

La Jurisdicción Voluntaria en la en-crucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- A) El Proyecto de regulación legal específica e independiente de la jurisdicción voluntaria.
- B) Proceso de acercamiento entre las distintas esferas de jurisdicción.
- C) Diferencias de procedimiento entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.
 - I. Introducción.
 - II. Titularidad.
 - III. Lugar, tiempo y libertad de forma en los actos de jurisdicción voluntaria.
 - IV. Competencia y circunscripción territorial.
 - V. Recusación y abstención.
 - VI. Recursos.
 - VII. Cosa juzgada.

A) 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 confi-

gura 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.

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 y a la declaración de herederos *abintestato*, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1º y 2º de la nueva LEC¹.

La nueva Ley de jurisdicción voluntaria llamada a recoger los nuevos avances de la ciencia procesal, que han constituido uno de los *leitmotif* de la LEC de 2000, no debe desdeñar las enseñanzas de la experiencia histórica en materia tan arraigada en las legislaciones de los dis-

¹ Vid. en Fairen, sobre la conciliación en la audiencia previa, en 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, pp. 73 ss. 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.

² Ramos Mendez, 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".

³ Vid. al respecto Muñoz Rojas, *Sobre la Jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, n.º 39, semana 22, 1990, p. 577585. El mismo autor en Actualidad Civil, 1989, n.º 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.

⁴ Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, I.E.P., Madrid, 1964, página 36.

⁵ Vid., 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. Vid. asimismo en Castán: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1964, pp. 26 y ss., el examen del doble problema rela-

cionados 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.⁶

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.⁷

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>>⁸.

Desde posiciones opuestas, se ha considerado a la jurisdicción voluntaria

como una actividad jurisdiccional⁹, y se ha sostenido su naturaleza administrativa¹⁰. Desde una óptica conciliadora e intermedia, se ha mantenido su consideración como actividad sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales⁷ y se ha afirmado, asimismo, que la jurisdicción voluntaria se encuadraría en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa⁸. Se ha propugnado, también por parte de la doctrina, su individualización como categoría o actividad autónoma —como <<certum genus>> entre administración y jurisdicción—, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados⁹. 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 voluntariedad¹⁰.

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 histórica¹¹, por otras como la italiana <<Procedimenti in camera di consiglio>>, la francesa <<Jurisdiction gracieuse>>, o la austriaca <<Gerichtsbarkeit in Geschäften ausser Streitsachen>>, es decir, jurisdicción en asuntos no contenciosos, si bien en la doctrina francesa e italiana¹² y en la propia legislación, se continua 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 europea¹³.

Es hora ya, que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador¹⁴ 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>>¹⁵

B) 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, bre-

tivo 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.

¹⁴ Vid., por todos, Allorio: <<Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria>>, en Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ., 1948, pp. 485 y ss.

¹⁵ Vid. al respecto Liebman: <<Giurisdizione volontaria e competenza>>, en Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ., II, 1925; Cristofolini: <<Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria>>, en Studi in onore de Chiovenda, Padova, 1927, pp. 377 y ss.

¹⁶ Calamandrei: *Studi sul procedimento civile, vol. I: Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, Padova, 1930.

¹⁷ 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, en la jurisdicción voluntaria, se encuentra, más bien, en una zona límite entre la función administrativa y la jurisdiccional.

¹⁸ Mortara: *Comentario del Codice e delle leggi di procedura civile, vol. II*, Milano, 1923, p. 28, nota 1; Chiovenda: *Istituzioni di diritto processuale civile*, volumen II, Nápoles, 1936, p. 74.

¹⁹ En contra del mantenimiento de la expresión jurisdicción voluntaria, vid. 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. I, pp. 115 y ss.

²⁰ En relación con la utilización de la expresión jurisdicción voluntaria por la mayoría de los autores italianos de todas las épocas vid: Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles 1928 pp. 314 ss; Andrioli, *Il processo civile non contencioso*, en *Anuario diritto comparato*, 1966, pp. 226 ss., y Fazzalari, *Uno sguardo storico e sistematico en Atti del XVII, Congresso Nazionale*, Palermo 1989, *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, Milano 1981, pp. 12 ss.

²¹ Angelotti, *La pretesa giuridica*, Milan 1932, p. 221.

²² Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed, Munich 1983 p. 2.

²³ Apartado III E.M., Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000. En relación con el proceso sin dilaciones indebidas, vid. González Pérez, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid 2001, pp. 315 ss.

¹⁶ 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, vid., por todos, *Panorama crítico del proceso civil español* (1938-1998), Madrid, 1998, pp. 46 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 *substantia iuris positivi* —por los inspirados en el derecho natural— *substantia 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 200 años de retraso en los estudios procesales...>>. A propósito de la constitucionalidad de los requisitos procesales, vid. González Pérez, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 72 ss.

¹⁷ González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria, Doctrina y Formularios*, Madrid 1997, p. 77.

vedad 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 E.M. de la LEC 2000 denomina: «<el anhelo y la necesidad social de una justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad>>»¹⁶.

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% 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).

C) DIFERENCIAS DE PROCEDIMIENTO ENTRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. Introducción

Como señala González Poveda, podría pensarse, dada la rúbrica de los títulos I de las Partes Primera y Segunda del libro III LEC—Disposiciones generales y Disposiciones generales de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio—que en ellos el legislador habría plasmado el sistema de principios informadores de los actos de jurisdicción y las reglas generales de procedimiento. Nada más lejos de la realidad. Las normas relativas al procedimiento son fragmentarias e inconexas y de aplicación subsidiaria (en tanto no se opongan a lo que se establece para cada uno de los respectivos actos) y apenas hacen referencia a los principios del sistema. Quizás el único principio que reconocen sea el de libertad de forma, en el artículo 1816 de la LEC 1881¹⁷.

No obstante, ya desde el Derecho Romano se establecieron una serie de disposiciones especiales, que suponían verdaderas excepciones o derogaciones de la normativa general del proceso con-

tencioso, y que constituirían un elemento de identificación, por una parte y, de diferenciación, por otra, entre los supuestos de *iurisdictio* en los que había un proceso que se tramitaba con arreglo a las formalidades establecidas, que encajarían dentro de la *iurisdictio* contentiosa, y aquellos casos que no requerían para su formalización el cumplimiento de alguno de los requisitos de la *iurisdictio* contentiosa y que Marciano denomina *iurisdictio* voluntaria.

