

De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria



José Antonio García Vila
Notario de Sabadell

1. Preliminar

La regulación de la jurisdicción voluntaria se ha convertido en una urgente necesidad social y parece que, tras el fracaso del proyecto anterior, el nuevo Gobierno está decidido a cumplir la exigencia al respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. La falta de una regulación unitaria, la heterogeneidad de su contenido, la pluralidad de órganos actuantes, la inexistente regulación de alguno de los supuestos comprendidos en ella y la continua expansión de su contenido —recordemos las sentencias del Tribunal Constitucional que sitúan en su ámbito tanto el acogimiento como la separación matrimonial—, todo ello unido a la necesidad de descongestión de los órganos jurisdiccionales, han determinado que la materia de la jurisdicción

voluntaria, hasta hace poco abandonada, haya pasado a ser **centro de atención doctrinal**.

Sobre la jurisdicción voluntaria se discute casi todo: su concepto, naturaleza jurídica, función y contenido, dando además la impresión de que se la repudia. Mas, a la hora de la verdad, todo el mundo trata de ampliar o no perder sus competencias o su intervención en la materia. Y ello hasta el extremo de que a veces parece que, bajo el manto de la discusión dogmática, se está hablando en realidad de la satisfacción de intereses corporativos. De hecho, no pocos comentaristas consideran que, junto con las inevitables discusiones doctrinales, el citado conflicto de intereses ha sido la razón determinante del fracaso del proyecto de reforma.

Al hilo de la consideración de algunas de las cuestiones conflictivas, **el objeto de este artículo es ofrecer reflexiones sobre la jurisdicción voluntaria y esbozar algunas propuestas sobre la futura ley que la regule.**

2. Sobre la naturaleza jurídica

El primer aspecto que se discute es en qué medida la jurisdicción voluntaria constituye actuación de una potestad jurisdiccional incardinada en el núcleo de la «reserva de jurisdicción» del art. 117.3 CE o si, por el contrario, es una función atribuida en garantía de derechos que encuentra su apoyo, por tanto, en el art. 117.4 CE. No parece este el momento de hacer un estudio detenido de las diversas tesis mantenidas sobre este aspecto. El proyecto que en su día salió de



la Comisión General de Codificación omittía acertadamente toda referencia a este extremo y creo que debe ser mantenido el mismo criterio. En todo caso, y sin perjuicio de las consideraciones doctrinales, no cabe ignorar que detrás de la visión de la jurisdicción voluntaria como una materia jurisdiccional late un miedo no disimulado: **una visión administrativista de la jurisdicción voluntaria podría servir de pretexto para que la Administración quisiera atribuir en el futuro el ejercicio de estas funciones a funcionarios incardinados jerárquica y funcionalmente en ella**, privando al afectado de las superiores garantías que supone la reserva de las mismas al Juez o la posibilidad de que la ulterior discusión sobre su contenido tenga que ventilarse, en primera instancia, ante los órganos administrativos y solo en última instancia en la vía judicial contencioso-administrativa.

Se debe extremar el cuidado a la hora de calificar un supuesto de jurisdicción voluntaria como constitutivo del ejercicio de una verdadera y propia «jurisdicción»

Sea como fuere, conviene resaltar que **se debe extremar el cuidado a la hora de calificar un supuesto de jurisdicción voluntaria como constitutivo del ejercicio de una verdadera y propia «jurisdicción»**. Ello debido a que todo lo que signifique atribución de competencias al Juez al amparo del principio de reserva de jurisdicción implicaría privación competencial a cualquier otro órgano, también, por ello, al Secretario, por cuanto no es órgano del poder judicial. Por el citado cauce se podría soslayar la pretensión de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003, que sitúa al Secretario Judicial como un órgano encargado del desarrollo de funciones de jurisdicción voluntaria.

3. Sobre la existencia de conflicto o controversia

Dentro de las discusiones suscitadas, la relativa a la existencia de conflicto o controversia en la jurisdicción voluntaria no ha sido una de las menores. Diga lo que diga la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil, la controversia o el conflicto están presentes en una multitud de los supuestos de procedimien-

tos de jurisdicción voluntaria. No obstante, si bien en algunos casos se puede admitir que no hay una pretensión en sentido estricto, sino que se trata de supuestos de integración de voluntades —así, los relativos a la autorización judicial para la venta de bienes gananciales—, en otros supuestos nos encontramos con una verdadera pretensión —pensemos en el procedimiento de remoción de los tutores o la exigencia de que un cónyuge contribuya con su patrimonio particular al sostenimiento de las cargas del matrimonio— en la que **lo relevante es la intensidad del conflicto que hace que no se entienda conveniente acudir directamente a un proceso contencioso, sino a un procedimiento más simplificado, sin que ello signifique ausencia de garantías**.

