afirmar por la doctrina que ésta tiene carácter negocial, preventivo y constitutivo. Ciertamente, la naturaleza negocial caracteriza gran número de supuestos de jurisdicción voluntaria. Son, por otra parte, los supuestos más clásicos, en cuanto que proceden del Derecho romano, a través de la vía de un proceso aparente mediante el cual se transmitía un derecho real, un derecho de crédito o una posición jurídica: *in iure cessio hereditatis, tutelae, servitutis, usufructus*, etc., o bien, a partir de la época clásica, mediante el acuerdo de los intervinientes ante el magistrado, que procedía con su presencia y con su resolución a su formalización, autorización y a la realización de un control de legalidad sobre el mismo.

Ahora bien, junto a los supuestos de naturaleza negocial, el juez actúa en ocasiones en cumplimiento de deberes públicos, que están por encima de los intereses de los intervinientes, por ejemplo, en casos de custodia de hijos, adopción, emancipación, autorización para enajenar bienes o derechos de menores o incapacitados o para transigir acerca de sus derechos. En otras ocasiones lo que se persigue con el procedimiento de jurisdicción voluntaria es la mera declaración de un derecho, como, por ejemplo, la calificación de una avería común o gruesa, conforme a los artículos 2.131 y siguientes de la LEC de 1881, o bien una finalidad de carácter ejecutivo, por ejemplo, en los casos de subastas voluntarias (arts. 2.048 a 2.055 LEC 1881), y en los de enajenación y apoderamientos de efectos comerciales en casos urgentes (art. 2.161 LEC 1881). Asimismo, en el ámbito ejecutivo, en relación con los procedimientos concursales y universales, la mayoría de la doctrina opina que se trata de actuaciones de jurisdicción voluntaria, con inserciones de carácter netamente contencioso, suspensión de pagos (art. 8 de la Ley de 26 de julio de 1922), expediente judicial de quita y espera (art. 1.151 LEC 1881); auto declarativo de quiebra (art. 1.160 LEC 1881) y auto declarativo de concurso de acreedores (art. 1.160 LEC) (58).

Ahora bien, no obstante la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria con carácter meramente declarativo, ejecutivo o que obedecen al cumplimiento de

(57) *Vide*, en este sentido, ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 541 y ss.

(58) *Vide*, al respecto, ALONSO UREBA, «La sustantividad de los aspectos jurídico-procesales en el Derecho concursal y la reforma proyectada en España», *Estudios sobre Derecho Procesal*, vol. III, pp. 3283 a 3301, y MAZA PEÑA, «Concurso de acreedores y su preliminar quita y espera», *Estudios sobre Derecho Procesal*, cit., pp. 3743-3774.

deberes jurídico-públicos, la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria tienen carácter constitutivo personal, como en los supuestos de adopción (arts. 172-180 CC), tutela (arts. 215-285 CC), declaración de ausencia (arts. 2.031-2.047 LEC), declaración de fallecimiento (arts. 193-196 CC), matrimonio civil (arts. 51-60 CC), etc., constitutivo-patrimonial, como la curatela, la consignación (arts. 1.176-1.181 CC), o la denuncia del robo o extravío de documentos de crédito y efectos al portador (arts. 547 a 566 CCom), o bien tienen carácter preventivo, como, por ejemplo, en los supuestos de medidas cautelares en relación con el hijo menor (art. 158 CC), el depósito de efectos mercantiles (arts. 2.119 a 2.125 LEC 1881) o las informaciones para perpetua memoria (arts. 2.002 a 2.010 LEC 1881) (59).

Si bien no resulta fácil formular una definición de una institución de contenido tan heterogéneo como la jurisdicción voluntaria, de ahí que los estudiosos se hayan abstenido en ocasiones de su formulación, quizás haya sido Almagro quien haya intentado abarcar más aspectos en su definición, cuando afirma que «son asuntos de jurisdicción voluntaria –judicial, habría que añadir– los que decide el órgano jurisdiccional, sin que medie juicio contradictorio y sin que la resolución final produzca efectos de cosa juzgada material, incoados a petición de persona interesada o por iniciativa oficial, previas la audiencias y comprobaciones oportunas, en los supuestos limitados en que su intervención venga establecida por la ley, en garantía de los derechos para constituir o declarar estados o derechos, o prevenirlos o asegurarlos, o para ordenar la realización de actos de ejecución o proveer a su autenticación o documentación» (60).

4. **Diversidad de textos legislativos en los que se contienen actos de jurisdicción voluntaria**

Finalmente, conviene reiterar la idea de que si bien la mayor parte de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, otros muchos supuestos de jurisdicción voluntaria judicial y la mayor parte de los correspondientes a la jurisdicción voluntaria no judicial se regulan en textos legislativos diversos, incluso en la propia LEC un acto de jurisdicción voluntaria como la conciliación se encuentra regulado en el libro II de la LEC, si bien el legislador de la nueva LEC ha previsto su inclusión en la futura ley de jurisdicción voluntaria (61).

(59) Vide, en este sentido, ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 549 y ss., y GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre la Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 5 y ss.

(60) ALMAGRO, *Derecho Procesal*, p. 539.

(61) En el apartado V de la exposición de motivos de la nueva LEC se afirma: «En cuanto a su contenido general, esta ley se configura con exclusión de la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta, donde han de llevarse las disposiciones sobre una conciliación que ha dejado de ser obligatoria y sobre la declaración de herederos sin contienda judicial...».

Por el contrario, las diligencias preliminares, no obstante su consideración por un amplio sector de la doctrina como acto de jurisdicción voluntaria, así, por ejemplo, GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, II, cit., p. 903, han sido reguladas dentro del texto de la nueva LEC, arts. 256 y ss. En relación con las mismas, DAMIÁN en *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, Madrid, 2000,

Cabe citar entre otros textos legislativos, en los que se contienen actos de jurisdicción voluntaria, los siguientes: 1) Código Civil (ej. Matrimonio civil, separación, divorcio, adopción, tutela, emancipación etc.), 2) Código de Comercio (ej. Denuncia del robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador, calificación de averías, depósito de efectos mercantiles, consignación del importe de una letra de cambio, verificación de la contabilidad de los comerciantes etcétera) (62), 3) Legislación hipotecaria [ej. Expedientes de dominio, arts. 199, 201 y 202 Ley Hipotecaria, LH, y arts. 272 a 287 Reglamento Hipotecario, RH, consistentes en: *a*) la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad que no estén inscritas a favor de ninguna persona; *b*) la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, y *c*) la rectificación de la cabida de una finca ya inscrita; expedientes de liberación de gravámenes, arts. 209 y 210 LH y 309 a 311 RH, consistentes en la cancelación de hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena, que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro; o bien, constitución o ampliación de cualquier hipoteca, arts. 165 y 166 LH y 309-310 RH (63)]; 4) Ley y Reglamento del Registro Civil de 1957, en cuanto a la calificación y documentación de actos y hechos relativos al estado civil, así como los expedientes de rectificación de inscripciones, artículos 92 a 97 LRC; 5) Ley del contrato de seguro de 1980, en relación con la designación judicial del denominado perito dirimente; 6) Ley de Propiedad intelectual, en supuestos de autorización judicial de divulgación de la obra (art. 40), fijación judicial de una equitativa remuneración de éste en supuestos de desproporción manifiesta entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario (art. 61,2); 7) Ley Cambiaria y del Cheque, en supuestos de consignación del importe de una letra de cambio, artículo 48, o de medidas judiciales a adoptar en caso de extravío, sustracción o destrucción de cheques o letras (arts. 84 a 87); 8) Ley de 27 de diciembre de 1979 sobre autorización judicial en materia de transplantes de órganos a personas fallecidas en accidentes, conforme a lo establecido en el artículo 5; 9) Ley de 1981 en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, conforme a lo establecido en la disposición transitoria número 10; 10) Ley de 1983, en materia de tutela, conforme a la disposición

p. 18, ha escrito en fecha reciente que por sus propias características, las diligencias preliminares están sometidas al principio de justicia rogada, lo que significa que nunca pueden ser decretadas de oficio. Sin embargo, no sirven para incoar proceso alguno, de modo que sus decisiones no producen efecto de cosa juzgada, razón por la cual algunos autores les atribuyen naturaleza de actos de jurisdicción voluntaria.

(62) Como señala RAMOS MÉNDEZ, *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, pp. 24-25, en las diversas leyes mercantiles especiales, que obviamente regulan negocios de comercio en supuestos particulares, es muy probable que existan procedimientos de jurisdicción voluntaria con referencia o no a la LEC. Y esto se confirma enseguida nada más repasar algunas de las muchas disposiciones de carácter mercantil extravagantes al CCom. Por lo que se concluye que no todos los negocios de comercio posibles están incluidos en el texto del CCom., y también que la regulación de actos jurisdicción voluntaria en negocios de comercio de la LEC en tanto que casuística es incompleta.

(63) A propósito de la naturaleza jurídica del expediente de dominio y a la existencia de contradictores desde el inicio a los que precisamente hay que traer al expediente, *vide* STS de 29 de mayo de 1981. *Vide*, asimismo, PIETRABUENA, «El expediente de dominio», *Estudios de Derecho Procesal*, cit., pp. 3833-3865.

adicional en la que se afirma que «los demás procedimientos –es decir, salvo la incapacidad y la declaración de prodigalidad– derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil, se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria; 11) Ley de 1987, en materia de acogimiento, guarda y custodia de menores y adopción. Precisamente la adopción es uno de los modos tradicionales en Roma de jurisdicción voluntaria, hasta el punto de ser uno de los ejemplos que Marciano pone en el texto en el que menciona la *iurisdictio voluntaria*: «...*sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, “et adopciones fieri”*» (64).

5. La contenciosidad como fundamento de la contraposición *iurisdictio contentiosa-iurisdictio voluntaria* en el texto de Marciano

En relación con el origen de la contraposición entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, cabe señalar que la expresión *iurisdictio voluntaria* aparece por primera vez en las fuentes jurídicas y extrajurídicas en las Instituciones de Marciano, y su mención se encuentra recogida en D. 1.16.2, pr.1: «*Todos los prócónsules, tan pronto como hubieren salido de Roma, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones*».

En el Principado, a partir del año 27 a d. C., se produjo la división de las provincias en senatoriales e imperiales. Formalmente, la distinción entre ambas consistía en que mientras en las primeras no era necesaria la defensa militar, por el contrario, las segundas, en cuanto provincias no pacificadas, requerían la presencia del ejército de Roma.

El término provincia es una palabra latina, y el concepto administrativo de provincia es una creación romana, que responde en su origen a que el Senado solía asignar al magistrado o militar jefe del ejército la pacificación (provincia deriva de *pro-vincere*, para pacificar, para vencer) del nuevo territorio anexionado. En un momento posterior, el gobierno de la provincia –ya pacificada y delimitada– se atribuye a un magistrado romano con *imperium*. A partir de Sila, *Lex Cornelia de provinciis ordinandis* (81 a d. C.), comienza el sistema de prórroga en las provincias, con el nombre de prócónsules o própretos. Los gobernadores solían recorrer sus provincias y detenerse varios días en las ciudades judiciales, en las que asesorados por un *consilium* de juristas administraban justicia en primera instancia y en apelación (65).

En el texto de Marciano se establece que, en materia de jurisdicción voluntaria y en relación con la circunscripción territorial, los gobernadores provinciales pue-

(64) *Vide*, al respecto, MUÑOZ ROJAS, *Actualidad Civil*, 1989, núm. 9, en materia de acogimiento, guarda y custodia de menores y adopción, y JIMÉNEZ ASEÑO, *Defensor judicial*, NEJ Seix, t. VI, pp. 356 y ss.

(65) *Vide*, más ampliamente, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, 5.ª ed., Madrid, 2000, pp. 109 y ss. y 136 y ss. y D. 1. 16. 7. 2: «Como el prócónsul tiene la jurisdicción más plena, corresponden al mismo las atribuciones de todos los que tienen jurisdicción en Roma, como magistrados o por vía extraordinaria».

den actuar fuera del ámbito de su jurisdicción, lo que contrasta con la norma establecida en sentido contrario en materia de jurisdicción contenciosa. Parece evidente que el jurisconsulto alude a que el gobernador sale de Roma, una vez que ha sido investido de las insignias proconsulares y se dirige a la provincia que le ha sido asignada o le ha correspondido en suerte. Pues bien, desde el mismo momento en que sale de Roma y, por tanto, durante el tiempo que invierte en llegar a la provincia asignada, tiene *iurisdictio voluntaria*, lo que sería una manifestación de lo que podría llamarse jurisdicción itinerante del magistrado. En su provincia, el magistrado tendría competencia tanto en materia de jurisdicción contenciosa como de jurisdicción voluntaria (66).

A mi juicio, la vinculación del instituto de la denominada por Marciano jurisdicción voluntaria a los gobernadores provinciales y no a los magistrados urbanos constituye una explicación a la novedosa clasificación y terminología, más fácilmente asumible en la práctica administrativa y judicial de las provincias orientales, a la cual iría también específicamente dirigida la obra del jurisconsulto. Parece, asimismo, probable la relación de la obra de Marciano con la constitución de Antonino Caracalla, año 212 d. C., que concede la ciudadanía y, por tanto, el uso del Derecho Romano a prácticamente todos los súbditos del Imperio. La contraposición contentiosa-voluntaria, se encuentra en un fragmento de una obra de *Institutiones* que, como sus homónimos pertenecientes a otros jurisconsultos, eran manuales para la enseñanza en los que se procedía a la clasificación, reglamentación y sistematización de las instituciones, a fin de hacer más sencillo y elemental el manejo de estas obras destinadas a la iniciación en el derecho.

En Roma se entiende por jurisdicción contenciosa aquella que hace referencia a la actividad que el magistrado ejercita en los procesos civiles (y a partir del siglo III d. C. también en los procesos penales) y que tiene lugar entre litigantes, *inter nolentes*, *inter contententes*. En estrecha relación con el vocablo *contentiosus*, se contienen en las fuentes numerosas referencias a *contentio*, *contentione*, *contentionem*, *contentiones*, *contentionis*, *contententibus*, *contentitur*, *contentebatur*, etc., en las que se pone de relieve en ocasiones la existencia de un litigio o conflicto de intereses y en otras la proclividad o disposición favorables a la controversia o polémica.

