

REFLEXIONES SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN*

SUMARIO: I.- ETAPAS DEL PROCESO DE REFORMA II.- SUPERACION DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL: EJERCICIO PACIFICO DE LOS DERECHOS VERSUS CONFLICTIVIDAD III.- DEFINICIÓN LEGAL DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: ACTO, PROCEDIMIENTO, EXPEDIENTE IV.- CONTENIDO DE LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA V.- RACIONALIZACION DEL SISTEMA: DESREGULACIÓN Y DESJUDICIALIZACION DE DETERMINADOS SUPUESTOS VI.- ACTUALIZACION DE LA INSTITUCIÓN. FUNCION SOCIAL. CONEXIÓN CON EL DERECHO MATERIAL VII.- HACIA UNA TEORIA GENERAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. ALTERNATIVIDAD ENTRE SECRETARIOS JUDICIALES, NOTARIOS Y REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES VIII.- AMBITO DE EXCLUSIVA COMPETENCIA JUDICIAL. PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS SECRETARIOS JUDICIALES IX.- ASPECTOS MAS DESTACADOS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL: PRINCIPIOS INFORMADORES Y REFORZAMIENTO DE LAS GARANTIAS X.- A MODO DE CONCLUSION

I. ETAPAS DEL PROCESO DE REFORMA

En el marco del Estado constitucional de Derecho, una de las piezas que todavía queda por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia es la correspondiente a la Jurisdicción voluntaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, establece en su Disposición Final decimoctava que «En el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria». Como era previsible, ante la dificultad y complejidad de la empresa, transcurrió el breve plazo fijado por el

* Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

voluntarismo político del legislador, sin que se haya procedido a la asunción del compromiso de remitir a las Cortes un texto comprensivo de la regulación de la jurisdicción voluntaria.

Un primer paso importante en el cumplimiento del mandato recibido, se produce en diciembre del año 2002, al ponerse en marcha la maquinaria legislativa con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, de una Ponencia, compuesta por siete miembros, que a lo largo de casi tres años de trabajo, elabora una propuesta normativa integrada por 306 artículos y 10 disposiciones complementarias que, asumida como Anteproyecto por el Ministerio de Justicia, es publicada en su Boletín Informativo en octubre del año 2005 «como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión», según se afirma en la Nota Editorial, que antecede a la Memoria Explicativa y a la Exposición de Motivos.

En este periodo de tiempo, previo a la presentación del proyecto de ley y en el que abarque su tramitación en sede parlamentaria, corresponde a los protagonistas de la justicia, interesados o afectados por la reforma en ciernes, doctrina científica y jurisprudencial, profesionales del derecho y de la economía de la empresa y expertos en cualquiera de las materias reguladas, la labor de enunciar problemas, suscitar dudas y esbozar soluciones, conforme a la clásica tricotomía que contribuye al progreso del conocimiento, en atención a los puntos de vista y a la experiencia de cada uno de los sectores sociales, a fin de coadyuvar en el desarrollo normativo de la ley, y de hacerlo con vocación de permanencia, en aras de la deseable seguridad jurídica que debe informar toda reforma legislativa, y en estrecha conexión con la realidad social, muy diferente y más compleja, en muchos de los supuestos, que la existente en la etapa en que se promulga el derogado Código Procesal de 1881.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción voluntaria, continúa vigente, la regulación contenida en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, artículos 1811 a 2174, dedicado íntegramente a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en los casos en que no exista contienda judicial, conforme se establece en la Disposición Derogatoria única de la LEC de 7 de enero de 2000.

La regulación de la jurisdicción voluntaria en un texto distinto de la ley procesal civil general, por la que se rige la jurisdicción contenciosa, supone en sí misma la primera novedad, respecto de la tradición legislativa anterior, conforme a la cual esta materia formaba parte del contenido de los Códigos procesales de 1855 y 1881, así como la opción por el modelo alemán, en el que la actual Ley de Jurisdicción Volun-

taria, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, de 1898, aunque con más de treinta reformas parciales, tiene carácter independiente de la restante legislación procesal.

La Ley Procesal Civil de 1855 se dividía en dos libros, el primero de ellos dedicado a la Jurisdicción Contenciosa y el segundo a la Jurisdicción Voluntaria. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se estructuraba en tres libros. En el primero se contenía la materia relativa a las «Disposiciones Comunes» a la Jurisdicción Contenciosa y a la Voluntaria, el segundo llevaba por rúbrica «De la Jurisdicción Contenciosa» y el tercero se intitulaba «Jurisdicción Voluntaria».

II. SUPERACION DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL: EJERCICIO PACIFICO DE LOS DERECHOS VERSUS CONFLICTIVIDAD

Configurada, desde un punto de vista de legalidad formal, la jurisdicción voluntaria, dentro del marco jurisdiccionalista, despojada de adherencias extrañas a su naturaleza, fruto de decisiones de política legislativa, razonables en su momento, en atención a consideraciones de coyuntura histórica, mera conveniencia u ordenación del sistema, pero que no tienen un adecuado encaje en el actual marco constitucional, enmarcada dentro de la legislación procesal, cuya competencia es exclusiva del Estado, conforme al artículo 149,6 de la CE, y establecida la tramitación de su normativa, por imperativo legal, a través de la vía de una ley específica y no de forma reglamentaria, nos encontramos en el momento adecuado para proceder a una reforma de la institución que resulte superadora de:

- A) La tradicional concepción de la jurisdicción voluntaria como incardinada básicamente en el ejercicio pacífico de los derechos y
- B) De la idea de la ausencia de conflictividad como elemento diferenciador de la jurisdicción contenciosa respecto de la jurisdicción voluntaria.

La estela de los conceptos e instituciones no es, en el universo jurídico, ni inmutable ni absoluta, y así como parece que no cabe identificar necesariamente proceso con lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, ni tan siquiera con conflicto de intereses u oposición, si bien resulta obvio que la lesión, el conflicto o la oposición se produce en la inmensa mayoría de los asuntos que se tramitan por la vía de los procesos civiles, conviene resaltar que no es ya, conforme al nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, la ausencia de contradicción o conflictividad, el elemento diferenciador entre ésta y la jurisdicción contenciosa, dado que en muchos de los procedimientos actuales en los que se tramita un expediente de esta naturaleza, el conflicto o bien está latente o encubierto, o bien se manifiesta de forma expresa o explícita, como sucede de forma singular, aunque en modo alguno única, en todos los asuntos de

tutela sumaria contradictoria que el legislador decide tramitar por el cauce del procedimiento voluntario, al no considerar necesaria la vía del proceso contencioso, en atención a la atenuada relevancia de la contradicción.