Entiendo que en los supuestos de jurisdicción voluntaria en los que se den las características antes indicadas —y singularmente en los segundos— la competencia para su resolución debe seguir siendo judicial. En otras ocasiones, la atribución en exclusiva al Juez entiendo que debe venir determinada porque lo que se ventila es la apreciación de un interés de personas que no pueden defenderse por sí mismas. A mi juicio, hay que afirmar con rotundidad que **allí donde hay «intereses» o «conveniencias», la decisión debe corresponder en exclusiva a un Juez**.

Por lo tanto, **la regla general** debiera ser la siguiente: **las materias en que hay un conflicto de voluntades, un conflicto donde la escasa relevancia no justifique la vía contenciosa o la ponderación de intereses, habrían de conllevar la atribución en exclusiva de competencias a la autoridad judicial, sin prejuzgar si nos encontramos en supuestos de los párrafos 3 o 4 del art. 117 CE**. Ello debiera hacer necesaria la elaboración de un procedimiento general judicial, con asistencia letrada —al menos en ciertos casos— y las adecuadas garantías que supone la existencia de un sistema de recursos; este procedimiento debiera ser, al mismo tiempo, una norma unificadora de la pluralidad de supuestos que van surgiendo en las distintas legislaciones civiles —aragonesa, balear, catalana, gallega, navarra y vasca, así como en la reciente valenciana—, aunque ello nos sitúe en el delicado tema de la delimitación competencial autonómica en ciertas materias procesales.

4. Sobre la oposición

Otro de los problemas que tradicionalmente se plantea es el tema de la oposición dentro del procedimiento de jurisdicción voluntaria. **Se hace difícil llegar a una respuesta unitaria, por lo que la reforma debiera partir de una pluralidad de soluciones**. Si en ciertos casos hemos visto que es la existencia de conflicto o controversia lo que subyace en la petición inicial y se ha optado por la vía de la jurisdicción voluntaria en atención a la naturaleza e intensidad del conflicto, no parece muy congruente con esta elección legislativa que se establezca su conversión en procedimiento contencioso a partir de determinado momento. **En los demás supuestos, habría que ponderar cuando la oposición, fundada, debiera impedir la continuación del expediente y su conversión en contencioso**. Pero, al lado de esta solución, caben **otras alternativas: a) que se paralice la eficacia de la decisión y su conversión en contencioso** —o dejar a los interesados la posibilidad de acudir a esta vía— **solamente si el órgano encargado lo decide a la vista de la consistencia de las alegaciones; b) que la oposición pueda ser causa para la necesidad de acudir a una homologación judicial o a recurso ante otras instancias; c) que la oposición pueda ocasionar la interrupción provisional del procedimiento, dando la oportunidad de interponer la demanda oportuna en un plazo, de forma que, de no hacerse así, el procedimiento pudiera continuar adelante**.

5. Sobre las competencias

Es ineludible la necesidad e indudable la **conveniencia de desjudicializar** numerosas materias de jurisdicción voluntaria, especialmente aquellas donde la función judicial se limita a la constatación de hechos, la documentación o la preconstitución de pruebas para el tráfico, o aquellas donde la determinación del hecho lleva por sí y sin necesidad de juicio especial a determinar la situación jurídica que nace o se destruye —por ejemplo, la *interpellatio in iure*. A tales efectos, **resulta necesario diferenciar entre las competencias necesariamente atribuibles al Juez** —sin perjuicio de las medidas de impulso que se atribuyan al Secretario Judicial— **y las que deberían asignarse a otros funcionarios**.

Aquí claramente debe partirse de una **competencia general de los secretarios**



judiciales y establecer un sistema de *numerus clausus* de las que se puedan atribuir a notarios y registradores, estableciendo así competencias compartidas y alternativas, pues a lo único que no debemos tener miedo es a competir por la competencia.