En el texto de Marciano el término de la contraposición a la *iurisdictio contentiosa* corresponde a la *iurisdictio voluntaria*. El vocablo voluntaria no alude en el caso presente a que el magistrado, por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque ésta constituye, en los casos en que está prevista, un deber, un *officium*, sino que apunta a que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado –y en caso contrario, cabría la vía de la jurisdicción contenciosa–, sin que del mismo se derive un perjuicio para derechos de terceras

(66) Como señala SCHERILLO, *Lezioni sul processo*, Milano, 1960, p. 323, la evolución habida en el concepto de *iurisdictio*, desde su consideración como poder personal del magistrado a función pública, influyó en menor grado en el instituto de la *iurisdictio voluntaria*, respecto de la cual se mantiene el antiguo principio de que el magistrado puede ejercitar su potestad jurisdiccional fuera de su circunscripción territorial.

personas. Cabría, pues, decir, que en los supuestos de jurisdicción voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes, sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica, o por decirlo con palabras de Volterra, referidas a la adopción en la época justiniana, «la actividad del magistrado consiste sólo en recibir y sancionar con su presencia las declaraciones y la postura pasiva de las partes» (67), suponiendo todo ello una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes. Podría, asimismo, añadirse a la anterior argumentación, que incluso en los tiempos más antiguos el magistrado no se comportaría en el proceso como un simple autómatas, sino que cabría señalar que la participación del magistrado consistiría también en el asesoramiento, en su caso, de los comparecientes, en los supuestos de jurisdicción voluntaria.

El problema relativo a la determinación de si en estos supuestos estamos en presencia de un verdadero proceso o de una simple forma procesal, así como si prevalece en relación con los mismos la finalidad procesal o la negocial, debe plantearse en estrecha relación con la evolución de la noción de la *iurisdictio* en las distintas épocas de la historia del Derecho Romano.

Es, asimismo, probable que se haya llegado a considerar de jurisdicción voluntaria la participación del magistrado ejercida *in volentem*, es decir, en atención a la voluntad de una persona, así como señaladas actuaciones realizadas por determinados funcionarios públicos, y por los tabeliones, que constituye como es sabido el precedente romano más inmediato de los actuales notarios.

La adjetivación de *iurisdictio* como voluntaria ha sido criticada prácticamente por toda la doctrina romanística que se ha ocupado de este tema, y la polémica sobre la bondad de la denominación se plantea asimismo en el Derecho moderno.

En las fuentes romanas el término voluntario califica el acto realizado de forma libre y espontánea por el agente, así, por ejemplo, Gayo (68) nos dice que «Sabino y Casio y demás autores de nuestra escuela creen que basta con una mancipación y que lo de las tres actuaciones de las Doce Tablas se refiere exclusivamente a las de carácter voluntario»; al heredero voluntario se refiere Ulpiano cuando afirma «Si un hijo que podía abstenerse de la herencia paterna hubiera hecho algo en fraude de acreedores..., o si lo hizo un heredero voluntario también tenía derecho a la restitución por entero a causa de su menor edad o de otra justa causa...» (69); en relación con el carácter voluntario o forzoso de la curatela, Ulpiano opina lo siguiente en el libro XV *ad Edictum* «Se pregunta si se puede nombrar curador a alguien sin su consentimiento, y escribe Casio, lo que es más cierto, que nadie debe ser obligado a ser curador de los bienes sin su consentimiento...» (70). Al consorcio voluntario entre hermanos se alude por Ulpiano en el comentario al edicto: «El mismo Papiniano dice que si se hubiera contraído un consorcio voluntario entre hermanos...» (71). En el Código de Justiniano y en las Novelas, son, asimismo, numerosas

(67) VOLTERRA, «La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d.C.», en *BIDR*, 69, p.152.

(68) GAYO, *Institutiones*, IV, 79.

(69) D. 42. 8. 10. 10.

(70) D. 42. 7. 2. 3.

(71) D. 17. 2. 52. 8.

las referencias realizadas al carácter libre, espontáneo y voluntario de las actuaciones, sin que, no obstante, se haga mención alguna de la *iurisdictio voluntaria* (72).

A mi juicio, y a pesar de las opiniones contrarias a la utilización del adjetivo voluntaria, cabría argumentar a favor de la misma que, desde el punto de vista formal, en estos supuestos los interesados o solicitantes –ya que no cabría hablar en sentido estricto de partes– de la actuación magistratural se presentan voluntariamente al magistrado sin ser citados, no para que se pronuncie sobre una pretensión de un derecho subjetivo frente a la otra parte, sino para que colabore en el nacimiento de una relación jurídica consensuada por los requirentes o comparecientes o en los que se considera necesaria la intervención del magistrado, como en los supuestos de nombramiento de tutor o curator, remoción del tutor sospechoso o autorización del magistrado al tutor para la realización de determinados actos jurídicos, como, por ejemplo, la enajenación de fondos del pupilo, supuestos todos ellos en los que el procedimiento a seguir no es el propio de la jurisdicción contenciosa, sino el correspondiente a una tramitación caracterizada por las notas específicas de celeridad, ausencia de formalidades, concentración etc., que han continuado informando hasta el derecho vigente las actuaciones de jurisdicción voluntaria.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUAL JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. Polémica doctrinal

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria en derecho actual cabe señalar que, conforme a la alusión ya realizada a este aspecto en el capítulo introductorio, desde posiciones opuestas, se ha considerado a la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional (73), y se ha sostenido su naturaleza administrativa (74). Desde una óptica conciliadora e intermedia, se ha

(72) FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Reus, 1986, pp. 26-27.

(73) Vide, en este sentido, ZANOBINI, «Sull'amministrazione pubblica del diritto privato», en *Riv. Dir. Publ.*, 1918, pp.183 y ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951, pp. 5 y ss. y SATTA *Diritto processuale civile*, PADOVA, 1953, pp. 529 y ss. Vide, asimismo, en CASTÁN, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1964, pp. 26 y ss., el examen del doble problema relativo a la determinación de si la función notarial, indudablemente separada de la jurisdicción contenciosa, encaja, cuando menos, en el cuadro de la llamada jurisdicción voluntaria, y el relativo a si esta última es verdadera y propia jurisdicción; DE MARINI, «Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria», *RDP*, 1954, pp. 225 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 1294 y ss. Últimamente, DENTI, «I procedimenti camerale come giudici sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela», en *Atti...*, cit., pp. 31-47.

(74) Vide, por todos, ALLORIO, «Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1948, pp. 485 y ss.; Id. «Nuove riflessioni critiche in tema de giurisdizione e giudicato», en *Studi in memoria de P. Calamandrei*, 1958, III, pp. 1 y ss. A su consideración como actividad administrativa próxima a la jurisdiccional, se ha referido Gimeno Gamarra, en «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *ADC*, 1953, pp. 5 y ss.

mantenido su consideración como actividad sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales (75) y se ha afirmado, asimismo, que la jurisdicción voluntaria se encuadraría en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa (76). Se ha propugnado, también por parte de la doctrina, su consideración como actividad autónoma del Estado y su inclusión en el denominado sistema cautelar o garantista de derechos (77). Incluso se ha llegado a cuestionar la validez del carácter convencional de la propia expresión (78).

El propio Tribunal Constitucional se ha referido en algunas de sus sentencias, a propósito del debate doctrinal sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, a la tutela efectiva y su relación con la audiencia de los afectados, la posibilidad de formular alegaciones y la indefensión. En una sentencia de 1981 se afirma que «las variadas tesis formuladas por la doctrina, de un lado sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria –desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de derecho privado atribuida por razones históricas a órganos judiciales– y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de la LEC, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la ley del artículo 24 de la Constitución. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional».

La consideración del juez en los casos de actuación en procedimientos de jurisdicción voluntaria como una especie de administrador del Derecho Privado no tiene, sin embargo, carácter unívoco entre los autores que mantienen esta posición (79). Así, mientras que para Guasp la naturaleza de la jurisdicción voluntaria tiene que buscarse en el campo de la administración, pues, siendo administración

(75) *Vide*, al respecto, LIEBMAN «Giurisdizione volontaria e competenze», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, II, 1925; CRISTOFALINI, «Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria», en *Studi in onore de Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 377 y ss.

(76) CALAMANDREI, *Studi sul procedimento civile*, vol. I: «Limiti tra giurisdizione e amministrazione», Padova, 1930.

(77) FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953. La opinión de este autor parece haber sido aceptada, entre nosotros, por FONT BOIX, en su estudio: «El notariado y la jurisdicción voluntaria», en la *Academia Matritense del Notariado*, t. XV, 1967, pp. 235 y ss. Contrariamente, en opinión de BARATA «La natura giuridica degli atti di volontaria giurisdizione», en *Riv. Not.*, 1965, p. 778, las características de los actos de jurisdicción voluntaria no son tales que justifiquen la existencia de una categoría autónoma, sino que la jurisdicción voluntaria se encuentra, más bien, en una límite entre la función administrativa y la jurisdiccional. Recientemente GÓMEZ-FERRER, en «Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario», *Revista Jurídica del Notariado*, 1933, p. 176, ha mantenido de nuevo la consideración de la Jurisdicción Voluntaria como actividad autónoma del Estado, caracterizada por actuar una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados, formando parte de lo que se ha denominado Sistema Cautelar, que tiene como finalidad garantizar derechos y en el que se integran igualmente la función notarial, la Registral, etc. Al carácter cautelar de la jurisdicción voluntaria se ha referido, asimismo, MEZQUITA DEL CACHO, «Respondere, postulare, cavere», en *Estudios-homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, VI, pp. 303 y ss.

(78) MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano, 1923, p. 28, nota 1; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Nápoles, 1936, p. 74.

(79) La expresión, *Die Verwaltung des Privatrechts*, fue utilizada ya por HAENEL, a finales del XIX, *Deutsches Staatsrecht*, v. I, Leipzig, 1892, pp. 169-192.

cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan sólo de la actividad legislativa y de la actividad procesal, no queda otro cauce, dentro de las figuras del Derecho Público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un contenido estrictamente administrativo (80). Por el contrario, para Gimeno Gamarra, el fin inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria es la tutela o protección de los derechos de los particulares en ciertos casos en que se considera necesario por no estar los interesados en condiciones de defenderlos por sí mismos y existir peligro de que sus derechos sean lesionados, ejerciendo una especie de Administración del Derecho Privado. A juicio de este autor, esta finalidad es lo que diferencia la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general y si a veces protegen también los de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que ésta sea su finalidad específica (81). Para Gómez Orbaneja, el fin específico de la jurisdicción contenciosa es siempre y por necesidad conceptual tutela o protección de derechos existentes, y el fin de la jurisdicción voluntaria es la producción o constitución negocial de derechos subjetivos nuevos o cooperación a esa producción (82).

En una resolución reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado se incide, asimismo, en la idea de que las actuaciones de la jurisdicción voluntaria constituyen una cierta función de administración del derecho, al afirmarse que «Las actas notariales de notoriedad reguladas en el Reglamento Notarial, entre las que se encuentran las de declaración de herederos, pertenecen a la esfera de la jurisdicción voluntaria, caracterizada por la ausencia de contienda u oposición, que hace según la opinión ampliamente mayoritaria que esta esfera no constituya una verdadera jurisdicción, sino una cierta función de administración del derecho, realizada por órganos judiciales o no, encaminada a tutelar el orden jurídico, mediante la constitución, aseguramiento y modificación de estados y relaciones jurídicas» (83). La más reciente procesalística ha destacado la pluralidad de funciones de la jurisdicción voluntaria. Así, para De la Oliva, se denomina jurisdicción voluntaria a la autoridad y potestad ejercidas por el órgano jurisdiccional en cuya virtud, sin necesidad de proceso contradictorio entre diferentes sujetos, se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, se acredita la existencia de hechos, se previene lo que al derecho de los sujetos jurídicos convenga o sea necesario y se llevan a cabo ciertos negocios jurídicos que requieren la intervención del juez (84).

A mi juicio, dentro de la gran variedad de actuaciones de jurisdicción voluntaria, y de órganos competentes por conocer de las mismas, habría que deslindar entre: a) aquellos supuestos que en atención a su carácter constitutivo de derechos,

(80) GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, Madrid, 1968, pp. 947-8.

(81) *Vide*, en este sentido, en GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, ADC, 1963, pp. 5 y ss.

(82) GÓMEZ-ORBANEJA, con HERCE, *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1969, pp. 380 y ss.

(83) Resolución DGRN de 8 de mayo de 1995.

(84) DE LA OLIVA, y Díez-PICAZO, I, en *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, p. 39. En el mismo sentido y con especificación de los diversos supuestos, *vide* en ALMAGRO, con CORTÉS, GIMENO y MORENO, en *Derecho Procesal*, t. I, vol. II, cit., 535 y ss., y GÓMEZ COLOMER, con MONTERO, MONTÓN Y BARONA, en *Derecho Jurisdiccional*, II, cit. pp. 815 y ss.

tutelar la constitución, modificación y desarrollo del orden jurídico, o a su carácter de tutela de menores o incapacitados, requieran la preceptiva intervención del juez, y *b*) aquellos otros consistentes en autenticaciones, legalizaciones, registros, certificaciones etc., que cumplen básicamente una función legitimadora y de publicidad jurídica, mediante los cuales se comprueba la legalidad de hechos de contenido o no negocial, se asegura la firmeza de hechos jurídicos o de derechos, se les da publicidad o se procede a su calificación o autenticación o legalización. Pues bien, en los primeros supuestos estaríamos ante actuaciones de claro contenido jurisdiccional, mientras que en los segundos parece que prevalece su naturaleza administrativa.

2. Criterio jurisdiccionalista

Para Ramos Méndez al menos un importante sector de los actos comprendidos en el libro III de la LEC tienen un verdadero carácter jurisdiccional, como se infiere de su atribución a los jueces, ya que el juez no puede proceder más que enjuiciando y ahí reside la garantía de su autoridad, de la existencia de un verdadero proceso, aunque éste se acomode a una estructura acorde con la exigencia de los actos, del hecho de que los actos constitutivos gráficamente demuestren su jurisdiccionalidad porque deben al juez su existencia jurídica (85).

Para Tarzia, las evidentes diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, no implican el cuestionamiento de la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria, en un momento como el actual, en el que debe considerarse superado el antiguo aforismo *iurisdictio in sola notione consistit*, y en el que es necesario reivindicar algunas garantías fundamentales de la jurisdicción contenciosa, también para la jurisdicción voluntaria, así, por ejemplo, las garantías de la independencia y de la terceridad del juez (86). Por su parte Montesano, señala que los derechos subjetivos e intereses tutelados por la jurisdicción voluntaria, 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 menores e incapacitados, el procedimiento seguido debe cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos (87).

Ciertamente en la jurisdicción voluntaria no hay pretensión frente a una persona concreta (88), pero sí hay una especial tutela conferida por el Ordenamiento Jurídico, mediante la que se otorga tutela tanto a derechos subjetivos como a situaciones o intereses individuales, especialmente en los supuestos en los que la intervención judicial tiene carácter constitutivo o preceptivo. No se trata de considerar que el juez sea una especie de Midas que convierta en jurisdiccional todo lo

(85) RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, t. III, Barcelona, 1992, pp. 1289 y ss.