En relación con las diferencias prácticas que separan a ambas esferas de jurisdicción, y que en opinión de Girard, referida al Derecho Romano se habrían ido produciendo progresivamente¹⁸, cabe hacer referencia a las siguientes:

II. Titularidad

La titularidad, en Derecho Romano, entre *iurisdictio* contentiosa y *iurisdictio* voluntaria no corresponde a las mismas personas. La *iurisdictio* contentiosa se atribuye a partir de las *leges Liciniae*, siglo IV a.C., a los pretores mientras que los actos de *iurisdictio* voluntaria pueden ser realizados en la misma época ante los cónsules, dictadores, *tribuni militum consulari potestate*, etc.¹⁹

En el Derecho actual, además de a los jueces y tribunales, la competencia para conocer en actos considerados de *iurisdictio* voluntaria se ha extendido a numerosos órganos, profesionales del derecho, autoridades gubernativas o militares, como resultado de una ampliación artificial de del procedimiento de *iurisdictio* voluntaria fuera de su propio ámbito, que es el judicial, y por analogía y fundamentación histórica, el notarial y el registral. La denominación de *iurisdictio* voluntaria extrajudicial no nos parece justificada, como ya hemos señalado, en atención a la atribución de la potestad jurisdiccional, con carácter exclusiva, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, conforme al artículo 117.3 CE.

Con carácter general son competen-

tes para conocer los asuntos de *iurisdictio* voluntaria los Jueces de Primera Instancia. Así cabe entender la dicción del artículo 1811: <<Se consideraran actos de *iurisdictio* voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez...>>. De forma expresa así lo establece el primer artículo, 2109, de las disposiciones generales de los actos de *iurisdictio* voluntaria en materia de negocios de comercio: <<Las actuaciones para que consten los hechos que interesen a los que promueven informaciones sobre los mismos en negocios de comercio, se seguirán en los Juzgados de primera instancia>>. A su vez el artículo 1885.2 de la LOPJ establece que <<Los juzgados de primera instancia conocerán en el orden civil, de los actos de *iurisdictio* previstos en la ley>>.

Con carácter específico, la disposición final de las leyes 11/1981, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/19981, en materia de nulidad, separación y divorcio, establece la aplicación de las normas de *iurisdictio* voluntaria en determinados asuntos contemplados en estas leyes. En concreto conforme a la disposición transitoria décima de la ley 11/1981, la aplicación de esta normativa tendrá lugar: 1) Para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente ley, y 2) 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. Asimismo se establece la competencia en esta materia, en los casos en que así se determine de los Juzgados de Familia, en las ciudades donde se hubieran constituido. La vigencia de estos Juzgados se ha visto confirmada por la LOPJ de 1985 al establecerse en su artículo 98 que <<podrá el Consejo General del Poder Judicial... acordar que en determinadas circunscripciones, uno o varios de los Juzgados que existan, asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinada clase de asuntos>>²⁰.

¹⁸ Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, Paris 1901, p. 173.

¹⁹ En relación con la competencia en materia de *iurisdictio* voluntaria a lo largo de la historia del Derecho Romano, vid. Fernández de Buján, A., *Jurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, cit., pp. 59 y ss. y Id. *A propósito de la competencia en materia de jurisdicción en Derecho Romano*, en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, XXVIII pp. 91-134.

²⁰ Vid. al respecto, Guerra San Martín, *¿Existen hoy en España Juzgados de Familia?*, en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después*, San Sebastián, 1992, pp. 41 ss y Valencia Mirón, *Juzgados de Familia, Juzgados de Primera Instancia especializados y normas de reparto, en los Juzgados de Familia...*, cit., pp. 77 ss.

²¹ Prieto Castro, *Derecho de Tribunales*, Madrid 1986, p. 153.

²² Mediante Instrucción e 10 de marzo de 1989, la Dirección General de los Registros, del Notariado establecido entre otras disposiciones que: a) El Registro Civil se rige, ante todo, por su legislación y las normas de jurisdicción voluntaria son sólo supletorias en sus actuaciones y expedientes; b) En los Juzgados de Paz las certificaciones las firmarán conjuntamente el Juez, y el Secretario, los expedientes se tramitarán con intervención del Secretario y éste podrá desempeñar, por delegación del Encargado, las funciones señaladas en el artículo 44 de la Ley de Registro Civil.

²³ Vid., Castán Tobeñas, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pp. 187 y ss.

²⁴ Vid. por ejemplo a propósito de la extensión, en vía de jurisdicción, de nota marginal, en el Registro de la Propiedad, suficientemente expresiva de la doble inmatriculación de la finca, a los efectos de su publicidad registral, STS 743/1999 de 20-9.

²⁵ Vid. al respecto en C.J. 8., 54,31; *Pauli Sententiae*, 4,6,1; C.J. 8,54, 36,3 y C.J. 5,16,25.

²⁶ En relación con la idea de que la *insinuatio apud acta* no consiste en un simple depósito de los documentos, vid. la autorizada opinión de Amelotti, *Il documento nel diritto giustiniano*, cit., pp. 125-137.

La falta de concreción en relación con lo que debe considerarse como urgente y la aplicabilidad de la jurisdicción para resolver controversias surgidas en el ejercicio las actuaciones previstas en el marco de la ley 11/1981, ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina.

Asimismo los Jueces de Paz serán competentes en todos aquellos supuestos de jurisdicción voluntaria previstos por la ley, conforme al artículo 100.1 de la LOPJ. Así, considerada la conciliación como un acto de jurisdicción voluntaria, conforme al artículo 463 LEC 1881 <<Los Jueces de Primera Instancia o de Paz del domicilio y, en su defecto, los de residencia del demandado serán los únicos competentes para conocer de los actos de conciliación...>>, o por delegación del Juez de Primera Instancia para la práctica del deslinde, artículo 2063 LEC. 1881. Asimismo dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria los Jueces de Paz tienen atribuciones en cuanto que cumplen funciones de Registro Civil, como Jueces delegados de los encargados de dicho Registro, conforme al artículo 86 LOPJ.