El ALJV se hace eco de la realidad mencionada, que se recoge en el texto normativo, en el inciso final del art. 1, en el que establece que «.....en los expedientes de jurisdicción voluntaria puede suscitarse oposición conforme a lo regulado en esta Ley», y con carácter específico en el art. 18,2 conforme al cual: «Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución... ». Ahora bien, en los supuestos de procedimientos específicos, en los que la normativa disponga que la oposición hará contencioso el expediente, ésta no podrá consistir en una mera manifestación contraria al fondo o a alguno de los presupuestos procesales, sino que o bien habrá de justificarse con un principio de prueba el derecho subjetivo o el interés contrario divergente o bien, al menos, el Tribunal habrá de apreciar la razonabilidad de la oposición. Con carácter singular, se prevé en el Anteproyecto que la oposición acarreará el sobreseimiento del expediente o su conversión en contencioso en los procedimientos de: Deslinde y amojonamiento (art.147); Robo, hurto, extravío o destrucción del título al portador y de la letra, cheque o pagaré (art. 252); Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo (art. 289,5); Extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque (art. 301), así como en la Conciliación (art. 30), y en la Mediación (art. 40), si bien en estos dos últimos supuestos no cabe, en puridad, la utilización del término oposición, en sentido técnico. En el procedimiento de adopción se establece que si los padres pretenden que se les reconozca la necesidad de su asentimiento, conforme al procedimiento regulado en el art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se procederá a la suspensión del expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento (art.63).

Por otra parte, en la LEC se regulan procesos sin contradicción de voluntades, así sucede por ejemplo: en los denominados procesos matrimoniales de separación o divorcio por mutuo consenso; en las demandas en solicitud de eficacia civil, de las resoluciones de Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, siempre que no se solicite la adopción o la modificación de las medidas establecidas; o en las demandas en juicio verbal en las que se pretende que el Tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. Se contempla en este último supuesto el tradicional interdicto de adquirir la posesión, expresión que ha sido suprimida por la LEC, no obstante, el mantenimiento, en otras ocasiones, de términos, principios, reglas y criterios de perenne valor, acuñados por la tradición jurídica y acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, conforme se afirma, con acierto, en la precisa y afortunada Exposición de Motivos de la Ley Procesal Civil.

Hay asimismo ausencia de contradicción en los procesos meramente declarativos de derechos o constitutivos en los que no se manifiesta oposición. En las denominadas con carácter general sentencias sin oposición, falta un auténtico debate judicial, al no formularse por el demandado argumentos contrarios a la petición del actor. Así no es infrecuente que el juez se encuentre ante un auténtico proceso sin contradicción de voluntades, en aquellos supuestos en 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; incluso en el propio procedimiento monitorio, falta oposición del deudor.

Se incluyen de igual modo en la LEC, en atención a motivaciones diversas, instituciones que tienen una naturaleza básicamente de jurisdicción voluntaria, así sucede en los supuestos de: diligencias preliminares; autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación o divorcio. Por el contrario, un procedimiento actual de jurisdicción voluntaria, previsto en el Código Penal, art. 156, 2, la autorización judicial para la esterilización de personas incapacitadas que adolezcan de grave deficiencia psíquica, no ha sido recogido en el ALJV por entenderse que no parece razonable que para incapacitar a una persona se requiera un proceso y para proceder a su esterilización, en el supuesto previsto, sea suficiente un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, se sugiere, en la Memoria Explicativa del Anteproyecto, la conveniencia de modificar el Código Penal a los efectos de incardinar el supuesto en la órbita de la jurisdicción contenciosa.

Sería deseable y resulta previsible, conforme al texto del Anteproyecto, que la nueva regulación, acometida desde una posición reflexiva, metódica y alejada de doctrinarismos, propicie la superación de la concepción de la jurisdicción voluntaria como residual frente a la jurisdicción contenciosa y, por ende, el escaso interés, con valiosas excepciones, manifestado en la obra científica de la doctrina y en el desarrollo argumentativo de la jurisprudencia, al propio tiempo que contribuya a que el debate sobre su naturaleza jurídica, polarizado y distorsionante en el estado actual de heterogeneidad de supuestos encuadrados en el marco de la jurisdicción voluntaria, deje de resultar estéril e infructuoso. En esta línea de argumentación, se han manifestado asimismo en sus reflexiones GONZÁLEZ POVEDA, RAMOS MÉNDEZ y ALMAGRO, que son los autores que han dedicado una mayor atención al estudio de la materia de la jurisdicción voluntaria en España¹.

¹ RAMOS MENDEZ, *La Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*. Madrid 1978; Id. *Derecho procesal civil*. T.II, Barcelona 1992, pp 1289ss; ALMAGRO, con Cortés Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, en *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Vol II, pp.535-593; y GONZALEZ POVEDA, *Jurisdicción Voluntaria*, 3ª Ed., Pamplona 1997.; AA.V.V. *JURISDICCION VOLUNTARIA*, Coordinador GONZALEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

El texto legal se estructura en nueve Títulos. El primero regula el régimen general, el segundo la conciliación y la mediación, los actos de jurisdicción voluntaria en materia de personas, el tercero, en materia de familia, el cuarto, en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones, el quinto, sexto y séptimo, respectivamente, el octavo los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil y el noveno las actuaciones de jurisdicción voluntaria en el ámbito del derecho marítimo.

III. DEFINICIÓN LEGAL DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: ACTO, PROCEDIMIENTO, EXPEDIENTE.

En el art. 1 del ALJV, que se corresponde en buena medida con el actual art. 1811 de la Ley de 1881, se contiene la definición, al propio tiempo que se delimita el campo de actuación de la jurisdicción voluntaria. No en vano, mediante la definición, de de-finitio, se ponen límites al concepto: «Se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre partes conocidas y determinadas, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición, conforme a lo regulado en esta ley».

No son demasiado numerosas en la legislación española, las definiciones de instituciones contenidas en textos legales. Ya el jurista clásico romano Javoleno, advertía de sus riesgos al afirmar en un fragmento recogido en Digesto, 50.17.202 que «Toda definición en Derecho Civil es peligrosa, pues es difícil que no pueda ser alterada» La referencia al Juez contenida en el Art.1811 se ha sustituido por Tribunal, al efecto de incluir el reconocimiento de la competencia en esta materia a los Secretarios Judiciales, lo que constituye una de las más relevantes novedades del ALJV. Otra novedad significativa viene constituida, como ya ha sido subrayado, por el inciso final en el que se dispone que la oposición formulada por un interesado no hará necesariamente contencioso el expediente. Aunque el actual art. 1817 de la Ley de 1881 consagra el principio contrario «Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente.....», se trata de una disposición general que encuentra numerosas excepciones en la regulación contenida en los procedimientos específicos, especialmente en materia de derecho mercantil. Lo que sí hace el ALJV, como ya ha sido señalado, es restringir los supuestos en los que la oposición hace contencioso el expediente.

A mi juicio, podría haberse matizado en el art.1 del ALJV que la contienda que, en su caso cabe plantear ante el Tribunal no debe ser relevante, y podría haberse mantenido el término acto para referirse a la previsión de intervención del órgano judicial en los supuestos de jurisdicción voluntaria.

En relación con la terminología referida a la jurisdicción voluntaria, cabe señalar, en mi opinión, que la más adecuada se corresponde con la utilización de los vocablos acto, procedimiento y expediente. En la gran mayoría de los supuestos en los que la intervención de un juez, prevista en la legislación sustantiva, no está dirigida a la resolución de un litigio jurídico material, es decir, de un proceso, nos encontramos ante un acto de jurisdicción voluntaria. Para referirse al conjunto de normas jurídicas que configuran la actuación ante la autoridad judicial, parece oportuno utilizar el término procedimiento, y no el de expediente, que sería el término más adecuado para hacer referencia a la sustanciación de los distintos trámites que se producen en el curso del procedimiento.