(86) TARZIA, «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti», en *Atti...*, cit., pp. 263-270.

(87) MONTESANO, «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti», en *Atti...*, cit., pp. 256-262.

(88) A propósito de la inconciliabilidad entre actos de jurisdicción voluntaria y verdadera pretensión procesal, *vide* STS de 9 de febrero de 1989.

que toca (89), ni de desconocer la naturaleza administrativa de una parte de la actividad judicial, sino de resaltar que el concepto de jurisdicción se ha ampliado mucho en los últimos años. Se habla, por ejemplo, de proceso tributario y de justicia administrativa, hasta el punto de que un amplio sector de la doctrina europea mantiene la posibilidad del ejercicio de la potestad jurisdiccional fuera del proceso, lo que nos llevaría a la idea de que no sólo lo contencioso es jurisdiccional (90) o, por decirlo con palabras de Grassi, en el derecho actual es antihistórico entender que la jurisdicción tiene por finalidad sólo dirimir conflictos y no también hacer efectivas situaciones de ventaja reconocidas por las leyes (91).

Por otra parte, como afirma Denti, negar la jurisdiccionalidad a la jurisdicción voluntaria en atención al criterio de ausencia de cosa juzgada (92), nos llevaría a posiciones que pertenecen a la cultura procesal de la primera mitad del siglo, o sea, a la negación de la jurisdiccionalidad de una serie de funciones, contenciosas o no, ejercitadas por el juez ordinario, lo cual no sólo está culturalmente superado sino que –como la Corte Constitucional ha resaltado adecuadamente en el conjunto de su magisterio sobre la cuestión– está fuera del marco constitucional, que considera como criterio preeminente de identificación de la función jurisdiccional el subjetivo, que se concreta en la posición de independencia que tienen asegurada los jueces en relación con los otros poderes del Estado (93).

En esta línea (94), en opinión de Garrido Falla, constituye un prejuicio procesalista identificar los conceptos de jurisdicción y proceso. En la jurisdicción voluntaria no

(89) ALLORIO, en «Saggio...», cit., p. 517.

(90) Asimismo, a la confusión sobre el concepto de jurisdicción en el Derecho Positivo Europeo, se refiere PRIETO CASTRO en «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria», en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, 1964, pp. 585 y ss.

(91) GRASSI, «I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela», *Atti...*, cit., pp. 49 y ss., 302 y ss.

(92) Vide, asimismo, respecto a este punto, en CARRERAS, «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria» en *Estudios de Derecho Procesal*, 1962, pp. 661 y ss. En relación con el carácter no determinante del argumento de la ausencia de cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, para negar su jurisdiccionalidad, en opinión de Ramos Méndez, que comparto, hay que tener en cuenta los siguientes aspectos: a) existen actuaciones de jurisdicción voluntaria que se agotan por sí mismas una vez producidas y no tienen relación alguna con un proceso posterior, por ejemplo, en el depósito de efectos mercantiles, hay que partir de dicha diligencia para medir la exoneración de responsabilidad, b) no todas las resoluciones que se dictan en materia de jurisdicción voluntaria son variables sin limitaciones, por ejemplo, son invariables las resoluciones definitivas (art. 1818, 2 LEC 1881), c) reproducidas las actuaciones de jurisdicción voluntaria que terminaron con una resolución denegatoria en un nuevo acto de jurisdicción voluntaria con el mismo contenido, hay que estimar que existe cosa juzgada y el juez vendrá vinculado por la existencia de la resolución precedente, y d) dentro de los límites de la jurisdicción voluntaria los efectos conseguidos por la resolución jurisdiccional son plenamente equiparables al de cosa juzgada, por ejemplo, respecto de los efectos de una enajenación, en *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 1289 y ss. En relación, asimismo, con la consideración o no de la fuerza de cosa juzgada como un rasgo peculiar de la actividad jurisdiccional, Díez-Picazo, L. M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 23 y ss. Como afirma este autor, si bien la irrevocabilidad no es una característica exclusiva de la jurisdicción, si viene constitucionalmente impuesta con respecto a ésta, lo que no ocurre cuando de actos administrativos se trata.

(93) DENTI, «I procedimenti camerali como giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed efficattività della tutela», *Atti...*, cit., pp. 31 y ss., 312 y ss.

(94) Al actual concepto amplio de jurisdicción, producto de la evolución habida en el campo de la ciencia del derecho procesal, se había llegado también en Roma, muchos siglos antes, cuando Ulpiano, recogiendo el resultado de siglos de experiencia, a finales de la época clásica, se refiere a la *iurisdictio* de

se resuelve la pretensión de una parte respecto de la otra, pero la resolución condiciona futuras pretensiones, el juez actúa o aplica el derecho y su resolución afecta a cuestiones atinentes a individuos determinados, no tutelando un especial interés público (95).

Parece, por todo ello, razonable mantener la jurisdiccionalidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria en aquellos supuestos indicados, de carácter constitutivo o preceptiva intervención judicial, a fin de preservar en estos casos las garantías esenciales de imparcialidad, independencia y terceridad del juez, así como las garantías básicas del procedimiento contencioso, sin que ello obste a la consecución de la aceleración, y disminución del formalismo, y, en general, al logro de una justicia más accesible, ni suponga llevar a la jurisdicción voluntaria más allá de sus posibilidades naturales, por un simple deseo de celeridad.

Podría distinguirse, en definitiva, 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 controversia entre las partes, como aquellos otros en que planteado un contradictorio, éste se resuelve sin allanamiento, ni debate, ni controversia (96), 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 caracterizan 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 actuación.

Este concepto amplio de jurisdicción civil, caracterizado por la defensa o tutela de derechos subjetivos, lesionados o no, y situaciones jurídicas individualizadas e intereses legítimos privados y en ocasiones públicos (97), se diferencia del pro-

la forma siguiente en D. 2. 1. 1 «Ius dicentis officium latissimum est, nam bonorum possessionem dare potest et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare». En el texto, Ulpiano después de referirse a la amplitud del concepto de jurisdicción en su tiempo, pone como ejemplos de la misma, junto a la potestad de nombrar jueces en los litigios, tres actuaciones de jurisdicción voluntaria: la *bonorum possessio*, es decir, la atribución interina de bienes al heredero, asignada por el magistrado, tanto en supuestos en que hubiere controversia, como en ausencia de la misma; los supuestos de puesta en posesión, antecedente del actual procedimiento de jurisdicción voluntaria denominado en la LEC de la posesión judicial en los casos en que no procede el interdicto de adquirir; y, finalmente, uno de los supuestos clásicos de jurisdicción voluntaria, en Roma y en Derecho actual, como es el nombramiento de tutor por el magistrado. En relación con la importancia de la *ratio* histórica para comprender la jurisdicción voluntaria, y a favor de su consideración dentro del concepto de jurisdicción, por más que estructuralmente no pueda diferenciarse de la normal actividad administrativa, *vid.*, Díez-Piçazo. L. M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 52 y ss.

(95) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 20 y ss.

(96) A propósito de la especial consideración de los principios dispositivos y de aportación de parte en relación con las facultades del órgano judicial, *vide* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. «La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 148 y ss.

(97) En relación con los conceptos de derechos e intereses legítimos y de intereses difusos, *vide* CACHÓN, «El acceso a la jurisdicción civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 18 y ss.

cedimiento administrativo, caracterizado por la defensa en la mayor parte de los casos de intereses generales, aunque también en ocasiones de intereses individuales, y por la posibilidad del silencio como respuesta, frente a la obligatoriedad de resolución positiva o negativa motivada, en el ámbito jurisdiccional adoptada por una autoridad ajena a las partes e imparcial (98), así como por el hecho de que el procedimiento administrativo no cumple alguna de las garantías que son inherentes a los órganos judiciales, y por el mayor grado de discrecionalidad de que goza la Administración en el ejercicio de su función, frente al carácter reglado de la actividad judicial (99).

Por otra parte, con la expresión actividad judicial se englobaría no sólo la actividad jurisdiccional de los jueces, en sus dos esferas de jurisdicción contenciosa y voluntaria, que constituye su razón de ser, sino también el conjunto de actuaciones puramente administrativas, la denominada administración judicial, necesarias para el buen funcionamiento del servicio de administración de justicia y gobierno de los tribunales, encuadrables dentro del ámbito disciplinario, de inspección o gubernativo, como, por ejemplo, reparto de asuntos, informes, tomas de posesión, policía de estrados, corrección disciplinaria o estadística.

Al criterio jurisdiccionalista de la jurisdicción voluntaria se refiere de forma explícita y clarificadora una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo del año 2000 por la que se declara nulo de pleno derecho el artículo 1 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario relativos a la calificación registral. En el fundamento de derecho séptimo de dicha sentencia se afirma que «El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 LEC), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción... de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y Tribunales no estén ejercitando potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio...».

(98) Sobre el concepto de *terzietà*, en la doctrina italiana, *vide* FAZZALARI, *sub voce* «Processo», en *NDI*, vol. XIII, Turín, 1976, pp. 1067 y ss. En relación con la imparcialidad, señala DÍEZ-PICAZO que es noción más intensa que la objetividad con que debe actuar la Administración Pública (art. 103,1 CE), la cual porta siempre, por su propia configuración constitucional, intereses políticos nacidos de mayorías electorales, en *Régimen constitucional del Poder Judicial*, cit., pp. 54-55. Por su parte, DE LA OLIVA utiliza la noción de desinterés objetivo para referirse a esta característica del órgano de la jurisdicción, en *Derecho Procesal Civil*, con FERNÁNDEZ, M. A., Madrid, 1990, t. 1, pp. 275 y ss.

(99) En relación con las diferencias existentes entre proceso en general y proceso administrativo, *vide* GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, Madrid, 1964, pp. 45 y ss. Para este autor, partiendo de que el proceso es uno, aunque sean varias las fórmulas en que se manifiesta, habrá que llegar a la conclusión de que se puede elaborar una serie de conceptos generales, válidos para todos los procesos, que constituiría la llamada Teoría general del proceso. A propósito de la posición de la Administración con los Tribunales de Justicia, *vide* GARCÍA DE ENTERRÍA E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 2000, pp. 407 y ss., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Madrid, 1992.

En el preámbulo del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se afirma que el recurso gubernativo contra las calificaciones de los registradores es un procedimiento incardinado dentro de la jurisdicción voluntaria, y si bien el Tribunal Supremo señala que no va a terciar en la vieja polémica de si el procedimiento registral tiene carácter administrativo o naturaleza de jurisdicción voluntaria, sí subraya en relación con el recurso presentado ante el Tribunal Superior de Justicia, referente al artículo 118 del Reglamento Hipotecario que establece que «la resolución del Presidente del TSJ se dictará en forma de auto en expediente de jurisdicción voluntaria», que «si a a la tramitación análoga a la de cualquier otro proceso jurisdiccional, se une que el objeto del procedimiento es determinar si un título ha de tener o no acceso al Registro de la Propiedad con la eficacia que de ello se deriva en cada caso, de manera que en él se están dirimiendo auténticos derechos civiles, sobre los que un órgano judicial se pronuncia y cuya decisión se ejecuta, salvo que sea recurrida por cualquiera de las partes, incluida el Registrador, siempre que el recurso no se declare inadmisibile o extemporáneo, decisión ésta que, a su vez, es susceptible de recurrirse en queja, la conclusión ha de ser que el Presidente del TSJ está desempeñando (cualquiera que sea la denominación del recurso) funciones jurisdiccionales, que únicamente pueden ejercer los jueces y Tribunales con arreglo al procedimiento que la ley establezca».

En los estudios en homenaje a Allorio, uno de los procesalistas europeos que mayor atención le ha prestado a la jurisdicción voluntaria, publicados en 1989, Denti ha escrito que «en Derecho italiano no tiene sentido cuestionar la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente en sus sentencias la posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad cuando el juez, tanto en un proceso contencioso, como en uno voluntario, dude acerca de la aplicabilidad de una ley. Pueden plantearse dudas, desde el ámbito de la política legislativa, en relación con la elección del procedimiento en cámara de consejo y no del proceso ordinario, para la tutela de determinados derechos subjetivos, pero no cabe negar la legitimidad de tal elección desde el punto de vista constitucional. Dado que en el plano constitucional no cabe hablar de un *tertium genus* entre jurisdicción y administración y en atención a que la jurisdicción responde a principios y garantías unitarias, en la c.d. jurisdicción voluntaria estamos ante hipótesis de tutela en las que se prescinde de la existencia de partes contrapuestas o de la ausencia de litigio, y se atiende, ante todo, a la existencia de un modelo de tutela simplificada, con las fundamentales garantías procesales, por lo que los criterios antedichos de ausencia de partes o de falta de controversia, considerados criterios de validez general, adecuados para identificar la naturaleza «voluntaria» del proceso, supone más bien un homenaje a criterios tradicionales superados, que un intento de sistematización de un derecho vigente vivo y fluido como es el actual. No cabe, en definitiva, individualizar una jurisdicción voluntaria con características autónomas respecto a la jurisdicción 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» (100).

(100) DENTI, «La giurisdizione volontaria rivisitata», *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, pp. 181-196.

V. LA SANCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL ARTÍCULO 117 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ANÁLISIS DE SU POSIBLE CONSIDERACIÓN COMO POTESTAD JURISDICCIONAL

1. Inclusión de la jurisdicción voluntaria entre las funciones que el artículo 117.4 de la CE atribuye a los jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho

Dado que la Constitución Española no menciona de forma explícita la jurisdicción voluntaria, una cuestión no resuelta, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, es la relativa a su inclusión en el párrafo tercero o en el párrafo cuarto del artículo 117.

El artículo 117.3 de la CE establece que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (101).

Además de la competencia exclusiva para hacer juzgar y hacer ejecutar lo juzgado reconocida a los jueces y tribunales (art. 117.3), se atribuye a los mismos funciones ajenas a la potestad jurisdiccional, a las que el artículo 117.4 de la CE se refiere como «las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (102). La única referencia expresa a función ejercida por los Juzgados y Tribunales en garantía de un derecho se contiene en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo texto engloba el contenido de los párrafos 3 y 4 del 117 de la CE, con la única adición de las funciones relativas al Registro Civil, que habrá que entender atribuidas, por tanto, a los Jueces y Tribunales en garantía de derechos (103).

(101) En relación con la consideración de la potestad jurisdiccional como un *prius* respecto del propio concepto constitucional de Poder Judicial, *vide* DE OTTO, *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, 1989, pp. 17 y ss. A propósito del artículo 24.1 CE y de los requisitos procesales subjetivos referentes al órgano jurisdiccional, *vide* GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.^a ed. Madrid, 2001, pp. 72 y ss.

(102) Sobre el concepto y contenido de función jurisdiccional, *vide* GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981 pp. 21 y ss.; y MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, vol. I, Barcelona, 1987, pp. 136 y ss.