La atribución de las funciones de Registro Civil a los Juzgados y Tribunales en el artículo 2.2 LOPJ sin distinguir entre la actuación jurisdiccional y la gestión administrativa del Registro, ha sido acertadamente criticada por Prieto Castro²¹. Ciertamente es distinta la naturaleza de la función de llevanza y custodia de los libros del Registro, que tiene un claro carácter administrativo, del conocimiento y resolución de los correspondientes expedientes registrales, respecto de los que se establece en el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Registro Civil, la aplicación supletoria de las normas de jurisdicción voluntaria²².

La competencia de los notarios en actos de jurisdicción voluntaria tiene un acusado fundamento histórico. Ya en la baja romanidad la actividad de los *tabelliones* era calificada en ciertos aspectos como equivalente a la jurisdic-

ción, pero es en la Edad Media, como ya hemos visto, cuando se les otorga competencia en numerosos supuestos de jurisdicción voluntaria, en una práctica equiparación entre los dos cuerpos profesionales en esta materia. En la actualidad, hay un generalizado estado de opinión favorable a atribuir al Notariado competencia en determinadas actuaciones, que se trasvasarían del ámbito judicial, de mera presencia, documentación, y homologación²³. En esta línea de pensamiento la Ley 40/1991 de publicación del Código de Sucesiones de Cataluña, en el artículo 114 encomienda al Notario la apertura del testamento cerrado y su protocolización, y el nuevo texto del artículo 979 LEC 1881, incluido en la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, establece que <<La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notaría hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España...>>. No obstante, a mi juicio, no parece estar fundamentada la restricción legal, de que mediante acta de notoriedad no puedan también ser declarados herederos todos los que lo sean abintestato, sin necesidad de la declaración en vía judicial a la que se refiere el artículo 980 LEC 1881. Asimismo parece razonable extender al resto de España, la disposición establecida en el Código de Sucesiones de Cataluña, respecto a la apertura del testamento cerrado ante Notario.

A otros supuestos de colaboración con los jueces o de competencias reconocidas a los Notarios, en materia de jurisdicción voluntaria en asuntos como, informaciones para perpetua memoria, protocolización de deslinde y amojonamiento, subasta para enajenación de bienes de menores o incapacitados, elevación a escritura pública del testamento o codicilo hecho de palabra, tanteo en venta de nave etc., me referiré en el capítulo siguiente.

También cabe considerar como actuaciones de jurisdicción voluntaria la competencia atribuida en determinados asuntos a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. En este sentido se manifiesta la mayoría de la Doctrina y de la Jurisprudencia, que incluye asimismo al respecto el procedimiento de calificación registral, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria²⁴. Fundadas razones históricas, como en el caso del Notariado, avalan esta opinión, pues ya en Roma se consideraron actos afines a la jurisdicción voluntaria desarrollada por los magistrados, las inscripciones realizadas de determinados actos de especial relevancia como donaciones de inmuebles, compraventas de determinada cuantía, donaciones entre cónyuges o testamentos solemnes después de la muerte del testador²⁵, en los registros públicos, a cuyo frente estaban funcionarios públicos cualificados, que expedían copias de las inscripciones realizadas, a las que se otorgaba la consideración de documentos públicos²⁶.

Cualquiera que fuese el magistrado que procediese a la insinuación, debía ser necesariamente auxiliado por un escribano y tres miembros de la curia, conforme se establece en C.T. 151: <<Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialium praesentia, excepto magistratu et exceptore publico>>. La insinuación, como ha puesto de relieve Rogier²⁷, tenía, pues, lugar ante un verdadero Tribunal. Sin embargo, en C.J. VII, 6.1.10²⁸, se nos dice que la insinuación tenía lugar *quasi in iudicii figura*, lo que implica que no se cumplieran en tales actuaciones las formalidades de un proceso. En opinión de Loyseau, este *quasi* cobra sentido para expresar la distinción o contraposición entre los actos contradictorios o contentiosos en los que existe un juez, un demandante y un demandado, y, por tanto, hay *vera iudicia figura*, y los supuestos objeto de nuestro análisis en los que nos encontramos solamente con un juez y un demandado o peticionario y, por tanto, *quasi iudicia figura*²⁹.

La competencia de los cónsules en

materia de jurisdicción tiene especial relevancia en el ámbito de los negocios de comercio. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2110 LEC de 1881, se establece que, con carácter general, tendrán competencia en esta materia, los Cónsules españoles en las naciones extranjeras, cuando lo requiera la urgencia del negocio o la circunstancia de existir los medios de prueba, o las mercancías o valores o de haber ocurrido los hechos en el lugar o en la circunscripción de los Juzgados o Consulados respectivos. Así, por ejemplo, en los de averías de la nave o el buque ocurridos fuera de España, los Agentes diplomáticos y Consulares especiales en el extranjero serán los competentes para extender y autorizar protestas de averías o de naufragios³⁰. En el ámbito de la jurisdicción voluntaria mercantil, es muy frecuente la necesidad de reconocimientos y avaluos que deberán practicarse necesariamente por peritos, y en su defecto por prácticos, por ejemplo en los supuestos de depósito de efectos mercantiles, artículos 2119 ss. LEC 1881.

No obstante, la competencia de los cónsules, también abarca numerosas atribuciones en el ámbito del derecho civil, y así el artículo 27 del Reglamento de la Carrera Consular les atribuye, entre otras, las siguientes funciones: instrucción de expedientes en caso de adopción, nombramiento de tutores, protocolización de testamentos y memorias testamentarias, testamentos marítimos, autorización de matrimonio civil, etc.

La competencia de los Secretarios Judiciales en materia de jurisdicción voluntaria ha sido reconocida expresamente en el artículo 290 de la LOPJ, en el que se establece que <<Corresponderá al Secretario proponer al Juez o Tribunal las resoluciones que, con arreglo a la ley, deban revestir la forma de providencia o auto, incluidos los autos definitivos en los asuntos de jurisdicción voluntaria mientras no se suscite contienda...>>³¹

La competencia de los alcaldes, a los que se les denomina en ocasiones jue-

²⁴ Rogier, *Etude sur les tabellions. La force probante de leurs actes en Droit Romain*, cit., p. 63.