Cabría decir, en síntesis, que previsto el acto de jurisdicción voluntaria en la disposición sustantiva, se promueve un procedimiento, en el curso del cual se procede a la tramitación de un expediente²

² Vid. sobre Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano y en Derecho Procesal vigente:

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id., *A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id., *Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id., *Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano «Iurisdictio voluntaria»*, en D. 1.16.2. pr., Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215; Id., «*La Jurisdicción Voluntaria*», Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id., *Jurisdicción voluntaria 2001. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000*, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp.329-342; Id., *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid 2002, pp. 1997-2036; Id., *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id., *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id., *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24; Id., *A propósito del futuro Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, 2002, pp. 18-22. Id., *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306; Id., *Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional*, nº 37, Actualidad Civil 2001, pp. 1317-1341; Id., *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id., *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09-2004; Id., *Problemas (II)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 17-09-2004; Id., *Interrogantes (III)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 26-09-2004; Id., *Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 3-10-2004; Id., *Jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y futuro*. Estudios Homenaje Manuel Albaladejo, tomo I, 2004, pp. 1655-1691; Id., *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*. Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo, 2005, pp.1901-1921; Id., *La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, La Ley 23 de marzo de 2005, pp.1-9; Id., *Jurisdicción Voluntaria*, ABC. 21-5-2005; Id., *La reforma de la jurisdicción voluntaria*, Orosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid, septiembre de 2005, pp.16-19; Id., *Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria*. Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, General Roca, La Patagonia, Octubre de 2005; Id., *La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado, Burgos, noviembre de 2005, en prensa.

IV. CONTENIDO DE LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Si partimos en la configuración de la institución, de la definición legal, contenida en el art. 1 del ALJV, podríamos afirmar que con la expresión jurisdicción voluntaria se hace referencia a aquellos supuestos en los que se prevé, en una norma jurídica de derecho material, la intervención de la autoridad judicial, o bien a solicitud de uno o varios promoventes, o bien de oficio, o a instancia del ministerio fiscal, sin que exista proceso, es decir, contienda por lesión de derecho subjetivo o interés legítimo o conflicto de intereses relevante inter partes.

En el primero de los supuestos, jurisdicción voluntaria negocial, el solicitante pretende del órgano jurisdiccional que constituya, autorice, homologue, garantice o haga efectivo un derecho o interés legítimo. Los supuestos de jurisdicción voluntaria necesaria o preceptiva afectan o bien a la condición y estado civil de las personas o, con carácter general, a intereses jurídico-públicos, generales o sociales.

Se incluyen, asimismo, dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria, un reducido número de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el Ordenamiento Jurídico considera, en atención a su urgencia, a una necesidad imperiosa o a la existencia de un grado de contradicción atenuada, que no resulta ineludible que sean dirimidos por la vía ordinaria del proceso contencioso, como son los casos de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o incapacitado, los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en relación con la custodia de los hijos en caso de separación de los padres o aquéllos en que el Tribunal deba intervenir ante el desacuerdo conyugal sobre la disposición de la vivienda y ajuar familiares, el aseguramiento para la contribución de un cónyuge a las cargas del matrimonio o respecto a actos de administración o disposición sobre bienes comunes.

V. RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA: DESREGULACIÓN Y DESJUDICIALIZACIÓN DE DETERMINADOS SUPUESTOS

Han quedado fuera de la órbita de la jurisdicción voluntaria, conforme a la regulación contenida en el Anteproyecto, la mayoría de los supuestos en los que la intervención del órgano judicial quedaba reducida a la mera presencia, la mera declaración de derechos, calificación, notificación, documentación o autenticación del acto, en atención a que ello suponía una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional, conforme al artículo 117.3 de la Constitución, sin que tampoco pareciese necesaria en tales casos, la actuación judicial en garantía de derechos

que, con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a jueces y tribunales, conforme al artículo 117.4 de la CE.

Se ha procedido en el Anteproyecto a:

- La desregulación de procedimientos que, otrora válidos y eficaces, se han considerado obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, como sucede, de forma especial, en numerosos supuestos enmarcados en la órbita del derecho marítimo, respecto del que se han tenido en cuenta las previsiones del Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima, así como a,
- La desjudicialización de procedimientos atribuidos en su momento a los jueces en atención a razonables decisiones de oportunidad, tradición histórica, orden público u ordenación del sistema, pero que no continúan vigentes en el momento actual.

Entre los procedimientos que han sido objeto de desregulación cabe citar: las informaciones para dispensa de ley; las informaciones para perpetua memoria; la protocolización de memorias testamentarias; el aumento de la prima del seguro en tiempos de guerra; el procedimiento de apeos y prorrates de foros; la requisa de víveres en la navegación marítima; el préstamo a la gruesa; la autorización para la venta de la nave inutilizada para la navegación; el abandono del cargamento para pago de fletes; la fianza del valor del cargamento, que ha quedado subsumida en el nuevo procedimiento denominado extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque; y la venta del cargamento para pago de fletes, que ha quedado subsumido en el procedimiento denominado depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo.

No se ha procedido en el ALJV a regular el procedimiento contenido en el art. 2161,8 LEC de 1881, que hace referencia al supuesto contemplado en los arts. 590 y 591 del C.Co. de 1885, en atención a que la discordia entre los comuneros de un condominio naval, de caracterizada finalidad mercantil, en torno a actos o negocios jurídicos, tiene un grado de relevancia suficiente como para aconsejar la incoación de un proceso ordinario.

Con algunas modificaciones se ha procedido a incorporar al ALJV la normativa de cuatro de los procedimientos regulados en el Anteproyecto de Navegación Marítima: El depósito y venta de mercancías y equipajes; La venta judicial de buques; La liquidación judicial de avería gruesa y El extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque.

VI. ACTUALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN. FUNCIÓN SOCIAL. CONEXIÓN CON EL DERECHO MATERIAL

Actualizar la institución, adaptándola a las exigencias de los nuevos tiempos, sin administrativizarla, ni magnificar su innegable función social, lejos de las posiciones maximalistas que consideran que la jurisdicción voluntaria debería ser suprimida o que las necesidades negociales y las propias del tráfico jurídico, justificarían la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos, parece haber sido el razonable punto de partida, cuyo desarrollo se ha materializado en el Anteproyecto.

En el sentido expresado se había ya pronunciado la doctrina que se ha ocupado de su estudio, partidaria de regular, conforme a los nuevos avances de la ciencia procesal, sin quiebras de las fundamentales garantías propias de todo procedimiento, y que deben informar toda labor de enjuiciamiento judicial, una parcela amplia, heterogénea e imprescindible de la realidad social, que abarca manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones, en los que no obstante su naturaleza particular, se entremezclan, en ocasiones, intereses individuales con intereses sociales, o bien asuntos de derecho de familia y de condición y estado civil de las personas, en los que confluyen intereses privados con intereses públicos, así como supuestos de naturaleza ejecutiva o de tutela preventiva de derechos o intereses en riesgo potencial o cierto de no ser reconocidos, así como de intereses difusos o relativamente indeterminados, de personas indefensas, desvalidas, desamparadas o desaparecidas.