En mi opinión, carece de base la pretensión no pocas veces formulada por los secretarios judiciales de una exclusividad en todas las funciones no atribuidas a los jueces. Que el Notariado es un órgano que ejerce funciones propias de la jurisdicción voluntaria, en la actualidad, es algo que nadie pone seriamente en duda. Así, por poner algunos ejemplos característicos, nadie ha planteado la inconstitucionalidad sobrevenida de las actas notariales de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, ni la inconstitucionalidad directa de la atribución al Notario de la determinación de los herederos abintestato o de la atribución de la formación de los múltiples inventarios que existen en el Derecho catalán —beneficio de inventario, cuarta falcidia, trebeliánica, en el fideicomiso de residuo de *eo quod supererit*, en el usufructo con facultad de disposición, etc.—, todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la impugnabilidad del juicio notarial en vía jurisdiccional.

Carece de base la pretensión no pocas veces formulada por los secretarios judiciales de una exclusividad en todas las funciones no atribuidas a los jueces

Es más, la jurisdicción voluntaria ha sido una de las primeras vías exploradas para intentar construir el andamiaje de la institución notarial y en la que podemos apreciar lo que González Palomino denominó «el complejo de Edipo notarial». El Notariado, en concreto, se define como «órgano de la jurisdicción voluntaria» en virtud del art. 3 del Reglamento de 1944. A pesar de ello, ha existido una corriente notarialista doctrinal contraria a la asunción de estas funciones por parte del Notariado, advirtiendo que podría ocasionar una desnaturalización de la función notarial. Dicha corriente ha motivado que, en la doctrina actual autores, como José María de Prada, demostrando conocimiento, sensatez y prudencia, se muestren reticentes a aceptar que determi-

nadas funciones sean asignadas al Notariado.

En todo caso, **la calificación de parte de las funciones ejercidas por los notarios como «de jurisdicción voluntaria» es general en la doctrina científica.** Pero también la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado —ya desde el siglo XIX—, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las reformas legislativas —así, por ejemplo, la reforma de la Ley Hipotecaria en materia de recursos gubernativos— o el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria fracasado avalan esta consideración del Notariado como un órgano con capacidad profesional —por su cualificación— y con apoyo histórico y legislativo suficiente para entenderlo adecuado para afrontar la reforma de la jurisdicción voluntaria, atribuyéndole nuevas competencias.

No hay inconveniente en dicha atribución al Notariado, porque los costes

sociales de nuestra intervención resisten cualquier comparación, por la eficiencia de un sistema formado por profesionales razonablemente competentes, con asesoramiento jurídico imparcial, formación especializada y con una red de distribución del servicio que hace llegar a casi cualquier lado el ejercicio de la función.

Por otra parte, producen sonrojo expresiones como «justicia de primera o de segunda» y «justicia para ricos o para pobres». La primera, llamativamente, minusvalora la actuación de los secretarios judiciales. La segunda afirmación parte del curioso principio de que lo que se paga entre todos no lo paga nadie. **Toda actuación supone un coste social, pues ¿qué menos que dejar en libertad al usuario del servicio para elegir qué sistema quiere utilizar?** Lo que parece inadmisibles es obligar al ciudadano a acudir a un sistema —cuando cabe establecer perfectamente la alternancia— y después quejarse de la inefectividad del sistema, aduciendo que otros, siempre otros,





no proporcionan los medios humanos y materiales suficientes para el desarrollo de la función.

En todo caso, un sistema que estableciera, en ciertos supuestos, la alternancia de funcionarios que pudieran llevar a cabo el expediente de jurisdicción voluntaria debería partir de la igualdad de efectos de las resoluciones o declaraciones efectuadas.

Los secretarios judiciales no son, evidentemente, un órgano jurisdiccional y tampoco ejercen funciones judiciales. Tampoco veo razones consistentes para considerar que son unos subordinados al Juez en las materias que se les atribuyan. Todo ello debería conllevar la exclusión de sus resoluciones del sistema de recursos ante la autoridad judicial, sin perjuicio de que, en ciertos casos, su actuación deba ir seguida de la oportuna homologación judicial. Aunque el sistema procedimental establecido para las actuaciones de jurisdicción voluntaria en sede judicial pueda ser general y paralelo, la naturaleza de las funciones que deben atribuirse a jueces y secretarios hacen que, en las primeras, el sistema de recursos deba ser general y, en las segundas, carezca de justificación, como no sea un injustificado paralelismo con lo que ocurre con la actuación del Secretario en sede contenciosa o en sede de ejecución —donde es el órgano que, fundamentalmente, la lleva a cabo, una vez decretada la misma por la Autoridad Judicial.