²⁵ C.J., VII, 6.1.10: <<Similique modo, si dominus Inter acta quemdam servum filium suum nominaverit, voci eius, quantum ad liberam conditionem, credendum est. Si enim ipse tali affectione fuerit accensus, ut etiam filium suum servum nominare non dedignetur, et hoc non secreto neque Inter. Solos amicos, sed etiam actis intervenientibus et quasi in iudicii figura nominaverit, quomodo potest eum servum iterum saltem morientem habere?>>.

²⁶ Loyseau: *Du droit des offices*, II, 5. Vid. La cita y el comentario de la opinión de este autor, en la obra de Rogier: *Etude sur les tabellions. La force probante de leurs actes en Droit Romain*, cit., pp. 63 y ss.

²⁷ Vid. al respecto, artículos 2131 ss LEC 1881, Orden de 10 de julio de 1986 del Ministerio de Economía y Hacienda, y Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, artículo 4, Anexo III.

²⁸ Al respecto, en opinión de Robles Acera y Martín Acera, en *Guía Práctica de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid 1991, p. 14, no cabe admitir que el auto propuesto sea un acto procesal imperfecto y que se perfecciona por el conforme del Juez. Por el contrario, este tipo de resolución se perfecciona por la sola expresión de la voluntad del Secretario autorizada con su firma, de tal forma que si el Juez no adopta la fórmula del conforme, debe dictar una resolución nueva, como expresión de su propia voluntad, pero nunca romper o deshojar del proceso la propuesta del Secretario.

³² En relación con la caracterización constitucional de la Jurisdicción militar, vid. Fernández Segado, *El sistema Constitucional Español*, Madrid, 1992, pp. 762 ss y la bibliografía allí citada.

³³ Prieto Castro, *Derecho de Tribunales*, cit., pp. 162 ss.

ces ordinarios, en asuntos y diligencias no contenciosas, es anterior incluso a la codificación procesal del siglo XIX. En la actualidad, se reconoce competencia para autorizar el matrimonio civil, que es uno de los supuestos característicos de la jurisdicción voluntaria, además de al Juez, al Alcalde o concejal en quien éste delegue. Asimismo podrá celebrarse dicho matrimonio, ante el funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad, conforme al artículo 57 del Código Civil.

Finalmente, en relación la jurisdicción militar, señala Prieto Castro, que sólo se puede hablar de la misma como especial en el orden penal³². En el orden civil sucede que a determinados jefes y autoridades militares, se le ha atribuido una intervención en determinadas materias por razones temporales, subjetivas o especiales, y sólo en tal medida se puede afirmar que ejercen Jurisdicción civil, en aspectos concretos de carácter cautelar o de jurisdicción voluntaria no juzgadora. Estos casos son los siguientes: a) Prevención de abintestato de militares, empleados y dependientes de Fuerzas de Tierra, Mar y Aire que fallecieron separados de sus familias en compañía de familiares menores de edad o incapacitados, limitándose tal actuación de prevención a la práctica de las diligencias sucesorias para prevenir el entierro, la formación de inventario, seguridad de los bienes y entrega de estos, sin hacer declaración de derechos a quienes resulten ser herederos testamentarios o abintestato, y en todo caso la intervención de la autoridad militar cesa cuando se suscite cualquier cuestión... (artículo 38,1 CJM); b) Las Autoridades Militares intervendrán en las actuaciones relacionadas con los testamentos militares ordinarios y extraordinarios, abiertos y cerrados y los marítimos ordinarios abiertos o cerrados y extraordinarios, conforme a los artículos 716 a 731 CC., y c) Entrega de bienes de personas no militares y militares fallecidas a bordo de naves o aeronaves³³.

III. Lugar, tiempo y libertad de forma en los actos de jurisdicción voluntaria

En relación con las reglas por las que se rige la jurisdicción en cuanto al lugar y al tiempo en que se ejerce la jurisdicción, en Derecho Romano, los procesos se realizaban en el comicio o en el foro en días fasti, que eran los días judiciales señalados como tales en el calendario judicial. En estos días los magistrados jurisdiccionales podían realizar las tres fundamentales actividades pretorias: *dare, dicere y addicere*, siendo esta última la resolución con la que concluían los actos de jurisdicción voluntaria formalizados a través de un proceso aparente. Los días no judiciales eran llamados *dies nefasti* y a ellos se añadían los *dies comitiales*, que estaban reservados a la convocatoria de los comicios, pero en los que no reuniéndose ninguna asamblea, se admitía también el ejercicio de la *jurisdictio*.

Los actos de jurisdicción voluntaria podían autorizarse por los magistrados en la calle, o incluso cuando aquéllos se encontraban en las termas, el teatro o en su casa de campo. No se requería la presencia del *consilium* del magistrado, ni que la actuación se realizase en uno de los *dies fasti*, así por ejemplo en D. 26.5.8.3 se dice que se puede dar tutor en cualquier día y en D. 2.12.2 se establece que se puede comparecer ante el pretor en *dies nefasti* para por ejemplo nombrar tutores o curadores <<para amonestar a los tutores que abandonan su función, para alegar excusas que exoneran de la tutela, para fijar alimentos, para prueba de edad, para entrar en posesión en interés del hijo que ha de nacer o para comercialización de una cosa, en garantía de legados o fideicomisos o en razón de daño temido asimismo para exhibir un testamento; también para que se nombre curador del patrimonio del difunto cuyo heredero es incierto, para cuestión de alimentos de los descendientes, ascendientes y patronos, para adir una herencia sospechosa, para que se estime por su aspecto una lesión grave o para otorgar la libertad dejada en fideicomiso>>.