Como ha señalado 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 procedimientos³.

Es, por otra parte, la jurisdicción voluntaria una institución caracterizada por la estrecha conexión con la vida diaria de los ciudadanos, por la interrelación entre la norma procedimental y la base de derecho material en que se sustenta, así como por la relevante trascendencia práctica de muchos de sus procedimientos, en los que el ciudadano puede percibir de manera directa que se hace justicia, en atención a la brevedad, simplificación e inmediatez de la tramitación del expediente, así por ejemplo en supuestos de mediación, adopción, acogimiento familiar, conciliación, protección de personas con discapacidad, declaración de ausencia, aceptación de una he-

³ MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*. Actualidad Civil, 1989, 39/90, pp. 577-585.

rencia, convocatorias de juntas o asambleas generales o pérdida o sustracción del conocimiento de embarque, en derecho marítimo⁴.

VII. HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. ALTERNATIVIDAD ENTRE SECRETARIOS JUDICIALES, NOTARIOS Y REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES

En relación con la elaboración de una futura Teoría General sobre la Jurisdicción Voluntaria cabe señalar que de forma progresiva se ha ido conformado un nuevo perfil de la institución que, desde su originaria concepción básicamente negocial, constitutiva o complementadora, preventiva, cautelar o garantista, en el marco del

⁴ Vid., en la doctrina española: ALVAREZ-CASTELLANOS, *El proceso de jurisdicción voluntaria*, Revista de Derecho Procesal, 1945, pp.331-353. GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria*, ACD, 1953, pp. 5 ss.; CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, 1962; PRIETO CASTRO, *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964, pp. 585 ss.; FONT BOIX, *El Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Academia Matritense del Notariado, T. XV, 1967, pp. 272-295; SERRA, *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pp. 619 ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México 1974, tomo 1, pp. 115 ss.; GOMEZ ORBANEJA, y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, 8ª ed. Madrid 1976. RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid 1978; ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura Jurisdicción Voluntaria. III*, J.F.P.J., Madrid 1987, pp. 65-72; MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, nº 9, 1989; Id., Actualidad Civil, nº 39, 1990; PEDRAZ, *Constitución, Jurisdicción, Proceso*, 1990. FAIRÉN, *Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: las confusiones de la historia y su evolución*, BICAM, 2/ 1990, pp.19-34; Id. *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la LEC y la problemática actual*, ADC, 1991, pp. 947-969; Díez-PICAZO, L.M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Madrid 1991; GÓMEZ DE LIAÑO, *Derecho Procesal Civil*, 2ed., Oviedo 1992, pp 566 ss.; MARTÍN OSTOS, *Hacia un nuevo Secretario Judicial español. La Ley nº 2946, 25-2-1992*; ALMAGRO, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SERRA y MORENO CATENA, en *Derecho Procesal II, vol. I, Parte General. Proceso Civil*. Valencia 1992, pp. 535-593; AUGER, *Reforma de la jurisdicción voluntaria*, Anales Academia Matritense del Notariado, 1992, pp. 7-27; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, t. III*, Barcelona 1992, pp. 1289 ss.; BELLOCH, *Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado 1992, pp. 9-42.; GÓMEZ FERRER, *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notariado*, R.J.N., 1993, pp. 9-178; ORTIZ NAVARRETE, *Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, Actualidad Laboral 1996; DE PRADA, *Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la D.T. 10ª de la Ley 19/ 1981*, Derecho Judicial, 1996, pp.57 ss ;GONZÁLEZ PVEDA, *Jurisdicción voluntaria*, 3ª ed., Pamplona 1997; JUAN SÁNCHEZ, en ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi 2001, pp. 85-97, SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones jurisdiccionales de jueces en garantía de derechos*, Madrid 2002; DE LA OLIVA, con I. Díez-Picazo y VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid 2002; SEANE CACHARRÓN, *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre la jurisdicción voluntaria*, Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2003, nº 3, pp. 91-108; MONTERO AROCA, con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN Y BARONA, *Derecho Jurisdiccional V I, Parte General y V. II. Proceso civil*, Valencia 2005, GÓMEZ COLOMER, pp 859ss; LIÉBANA ORTIZ, *Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, Redur, 3, 2005, pp.163-182.

ejercicio pacífico de los derechos, así como, en buena medida, tuitiva de menores e incapacitados, ha evolucionado hasta su actual concepción tutelar o social de personas con discapacidad, desvalidas, indefensas o desamparadas, en defensa de intereses públicos, generales, y en estrecha correlación con los preceptos constitucionales referidos al Estado social, así como de tutela sumaria de conflictos de intereses considerados de relevancia menor, sin incidir en una extensión artificiosa del campo de la jurisdicción voluntaria, por meras razones de economía procesal, fuera de su propio ámbito, a supuestos en los que el combate dialéctico entre las partes constituye el reflejo de la tradicional lucha por el derecho, en afortunada expresión de IHERING.

El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial, no supone, por otra parte, ningún obstáculo en esta materia para proceder, como así se ha llevado a efecto en el Anteproyecto, a:

a) Redistribuir entre jueces y secretarios judiciales, las competencias asignadas al órgano jurisdiccional.

b) Desjudicializar aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, corresponden a otros profesionales del derecho, en especial Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en atención a su especialización, a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico, a su consideración de relevantes operadores jurídicos en el orden extrajudicial y a la paz social y seguridad jurídica que supone su intervención como garantes de la legalidad.

Y, c) Atribuir de forma compartida a Secretarios judiciales y Notarios o Secretarios Judiciales y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, determinadas competencias, a fin de que el justiciable pueda optar por acudir de forma indistinta, ante uno u otro de los agentes jurídicos, para formalizar las correspondientes actuaciones.

La alternatividad entre Secretarios y Notarios, se concretaría en materias como la declaración de herederos abintestato, el deslinde y amojonamiento voluntario, las subastas judiciales no ejecutivas, la adveración y apertura del testamento cerrado, la formación de inventario en el marco de la aceptación de la herencia o del derecho de deliberar, la consignación o el depósito de efectos mercantiles. Se ha optado, de forma discutible, por la no atribución de la alternatividad en otros supuestos, a los que ya he hecho referencia en otras ocasiones, como la formación de inventario en la declaración de ausencia y fallecimiento o en el marco de las actuaciones a realizar al efecto por el contador-partidor, la adveración del testamento ológrafo o de los testamentos otorgados de forma oral, la acreditación de averías, o el depósito de mercancías y equipajes en derecho marítimo.

Hubiera sido asimismo razonable establecer la posibilidad de inmatriculación mediante acta de notoriedad y suprimir la intervención judicial homologadora de la actuación notarial, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el

tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida de las fincas, en atención a que ello implica una desnaturalización de la actividad notarial y una inadecuada presunta desconfianza de su actuación.