(103) En el artículo 326 CC se establece que en el extranjero, el Registro Civil estará a cargo de los Agentes consulares o diplomáticos. Conforme al artículo 10 LRC, además de los Registros Consulares, el Registro Civil está territorialmente organizado e integrado por los Registros Municipales que se dividen en Registros principales, encomendados al de primera instancia y Registros delegados, que existirán en aquellos municipios en que no haya Juzgado de Primera Instancia, encomendados a los jueces de paz y Registro Civil Central. En opinión de Moreno Catena, que comparto, podría encomendarse la llevanza de los Registros Municipales, como ya sucede con los consulares y con otros Registros, a otros funcionarios públicos –o bien añadiría, u otros profesionales del Derecho como los Registradores– con provecho para el quehacer de los jueces, *vide*, al respecto, en MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1997, pp. 88-89. Al carácter administrativo y no jurisdiccional de las funciones de Registro Civil se refiere, asimismo, ALMAGRO en *Derecho Procesal*, t. I, vol. I, Parte General, Proceso Civil, con GIMENO SENDRA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, Valencia, 1992, pp. 77-78.

Por otra parte, en el artículo 117.5 de la CE se afirma: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», y en el artículo 3.1 de la LOPJ se establece que «La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos» (104). Este principio de exclusividad de jurisdicción ha sido calificado por Muñoz Machado como verdadera reserva de jurisdicción (105). Los otros órganos a los cuales la Constitución reconoce potestad jurisdiccional y que podrían tener la consideración de excepciones a la unidad jurisdiccional (106) son: el Jurado, artículo 125 de la CE y artículo 19.1 de la LOPJ, los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, artículo 125 y artículo 19.2, 3 y 4 de la LOPJ, el Tribunal Constitucional, la Jurisdicción militar, artículo 117.5 de la CE, artículo 161 de la CE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, artículo 93 de la CE, y el Tribunal de Cuentas, artículo 136 de la CE.

Las cuestiones que cabe plantear, a mi juicio, en relación con la jurisdicción voluntaria son las siguientes *a)* si debe incluirse dentro de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del 117.3 de la CE o dentro de la función de garantía de cualquier derecho del artículo 117.4 de la CE, atribuidas ambas a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, y *b)* si se reconoce competencia en materia de jurisdicción voluntaria a los otros órganos a los que la Constitución reconoce potestad jurisdiccional en el artículo 3.1 de la LOPJ.

La segunda de las cuestiones planteadas no parece presentar problema, pues, salvo la similitud de procedimiento en relación con la ausencia de formalidades, concentración, oralidad, brevedad, papel activo del juez, etc., entre el previsto en materia de jurisdicción voluntaria y el correspondiente a los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales (107) y la competencia reconocida de estos Tribunales en determinados supuestos análogos a los tipificados como de jurisdicción voluntaria, parece claro que los demás órganos, mencionados en los párrafos anteriores, no tienen competencia en esta materia.

La primera cuestión, por el contrario, no resulta tan obvia, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan de forma mayoritaria por la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del artículo 117.4 de la CE, al considerar que se trata de supuestos en los que se atribuye competencia a los Juzgados y Tribunales en garantía de cualquier derecho. Otra pregunta que cabría hacerse es si la función de garantía de cualquier derecho atribuida a los Jueces y Tribunales supone o no ejercicio de su potestad jurisdiccional, y si la respuesta fuere positiva, el corolario lógico sería mantener la jurisdiccionalidad de todas las actividades encomenda-

(104) La unidad de jurisdicción supone la prohibición de jurisdicciones especiales, aunque ello no tenga nada que ver con la posible y de hecho existente especialización de los tribunales por razón de la materia: civil, derecho de familia, penal, laboral, contencioso-administrativo, etc. *Vide*, sobre el origen de este principio, por todos, en ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona, 1987, pp. 68 y ss.

(105) MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989.

(106) *Vide*, al respecto, en GIMENO SENDRA, «Unidad y exclusividad de la jurisdicción», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, cit., pp. 353 ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, cit. pp. 62 y ss.

(107) *Vide*, al respecto, artículo 19.3 y 4 LOPJ, y en relación con la génesis de este reconocimiento legal, FAIRÉN, «De nuevo sobre la crisis de la administración de la justicia, la política y los altos organismos», RDP, 3, 1998, pp. 599 ss.; Id., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, 2.ª ed., Valencia, 1988.

das, desde este singular punto de vista a dichos Jueces y Tribunales, y entre ellas la correspondiente a la jurisdicción voluntaria.

No obstante, si como parece más adecuado, circunscribimos el concepto de potestad jurisdiccional, en sentido estricto, al marco del artículo 117.3 de la CE, ello nos llevaría a la necesidad de reflexionar sobre el planteamiento de la disyuntiva siguiente:

a) La jurisdicción voluntaria debe encuadrarse en el 117.3 conforme a la idea de que cuando los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado actúan no sólo en el ámbito del proceso, sino también cuando, por ejemplo: nombran un tutor, autorizan una adopción, determinan el domicilio conyugal o proceden a la designación de un interventor en las operaciones de liquidación de la Sociedad Anónima; supuestos todos ellos de jurisdicción voluntaria.

b) O bien, la jurisdicción voluntaria es una de las funciones que en garantía de un derecho atribuye el artículo 117.4 de la CE a los Jueces y Tribunales, con independencia de la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que les corresponde en exclusiva con arreglo al artículo 117.3 de la CE (108).

Ciertamente, las opiniones favorables a la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el marco del artículo 117.4 constituyen la inmensa mayoría. Así para Almagro la Constitución deja «abierta la puerta» a las funciones extensivas de los órganos jurisdiccionales al establecer en el número 4 del artículo 117, que los juzgados y tribunales ejercerán también aquellas funciones que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho. En esta dirección constitucional se halla comprendida la posibilidad de mantenimiento y recreamiento de la antigua jurisdicción voluntaria (109). El mismo autor, en distinta sede, afirma que en la Constitución (art. 117.4), junto a la potestad jurisdiccional, «*strictu sensu*», se señalan como otras funciones de los juzgados y tribunales «las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (110). En la misma línea, escribe Gómez Colomer, que el juez tutela y garantiza, por su *auctoritas*, derechos privados o, como dicen nuestros textos legales máximos, ejerce en este caso el juez una función expresamente atribuida por la ley en garantía de un derecho (arts. 117.4 CE y 2.2 LOPJ) (111).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en Sentencia 93/1983, de 8 de noviembre, en asunto relativo a una petición de nulidad de matrimonio canónico rato y no consumado, dispone en el fundamento jurídico 13 que la función encomendada al Juez, en este caso, no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el artículo 117.4 de la Constitución, puede atribuir la ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho. En el mismo sentido, en la medida que se recoge y ratifica en este aspecto el texto de la Sentencia 93/1983, de 8 de noviembre, se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia 328/1993, de 8 de noviembre.

(108) En relación con el riesgo que comporta la amplitud de la fórmula «en garantía de un derecho», *vide* en ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 21 y ss.

(109) ALMAGRO, en *Derecho Procesal...*, cit., p. 77.

(110) ALMAGRO, en *Derecho Procesal...*, cit., p. 540.

(111) GÓMEZ COLOMER, en *Derecho procesal...*, p. 898.

2. Consideración de la jurisdicción voluntaria como potestad jurisdiccional, conforme al artículo 117.3 de la CE

Para Díez Picazo, que sostiene una opinión equidistante y muy matizada, no es dudoso que la jurisdicción voluntaria, cualquiera que sea la postura que se mantenga respecto a su naturaleza, cumple una finalidad de garantía de los derechos de los particulares, y, en tal sentido, habría que considerarla incluida en el artículo 117.4, si bien, esta interpretación está lejos de ser unánime y, además, es incompleta. Que no disfruta de general asentimiento lo muestra bien a las claras que el legislador ha estimado que la jurisdicción voluntaria está comprendida dentro del concepto de potestad jurisdiccional. Así se desprende implícitamente del artículo 2 de la LOPJ, el cual, tras afirmar el principio de exclusividad en sentido positivo, dispone: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». La omisión de la jurisdicción voluntaria puede estar justificada en el texto constitucional; mas no lo está, habida cuenta de su importancia y tradición, en una ley de desarrollo como la LOPJ, especialmente si se tiene presente la referencia expresa al Registro Civil, que también cumple una función de garantía de derechos. Por ello, no parece que estuviera en el ánimo del legislador considerar la jurisdicción voluntaria incluida en la genérica categoría final, copiada del artículo 117.4 de la CE; ni, menos aún, que el legislador creyera que la jurisdicción voluntaria no tenga cabida constitucional entre las atribuciones del Poder Judicial, ya que de ser así, habría que reputar tácitamente derogado todo el Libro III de la LEC, lo que nadie defiende, por ser manifiestamente absurdo. Parece, más bien, que el artículo 2 de la LOPJ se ha hecho eco de las teorías que defienden la naturaleza intrínseca o esencialmente jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria, las cuales, aunque puedan tener sólidos puntos de apoyo de índole historicista, no dejan de ser difícilmente compatibles, como se ha visto con el concepto constitucional de potestad jurisdiccional (112).

A mi juicio, en la genérica referencia a «en garantía de cualquier derecho» del artículo 117.4, no parecen encajar actos tan heterogéneos, de contenido tan diverso y de características procesales y finalidad tan diferente, como los incluidos en la jurisdicción voluntaria, que comprende desde el punto de vista de la finalidad perseguida, tanto actos de mera presencia judicial, como actos homologadores, de documentación, de autenticación y de necesaria presencia judicial para la creación de derechos, y desde el punto de vista de la naturaleza de la decisión judicial, toda la gama de actuaciones constitutivas, declarativas, cautelares y ejecutivas, propias del ámbito de la jurisdicción contenciosa, de las que únicamente se diferencian en atención a la ausencia o atenuación de la contradicción en el marco de la jurisdicción voluntaria.

Lo que sí parece conveniente, a mi juicio, a los efectos de deslindar entre supuestos de jurisdicción voluntaria en los que la actuación del juez tiene un marcado acento jurisdiccional y aquellos otros en los que esta nota aparece difuminada

(112) En este sentido, Díez-Picazo, L. M., *Régimen constitucional...*, cit. pp. 52-53. Si bien comparto la mayoría de los extremos expuestos de la previa exposición, difiero, como he intentado explicar supra en el punto relativo al contenido de la potestad jurisdiccional: que, a mi juicio, englobarían también a la jurisdicción voluntaria.

o tienen más bien un carácter administrativo, es proceder a una adecuada redistribución de funciones, consistente en la atribución de la competencia a los jueces: *a)* en los supuestos de preceptiva intervención del Juez o el Ministerio Fiscal, en atención a la falta de capacidad de obrar o de representación legal, y *b)* en los supuestos en los que la intervención del juez tenga carácter constitutivo y proceder a una redistribución de las restantes competencias atribuidas a los jueces en materia de jurisdicción voluntaria, entre otros profesionales del derecho, a quienes en sentido estricto corresponden por ser funciones propias de su actividad. Pero sobre esta cuestión volveremos en otro apartado (113). Por el contrario, sí encajan mejor en el ámbito del 117.4 otros supuestos atinentes a toda intervención judicial constitucionalmente requerida en ausencia de proceso y restricción de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, los casos de privación de libertad (art. 18.2 CE), secuestro de publicaciones (art. 20.5 CE) o internamiento de extranjeros en trámite de expulsión (*vide* las SSTC 41/1982 y 115/1987), encuentran perfecto encaje en el inciso final del artículo 117.4 (114). Cabría añadir, asimismo, el supuesto señalado por Almagro cuando afirma que también, de manera más específica, al tratar de la Ley Electoral, el artículo 70 de la Constitución establece en el párrafo 2 que la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial en los términos que establezca la ley electoral. Por supuesto que este control judicial, en último extremo, quiere decir, que corresponde a los juzgados y tribunales resolver cuando se plantea alguna controversia o contienda acerca de la validez de estas actas y credenciales. Pero no se excluye una intervención de los jueces y magistrados en organismos de composición mixta dentro del ámbito electoral para el control previo; un control asimilado en este sentido a jurisdicción voluntaria en relación con estos actos (115).

En este sentido, me parece plenamente acertado y novedoso el análisis realizado en los Fundamentos de Derecho 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 117.3 de la CE. Así, en el Fundamento de Derecho sexto se afirma: «Si en estos casos –de actuaciones de la jurisdicción voluntaria– el juez o magistrado denegase su intervención, hemos de convenir que el derecho conculcado sería el contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución al mismo tiempo que se produciría un incumplimiento del deber impuesto a los jueces y tribunales por el artículo 1.7 del CC, de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo potestades 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 artícu-

(113) DÍEZ-PICAZO, L. M. en *Régimen.....*, cit., p. 52, se inclina por considerar que de acuerdo con una correcta interpretación del artículo 117.4 CE y del artículo 2 LOPJ, la jurisdicción voluntaria tendría naturaleza intrínseca o esencialmente jurisdiccional, lo que comparto, si bien estima que la jurisdicción voluntaria estructuralmente no pueda diferenciarse de la normal actividad administrativa, opinión de la que difiero, dado que, a mi juicio, la tutela de un número amplio –aunque no en todos los supuestos– de los derechos y situaciones individuales incluidas en el marco del procedimiento de jurisdicción voluntaria es equiparable a tutela de los derechos e intereses lesionados, propia de la jurisdicción contenciosa.

(114) FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1992, pp. 773-774.

(115) ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., p. 77.

lo 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.

El procedimiento con arreglo al que los jueces deben actuar en la jurisdicción voluntaria está reservado a la Ley y, por consiguiente, sus trámites y modo de resolución no cabe establecerlos por Reglamento.

Las demás funciones, que el artículo 117.4 de la 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 aquéllos 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.

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».

VI. RACIONALIZACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. Introducción

Doctrina, Jurisprudencia e incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Unión Europea) (116), se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la necesidad de revisar las competencias de los jueces, a los efectos de transferir a otros profesionales del derecho o a funcionarios públicos, aquéllas que no ten-

(116) Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986. A dicha recomendación se hace referencia en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en cuya exposición de motivos, apartado 3.º, se afirma: «Por otro lado, el orden civil tiene hoy en día atribuido el conocimiento de asuntos no jurisdiccionales cuya residencia en sede jurisdiccional dista de ser obligada. Esa atribución tenía sentido en épocas en las que el tráfico jurídico era mucho menor, la judicialización de la vida social menos intensa y las garantías ofrecidas por otras instancias nulas. En una situación como la actual, sin embargo, carece de sentido seguir atribuyendo a los órganos judiciales la realización de tareas no jurisdiccionales: tal cosa no repercute más que en disfunciones para la Administración de Justicia –que se debe primordialmente al desarrollo de su función propiamente jurisdiccional– y para los interesados, que ven cómo un asunto que podría tramitarse fácil y económicamente en otra sede, ha de esperar, para su resolución, el orden de tramitación propio de los órganos jurisdiccionales. En esta línea y de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la eliminación de tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito de actuación de los Tribunales de Justicia, se regula una modalidad de la obtención de la declaración de herederos mediante acta de notoriedad, tramitada ante Notario y se extraen del ámbito judicial determinadas operaciones de legalización de libros».

gan una naturaleza jurisdiccional en sentido técnico. Y no se trataría tanto de descargar de competencias a los jueces a fin de evitar el colapso de la justicia o de meras razones de economía procesal, sino de la necesidad de redistribuir el actual marco de atribuciones con la finalidad de actualizarlo y de hacerlo más racional y sistemático.