He defendido que determinados asuntos de jurisdicción voluntaria pueden ser atribuidos a notarios y registradores. **Podría haber** —y así se ha pronunciado Antonio Fernández de Buján— **materias comparadas por secretarios, notarios y registradores, materias donde la alternancia sea solo de secretarios y notarios y materias donde solo concurren secretarios y registradores.**

Ahora bien, **la atribución de competencias a notarios y registradores debe hacerse sin desnaturalizar las funciones respectivas de cada uno.** La experiencia histórica del expediente de liberación de cargas y gravámenes, a partir de la Ley Hipotecaria de 1869, aunque fracasada por otras razones, nos muestra al Registrador de la Propiedad ejerciendo una función instructora de un expediente. A nadie se le ocurrirá dudar de la competencia profesional de los registradores de la propiedad para intervenir en algunos expedientes

de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la reforma de la legislación hipotecaria y notarial de 1944-1946 supuso un verdadero cambio de perspectiva, un verdadero cambio en la configuración de las funciones de los dos cuerpos, atribuyendo en exclusiva y plenamente a los notarios el ejercicio de la fe pública en las relaciones de Derecho privado que traten de establecerse o declararse sin contienda judicial. No hay, por tanto, un verdadero obstáculo sustancial en que se les atribuyan a los registradores de la propiedad funciones en esta materia. Pero hay que ver en qué medida ello puede coonestarse con el ejercicio normal de sus funciones y si vale la pena alterar el sistema funcional que nace de aquella legislación —a estas alturas ya no sé si valen la pena tantos «cambios de paradigma», por usar la expresión de Kuhn, aunque sea en un sentido distinto del que el estudioso de la experiencia científica utilizó. La figura del Registrador sustituto es de difícil encaje para permitir que quien tramita el expediente no sea quien practica la inscripción. La homologación judicial sería una solución que, sin embargo, entorpecería en no poca medida su eficacia. Distinto es, en mi opinión, el caso de los registradores mercantiles: la legislación actual ya les concede un importante campo de actuación —designación de expertos, auditores— y no habría inconveniente en ampliarlo a aquellos supuestos en que hay que tomar decisiones que puedan obligar a una actuación de uno de los interesados, o bien suplir su actuación, si no lo hacen, y pienso en la convocatoria de Junta a petición de socios minoritarios.

En todo caso, la atribución de competencias a notarios y registradores deberá hacerse con el suficiente cuidado, modificando en la medida en que sea precisa la legislación notarial y registral y dando habilitación suficiente a los reglamentos futuros, ya que las sentencias del Tribunal Supremo muestran que ha quedado definitivamente cegada la fuente reglamentaria como creadora de procedimientos notariales y registrales.

Además de lo expuesto, **la futura Ley deberá aprender de la experiencia ya acumulada —las precauciones establecidas para evitar duplicidades de declaraciones de herederos, por ejemplo—, pero también debería aprovechar la ocasión para regular algunos de los problemas que ya han sido denunciados por la doctrina en**

algunos expedientes —y pienso ahora, **sobre todo, en la regulación procedimental y en los efectos sustantivos que el expediente de dominio inmatriculador lleva consigo.** Reconozco, sin embargo, que «lo mejor» es enemigo de «lo bueno» y que bastante se conseguiría con una mejor regulación del procedimiento.

La atribución de competencias a notarios y registradores deberá hacerse con el suficiente cuidado, modificando en la medida en que sea precisa la legislación notarial y registral y dando habilitación suficiente a los reglamentos futuros

Para terminar con esta ya larga exposición, creo que hay que señalar **dos casos en que hay que tener cuidado con la solución: son los casos de los expedientes de dominio para reanudación del tracto sucesivo y los de liberación de cargas y gravámenes.** Sin perjuicio de una adecuada regulación que tenga a la vista las formas de notificación, plazos de las inscripciones, etc., en mi opinión, hay que mantener el sentido y la fuerza del pronunciamiento legal de que los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los tribunales. O se cambia o matiza dicha afirmación, o bien cualquier resolución en aquellos expedientes por secretarios, notarios o registradores —en caso de que se les atribuya la competencia— debería ser objeto de una homologación judicial.

6. Reflexión final

Parece que se abre una puerta a la esperanza en cuanto a la reforma de la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, las dificultades son grandes y las reflexiones expuestas dan prueba de ello. A los futuros autores del proyecto hay que desearles **imaginación para buscar las soluciones, suerte en conseguir apoyos y fuerza para resistir las presiones corporativas.** Todos somos sabios en disimular nuestros nada escondidos intereses bajo la apariencia de la búsqueda del interés general. Es una tentación a la que no sé si me he podido resistir. Pero, por favor, no me apliquen lo de «excusatio non petita...».