La atribución de competencias, en las materias señaladas, a estos profesionales del derecho, no sólo supone, por otra parte, devolverles un protagonismo que ya les había sido atribuido por la historia, sino también el reconocimiento de una titularidad que le corresponde por su propia naturaleza, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación documentación y garantía de derechos, lo que hace que el notario actual, en palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, no sea un mero fedatario público, sino que ejerce un oficio público en cuanto a su función certificante y autorizante, al propio tiempo que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene y de asesoramiento de los intervinientes. En todo caso las actuaciones en que interviene el notario, en la medida en que se trata de una delegación parcial de la soberanía del Estado, incluso en su función de dar fe pública, están sometidas al control o revisión judicial, en proceso ordinario⁵

La alternatividad entre Secretarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se materializaría en supuestos de derecho de sociedades, como el nombramiento de auditores, liquidadores o interventores, o la convocatoria de juntas o asambleas generales. A estas competencias compartidas, se adicionan la atribución a los Registradores, sin perjuicio de la competencia judicial, de la emisión de dictámenes no vinculantes, en relación con el cumplimiento por la sociedad del derecho de información que corresponda al socio y el nombramiento de expertos independientes en dos casos concretos:

⁵ Vid. al respecto en FONT BOIX, *El notariado y la jurisdicción voluntaria*, en Academia Matritense del Notariado, t. XV, 1967, pp.; ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 530 ss.; SOLIS VILLA, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, Estudios Academia Sevillana del Notariado, Madrid 1998; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Borrador para un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la LEC y de la L.H.*, Agosto 1991, Inédito, reseñado y consultado en el estudio de Gómez-Ferrer; GÓMEZ-FERRER, *Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp.9-178; GÓMEZ COLOMER, con MONTERO, MONTÓN y BARONA, cit., p.903; AUGER, *Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Academia Matritense y del Notariado, 33, 1992, pp. 7-27; BELLOCH, J.A., *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp. 9-42; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 141-162. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss. NUÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, pp. 414 ss.; DE LA CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, RDN, CXXXVI, abril-junio, 1987. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de sucesiones y jurisdicción voluntaria*, Comunicación presentada en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en febrero de 2206, en prensa; DE PRADA GONZÁLEZ, *En torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*, El Notario del siglo XXI, n.4 Madrid 2006, pp 21 a 24; CAMPO GUERRI, *Notariado y Jurisdicción Voluntaria*, El Notario del siglo XXI, n.6, Madrid 2006, pp.144-147.

a) Para proceder a la valoración de las aportaciones no dinerarias realizadas por los padres a una sociedad limitada de la que formen parte también los hijos,

y b) Para fijar la cuantía de la indemnización compensatoria, a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, siempre que así se hubiere previsto en estatutos o decidido expresamente por las Juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades.

Hubiera resultado igualmente razonable el reconocimiento a los Registradores de determinadas competencias en el ámbito de los derechos reales como la rectificación de errores en los asientos del Registro de la Propiedad, o las anotaciones preventivas de legados, de derechos hereditarios o de créditos refaccionarios.

El reconocimiento a estos operadores jurídicos, que ejercen una potestad pública, en cuanto órganos de la Administración, por medio del procedimiento registral, de determinadas competencias, en el marco de la publicidad directa, con sometimiento en todo caso de sus actuaciones al control y revisión judicial, supone asimismo no sólo la recuperación de un protagonismo que ya se le reconocía a los funcionarios titulares de los Archivos Públicos romanos, sino que, al igual que sucede en el caso de los Notarios, se trata, en definitiva, de reordenar el marco de atribución de competencias, en aras de la racionalización del sistema y en atención a la especialización y a la competencia funcional que se les reconoce a estos profesionales del derecho por el Ordenamiento Jurídico⁶.

La Doctrina procesalista, la Jurisprudencia e incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1986, 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 tengan 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 contenciosa, sino sobre todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como demostración inequívoca de confianza en la madurez de la sociedad civil.

⁶ MARINA, *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, AAMN, t. 32, 1991, pp. 496 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La impugnación de los actos registrales*, RCDI, 1955, pp. 413 ss.; GERONA PEÑA, *La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral*. Estudios de Derecho Procesal, vol. III, 1996, pp. 3936 ss.; AMORÓS, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, RCDI, 196. A.A.V.V. *Jurisdicción Voluntaria y Registro Civil*, en Estudios de Derecho Procesal, dirigidos por I DÍEZ-PICAZO y J. MARTÍNEZ SIMANCAS, Vol. III, Madrid 1996, pp. 3775-4016.

VIII. AMBITO DE EXCLUSIVA COMPETENCIA JUDICIAL. PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS SECRETARIOS JUDICIALES

En sede judicial, continúan atribuidos a la competencia del juez, conforme a lo establecido en el art.5, 2 del ALJV, los procedimientos que tengan por objeto proceder a la restricción de derechos y libertades fundamentales, o versen sobre supuestos que afecten a derecho de familia, condición o estado civil de la persona o materias sobre las que los interesados no puedan disponer libremente. El mantenimiento de estas atribuciones en la órbita judicial obedece, a mi juicio, a su consideración de competencias incardinadas en el marco de la potestad jurisdiccional, cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, conforme al art.117, 3 de la CE.

Se ha procedido, en suma, a delimitar aquellas competencias judiciales que no se atribuyen a los Tribunales en garantía de derechos, ni pueden ser objeto de desjudicialización, sino que les corresponden en exclusiva por su marcado carácter jurisdiccional. En este sentido se había pronunciado de forma, a mi juicio, clarividente y acertada, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de mayo del año 2000, de la que fue Ponente el Magistrado Pécés Morate, en el Fundamento de Derecho sexto «.....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 artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse conforme a las reglas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan..... Las demás funciones que el artículo 117,4 permita que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como sucede en los supuestos de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere.....».

Singular relevancia se otorga al Ministerio Fiscal, en materia de Jurisdicción Voluntaria, en atención al carácter tutelar y social de muchas de sus manifestaciones. En este sentido se establece en el Anteproyecto su intervención preceptiva, en el art. 7, 2, cuando la solicitud afecte a intereses públicos o se refiera al estado civil o condición de la persona o a menores o incapacitados. En determinados supuestos como por ejemplo en el relativo a la Protección del patrimonio de las personas con discapacidad, el Ministerio Fiscal es el único legitimado para promover el procedi-

miento en el que se sustanciará la tramitación del correspondiente expediente, conforme a lo dispuesto en el art. 96 del ALJV.

Se mantienen, asimismo, en la órbita judicial una serie de competencias, no englobadas en el marco de las tipificadas en el art. 5, 2 del ALJ, pero respecto de las cuales se ha estimado la conveniencia de su atribución al poder judicial, en garantía de derechos, conforme se prevé en el art. 117,4 de la Constitución. En este ámbito cabe enmarcar los procedimientos relativos a: Los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, cuando se formule oposición a la solicitud; La fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda; El albaceazgo; La solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios, cuando se formule oposición o La liquidación de averías, cuando se formule oposición.