El debate y la aprobación de una ley específica sobre jurisdicción voluntaria deben ser aprovechados para actualizar y situar en sus justos límites una institución utilizada al propio tiempo como campo de experimentación del legislador y como un cajón desastre. Se trata de reflexionar sobre si las razones de mera tradición, oportunidad, conveniencia, o división del trabajo que pudieron justificar en su momento la atribución de determinadas funciones a la judicatura siguen vigentes en el momento actual. Por otra parte, debe deslindarse entre funciones jurisdiccionales, y funciones administrativas, como certificaciones, legalizaciones, registros, etc., cuya atribución a los jueces no resulta procedente. Finalmente, habría que determinar qué instituciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a los jueces han perdido vigencia, han caído en desuso o son auténticos cadáveres legislativos, y cuáles deben ser transferidos al ámbito de lo contencioso, debido a su inapropiada consideración como asuntos de jurisdicción voluntaria.

Realizadas las anteriores operaciones, habrá que valorar con sumo cuidado la atribución de funciones a Jueces, Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Secretarios Judiciales y órganos administrativos o funcionarios públicos (117).

2. **Ámbito propio de competencia judicial**

Como señala Gómez-Ferrer (118) «la actuación del Juez, en los actos calificados como de jurisdicción voluntaria tiene –al menos– los siguientes cometidos, actualmente:

- a) Adoptar medidas de protección de las personas y de sus patrimonios.
- b) Acreditar determinados hechos y declarar que se han justificado o no: homologación.
- c) Ejercer el control de determinados actos para comprobar si se hallan justificados o no por razones económicas o morales legítimas.
- d) Documentar.

(117) Para RAMOS MÉNDEZ, *Jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, cit., p. 33, hay que meditar detenidamente sobre la conveniencia o no del mantenimiento de los supuestos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil en el seno de la LEC. A juicio de este autor, una gran mayoría puede desaparecer de la órbita de la LEC y ser sustraído su conocimiento al ámbito judicial sin ningún tipo de quebranto o menoscabo para los justiciables y con la consiguiente disminución de la inflación en materia de intervención judicial en supuestos en que hoy en día puede prescindirse de ella a nivel de jurisdicción voluntaria, por haber sido asumida específicamente su actividad por otros centros de competencia. Esta misma impresión se confirma si atendemos a las escasas resoluciones jurisprudenciales sobre la materia, o, incluso, si hemos de atender a las estadísticas judiciales sobre su frecuencia.

(118) GÓMEZ-FERRER, «Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario», *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pp. 98-99.

- e) Modificar o cambiar una situación o relación jurídica fundándose en una justa causa: concesiones.
- f) Crear cargos privados.
- g) Declarar cumplidas ciertas obligaciones.
- h) Autorizar determinados actos como presupuesto de la validez del negocio jurídico de que se trate o requisito necesario para que el acto pueda realizarse.
- i) Suplir la voluntad de los interesados.
- j) Aprobar lo realizado por considerarlo justo, prudente o ajustado a norma, o examinado su oportunidad.
- k) Solucionar desacuerdos entre partes, integrando sus voluntades discordantes (nombramiento de tercer perito).
- l) Liberar de responsabilidades.
- m) Cancelar obligaciones».

El mantenimiento de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria en el ámbito de la competencia judicial puede obedecer o bien a la necesidad de interpretar determinadas situaciones con criterios de oportunidad, de equidad o de ponderación, 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 que requieran una especial garantía o control de su seguridad jurídica, en atención a que se trate de: *a)* actos que afecten a intereses públicos; *b)* o de actos que afecten a personas o bienes cuya defensa sea competencia de autoridades públicas o se establezca la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, conforme al artículo 3.7 EOMF, por tratarse de derechos indispensables o de *ius cognus*; *c)* o de actos que afecten a personas con capacidad de obrar limitada, y *d)* que se trate, en general, de actos constitutivos, declarativos o dispositivos o de ejecución de derechos o con carácter específico de determinados actos de homologación, de aseguramiento o de prevención.

El desarrollo de los anteriores apartados nos llevaría a proponer como actos que deberían mantenerse en el ámbito de la competencia judicial en materia de jurisdicción voluntaria, a los siguientes:

Actos constitutivos de derechos, declarativos, cautelares o ejecutivos

A) En materia civil:

1. Nombramiento de tutor, curador y defensor judicial, control de su actuación, y de guardador del guardador de hecho y remoción de los cargos pendientes, artículos 199 a 302 del CC, Ley 13/1983, de 24 de octubre, y artículo 303 del CC (119).
2. Emancipación, como competencia compartida con el Notario (120).

(119) *Vide*, al respecto, VENTOSO, *La reforma de la tutela*, Madrid, 1985; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, Madrid, 1989; ARAGONÉS, «Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza» en *Jurisdicción Voluntaria* cit. pp. 337-486; SANTOS URBANEJA, «Control de la tutela», en *Jurisdicción voluntaria*, cit. pp. 489-535.

(120) *Vide*, al respecto, BERCOVITZ, R., «La vida independiente del menor no emancipado», en *Anuario Derecho Civil*, 1972, pp. 1083 y ss. JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor»,

3. Enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos, artículos 271 a 27 del CC y 2.011 a 2.030 de la LEC de 1881 (121).
4. Reconocimiento de la filiación no matrimonial de menores e incapacitados, artículos 124 y 125 del CC (122).
5. Atribución de la patria potestad y del cuidado de los hijos menores, en caso de separación de los padres, artículos 154 a 156 del CC.
6. Reconocimiento y protección del derecho de relación o de comunicación de los hijos menores, artículos 160 y 161 del CC.
7. Asistencia y colaboración con los menores no emancipados respecto de los hijos no matrimoniales, en el ejercicio de la patria potestad, artículos 157 y 158 del CC.
8. Autorización al menor de edad para aprobar las cuentas de la administración de sus bienes, artículos 1.813 a 1.820 de la LEC de 1881.
9. Control y autorización de la decisión del representante legal del menor favorable a la recuperación de la patria potestad por su titular.
10. Control y aseguramiento del patrimonio del menor, en los supuestos en los que la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio de los hijos, artículo 167 del CC (123).
11. Nombramiento del órgano de administración de los padres, artículo 164 del CC.
12. Medidas de protección en materia de guarda y acogimiento de menores, artículo 172 y 173 del CC y artículos 1.825 a 1.828 de la LEC de 1881 (124).

Revista de Derecho Privado, 1984, pp. 883 ss; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Madrid, 1988; BOJANE y CABALLERO, «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», *La Ley*, núm. 4166; SERRANO ALONSO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1996, pp. 61 y ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, *La reforma de la patria potestad*, Madrid, 1983.

(121) *Vide*, al respecto, en O'CALLAGHAN, «La Tutela del menor incapacitado», *Revista Poder Judicial*, junio, 1984, Id. «La incapacitación», *Actualidad Civil*, núm. 1, 1986; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación y figuras afines*, Madrid, 1987; BERCOVITZ, R., «El examen por el Juez del presunto incapaz en el procesamiento de incapacitación», en *Poder Judicial*, núm. 15, 1989, pp. 141 y ss. Id., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, artículo 211*, Madrid, 1986, pp. 196 y ss.; RODRÍGUEZ-INIESTO, *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Pamplona, 1990; SATRÚSTEGUI, «Enajenación de bienes menores y transacción acerca de sus derechos», en *Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 1966, pp. 111-132.

(122) En relación con el procedimiento en los actos de jurisdicción voluntaria en materia de familia, conforme a lo establecido en la disposición transitoria 10.^a, de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *vide* GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, cit, pp. 583-602; y DE PRADA, «Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 57 y ss; DíEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Madrid, 1983.

(123) *Vide*, en general, sobre protección del menor: BENITO ALONSO, «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda», en *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 191-278.

(124) En virtud de la disposición adicional primera de la Ley 1/1996, de 15 de enero, se establece la aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del CC, contra las resoluciones que declaren el desamparo y la idoneidad de los solicitantes de la adopción y para 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. *Vide*, al respecto, ORTIZ NAVACERRADA, «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre

13. Autorización y medidas en relación con el procedimiento de adopción, Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y artículos 1.829 a 1.832 de la LEC de 1881. Tanto en los supuestos de acogimiento y guarda de menores como en los supuestos de adopción, en los que ha sido suprimida la intervención notarial, sería conveniente regular su colaboración, a los efectos de determinar mediante acta de notoriedad la situación de hecho de acogimiento o el período de convivencia efectiva.

14. Autorización judicial en supuestos de: *a)* actos de disposición sobre la vivienda o el ajuar familiar, en supuestos de imposibilidad material o jurídica de prestar el consentimiento por el otro cónyuge, artículo 1.322.2 del CC; *b)* actos de administración y disposición sobre bienes comunes, en supuestos de imposibilidad de prestación del consentimiento por parte de uno de los cónyuges, artículo 1.357 del CC; *c)* supuesto de transferencia de la gestión conjunta de la sociedad de gananciales a uno de los cónyuges por imposibilidad del otro, artículos 1.387 y 1.388 del CC.; *d)* imposición de limitaciones o cautelas o aseguramientos en los supuestos contemplados en el apartado *c)*, artículo 1.389 del CC.; *e)* actos de disposición en los casos contemplados en el apartado *c)* del artículo 1.389 del CC; *f)* aplazamiento o pago *in natura* del crédito de participación, artículos 1.431 y 1.432 del CC (125).

15. Nombramiento, renuncia, prórroga, rendición de cuentas u operaciones particulares, de los albaceas y contadores partidores, en los supuestos previstos en la ley, artículos 898 a 911 del CC y artículo 1.057 del CC.

16. Disposiciones relativas a la administración judicial de la herencia, artículos 1.020 del CC, 801 a 804 del CC, 999 del CC, etc.

17. Declaración de ausencia legal, conforme a los artículos 2.033 a 2.041 de la LEC de 1881 y artículos 181 a 192 del CC.

18. Declaración de fallecimiento, conforme a los artículos 2.042 y 2.043 de la LEC de 1881 y artículos 193 a 197 del CC (126).

19. Cesación de la ausencia y revocación de la declaración de fallecimiento, conforme a los artículos 2.043 de la LEC de 1881 y 197 del CC.

20. Autorización judicial en supuestos de extracción de órganos o piezas anatómicas de personas fallecidas en accidentes o como consecuencia de éstos, artículo 5, Ley de 27 de octubre de 1979 (127).

menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Actualidad Laboral*, 1966, pp. 957-969.

En relación, asimismo, con la consideración de la jurisdicción voluntaria como cauce adecuado para resolver las controversias sobre la situación familiar de los menores, *vide* «Comentario de Herro a STC 114/1997, de 16 de junio», en *Tribunales de Justicia*, 1998, 669-674; FLUITERS CASADO, «Acogimiento y Adopción», en *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 279-335.

(125) LLEDÓ, «Actos relativos al régimen económico matrimonial con referencia a los regulados en las disposiciones generales y dedicación a los provocados por el régimen dual de gestión de la sociedad conyugal», en *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 133-190.

(126) *Vide* DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid, 1952, pp. 450 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol 1.º, Madrid, 1992, pp. 290 y ss.; CALVO CASTILLO, «Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de familia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pp. 35 y ss.; PADIAL ALBAS, «La presunción de vida en la declaración de fallecimiento», en *Revista de Derecho Privado*, 1991, pp. 1003 y ss.

(127) *Vide* en MORENO LUQUE, *Consideraciones sobre la Ley de Trasplantes de órganos*, La Ley, 1984, pp. 784 y ss.

21. Autorización judicial del internamiento por razón de trastorno psíquico de persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, artículo 211 del CC y Ley 1/1996, de 15 de enero (128).

22. Autorización judicial para la esterilización de un incapaz, artículos 156.2 y 428 del CP.

23. Aprobación judicial del consentimiento otorgado por el representante legal de los menores o incapaces, en relación con las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de éstos, Ley 1/1982, de 5 de mayo, artículo 3 (129).

24. Aprobación judicial de los expedientes de dominio, en su triple modalidad de expedientes para inmatriculación de fincas, para reanudación del tracto interrumpido y de cabida, artículos 199 a 201 de la LH, y 282, 283 y 284 del RH (130).

25. Aprobación judicial de los expedientes de liberación de gravámenes que hayan prescrito según la legislación civil, artículos 209 y 210 de la LH, y 309 a 311 del RH.

26. Autorización judicial de la repudiación de herencia hecha por personas jurídicas conforme al artículo 903 del CC.

B) En materia mercantil:

a) Sociedades

1. Nombramiento judicial de auditores de cuentas y de liquidadores de sociedades, artículo 157 de la LSA.

2. Convocatoria judicial de Juntas Generales de Accionistas y Asambleas de Cooperativas, artículo 57 de la LSA.

3. Constitución judicial del Sindicato Obligacionistas en determinados supuestos.

b) Peritos y Seguros (131)

1. Nombramiento de peritos en el Contrato de Seguros, Ley 50/1980, sobre contrato de seguro, artículos 38 y siguientes.

2. Nombramiento de peritos para la determinación del precio de adquisición de las acciones en las sociedades anónimas laborales, conforme a lo establecido en la Ley 4/1997, de 24 de mayo.

(128) BERCOVITZ, R, «La protección de la persona en relación con su internamiento en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 954 y ss.

(129) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991; HERRERO-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1992.

(130) Vid. CHICO ORTIZ, *El expediente de dominio: tramitación y efectos*, Madrid, 1981; DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El expediente de dominio*, Granada, 1994; PIEDRABUENA, «El expediente de dominio», en *Estudios de Derecho Procesal*, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3831 y ss.; BLANQUER ÜBEROS, «La tutela del derecho a la inscripción del título», en *AAMN*, t. 35, pp. 333 y ss.; MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación», en *AAMN*, t. 32, pp. 496 y ss.

(131) Vide en FONT SENA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1975.

3. Nombramiento de tercer perito para valorar daños o determinar el grado de invalidez en los seguros de daños o de accidentes, artículo 38.6 de la Ley 50/1980.

c) Comercio marítimo

1. Autorización para descarga de cargamento y sucesiva carga en caso de arribada forzosa de la nave, artículos 2.147-2.150 del CCom.