En cuanto a las reglas esenciales de procedimiento de la jurisdicción voluntaria actual, cabe mencionar las siguientes: a) conforme al artículo 1812 LEC: «Para las actuaciones de jurisdicción voluntaria, son hábiles todos los días y horas sin excepción». La singularidad de lo establecido en este artículo se acomoda con la libertad de forma, en relación con las solicitudes y documentos del artículo 1816, y con la posibilidad que se otorga al Juez en el artículo 1818 de «variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos de la jurisdicción contenciosa»³⁴. La consideración de todos los días como hábiles, contrasta con lo establecido en los artículos 256 a 259, correspondientes a los días y horas hábiles para las actuaciones judiciales que, con leves modificaciones, han inspirado la regulación contenida en los artículos 130 y 131 de la LOPJ. Dada la semejante regulación de las disposiciones contenidas en ambos textos legales, y en atención a que no ha habido referencia alguna a la singularidad de lo regulado para la jurisdicción voluntaria, entiendo que debe considerarse que continúa vigente lo establecido en el artículo 1812 LEC 1881³⁵.

A esta libertad de forma se refiere Fairén cuando afirma que los actos de jurisdicción voluntaria contienen una buena dosis de arbitrio para el juez, a fin de evitar que el asunto devengue conflicto, y que estos procedimientos más rápidos y aformalistas que los contenciosos, merecen la atención que actualmente se les dispensa si bien advierte este autor frente a la atractiva tendencia de adoptarlos en lugar de los contenciosos incluso para la declaración sobre derechos y obligaciones, es decir, sobre conflictos³⁶.

En pos de una perspectiva de amplia flexibilidad y elasticidad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, enmarca Ruiz Vadillo la propuesta de nueva redacción del artículo 1818 incluida en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997, conforme al cual «El Juez dictará en el curso de las actuaciones

las resoluciones que estime necesarias a su finalidad y a la de garantizar los derechos que se trate de proteger y acordar de oficio o a instancia de parte cuantas pruebas e informaciones estime necesarias en un plazo de treinta días. Una vez practicadas las informaciones, y pruebas, el Juez oír a todos los interesados y al Ministerio Fiscal en un plazo común de diez días, transcurridos los cuales dictará, en el plazo de diez días, auto final que pondrá fin al expediente en que se declararán acreditados los hechos, resultado de los reconocimientos y medidas para la protección de derechos, personas o bienes, que estime procedentes». Conforme a la redacción propuesta, se produciría un reforzamiento de las garantías procesales, en la medida en que se establece la obligatoriedad de la audiencia de los interesados y del Ministerio Fiscal en todo caso, al propio tiempo que se refuerza el papel activo del Juez, al otorgarle la posibilidad de que acuerde de oficio las pruebas e informaciones que estime convenientes, lo que se ha dado en llamar la lógica del Juez frente a la dialéctica de las partes, y se fijan plazos determinados para las diversas actuaciones: 30 días para la práctica de pruebas y actuaciones, 10 días para dictar el auto final.

El principio de libertad de forma que caracteriza la jurisdicción voluntaria implicará asimismo, al decir de González Poveda, que sea más difícil la producción del acto defectuoso, en comparación con la jurisdicción contenciosa. Además la ley, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, facilita la subsanación del acto anulable sin necesidad de petición del solicitante, como lo demuestran varios preceptos de la LEC (artículos 1830 relativo a la adopción, 1990 a informaciones para dispensa de ley, 2005 para informaciones *ad perpetuam memoriam* y 2111 en materia de actos de comercio)³⁷. Por otra parte, se establece en el artículo 1823 que «los expedientes sobre acto de Jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de Jurisdicción contenciosa», de lo que cabe razonablemente deducir que la posible acumulación en

³⁴ Se afirma, no obstante, en el citado artículo 1818 in fine que «No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno». La inmutabilidad de los autos definitivos le confiere de hecho al expediente de jurisdicción voluntaria así resuelto un efecto semejante a la cosa juzgada formal.

³⁵ Si bien se trata de una cuestión polémica en la doctrina, vid. en el sentido expresado, Robles Aceca y Martín Contreras, *Guía práctica de jurisdicción voluntaria*, cit., p. 13.

³⁶ Vid. al respecto en Fairén, *El Juez y La Magistratura*, Buenos Aires 2000, p. 329. Especialmente contrario a incluir como expedientes de jurisdicción voluntaria supuestos de controversias entre particulares, Fairén hace una llamada al recuerdo histórico de que esa fue la puerta por la que un régimen totalitario como el nacional-socialista alemán pretendía penetrar y aniquilar el proceso civil, excluido el «conflicto de intereses de los particulares» de su visión del Derecho como expresión de la voluntad del Führer. Por su parte, Denti, expresa la superación de la ideología que hacía coincidir la jurisdicción voluntaria con una acentuación del autoritarismo procesal, *La Giurisdizione volontaria rivisitata*, cit., p. 196.

³⁷ Vid. al respecto en González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, cit., esp. 122.

³⁸ Vid. en este sentido, González Campos <<El convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras>>, en Homenaje al Prof. Sampil, Oviedo 1970, T. II, pp. 933 ss. y Remiro Brotons, *La ejecución en España de sentencias extranjeras*, Madrid, 1974.

³⁹ Vid. en este sentido en González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 91 ss.

⁴⁰ En el texto de Marciano, D. 1.16.2, pr., se afirma que el Procónsul, desde el mismo momento en que sale de la ciudad, es decir, de Roma y, por tanto, durante el tiempo que invierte en llegar a la provincia que le ha sido asignada, tiene competencia en materia de *iurisdictio* voluntaria.

⁴¹ Vid. en Scherillo, *Lezioni sul processo*, Milano 1960, p. 323.

tre sí de procedimientos de jurisdicción voluntaria cuya conexión objetiva esté justificada.

Finalmente, a diferencia de lo establecido en materia de jurisdicción contenciosa, se admite la posibilidad de que en España actúe una Jurisdicción extranjera, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria³⁸.

IV. Competencia y circunscripción territorial

En el ámbito de la competencia, en principio son comunes las reglas para la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, lo que no sucede con carácter específico en el marco de la legitimación, de la pendencia del procedimiento, y de los fueros en determinadas materias³⁹. Salvo en supuestos determinados que constituyen la excepción, los solicitantes de expedientes de jurisdicción voluntaria no podrán someterse al juez que elijan en virtud de su poder dispositivo sino que, por el contrario, la sumisión a una competencia territorial determinada constituye la norma general.