Un problema que podría plantearse en el futuro es el relativo a la atribución genérica a los Secretarios Judiciales de todos los supuestos previstos en leyes específicas, con independencia de que exista o no oposición. Me refiero al respecto a lo establecido en el párrafo inicial del art. 5,2 del ALJV, conforme al cual, se atribuye al Secretario Judicial «la tramitación y resolución definitiva, sin perjuicio de los recursos que procedan, de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en otras leyes que no tengan por objeto las materias atribuidas con carácter exclusivo a los jueces». Parece razonable entender en estos supuestos que, salvo que la ley disponga lo contrario, la oposición acreditada de un derecho subjetivo o interés legítimo contrario al manifestado por el solicitante, exigirá la tramitación del expediente ante el Juez, el cual conocerá el expediente en ejercicio de las funciones que el art. 117,4 de la Constitución atribuye a los Juzgados y Tribunales, en garantía de derechos.

En el artículo 5,1, se enumeran los procedimientos cuya tramitación y resolución se atribuye a los Secretarios Judiciales, que ascienden a 28 de los 47 contenidos en el Anteproyecto, lo que unido a la cláusula general de atribución de competencias a los Secretarios, a la que se ha hecho referencia con anterioridad y al apartado final del artículo 5, en el que se establece que «en el caso de que la resolución definitiva del expediente corresponda al Juez, el Secretario Judicial llevará a cabo toda la tramitación excepto la comparecencia y la admisión y la práctica de pruebas», supone un importante reforzamiento de la posición de estos profesionales del derecho, infrutilizados en el marco de la Administración de Justicia, no obstante su consideración como reconocidos expertos en derecho procesal.

Se asume por el Anteproyecto, en este punto, la opinión al respecto de un sector relevante de la doctrina procesalística, al tiempo que se materializa en este marco el reforzamiento de las competencias de los Secretarios, conforme a las exigencias de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 23-12-2003, en cuyo art. 456.3 b y 4, se establece que los Secretarios Judiciales, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencia en la materia de jurisdicción voluntaria, asumiendo la tra-

mitación y resolución de los expedientes, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer, así como que la resolución que se dicte para poner término a la tramitación del expediente reciba la denominación de decreto. Por otra parte, en el art. 438, 3 y 5, se prevé la creación y atribución a los Secretarios Judiciales de Servicios Procesales Comunes en materia de Jurisdicción Voluntaria⁷.

IX. ASPECTOS MAS DESTACADOS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL: PRINCIPIOS INFORMADORES Y REFORZAMIENTO DE LAS GARANTIAS

En relación con los aspectos más destacados del procedimiento general, cabe señalar que su regulación global y unitaria supone en su concepción y desarrollo normativo:

- A) Una superación de las fragmentarias e inconexas Disposiciones Generales contenidas en el Libro III de la Ley de 1881, así como de la diferenciación entre Disposiciones correspondientes a supuestos de Derecho Civil, contenidas en los arts. 1811 a 1824, y a Actos de Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio, contenidas en los arts. 2109 a 2118.
- B) Una reordenación por materias, conforme a la tradicional clasificación de Derecho Privado, frente a la dispersión de supuestos y a la falta de sistema de la actual estructuración
- C) Un acercamiento a las reglas y principios informadores propios de la jurisdicción contenciosa, lo que favorece, en la práctica, el principio de la unidad de jurisdicción. Así en materia de días y horas hábiles, práctica de la prueba, recursos, costas procesales, cuestiones incidentales o cumplimiento y ejecución de las resoluciones. Se prevé por otra parte, en el art. 3, la aplicación con carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los expedientes de

⁷ Vid. en este sentido en ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura jurisdicción voluntaria*. Fe pública Judicial, III Jornadas, Madrid 1987, pp. 65 ss; PEDRAZ, *La nueva secretaría judicial*, RPJ, 1992, pp. 85 ss. y MARTÍN OSTOS, *El Secretario Judicial a examen*, Madrid 1994. Sobre atribución de competencias específicas a los Secretarios Judiciales, vid. VÁZQUEZ SOTELO, *La intervención de Secretario en el proceso*, I.J.F.P.J., Barcelona 1985; MORENO CATENA, *La Fe Pública Judicial y la publicidad en la LOPJ*, II JFPJ, Alicante 1986; LORCA NAVARRETE, *El Secretario Judicial en el contexto de la técnica monitoria civil*, VJJFPJ, Salamanca 1990; HABSCHIED, *El Rechtspfleger in Europa*, trad. Bujosa, Berlín 1989; NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *La intervención del Secretario Judicial en el Registro Civil*, IV JFPJ, 1991, SEOANE CACHARRÓN, *Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial*, V JFPJ, Salamanca 1990; Id. *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre jurisdicción voluntaria*, Revista Centro Estudios Ministerio de Justicia 2003, pp. 91-108. ORTIZ NAVACERRADA, *El Secretario Judicial en el borrador de Proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, en Actualidad Civil núm. 33, pp. 15-21 septiembre de 1997. Opinaba ya entonces este autor que mejorarían los rendimientos prácticos del órgano jurisdiccional, si el Secretario Judicial asumiera sin reservas, la totalidad de actuaciones estrictamente ejecutivas que todavía continúan, en parte al menos, residenciadas en el Juez.

jurisdicción voluntaria. Una mayor aproximación, no supone, sin embargo, una confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, que tienen un campo de aplicación y unas características netamente diferenciadas, especialmente en el marco de la ausencia de lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, inexistencia de controversia relevante, carencia de efectos de cosa juzgada material, o falta de igualdad entre los sujetos intervinientes, así como en la conformación de la libertad de forma y el impulso de oficio, como principios informadores de todo el ámbito propio de la jurisdicción voluntaria.

- D) Una desaparición en la práctica de la justificación formal de la creación de lo que RAMOS MÉNDEZ denominó inflación galopante de procedimientos específicos y su regulación en leyes sustantivas, en atención a la inexistencia de un procedimiento general. Parece razonable pues propugnar que los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria que se creen en el futuro sean ubicados en la nueva Ley reguladora de esta esfera de la jurisdicción, por razones de coherencia formal, sistemática e incluso educativa de la propia legislación.

De los 47 procedimientos regulados, 22 proceden, convenientemente actualizados, de la LEC de 1881 y 25 son, en mayor o en menor medida, de nueva regulación. Algunos son enteramente nuevos, como la mediación, la fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones o la protección patrimonial de personas con discapacidad, y respecto de otros, se ha producido un traslado de la normativa contenida en la ley sustantiva, como sucede con los expedientes de dominio y liberación de cargas y gravámenes, procedentes de la Ley Hipotecaria o la adveración del testamento ológrafo, contenida en el Código Civil. Se ha optado por no proceder a una recodificación formal de todos los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, en el seno del texto del Anteproyecto, al entenderse que ello supondría una excesiva perturbación en el sistema, lo que implica el mantenimiento de la regulación de numerosos procedimientos en leyes específicas, como el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley en Materia de Transplantes de Órganos, la Ley Cambiaria y del Cheque etc...