2. Autorización para la apertura de escotillas, artículos 2.168 a 2.171.

3. Autorización para contraer préstamos a la gruesa, artículos 2.161.9

4. Fijación judicial de fianza del valor del cargamento artículos 2.159 y 2.160 de la LEC de 1881, y 713 del CCom.

5. Autorización judicial de venta o de abandono del cargamento para pago de fletes, artículos 2.156, 2.157 y 2.161 de la LEC de 1881, y artículos 665 a 668 del CCom.

6. Requerimiento al capitán de una nave para que éste proceda al cumplimiento del contrato de fletamento.

7. Autorización judicial del depósito de mercancías para el pago de fletes, artículos 92, 58 de la LEC de 1881, y 665 del CCom.

8. Autorización de la descarga de efectos mercantiles, artículos 2.147 a 2.155 de la LEC de 1881.

9. Justificación, calificación y liquidación de las averías a los efectos de la determinación judicial de la contribución de todos los interesados, a la avería gruesa, artículos 2.131 a 2.147 de la LEC.

10. Autorización judicial de enajenación de efectos comerciales en casos urgentes, artículo 2.161 de la LEC de 1881.

11. Resolución judicial en relación con las quejas producidas respecto de los supuestos contenidos en los artículos 669 y siguientes del CCom, conforme al artículo 2.168 de la LEC de 1881.

12. Resolución judicial de calificación y liquidación de averías y de atribución a la gruesa, artículos 2.131 a 2.147 de la LEC de 1881.

De entre los restantes actos de jurisdicción voluntaria de competencia judicial, cabría diferenciar tres tipos de supuestos: *a)* los correspondientes a aquellos que con el paso del tiempo podrían considerarse anacrónicos u obsoletos o bien de escasa vigencia, de nula aplicación práctica o de dudosa eficacia; *b)* los que podrían ser atribuidos a otros profesionales del derecho o funcionarios públicos, con carácter excluyente o de forma compartida con la titularidad judicial, y *c)* aquellos cuya naturaleza voluntaria debería ser replanteada en atención a la relevancia de la oposición o del conflicto, lo que aconsejaría su inclusión en el marco del proceso contencioso.

3. Supuestos de jurisdicción voluntaria obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia

La relación de supuestos contemplados en el apartado *a)* podría ser básicamente, la siguiente: 1) La doctrina considera de forma unánime como anacrónico el supuesto contemplado en el artículo 616 del CCom y la regla 10 del artículo 2.161 de la LEC, relativo al consumo de combustibles o víveres, que tuvieren

terceros por su cuenta, en la navegación, para el consumo común; 2) Obsoleto se considera, asimismo, el supuesto contemplado en los artículos 767 del CCom, y 2.178 a 2.180 de la LEC de 1881, relativo a la determinación del aumento de la prima del seguro en tiempos de guerra; 3) La publicación de los artículos 591 y 592 del CCom ha supuesto la práctica derogación de la regla 8.^a del artículo 2.161 de la LEC de 1881, relativa a la responsabilidad de los comuneros por los gastos de una nave que necesita reparación; 4) El sometimiento de las actas de notoriedad notarial a la homologación judicial, conforme a los artículos 203 de la LH, y 209 y 288 a 297 del RH, supone una disfunción del procedimiento, revela una prevención no razonable de la competencia notarial, y ocasiona una limitación en la práctica de sus efectos, lo que hace aconsejable la revisión o supresión del sistema establecido; 5) El procedimiento de apeos y prorrates de foros, regulado en los artículos 2.071 a 2.108 de la LEC de 1881, ha perdido vigencia legal, conforme a las disposiciones atinentes a la Compilación del Derecho Civil de Galicia.

En relación a los supuestos que podrían ser incluidos en el apartado *b*), correspondiente a la propuesta de compartir la atribución de competencia o de transferir a otros profesionales del derecho o a funcionarios públicos la titularidad de determinados asuntos de jurisdicción voluntaria atribuidos a la competencia de los jueces, cabría afirmar lo que se indica en el apartado siguiente.

4. **Ámbito de atribución de competencias al Notariado**

Podrían ser transferidos a la competencia notarial (132) los siguientes actos:

1. Las informaciones para perpetua memoria, artículos 2.002 a 2.010 de la LEC de 1881, en la medida en que tienen por finalidad dejar constancia de algún

(132) *Vide*, en relación con la atribución de competencias en materia de jurisdicción voluntaria al notariado, con carácter general: 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 LH*, agosto, 1991, inédito, reseñado y consultado en el estudio de Gómez-Ferrer citado infra. AUGER, «Reforma de la Jurisdicción Voluntaria», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1992, 33, pp. 7-27; BELLOCH, J. A., «Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, pp. 9-42; GÓMEZ-FERRER, «Ejercicio de la Jurisdicción voluntaria por el notario», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pp. 9-178. Para AUGER resultan asumibles las conclusiones realizadas, a petición del Ministerio de Justicia, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, conforme a las cuales, corresponden a la función notarial los siguientes actos, actualmente atribuidos a los jueces: *a*) deslinde y amojonamiento; *b*) el pago por consignación (limitado a las deudas de dinero); *c*) las subastas voluntarias; *d*) las subastas de inmuebles del ejecutado; *e*) el testamento ológrafo; *f*) el testamento abierto, sin intervención de notario; *g*) testamento cerrado; *h*) Inventario de bienes de la herencia; *i*) el acta notarial como medio de inmatriculación; *j*) el acta de reanudación de tracto; *k*) Arbitrio de algún expediente de liberación de cargas que puede ser atribuido al Notariado.

Por su parte, para Belloch, habría que distinguir entre instrucción del expediente de jurisdicción voluntaria y decisión acerca del mismo. En opinión de este autor, la instrucción del expediente –declaración de interesados, dictámenes de peritos, documentos relativos al tema, declaración de testigos, etc.– podría verificarse a través de acta notarial, siempre y cuando se trate de una vía única y se garantice adecuadamente con coste económico razonable. En cuanto a la fase de resolución, procedería distinguir entre: actos de jurisdicción voluntaria de contenido y trascendencia exclusivamente patrimonial, en cuyo caso la decisión sería también notarial, y actos que afecten a la filiación, estado civil, capacidad o guarda de las personas, respecto de los que la decisión correspondería al órgano jurisdiccional.

hecho y de documentación para su conservación, y ello, constituye la función propia de las actas notariales de notoriedad (133).

2. Las subastas judiciales voluntarias de los artículos 2.048 y siguientes deberían atribuirse al Notariado, dado que se trata de un acto de presencia y documentación, propio de la actividad notarial, que confiere a su realización la misma autenticidad y garantías que las que pueden derivarse de la intervención judicial.

3. La formación de inventarios, frecuente en el ámbito del derecho hereditario, atribuida a los jueces por el CC o la LEC, es una función propia de la competencia notarial, en cuanto que constituye básicamente un acto de presencia y de documentación.

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 consignación ante notario del importe de una letra de cambio, podría atribuirse competencia a los notarios o compartida con los jueces, en orden a la determinación del cumplimiento de los requisitos de integridad e identidad de la deuda dineraria consignada ante aquéllos, sin perjuicio de que se mantenga en el ámbito de la competencia judicial la declaración de la extinción del derecho, conforme a los artículos 1.178 a 1.181 del CC (134).

5. La posesión judicial para los supuestos de adquisición por un título distinto del hereditario, conforme a los artículos 2.056 a 2.060 de la 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, por tanto, de atribuir esta competencia con carácter exclusivo a los notarios, a fin de adecuar la regulación legal con la práctica usual.

6. En los deslindes y amojonamientos no contenciosos, conforme a los artículos 2.061 a 2.070 de la LEC de 1881, se trata de documentar un acuerdo dispositivo realizado por los interesados, lo que constituye una función propiamente notarial.

7. La presencia y documentación que requiere la celebración de un matrimonio civil hace aconsejable que se atribuya esta competencia al Notariado, con carácter exclusivo o compartida con Jueces, Secretarios Judiciales y Alcaldes.

8. La separación de mutuo acuerdo podría, asimismo, formalizarse ante Notario, con carácter exclusivo o compartido con Jueces y Secretarios judiciales, excepto en lo relativo a la aprobación del convenio regulador, que debería ser aprobado por el juez, en el caso de que existieran hijos menores de edad.

9. El divorcio por mutuo acuerdo, respecto del cual cabría idéntica competencia y argumentación en cuanto a los límites establecidos en caso de separación.

(133) SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, 1945, II; pp. 6 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, pp. 414 y ss.; DE LA CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; FONT BOIX, «El notario y la Jurisdicción Voluntaria especial», VI, en *El acta notarial y la Jurisdicción voluntaria*, pp. 272-295, AAMN, XV, 1967; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Cuestiones de técnica notarial en materia de actas», *RDN*, CXXXVI, abril-junio 1987, pp. 13-282; RIERA AISA, voz Acta, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, pp. 285 y ss.

(134) Vide, al respecto, en RODRÍGUEZ-GIGIRAY, CASTRO DÍAZ, RODRÍGUEZ ARROYO, «La consignación judicial», en *Estudios sobre Derecho Procesal*, vol. III, cit. pp. 3779-3829; BERCOVITZ, R., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. I, 1980.

10. Las uniones de hecho, respecto de las cuales cabría regular la función documentadora y de acreditación del notario respecto a la existencia real de la unión y el tiempo de duración de la misma, a efectos probatorios.

11. La reconciliación podría acreditarse mediante acta notarial, a los efectos previstos en el artículo 84 del CC.

12. En materia de adopción de los mayores de edad y de los menores emancipados, debería regularse la colaboración del notario a los efectos de acreditar documentalente, mediante acta de notoriedad, la obligación legal del período de tiempo que la ley exige, en relación con la persona que va a ser adoptada, que debe cumplirse en situación de acogimiento preadoptivo por el adoptante o bajo su tutela, conforme a los artículos 176.3 del CC y 22.2 de la Ley 37/1991.

13. La protocolización de testamento ológrafo, artículos 678 y siguientes del CC, una vez comprobada su autenticidad, es un acto de documentación y acreditación característico de la función notarial.

14. Protocolización de memorias testamentarias, artículos 1.969 a 1.979 de la LEC de 1881, aplicables en Cataluña y Navarra, una vez comprobada su autenticidad y practicada su documentación como actos propios de la función notarial.

15. Protocolización de los testamentos otorgados conforme a los Derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas.

16. La adecuación de tipos especiales de testamentos, como el militar o el marítimo, artículos 716 a 721 y 722 a 731 del CC, o determinadas manifestaciones testamentarias de Derecho civil de Comunidades Autónomas, en los que no ha intervenido el notario, requieren la acreditación de su autenticidad y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, lo que constituye una función propia de la actuación notarial. Lo mismo cabría afirmar, por ejemplo, del testamento realizado en peligro de muerte inminente, en tiempo de epidemia, artículos 700 a 704 del CC, o, en caso de naufragio, artículo 731 del CC, en los que la actuación consistente en autenticar, calificar, y documentar las afirmaciones de los testigos constituye una función propia del notario, que se desarrolla con las mismas garantías que las que se derivan de la actuación judicial. Cabría, asimismo, regular en estos supuestos la posibilidad de que los interesados puedan acudir indistintamente ante el juez o ante el secretario judicial o bien acudir al notario.

17. La apertura del testamento cerrado, artículos 1.956 a 1.968 de la LEC de 1881. No parece razonable que si el notario ha intervenido en la acreditación de que el documento introducido en el sobre recoge su 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 artículo 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.

18. Declaración de herederos abintestato a favor de colaterales. Conforme al artículo 979 de la LEC de 1881, reformado por Ley 10/1992, de 30 de abril, «La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuges del finado son los únicos herederos abintestato, se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por notario

hábil...». No parece procedente la exclusión de la intervención notarial en el caso de declaración de herederos a favor de parientes colaterales, si bien se ha justificado por un sector doctrinal en atención a la mayor probabilidad de existencia en estos supuestos de herederos desconocidos, por lo que la intervención del ministerio fiscal y con ello de los jueces y tribunales se considera conveniente (135).

19. Aceptación y repudiación de la herencia, derecho de deliberar y aceptación de herencia a beneficio de inventario. No parece procedente negar en estos supuestos la intervención del notario, en la medida en que no tienen carácter constitutivo, sino que se trate de actos de documentación o de autenticación. En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina, que no encuentra justificado que se permita en unos casos la intervención del notario y se prohíba en otros supuestos de naturaleza análoga. Así, en el artículo 1.005 del CC, se establece que la interpelación, a petición de persona interesada, para que el heredero acepte o repudie la herencia en un plazo no superior a treinta días, deberá hacerse necesariamente por medio del juez. Cabría al respecto establecer la colaboración notarial regulando la posibilidad de que la interpelación se realice por medio de un requerimiento notarial, al tratarse de un acto de documentación.

En el artículo 1.008 del CC se establece que la declaración de voluntad de la renuncia a la herencia podrá hacerse ante notario o ante juez. Asimismo, en el artículo 1.011 se establece la posibilidad de que la documentación de la declaración de voluntad de aceptación de la herencia a beneficio de inventario se realice judicial o notarialmente, pero se duda, dado el silencio legal, si la formación notarial del inventario es eficaz. De *lege ferenda* debería establecerse la posibilidad de que ello fuera posible, dado su naturaleza de acto de documentación y autenticación. En este sentido, se establece ya en la regulación contenida en los artículos 30 y 201 del Código de Sucesiones para causa de muerte de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, conforme a la que se permite la formación notarial del inventario. No parece existir tampoco justificación suficiente para establecer, conforme al 1.014 del CC, que en el caso de que el heredero tenga, en todo o en parte, bienes de la herencia, el inventario deberá hacerse ante el juez. Por el contrario, podría disponerse que la formación del mismo fuere competencia notarial o del secretario judicial. Finalmente, la documentación de la decisión del heredero, en ejercicio de su derecho de deliberar, conforme al artículo 1.019 del CC., debería atribuirse al notario o al secretario judicial, en sustitución de la atribución que al juez realiza el citado artículo.