En Derecho romano, en relación con la circunscripción territorial, en materia de *iurisdictio* voluntaria, se establece que el magistrado puede actuar fuera del ámbito de su circunscripción, lo que contrasta con la norma establecida en sentido contrario en materia de *iurisdictio contentiosa*⁴⁰. Como señala Scherillo, la evolución habida en el concepto de *iurisdictio*, desde su originaria consideración como poder personal del magistrado, hasta su posterior configuración como función pública, influyó en menor grado sobre el instituto de la jurisdicción voluntaria, respecto de la cual se mantiene el antiguo principio de que el magistrado puede ejercitar su potestad jurisdiccional fuera del ámbito de su jurisdicción⁴¹.

V. Recusación y abstención

En materia de recusación y abstención de Jueces, Fiscales, Secretarios y

personal al servicio de los Tribunales, Camelutti y Di Blasi opinan que no es extensible a la jurisdicción voluntaria la normativa y los principios propios de la jurisdicción contenciosa, en atención a la inexistencia de contradicción, por lo que dependerá de la valoración que el Juez realice en cada caso concreto, a la vista de la petición del solicitante. La singularidad en este punto existió asimismo en Derecho Romano, puesto que frente a la prohibición expresa de ser juez y parte en el ámbito de la *iurisdictio contentiosa*, así por ejemplo Ulpiano en D. 2.1.10 afirma que <<el titular de la jurisdicción no debe ejercerla sobre sí, su mujer, sus hijos o los demás a quienes tiene consigo>>, se acepta la competencia del magistrado para conocer en actos de *iurisdictio* voluntaria que le afecten a él mismo o a sus familiares.

En palabras de Gonet, el Derecho Romano permite actuar a la vez, en supuestos no contenciosos, como magistrado y *dominus*, como magistrado y beneficiario del derecho, como magistrado y objeto del derecho, como magistrado y persona que da en adopción *pater datus in adoptionem*, y, como magistrado y persona que autoriza una manumisión de quien está bajo su potestad. Entre los numerosos textos, cabe citar D. 1.18.2, en el que se establece que todo magistrado provisto de *legis actio* puede emancipar a sus hijos y darlos en adopción ante sí mismo, o bien D. 40.2.1 en el que se autoriza a un pupilo para manumitir ante un pretor, que es al mismo tiempo su tutor, mediando su autorización.

Ahora bien, a mi juicio, en el derecho actual no parece justificada una excepción a la normativa común en materia de recusación y abstención, si se quiere, como en mi opinión sería deseable, preservar, en materia de jurisdicción voluntaria, el conjunto de las fundamentales garantías procesales, cuya quiebra supondría el cuestionamiento de la jurisdiccionalidad de estas actuaciones, cuya notas distintivas esenciales deberían ser únicamente, la ausencia de conflicto relevante, la celeridad, y la elasti-

cidad y libertad de forma en el procedimiento y el papel más activo del Juez y del Ministerio Fiscal⁴².

VI. Recursos

En materia de recursos son aplicables las normas generales de la jurisdicción contenciosa, con algunas especialidades propias de la jurisdicción voluntaria. Contra las providencias y autos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida (artículo 451 LEC 2000). Contra el auto definitivo en materia de jurisdicción voluntaria no cabe el recurso de reposición sino el de apelación.

La apelación contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia, en materia de jurisdicción voluntaria, se sustanciarán ante las Audiencias Provinciales (conforme a ley 10/1968, de 20 de junio), salvo los supuestos de resoluciones dictadas en actos de jurisdicción regulados en disposiciones legales diferentes de los contenidos en la LEC, como por ejemplo el expediente de dominio de la Ley Hipotecaria, respecto de las cuales cabría recurso de apelación ante las Audiencias Territoriales. No es unánime la doctrina acerca de si en estos casos, en atención a la supresión de las Audiencias Territoriales, la competencia debe atribuirse también a las Audiencias Provinciales o a los Tribunales Superiores, si bien a mi juicio, a falta de disposición en contrario, deberán entenderse subsistentes las razones justificativas de la asignación, por lo que parece razonable mantener la atribución de competencias en sede de los Tribunales Superiores de Justicia, que pueden considerarse en buena medida herederos y continuadores de las antiguas Audiencias Territoriales⁴³.

En materia de resoluciones de jurisdicción voluntaria en actos de comercio, los artículos 2113 y 2114. LEC 1881, contemplan un procedimiento de apelación caracterizado por la mayor brevedad en los plazos.

El artículo 1819 establece que las apelaciones se admitirán en ambos efectos si el recurso es planteado por quien promueve el expediente y en artículo 1820 se afirma que se admitirá a un solo efecto, si fuere interpuesto por cualquiera interesados que hayan intervenido en el procedimiento << 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>>.

No cabe recurso de revisión en materia de jurisdicción voluntaria, ni tampoco de casación desde la supresión del artículo 1822, que si lo admitía en supuestos de naturaleza civil, por Ley 34/1984, de Reforma Urgente de la LEC. En materia de negocios de comercio el artículo 2116 establece la no existencia de ningún recurso, y por tanto parece que tampoco el de casación, contra las resoluciones dictadas en segunda instancia⁴⁴.

Asimismo cabe señalar, la posibilidad que tienen los interesados en los expedientes de resolución voluntaria de ejercitar su derecho en el juicio ordinario que corresponda⁴⁵.

La singularidad de la jurisdicción voluntaria se manifiesta también en el carácter no necesario de que en las actuaciones de esta naturaleza intervenga procurador (artículo 4 LEC 1881), ni abogado, salvo en relación con este último, que se trate de actos cuya cuantía exceda las 400.000 ptas. (artículo 10 LEC 1881); conforme a lo dispuesto en la Disposición derogatoria única 1, 1ª, de la LEC 2000 que mantiene en vigor los números 1 y 5 del artículo 10 de la LEC de 1881⁴⁶.