El marco de referencia de la jurisdicción voluntaria abarca, en su seno, por otra parte, numerosos supuestos que cumplen una finalidad semejante a la propia de las actuaciones de naturaleza contenciosa. Así por ejemplo: a) Se persigue una mera declaración de derechos en la calificación de averías, en el marco de la navegación marítima, b) Tienen carácter constitutivo, la tutela, la adopción o el nombramiento de interventores, liquidadores o auditores de cuentas, c) Tienen carácter complementador o integrador, las autorizaciones, referidas al honor, intimidad o propia imagen del menor o incapacitado, a los actos de disposición, gravamen o transacción de derechos de los menores o incapacitados, o bien, o a la descarga del buque, y las habilitaciones, referidas a los expedientes de dominio o a la adveración de los testamentos cerrado, ológrafo u otorgados de forma oral, d) Tienen carácter cautelar

o preventivo, el depósito y venta de efectos mercantiles o la apertura de escotillas, e) Tienen carácter ejecutivo, las subastas judiciales, la venta del buque o la venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo y f) Tienen una naturaleza contradictoria análoga a la propia de los procesos contenciosos, los procedimientos de derecho de familia relativos a la intervención judicial en relación a la patria potestad, o en casos de desacuerdo conyugal, de administración de bienes gananciales o de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de la administración de los bienes del menor o incapacitado.

La regulación del procedimiento general, que tiene carácter supletorio respecto de la normativa propia de los procedimientos específicos, conforme al art. 8 del ALJV, y se aplica de forma global en aquellos supuestos de actos de jurisdicción voluntaria en relación con los que no se hayan previsto normas de aplicación singular, si bien continúa caracterizada, en buena medida, por los principios de lógica judicial e impulso de oficio, propios de esta esfera de la jurisdicción, se ha alejado en su concepción de las notas de autoritarismo y de excesivo dirigismo judicial, que le han sido atribuidas por una parte de la doctrina científica y jurisprudencial, al haberse producido un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte, así como de los principios de audiencia y contradictorio.

Al impulso de oficio, diferenciado del impulso procesal que se materializa en providencias de los jueces y diligencias de ordenación de los secretarios, se refiere el art. 16 del Anteproyecto, conforme al cual: «El Tribunal podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones estime oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución de la controversia». No está, por tanto, vinculado el Tribunal, ni a la aportación de hechos, ni a la proposición de pruebas realizada por los intervinientes. Iniciado el procedimiento de oficio o a solicitud de interesado, el impulso de la actividad procedimental puede producirse de igual forma, de oficio o por la actuación de los interesados. El Tribunal tiene la facultad, al propio tiempo que obligación, de proceder a la práctica de todos los medios de prueba y diligencias necesarias o útiles para formar su convencimiento. A ello se refiere el art. 13,5 del Anteproyecto cuando establece que « Se practicarán en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias que el Tribunal acuerde de oficio, a fin de juzgar con acierto sobre los hechos de los que dependa la resolución definitiva del expediente».

Al impulso de oficio se hace asimismo referencia en el art. 17,3 al establecer que «El tribunal podrá fundar su decisión en cualesquiera hechos que guarden relación con el objeto del expediente....., aunque no hubieran sido alegados por el solicitante ni por otros interesados», y el art. 22 en relación con la caducidad del expediente.

Se mantiene en el Anteproyecto la libertad de forma, caracterizadora de la jurisdicción voluntaria, a la que se hace mención, de forma genérica, en el art.14, 1, con-

forme al cual: «Durante la tramitación del expediente se admitirán sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones o pruebas que se ofrecieren.....», si bien la nueva regulación refuerza el rigor formal en la sustanciación del procedimiento, lo que se manifiesta de forma singular en el contenido del artículo 13, relativo a las reglas a las que habrá de sujetarse la celebración de la comparecencia. Especial significación, en este sentido, supone la supresión del *ius variandi* contenido en el art.1818 del libro III de la LEC de 1881, conforme a la cual: «El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa.....»

Cuando el procedimiento se promueva a solicitud del interesado y no afecte su contenido al interés público, general o social, ni a menores o incapacitados, se prevé, en el art. 13,1, el desistimiento del solicitante, con archivo del expediente e imposición de las costas causadas. El reforzamiento del principio de aportación de parte, recogido en diversos artículos del procedimiento general, se manifiesta de modo especial en la posibilidad reconocida a los interesados en el art. 13,6, a semejanza también en este aspecto de lo establecido al efecto en la jurisdicción contenciosa, de efectuar alegaciones finales, terminada la práctica de las pruebas y de las diligencias acordadas por el Tribunal. Se produce asimismo un reforzamiento del principio de oralidad, que se manifiesta en la regulación contenida en diversos preceptos: art 7, «El Tribunal oirá a las personas que deban ser oídas por expresa disposición legal.....»; art. 13, 3, «Si se hubiera planteado alguna de las cuestiones a que se refiere la regla anterior, el tribunal oídos los comparecientes, la resolverá oralmente en el propio acto...»; art.13, 6, «Terminada la práctica de las pruebas y de las diligencias acordadas por el Tribunal, los interesados que hubieren comparecido podrán efectuar alegaciones, que se realizarán oralmente....». art.15, 3, «Si de las alegaciones presentadas no resultare oposición, el tribunal aprobará el inventario. En caso contrario convocará a todos los interesados a una comparecencia donde les oirá.....» etc.

Se produce un reforzamiento en la comparecencia de los principios de audiencia y contradictorio, que no se encuentran suficientemente garantizados en la actual regulación, en atención al amplio arbitrio judicial, que puede traducirse en una merma de las garantías de los interesados. Así conforme al actual art. 1814, es potestativo del Juez escuchar al que haya promovido el expediente, después de escuchar a los comparecientes. Por el contrario, conforme al art. 13,2, del ALJV, la audiencia al promotor o solicitante es obligatoria.

Con el reforzamiento de los principios referidos se ha perseguido, en definitiva, que no quedase cegada, cuando así se plantease en el curso del procedimiento, la dialéctica entre los intervinientes: solicitantes, interesados (en especial en aquellos supuestos de personas que manifiesten un interés contrario o divergente al del solicitante, coninteresados) y terceros no interesados, al propio tiempo que se introduce la práctica de todo tipo de pruebas, a instancia de los interesados o de oficio (art. 13,

4 y 5 y art. 14), al objeto de verificar la certeza de cualesquiera hechos que guarden relación con el objeto del expediente y que hayan sido puestos de manifiesto durante la tramitación del mismo, aunque no hubieren sido alegados por el solicitante ni por otros interesados, conforme se establece en el art. 17, 3 del ALJV, lo que supone una superación de la verosimilitud a la que se encuentran abocadas, en ocasiones, las tradicionales informaciones, acreditaciones y justificaciones, previstas en la regulación de la jurisdicción voluntaria correspondiente al libro III de la LEC de 1881.

La práctica de la prueba pericial es objeto de regulación específica en el Anteproyecto, distinguiéndose entre la aportación por los interesados de dictámenes periciales, que serán ratificados en la comparecencia, si se solicitare, la proposición de la intervención de peritos en la comparecencia y la solicitud de designación judicial de los peritos, conforme al art. 14, 2. En artículos singulares se regulan asimismo en el Anteproyecto cuestiones como: la Acumulación, art.12; la Práctica de inventario de bienes art.15; las Costas procesales, art. 20; las Cuestiones incidentales art. 21, o la Caducidad del expediente, art. 22.