Creo, en definitiva, que no habiendo proceso contencioso, las funciones de documentación o autenticación, que en esta materia se atribuyen a los jueces, deberían transferirse al notariado, por ser funciones propias de estos profesionales del Derecho titulares de fe pública extrajudicial, que en su función de calificación del documento en que intervienen o autorizan, no sólo le dotan de autenticidad sino

(135) Vide, en este sentido, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, cit., p. 1093. Vide, asimismo, en BADÍA, «Acta de notoriedad de declaración de herederos», en *Boletín Colegio Notarial de Granada*, febrero de 1993, pp. 435 y ss.; FERNÁNDEZ-TREGUERRAS, «Un supuesto de jurisdicción voluntaria notarial: el acta notarial para la declaración de herederos abintestato», en *Estudios sobre Derecho Procesal*, vol. III, cit, pp. 3881-3901; MARTÍN MARTÍN, «Anotaciones relativas a las reformas introducidas en los procesos civiles por Ley 10/1992, de 30 de abril», en *Actualidad Civil*, 1993, XXXII, pp. 555-573.

que entran en la comprobación de la legalidad de su contenido y responden de su actuación (136). Sería, asimismo, posible una atribución de competencias indistinta en esta materia, a elección de los interesados, a notarios o a secretarios judiciales, en cuanto titulares respectivamente de fe pública extrajudicial o judicial. El incremento de las competencias de los secretarios en materia de jurisdicción voluntaria ha sido constante desde la Ley del Poder Judicial, seguramente con la intención de disminuir el trabajo del juez y de reforzar las competencias de estos profesionales del Derecho (137).

20. La protesta de averías, artículos 2.173 y 2.174 de la LEC de 1881, en cuanto que se trata de un acto de documentación y presencia, propio de la función notarial.

21. Reconocimiento y depósito liberatorio de efectos mercantiles, artículos 2.119 a 2.127 de la LEC de 1881. Respecto de este supuesto cabría reproducir las razones y los límites expuestos a propósito de la consignación en el número 4 de este apartado, a propósito tanto del carácter documentador de la actividad, propia del notario, como de la necesaria intervención judicial (138).

22. La apertura de escotillas, artículo 2.169 de la LEC de 1881. La licencia judicial a que se refiere este artículo, a fin de que el capitán del buque pueda proceder a la apertura de escotillas para hacer constar la buena estiba del cargamento y así salvar su responsabilidad en caso de siniestro, es una actividad de control y documentación más propia de la función notarial que de la judicial (139).

La amplitud de la propuesta de transferencias al notariado, de competencias atribuidas a los jueces, implicaría una mayor colaboración y participación de estos profesionales en la materia, en la que recuperarían un protagonismo que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de una función de autenticación, notificación, documentación y garantía de derechos, que se han visto reforzadas con el paso de los siglos, 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 acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias ni a los preceptos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes. La función notarial se ejerce, por otra parte, de forma independiente e imparcial, sin sometimiento a ordenación jerárquica, y su actuación no constituye un servicio público en su concepción administrativa, aunque sí supone el ejercicio de un oficio público en cuan-

(136) En relación con la responsabilidad notarial, *vide* SOLÍS VILLA, «La defensa de los consumidores y la función notarial», *Estudios Academia Sevillana del Notariado*, Madrid, 1988, pp. 81 y ss.; GUTIÉRREZ JEREZ, «Función notarial y responsabilidad civil», en *Actualidad Civil*, 1995, pp. 799-801.

(137) *Vide* en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUESADA, *Derecho Procesal*, cit. II, pp. 417 y ss.; MONFORT, «Examen legal de las protestas de mar notariales», en *RDM*, 1948, pp. 285 y ss., y «En torno a las protestas de mar», en *RDM*, 1964, pp. 87 y ss.; MENÉNDEZ, *El contrato de remolque*, Madrid, 1964, y FERNÁNDEZ NOVA, «Auxilio y salvamento de buques en la mar», en *Foro Gallego*, 1966, pp. 11 y ss.

(138) *Vide* MENÉNDEZ, «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», en *RDM*, 1951, XI, pp. 227 y ss.; SERRA, «Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1974, pp. 54 y ss.; GARRETA, «La denuncia de vicios de la mercancías en la compraventa mercantil», en *RJ Cat.*, 1976, pp. 883 y ss.

(139) A propósito de su consideración como acto de mera documentación, *vide* en SERRA, *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, cit., p. 634.

to a su función certificante y autorizante. En todo caso, la actuación del notario, incluso en su función de dar fe pública, está sometida al control judicial (140).

5. **Ámbito de atribución de competencias a los registradores de la Propiedad y Mercantiles y a los secretarios judiciales**

Además de la posible atribución de competencias a los secretarios judiciales en materia de jurisdicción voluntaria a las que ya me he referido, por ejemplo, en relación con inventarios, deslindes y amojonamientos, o reconocimientos de efectos mercantiles, una mención especial debe hacerse a los registradores de la Propiedad y Mercantiles, a quienes debería atribuirse todas las competencias relacionadas con los actos de publicidad directa, como las inscripciones, en cuanto que son, asimismo, titulares de una relevante función pública, cuya fundamentación histórica se remonta al Derecho Romano, en virtud de la cual proceden a la calificación y valoración conforme a la ley, con fundamentales efectos jurídicos, de los actos en que intervienen, con posibilidad, por otra parte, de control y revisión judicial (141). En esta línea de intento de disminución de trabajo de los jueces y de racionalización del sistema, debería atribuirse a estos profesionales la titularidad de todos los Registros públicos y, por tanto, también del Registro Civil Central y de los Registros municipales, respecto de los que habría relevar a la judicatura del desempeño de sus funciones (142).

La competencia de los secretarios judiciales para proponer autos definitivos en materia de jurisdicción voluntaria, conforme se establece en la LOPJ, se ha visto recientemente reforzada por la referencia expresa al compromiso de potenciar las funciones de estos profesionales en dicha materia, conforme se indica en 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.

6. **Supuestos de jurisdicción voluntaria que podrán ser incluidos en el marco del proceso ordinario**

Corresponde analizar finalmente aquellos supuestos cuya caracterización como voluntarios se habría debido en su momento a la necesidad de arbitrar un procedimiento abreviado o urgente que eludiera la excesiva dilación del proceso

(140) *Vide* en RODRÍGUEZ ADRADOS, «Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial», en *RDN*, XLI-XLII, julio-diciembre 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», en *RDN*, XCVII-XCVIII, julio-diciembre 1977, pp. 109-308, e Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 y ss.

(141) En relación con la naturaleza jurídica de los recursos dirigidos contra el acto del Registrador a que se niega a inscribir, *vide* GONZÁLEZ PÉREZ, «La impugnación de los actos registrales», en *RDCI*, 1955, pp. 413 y ss. A propósito de la jurisdicción voluntaria en el ámbito registral, *vide* GERONA PEÑA, *La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral*, cit., pp. 3936 y ss.

(142) *Vide* en AMORÓS, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», en *RCDI*, 1967, pp. 1532 y ss.; GÓMEZ LAFUENTE, «La ordenación de los registros e instrumentos públicos en la Constitución Española de 1978», en *RCDI*, 1982, pp. 1309 y ss.; ÁVILA, *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, Madrid, 1985, y DÍEZ DEL CORRAL, *Observaciones a la reforma del Registro Civil*, 1986, pp. 3133 y ss.

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 del proceso verbal de la LEC de 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 haría aconsejable revisar su concepción a los efectos de transferir su conocimiento al marco que les es más apropiado de la jurisdicción contenciosa. Podrían considerarse incursos en este apartado los siguientes casos: 1. La fijación del domicilio conyugal en curso de desacuerdo de los esposos, artículos 70 y 104 del CC y disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 30/1981, de 7 de julio. 2. 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, artículo 1.318 del CC y disposición transitoria décima, Ley 11/1981, de 13 de mayo. 3. 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 artículos 96 y 1.320 del CC. 4. Autorización judicial en los actos de administración y disposición de los bienes gananciales, en caso de discrepancia conyugal, conforme al artículo 1.377 del CC. 5. 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 artículo 1.393 del CC. 6. Supuestos de negativa a facilitar el derecho de comunicación de la contabilidad, conforme al artículo 2.166 de la LEC de 1881. 7. Supuestos de discrepancia entre los socios relativa a la administración de la sociedad y nombramiento, en consecuencia, de un coadministrador, conforme a los artículos 131 y 132 del CCom y 2.163 de la LEC de 1881. 8. 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, artículos 84 a 87, 96 a 155. 9. Supuestos de discordia entre los partícipes respecto a reparación y recomposición de una nave, conforme al artículo 216.8 de la LEC de 1881. 10. Supuestos de discrepancias en materia de propiedad intelectual que requieran la autorización judicial de divulgación de una obra, artículo 40 de la LPInt, la fijación judicial de una remuneración equitativa del autor atendidas las circunstancias del caso, artículo 47 de la LPInt; la subsanación judicial de omisiones en el contrato de edición, artículo 61.2 de la LPInt, fijación del plazo de reanudación de explotación de la obra, artículo 68.2 de la 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.

VII. PROBLEMAS FRONTERIZOS, SUPUESTOS CONEXOS Y PROCEDIMIENTOS ANÁLOGOS AL DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. El riesgo de la desnaturalización de la jurisdicción voluntaria. El eterno problema de las fronteras.

La amplia polémica planteada sobre todos los aspectos relacionados con la jurisdicción voluntaria, denominación, naturaleza, contenido, procedimiento, etc., afecta, asimismo, a los límites y fronteras de la institución. Frente a posiciones

maximalistas del tipo «la jurisdicción voluntaria es una creación artificial del legislador, por lo que podría ser eliminada de cualquier ordenamiento jurídico» o «las necesidades negociales y el tráfico jurídico justifican la aplicación del procedimiento voluntario a una amplia gama de supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos», cabe mantener con Fairén una posición realista que al propio tiempo que resalta la relevancia del contenido de la jurisdicción voluntaria, que no sólo no puede desaparecer, sino que por el contrario va incrementándose día a día como consecuencia de las necesidades de la sociedad, advierte del peligro de sacar la jurisdicción voluntaria fuera del ámbito que le es propio, desnaturalizando su función con la inclusión en el procedimiento voluntario de supuestos contenciosos, lo que, llevado al extremo, podría conducirnos a algo semejante a lo que históricamente supusieron los juicios sumarios indeterminados o procesos sin procedimiento de los siglos XVI al XVIII, o a la figura del juez funcionario y a la prevalencia de la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa, o al dirigismo judicial propio del nazismo alemán de los años treinta y cuarenta del siglo pasado (143).

Ya se ha dicho, por otra parte, que cualquier contradicción no hace contencioso el expediente voluntario, Allorio señala al respecto que es una cuestión de intensidad y grado (144). Sabemos también que la preceptiva audiencia a los interesados, conforme se establece en el artículo 1.813 de la LEC de 1881, y la posibilidad de revisión, al menos en apelación, de la decisión tomada en el procedimiento voluntario, sin perjuicio de ejercitar la acción del correspondiente juicio contencioso, aproximan la jurisdicción voluntaria a la jurisdicción contenciosa. Si la contradicción o conflicto es relevante *ab initio* o la oposición es fundada, debería sustanciarse, en el primer caso, el asunto en proceso contencioso y producirse el pase de la jurisdicción voluntaria a la jurisdicción contenciosa en el segundo supuesto.

Una primera cuestión se plantea en los casos en los que no obstante reconocerse la existencia de conflicto se opta por resolver la cuestión, en aras de la urgencia o de la economía procesal, o de la brevedad, por la vía del procedimiento voluntario, como ocurre en la legislación italiana, lo que ha provocado un único e inacabado debate en la doctrina (145).

En España, la ausencia de un criterio unitario a la hora de modificar la regulación de alguna de las instituciones tradicionalmente consideradas de jurisdicción voluntaria ha sido puesto de relieve por la doctrina: así, para Almagro (146), en épocas recientes, con ocasión de modificaciones importantes del Código Civil, se han regulado actos de jurisdicción voluntaria sin mención especial a su naturaleza

(143) *Vide*, al respecto, en FAIRÉN, «Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa», cit., especialmente pp. 959 y 543-944; Id., «El juicio ordinario y los plenarios rápidos...», cit., e Id., «Extractos de Derecho Procesal civil, penal o constitucional», Madrid, I, 1983, III y IV, pp. 202 y ss.

(144) ALLORIO, «Riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato», en *Studi in memoria di Piero Calamandrei*, Padua, 1958, III, pp. 1 y ss.; esp. p. 79.

(145) Un punto de vista crítico de la solución italiana ha sido mantenido entre nosotros por FAIRÉN, en *Atti...*, cit., pp. 177 y ss., quien procura responder a la pregunta de si el procedimiento *in camera di consiglio italiano* es, en la actualidad, el vehículo apropiado o no lo es, para intentar resolver mediante él los problemas fronterizos –y tratase de una frontera-zona y no de una simple frontera-línea, de la actual jurisdicción contenciosa, con sus procedimientos universales y particulares, ordinarios y especiales, plenarios y sumarios– y la jurisdicción voluntaria.

(146) ALMAGRO, en *Derecho Procesal*, cit., pp. 541-542.

y con técnica imperfecta, si bien, con clara referencia a la unidad procesal que representan algunas leyes, se han remitido al libro III de la LEC. Así en la Ley 11/1981 (en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), la disposición transitoria décima establece que «Mientras no se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 1.^a Para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley. 2.^a Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente...». Igualmente, la Ley 13/1983 (en materia de tutela), ordena, en su «Disposición adicional», que «los demás procedimientos (excluidos incapacidad y declaración de prodigalidad)... derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil, se tramitarán por las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción voluntaria».

En la misma línea, González Poveda resalta la excesiva ampliación del ámbito de la jurisdicción voluntaria a costa del proceso, so pretexto de la necesidad de simplificar el proceso aquejado de un excesivo formalismo. La primera vez en la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Asimismo, la reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC, que en la disposición adicional primera ordenó ampliar las normas de la jurisdicción voluntaria para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del CC, contra las resoluciones que declaran el desamparo y la idoneidad de los solicitantes de la adopción y para cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores. El motivo de estas reformas legislativas ha sido la necesidad de eliminar la rigidez del procedimiento contencioso y de agilizar sus trámites, pero la aplicación del procedimiento de jurisdicción voluntaria a cuestiones contenciosas es sumamente peligrosa, como productor de una grave irregularidad jurídica, al desaparecer la garantía del derecho de las partes, la vigencia de los principios de contradicción y de igualdad, e incluso, en buena parte del dispositivo. En el caso concreto de las citadas leyes, continúa argumentando González Poveda, la inseguridad jurídica aumenta por razones de técnica legislativa. Se acude a las normas de jurisdicción voluntaria, pero en estas normas no se regula un procedimiento de jurisdicción voluntaria sino una serie de procedimientos especiales, las más de las veces de forma fragmentaria e incompleta... Pero, además, la inseguridad aumenta ante la norma de la disposición transitoria décima que respecto al procedimiento de la jurisdicción voluntaria que sujeta al procedimiento de jurisdicción voluntaria las controversias a que se refiere «cuando por su propia naturaleza exijan una solución urgente», pues la apreciación de esta calificación de «urgente» ante su indefinición habrá de quedar, en último extremo, deferida a la apreciación discrecional del juez (147).