VII. Cosa Juzgada

Finalmente, en relación con la cosa juzgada, considerada como la esencial garantía del proceso contencioso⁴⁷, cabe señalar que, por una parte, la posibilidad de variar las providencias en este marco sin necesidad de atenerse a los términos y formas de la jurisdicción

⁴² Sobre la no identificación entre los conceptos de sumariada y brevedad así como sobre la polivalencia de la voz *summarie*, las múltiples confusiones y errores producidos al respecto, y sobre la necesidad de desentrañar su fundamento histórico, se ha pronunciado Fairen en reiteradas ocasiones, así por ejemplo en *De nuevo sobre la crisis de la Administración de la Justicia: la Política y los Altos Organismos*, cit. pp. 573 ss.

⁴³ Ello no obstante el carácter general de atribución de competencias a las Audiencias Provinciales establecido en el artículo 82.4 LOPJ.

⁴⁴ Vid. no obstante en González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, cit., p. 166, acerca de la posibilidad excepcional de que quepa recurso de casación en determinados supuestos.

⁴⁵ Este juicio conforme a lo establecido en la disposición derogatoria única 1, 1ª LEC 2000 es el juicio verbal.

⁴⁶ En relación con los gastos ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria, su tasación, la distinción entre solicitantes, interesados citados por el Ministerio Fiscal o el Juez, interesados que comparecen espontáneamente y los problemas suscitados en relación con el derecho de justicia gratuita, vid. González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, cit., p. 174 y la bibliografía allí citada.

⁴⁷ Sobre la autoridad de cosa juzgada en las resoluciones dictadas por los Tribunales administrativos, vid. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, T. II, Madrid 1966, pp.905 ss; sobre efectividad de las sentencias vid. González Pérez, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, cit. pp.337-383.

⁴⁶ Vid. al respecto la opinión de Carreras sobre este punto en Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho positivo español. R.D.P., 1958, que comparto, y el discrepante juicio de Gimeno Gamarra, *Ensayo de una teoría general sobre la Jurisdicción Voluntaria*, pp. 74 ss.

⁴⁷ Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., p. 1291.

⁴⁸ Sobre el diferente carácter del principio de audiencia a los interesados en la jurisdicción contenciosa y en la jurisdicción voluntaria, vid. STS. 13/81 de 22 de abril.

⁴⁹ Así en STS 3116/1980, de 12 de julio, se afirma en relación con el artículo 1813 «la posibilidad de ser oída cualquier otra persona, distinta de la que promoviere el expediente, sólo cuando ésta lo solicite, cuando otros personas lo insten por tener interés legítimo en él o cuando el Juez, por sí mismo y sin pretensión ajena, lo estime conveniente, ninguna de cuyas circunstancias se da en el caso de autos...»; en STS 13/1981 de 22 de abril, se señala la obligación de «descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional respecto a quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del artículo 24 de la Constitución...»; en STS 114/1997, de 16 de junio, se señala: «...la flexibilidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria al servicio al que las actuaciones se someten, evaluadas con la debida reserva y de que se verifique por el Juzgado toda la información que resulte precisa para asegurarse el beneficio de la medida adoptada por el menor...».

contenciosa, conforme al artículo 1818, supone singular nota distintiva frente a la preclusividad característica del contradictorio. Sin embargo, la exclusión de recurso contra los autos definitivos, de acuerdo con el propio artículo 1818, supone un reconocimiento semejante al de la cosa juzgada formal, en cuanto que ello implica su impugnabilidad, es decir, la preclusión de los medios de impugnación. Dicha preclusión, no obstante, hay que limitarla, a mi juicio, al ámbito de la propia jurisdicción voluntaria, es decir, que en los mismos términos y circunstancias, no cabe plantear ni nueva solicitud por particular, ni iniciar el procedimiento de oficio por el juez o el Ministerio Fiscal, pero ello no supone que no pueda plantearse un contencioso sobre el asunto, hayan variado o no las circunstancias. Es decir, la inimpugnabilidad se refiere al ámbito de la jurisdicción voluntaria, pero no al de la jurisdicción contenciosa⁴⁹.

Las resoluciones de jurisdicción voluntaria comportan asimismo efectos de cosa juzgada material, pero sólo en el ámbito de la propia jurisdicción voluntaria, es decir, planteada la misma cuestión ante cualquier órgano jurisdiccional, como expediente de jurisdicción voluntaria, éste quedará vinculado por la decisión precedente. Lo contrario sería, a mi juicio, introducir un peligrosa variable que sólo produciría inseguridad jurídica. No resultaría razonable, por otra parte, desde mi punto de vista, reclamar mayores garantías procesales para los expedientes de jurisdicción voluntaria, en atención de audiencia, alegaciones, pruebas, recursos, etc., y negarle un efecto esencial en sus resoluciones, como es la cosa juzgada material en su propio ámbito. Cosa diferente, por supuesto, es que se pueda iniciar un proceso ordinario sobre el asunto conocido en el marco de la jurisdicción voluntaria, y que en este caso, el juez no esté vinculado en modo alguno por lo decidido en el marco del expediente de jurisdicción voluntaria, dado que al no haber existido proceso, han faltado todas las garantías procesales propias del contradictorio, por lo que el planteamiento de la pretensión ante un

juez, en proceso ordinario, no debe estar para nada condicionado por el auto dictado en sede de jurisdicción voluntaria. Lo que si sucederá, en ocasiones, es que en la práctica no cabrá revocación del contenido del auto que resolvió el expediente de jurisdicción voluntaria, por ejemplo cuando el juez ha autorizado al tutor para proceder a la venta de los bienes del pupilo, el auto ha devenido definitivo y la venta se ha efectuado con anterioridad a la interposición del proceso contencioso.