La representación de los interesados en el procedimiento se regula con un criterio análogo a la previsión vigente. Podrán los interesados, conforme se establece en el art.6, comparecer sin necesidad de procurador, pero no por medio de representantes voluntarios que no sean procuradores. Será preceptivo, sin embargo, que el interesado sea dirigido por abogado, salvo en los siguientes casos: a) en los actos de conciliación, b) en los expedientes de cuantía determinada que no exceda de dos mil cuatrocientos euros, c) para presentar la solicitud en los expedientes que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio, d) en los expedientes de reconocimiento de la filiación extramatrimonial y e) para la intervención de los interesados, distintos del solicitante, siempre que no tenga por objeto formular oposición.

Se establece de igual modo que, salvo que se disponga lo contrario, los recursos contra los decretos dictados por el Secretario en los expedientes de su competencia (art.19, 2) y las apelaciones que procedan contra las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en los expedientes cuya competencia se les atribuya (art. 19, 3), no tendrán efectos suspensivos. Se produce con ello una razonable unificación en la atribución de efectos con independencia de quien promueva el recurso, lo que supone otra novedad respecto a la regulación vigente, conforme a la cual, las apelaciones se admiten siempre a ambos efectos al que ha promovido el expediente (art.1819, LEC 1881) y a un solo efecto si hubiere sido interpuesta por los que hayan venido al mismo expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación (art.1820 LEC 1881).

De los 47 procedimientos específicos contemplados en el Anteproyecto, en 15 de ellos se establece que el recurso tendrá efectos suspensivos, así por ejemplo en

materia de Adopción (art. 65); Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art.78); Actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos (art. 106,6); Supuestos de derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen del menor o incapacitado (art.99); Consignación (art. 170,8); Albaceazgo (art.. 211,2); Contador-Partidor dativo (art..220); Exhibición de libros de personas obligadas a llevar contabilidad (art.229); Solicitud de auditoria de cuentas (art. 233,3) etc.

Contra las resoluciones definitivas dictadas por el Juez, cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y contra los decretos dictados por el Secretario, en los expedientes de su competencia, cabrá recurso ante el Juez titular del mismo Juzgado, o ante el que corresponda en caso de Servicio Común, que se sustanciará por los trámites y con los requisitos del recurso de reposición regulado en la LEC (art. 19,2). En el Proyecto de Ley Orgánica, aprobado en Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2005, por el que se adapta la Legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se establece, sin embargo, en el art. 454 bis que «En los casos expresamente previstos en la ley, cabrá interponer recurso de revisión contra los decretos (dictados por los Secretarios) que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación.....». Parece, en consecuencia, que habrá de tenerse en cuenta por el legislador, la previsión referida al recurso de revisión, en la futura regulación de la jurisdicción voluntaria.

La sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial y el auto dictado por el Juez en el recurso contra el decreto del Secretario, en principio, tienen la consideración de firmes. Producida la firmeza de la resolución:

- a) En el ámbito de la cosa juzgada formal, quedan precluidos los medios de impugnación en el marco de la jurisdicción voluntaria, así como la posibilidad de revocar o modificar la resolución precedente en un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria, a no ser que se produzca una variación de las circunstancias o presupuestos que dieron origen al procedimiento anterior.
- b) La preclusión de impugnaciones posteriores en el marco de la jurisdicción voluntaria, no obsta para que ésta pueda producirse en el marco de la jurisdicción contenciosa, al establecerse en el art.18,1 del ALJV que: «..... sobre el mismo asunto ya resuelto, puede promoverse proceso declarativo por el procedimiento que corresponda, en el cual podrá pedirse la confirmación, modificación o revocación de la resolución dictada en el expediente de jurisdicción voluntaria». Y cabe añadir, a mayor abundamiento, que el proceso contencioso sobre el mismo asunto puede plantearse con independencia de que hayan variado o no las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento precedente.

- c) En el ámbito de la cosa juzgada material, la disposición contenida en el art.18,1 del ALJV conforme a la cual «Lo resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria no tendrá efectos de cosa juzgada material.....», debe ponerse en correlación, a mi juicio, con lo establecido en el art.18,2 «Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición.....no impedirá la tramitación del expediente hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido, en tanto no sea (podría haberse añadido: ,en su caso,) revocada o modificada en proceso declarativo promovido por persona legitimada».

De la dicción legal parece que puede deducirse, aunque en el texto legal no se afirma de forma explícita, que las resoluciones de jurisdicción voluntaria no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia jurisdicción voluntaria, pero sí en este ámbito. Es decir, cualquier órgano jurisdiccional, quedará vinculado en cualquier proceso o procedimiento por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de jurisdicción voluntaria, siempre que ésta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso, el Juez no estaría vinculado en modo alguno por lo decidido en el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio ámbito, introduciría, a mi juicio, una peligrosa variable, que sólo produciría inseguridad jurídica.

Consideración diferente a la señalada es aquélla conforme a la cual, en la práctica, en ocasiones, no cabrá revocación del contenido de la resolución del expediente, así por ejemplo cuando, conforme a lo previsto en el Anteproyecto, el Juez ha autorizado al tutor para proceder a la venta de los bienes del menor y la venta se ha producido, o la subasta judicial no ejecutiva se ha concluido mediante la adjudicación de los bienes subastados, o se ha procedido a la apertura efectiva del testamento cerrado, o a la venta de los efectos alterados o averiados en el ámbito de la navegación marítima, o cuando el menor no emancipado ha sido habilitado para comparecer en juicio y se ha producido su comparecencia o verificado el nombramiento de defensor judicial del menor o incapacitado, la persona nombrada ha procedido a litigar en su representación.

X. A MODO DE CONCLUSION

Cabría afirmar, en conclusión, que el justiciable tiene derecho, cuando plantea o se ve afectado por un procedimiento de jurisdicción voluntaria a obtener una resolución judicial de fondo y a las fundamentales garantías propias de la tutela judicial efectiva, y el juez la obligación de pronunciarse sobre el derecho o interés legítimo

planteado en el curso del procedimiento, así como, al igual que sucede en el marco de la jurisdicción contenciosa, a plantear una cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento en su conjunto o sobre alguno de los preceptos específicos de su normativa.

En esta línea de confluencia con las exigencias de la moderna dogmática del derecho procesal, la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, con reglas precisas de funcionamiento y principios informadores, debería suponer, en el futuro, la no identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos y formalidades, en detrimento de la tutela judicial y la seguridad jurídica características de toda actuación judicial, al tiempo que podría constituir el punto de partida para la conformación de una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, que permita su incardinación en el campo de la ciencia procesal, al tiempo que propicie su alejamiento de la mera técnica procedimental, lo que redundaría, en definitiva, a contribuir a dar respuesta, también en esta parcela del Ordenamiento, al desafío de una justicia más moderna y eficaz.