La falta de un criterio uniforme se aprecia, asimismo, en: a) la creciente judicialización, a la que se refiere Muñoz Rojas, en la regulación reciente de algunos actos civiles de jurisdicción voluntaria, como ocurre con respecto a la filiación, patria potestad y matrimonio, Ley 11/1981, en materia de tutela, Ley 13/1983, en

(147) GONZÁLEZ POVEDA, *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 70 y ss.

asuntos de acogimiento y guarda de menores y de adopción, Ley 21/1987, etc., y b) la no revisión de una serie de actuaciones de dación de fe, documentación, homologación y registro respecto de las que existen una mayoría de opiniones doctrinales favorables a su transferencia a otros órganos o profesionales del Derecho. Dicho inmovilismo legislativo ha sido atenuado, si bien en escasa medida, en atención a las competencias atribuidas al notariado en materia de apertura y protocolización notarial del testamento cerrado, conforme al artículo 114 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña de 1992, y en materia de declaraciones de herederos a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge del finado, conforme a la nueva redacción dada en 1992 al artículo 979 de la LEC.

Hay por otra parte, una serie de supuestos que, si bien se suelen estudiar formando parte de la jurisdicción contenciosa, la doctrina considera de forma más o menos mayoritaria, en función de cada uno de ellos, manifestaciones de jurisdicción voluntaria, así, por ejemplo, las diligencias preparatorias y preliminares (148), los juicios de separación y divorcio de mutuo acuerdo, la quita y espera, suspensión de pagos o los juicios universales sucesorios (149). Lo mismo sucede con la conciliación, si bien, en este caso, la declaración de urgencia, establecida en la disposición derogatoria única, 1, 2, del título I del libro II, así como el artículo 11 sobre la conciliación, hasta la entrada en vigor de la regulación de esta materia en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, resuelve por prescripción legal el debate sobre la naturaleza jurídica de esta figura (150).

2. Procedimientos conexos o análogos al de jurisdicción voluntaria: medidas cautelares y procesos sumarios

Existen finalmente una serie de supuestos conexos o análogos a los de jurisdicción voluntaria, a los que ya me he referido, como la conciliación laboral, la conformidad penal, la esterilización despenalizada del presunto incapaz con grave

(148) A su vez, cabría afirmar que, si bien los supuestos de jurisdicción voluntaria en los que no existe conflicto, no parece encontrar encaje la figura de la conciliación, ni tampoco tratándose de derechos indisponibles, por ejemplo, del menor o incapacitado, en los que se requiere la intervención necesaria del juez o ministerio fiscal, sí sería posible en aquellos otros que si bien se tratan por la vía voluntaria existe un conflicto expreso o latente, por ejemplo, en casos de discrepancia sobre la fijación de la vivienda familiar.

(149) A la confusión, heterogeneidad de procedimientos y vericuetos legales en materia de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, se refiere PRIETO CASTRO en «Deberes ineludibles e inaplazables (El laberinto de la quiebra y de la jurisdicción voluntaria y el formalismo de la casación)», en *R.D.Pr. Iberoamericana*, 1969, pp. 7 y ss., cuando afirma: «que en la edad atómica y cósmica el primero y agotador esfuerzo de un jurista y de un órgano jurisdiccional haya de consistir en averiguar, zigzagueando de arriba abajo y de derecha a izquierda, dónde hallará la norma adecuada para los hechos de una quiebra y para situar la que debe regir un tema digamos de tutela o de averías, es algo que hace recaer una grave responsabilidad sobre el Estado desidiioso y desorientado, que se estrega a ensayos discutibles en otros terrenos que admiten espera y que exigen profundas meditaciones y conocimientos».

(150) En materia de audiencia previa y conciliación, vide FAIRÉN, *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC. de 7 de enero del año 2000*, Madrid, 2000.

dolencia psíquica, y otros como los procesos sumarios y las medidas cautelares, cuyas notas características y procedimentales se aproximan a los asuntos de jurisdicción voluntaria. En este sentido, cabría destacar la coincidencia en aspectos como la disminución de formalidades, la limitación en las alegaciones, la brevedad de los plazos, la posibilidad de acudir a un contradictorio, la ausencia de prueba plena o la no plenitud de efectos de la cosa juzgada. Fairén ha puesto de relieve el antecedente histórico que supusieron los interdictos romanos respecto del proceso sumario, su aplicación en la Edad Media, especialmente por los comerciantes, eclesiásticos, peregrinos y testamentarios, y el doble sentido de la sumariedad como aceleración y como cognición limitada (151). Por otra parte, cabe, asimismo, señalar la consideración de determinadas medidas de salvaguarda o cautelares como asuntos de jurisdicción voluntaria, conforme al libro III de la LEC de 1881, así, por ejemplo, el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles, la exhibición de libros y documentos al socio o las medidas de seguridad en relación con la mala administración de los padres (152).

A la línea fronteriza entre supuestos en los que conviene atribuir la competencia en determinados procedimientos voluntarios a la autoridad judicial, tomando como punto de partida la configuración constitucional del recurso de amparo, se ha referido por su parte Belloch (153), al afirmar que «Siempre que se apueste por mantener dentro de la función judicial determinadas competencias en este marco (máxime cuando para ello se acude como criterio substancial al concepto de amparo cautelar), parece razonable partir de un criterio tan objetivo y preciso como el ofrecido por el propio texto constitucional. O dicho más brevemente, siempre que

(151) *Vide*, en este sentido, en FAIRÉN, en «Juicio ordinario y los plenarios rápidos», cit., y en «El Consulado de la Lonja de Valencia, de proceso a arbitraje sus posibilidades», en *Estudio de Derecho Procesal...*, cit., pp. 19-83, y en *Panorama crítico del proceso civil español, 1938-1988*, Madrid, 1998, esp. pp. 87 y ss. Por otra parte, por ejemplo, en cuanto al interdicto de adquirir de la antigua LEC, considerado como proceso sumario, mediante el cual se obtenía la posesión cuando su fundamento sea un título posesorio, señala DE LA OLIVA que, concluida la fase sumarísima dirigida a lograr interinamente la posesión y iniciada la fase sumaria, si nadie reclama en el plazo establecido mediante llamamiento edictal, se produce una ratificación de la posesión, con lo que estaríamos en realidad ante un negocio de jurisdicción voluntaria, en *Derecho Procesal Civil IV*, Madrid, 1993, p. 329. El interdicto de adquirir equivale en la nueva LEC a la pretensión denominada: Obtención por el heredero de la posesión de los bienes adquiridos por herencia y no poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario, siendo su regulación semejante a la examinada a propósito del interdicto de adquirir, lo que hace a DÍEZ-PICAZO considerar que, si llegado a un determinado momento procesal, nadie compareciese alegando tener mejor derecho que el demandante, nos hallaríamos más bien ante un expediente o negocio de jurisdicción voluntaria, en *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 608.

(152) *Vide*, al respecto, en PRIETO CASTRO, «Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares», en *MVE*, IV, Madrid, 1974, pp. 241 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla de las medidas cautelares*, 2.^a ed., Madrid, 1995; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3.^a ed., Civitas, 2001, pp. 587 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La severa doctrina del TS sobre medidas cautelares: la recepción del principio *fumus boni iuris* (A. 20 de diciembre de 1991) y su trascendencia», en *REDA*, núm. 69.

(153) BELLOCH, en *Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria*, cit., pp. 36-38. Sobre procesos de inconstitucionalidad y proceso de amparo constitucional, *vide*, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, 1980, pp. 241-333. Sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, protección frente a leyes, frente a violaciones imputables a órganos judiciales y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *vide*, GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pp. 383 y ss.

a través de un “procedimiento voluntario” se trate de amparar cautelarmente alguno de los “derechos fundamentales y libertades públicas” de la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la CE, en la medida en que el propio texto constitucional ha impuesto a la jurisdicción ordinaria un mecanismo específico de “plus protección”, parece razonable seguir apostando por mantener tales procedimientos dentro del ámbito de la función judicial. Y, en sentido opuesto, siempre que se trate de los restantes “derechos y deberes de los ciudadanos” (esto es, los de la Sección Segunda del propio capítulo y título) parecería igualmente razonable desjudicializar, desde el momento en que, como veíamos, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface plenamente con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria cuando el correspondiente procedimiento (por haber surgido oposición o contienda) devenga en contencioso. Esta forma de establecer la “línea fronteriza” tiene, en mi opinión, dos ventajas evidentes: la primera, su claridad dogmática, y la segunda, su manifiesta conformidad con el espíritu del texto constitucional» (154).

VIII. A MODO DE EPÍLOGO

1. De la exposición realizada en los capítulos anteriores cabría extraer una serie de reflexiones y conclusiones que podría resultar de algún interés para el futuro legislador de esta materia. Por utilizar afortunadas expresiones contenidas en la precisa exposición de motivos de la nueva LEC, el mantenimiento de la denominación de jurisdicción voluntaria no podría calificarse como expresión en exceso tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan sólo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico, 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 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 ocupa. Así, denominaciones como proceso no contencioso o procedimiento en Cámara de Consejo, se ha 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 froidiana, en el propio texto de la ley.

2. La jurisdicción voluntaria tiene carácter jurisdiccional. Así cabe deducirlo de su regulación en los propios textos legales, en los que su conformación jurídica no obedece a la existencia de una pretensión en sentido técnico frente a persona determinada, pero sí supone una especial tutela de una parcela relevante del ordenamiento jurídico, tanto en el marco de los derechos disponibles como en el de los derechos indisponibles, en los que resulta preceptiva la intervención del juez o el

(154) En relación con la directa aplicación de las normas constitucionales, *vide* GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 72 y ss.

ministerio fiscal. Una parte de la moderna dogmática del Derecho Procesal considera superada la tradicional identificación entre jurisdicción y proceso, al entender que el juez interviene en el marco del proceso y en el de la tutela de situaciones individualizadas que la ley le atribuye, considerándose ambas actuaciones de naturaleza jurisdiccional. En este sentido se ha pronunciado en reciente Sentencia, de 22 de mayo de 2000, el Tribunal Supremo, al señalar que «cabe el ejercicio de la función jurisdiccional fuera del proceso, pero sólo por jueces y tribunales, como acto de especial tutela de derechos e intereses previstos por la ley».

3. Cabría 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 controversia entre las partes como 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 caracterizan 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 actuación.

4. Muchos siglos atrás, en la Roma clásica, se había producido un proceso semejante de ampliación de la noción de *iurisdictio*, como consecuencia del cual, la *iurisdictio* se habría configurado como un concepto casi genérico, cuyo objeto más común seguiría siendo la competencia del magistrado para dirimir conflictos, pero que comprendería, asimismo, la regulación de relaciones jurídicas privadas que no implicaban controversia, por lo que la aplicación de la noción de *iurisdictio* a los supuestos que en el texto de Marciano, D. 1.16.2.pr., se engloban dentro de la categoría de *iurisdictio* voluntaria implicaría una extensión de su uso, pero no una alteración de su significado. Y en este momento histórico se explica la afirmación de Ulpiano referida a la amplitud del concepto de *iurisdictio*, D. 2.1.1: «*Ius dicentis officium latissimum est...*».

5. La nueva regulación del proceso en la LEC de 2000, caracterizada por principios como la economía procesal, la concentración, la inmediación, 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 a las partes interesadas y su participación activa en el desarrollo del procedimiento, a los efectos de que si la contradicción es real y tiene fundamento o incluso si se produce alguna duda razonable en el ánimo del juez sobre la relevancia de la misma, se ponga fin al expediente voluntario y se inicie el proceso contencioso correspondiente.

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 el 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.

6. En la medida en que la CE reconoce al poder judicial la titularidad exclusiva de la potestad jurisdiccional, tanto en su vertiente positiva de reserva de jurisdicción (art. 117.3 CE) como en su vertiente negativa de exclusividad en sentido propio (art. 117.4 CE), no parece razonable utilizar la noción y el término jurisdicción o jurisdicción voluntaria fuera del ámbito judicial. En este sentido se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia, STS de 22 de mayo del año 2000, fundamento de Derecho séptimo: «El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible...».

7. El desarrollo del procedimiento o expediente de jurisdicción voluntaria no debe suponer una quiebra de las fundamentales garantías propias del proceso contencioso.

8. Mediante los procedimientos de jurisdicción no sólo se tutelan los clásicos supuestos negociales, sino que también se defienden supuestos de intereses públicos o derechos indisponibles, en los que resulta preceptiva la intervención del juez o el ministerio fiscal.

9. Es necesario descargar a los jueces aquellas competencias que les han sido atribuidas por razones de mera tradición, de simple división del trabajo, de oportunidad no justificable en el momento actual o de mero contenido administrativo. En esta línea de desjudicialización habría que excluir de su competencia los actos de certificación, dación de fe, documentación, ciertos actos de homologación y registro, y atribuirlos a otros operadores jurídicos, a quienes corresponde con mayor propiedad el ejercicio de esta función pública, como son los notarios, registradores y secretarios judiciales. Se trataría no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino de sistematizar y redistribuir competencias en materia de jurisdicción, en aras de la racionalización del sistema. Dada la necesidad de restringir la expresión jurisdicción voluntaria al ámbito judicial, podría utilizarse en estos supuestos la denominación «competencias notariales, registrales, etc., en materia no contenciosa».

10. Deben mantenerse ciertos actos de jurisdicción voluntaria en la esfera de la competencia judicial, como son los constitutivos, determinados actos de homologación y todos aquellos que afecten a personas con capacidad de obrar limitada, como menores e incapacitados, en atención especial al especial amparo legal otorgado a las garantías de independencia, imparcialidad y terceridad atribuidas a los jueces, así como al hecho de que son estos profesionales del Derecho los más apropiados para introducir valoraciones de conveniencia o de equidad a la hora de decidir o calificar determinadas situaciones jurídicas, o en supuestos de conflictos de valores o de aplicación de valores más que de reglas.

11. No debería 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 tramitan por la vía del procedimiento voluntario supuestos de tutela de derechos o intereses lesionados. No se puede establecer una jurisdicción voluntaria contra natura por un simple deseo de celeridad. Una cosa es que se fomente la transacción y el consenso 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.

12. El aumento de los poderes discrecionales del juez en materia de jurisdicción voluntaria, en consonancia con la libertad de formas y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción frente al carácter más reglado del proceso, no debe desembocar en un dirigismo judicial que ponga en peligro las fundamentales garantías propias del proceso contradictorio.

13. Frente a posiciones maximalistas del tipo «la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier ordenamiento jurídico» o la de que «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 más 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 de las cada vez más amplias necesidades negociales, intereses públicos o derechos indisponibles, cuya regulación corresponde al ordenamiento jurídico.

14. Sería deseable, dada la previsible ampliación del campo de la jurisdicción voluntaria, la creación de juzgados que tuvieran atribuidas las competencias específicas en esta materia.