De todo lo expuesto hasta el momento, una primera reflexión podría ser el constatar como una construcción conceptual con base histórica y dogmática, como la contraposición entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, debe ser revisada. Y debe serlo porque en lo que afecta a su planteamiento tradicional, los elementos clásicos de diferenciación—lesión de derecho subjetivo, demanda, contradicción y cosa juzgada en el proceso contencioso y solicitud sin pretensión procesal, carácter negocial, libertad de forma y revocabilidad de la decisión en la jurisdicción voluntaria—se han ido atenuando, con el paso del tiempo, tanto en los textos legales, como en la elaboración conceptual de la doctrina y la jurisprudencia. Como señala Ramos Méndez, en el momento presente parece que esa doctrina mayoritaria considerar superada la concepción de la jurisdicción como resolución de controversias entre particulares⁵⁰. En efecto hay procesos sin controversia y sin debate judicial, que dan lugar a sentencias sin oposición. En ocasiones, la ausencia de controversia se debe a que no existe derecho lesionado que se pretenda tutelar, sino que lo que se solicita es una simple declaración de un derecho, respecto de la cual falta una oposición concreta, no obstante su sustanciación por la vía contenciosa. La jurisdicción no sólo tiene por objeto dirimir conflictos a través de la vía de un proceso, sino que cabe también el ejercicio de la tutela jurisdiccional fuera del proceso, como se ha afirmado por el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 22 de mayo del año 2000.

Por otra parte, la nueva regulación del proceso en la LEC 2000 caracterizada por principios como la economía procesal, la concentración, la inmediatez, la oralidad o el papel activo del juez, ha supuesto un acercamiento a la caracterizadora 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 procedimiento⁵⁰, 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 no 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. 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 individualizada⁵¹.

Por otra parte, tanto en la legislación italiana, como en la alemana, según hemos ya analizado, determinados supuestos contenciosos han sido incluidos en el marco de la jurisdicción voluntaria, lo que no parece un camino a seguir por los riesgos que conlleva, en atención a la disminución de garantías procesales. La celeridad y la economía procesal no deben ser una patente de corso para desnaturalizar la contenciosidad y la lucha por el derecho en las pretensiones pro-

cesales, lo que se produce, cuando su conocimiento se sustancia en una esfera de jurisdicción que no les corresponde. Cuestión diferente es que la actividad jurisdiccional comprenda no sólo la tutela de derechos e intereses legítimos lesionados, sino también la tutela de todo tipo de derechos, intereses públicos o privados y situaciones jurídicas lesionadas o no, cuya atribución a los jueces se haya considerado necesaria o conveniente en aras de su nacimiento o modificación.

Especial importancia tiene la consideración de la oposición o contradicción en los expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de su paso a jurisdicción contenciosa. La Doctrina y la Jurisprudencia se mueven en torno a la concepción de la misma como no relevante, no suficiente o no fundada⁵², pero en todo caso ello constituye otro argumento en torno a la idea de que ni las discrepancias en el expediente de jurisdicción voluntaria, producen un pase automático al proceso contencioso, ni la ausencia de debate o contradicción resulta incompatible con la existencia de un proceso.

Desde otro punto de vista, la intervención judicial, en ocasiones, se produce en los expedientes de jurisdicción voluntaria, no a solicitud del interesado⁵³, como sucede por ejemplo en todos los supuestos de naturaleza negocial, sino de oficio por el Juez, en casos de menores o incapacitados, para tutelar sus intereses o suplir su falta de capacidad procesal, y respecto de estos últimos supuestos si bien ciertamente no existe una pretensión procesal⁵⁴ expresa frente a otra parte, la intervención judicial implica una previsión o una garantía que de no producirse supondría un perjuicio en los derechos o intereses de los afectados.

Finalmente, respecto a la consideración de cosa juzgada de la sentencia en el proceso contencioso, frente a la posible impugnabilidad en proceso contencioso, del auto definitivo por el que concluye el procedimiento voluntario⁵⁵,

⁵⁰ Acerca de las discrepancias y los incidentes de inclusión y exclusión de bienes en los procedimientos de jurisdicción voluntaria de testamentaria y abintestato, vid. STS 688/1994, de 5 de julio; Sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de jurisdicción voluntaria, vid. STS 113/1988, de 9 de junio; Sobre la consideración de que no basta una contradicción cualquiera para que el expediente de jurisdicción voluntaria se convierta en un auténtico proceso, sino que es necesario algo más que la mera contradicción de voluntades, como es la pretensión procesal planteada formalmente, vid. Resolución DGRN de 8 de mayo de 1995; Sobre la consideración de que los juicios abintestato conforman actuaciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de revisión en los procesos declarativos ordinarios correspondientes, con los que no crean situación de indefensión insuperable, estando incluso excluidos dichos procedimientos del ámbito del juicio de revisión, vid. STS 909/1996, de 31 de octubre.

⁵¹ Incluso a algunos supuestos de jurisdicción contenciosa, como en el deslinde y amojonamiento no contencioso, el artículo 2061 y ss. no hablan de solicitud sino de demanda.

⁵² Sobre la inconciabilidad de la jurisdicción voluntaria con la existencia de una verdadera pretensión procesal, vid. STS 24/1989, de 9 de febrero.

⁵³ Sobre la improcedencia de concluir el expediente de jurisdicción voluntaria por medio de providencia y no de auto, vid. STS 113/1998, de 9 de junio.

⁵⁶Vid. en Damián Moreno, *La nueva LEC*, Tomo II, *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares* cit., pp. 119 ss.; Cortés Domínguez; Gimeno Sendra, Moreno Catena, *Derecho procesal Civil, Parte General*, 3ª ed. 2000, pp. 355 ss.

además de lo señalado en relación con la eficacia de cosa juzgada formal y material en el propio marco de la jurisdicción voluntaria, que a mi juicio tiene el auto definitivo, cabría añadir como ha escrito recientemente Damián Moreno que, por una parte, la cosa juzgada no constituye un atributo exclusivo de las sentencias firmes; en ocasiones se extiende a determinados autos que también acogen pretensiones, tal como sucede, por ejemplo, en el caso previsto en el artículo 21 LEC 2000 y por otra parte, no todas las sentencias firmes producen, sin embargo, efectos de cosa juzgada. Hay procesos en los que por el carácter sumario de sus resoluciones, no producen efectos de cosa juzgada. Así, según el artículo 447.2 LEC, no produ-

cirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dad en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria. 3 Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito. 4. Tampoco tendrán efecto de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos⁵⁶.