

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ANTE SU REFORMA: OPCIONES

VOLUNTARY JURISDICTION BEFORE HIS REFORM: OPTIONS

JUAN MANUEL ALONSO FURELOS

(Profesor Titular de Universidad de Derecho Procesal)

Resumen: El presente trabajo aborda la jurisdicción voluntaria en su significación histórica desde la codificación, para sobre este base justificar el presente de su naturaleza jurídica, fundamento y carácter que es el pilar del sistema sobre el que se asienta. Debe tenerlo en cuenta el legislador de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria para mantener sus aspectos positivos que considero son más de los que a primera vista parecen, sin perjuicio de la necesaria actualización de sus particulares actos.

El trabajo se divide en tres partes. Primera: pasado y presente de la jurisdicción voluntaria. Segunda: crítica a las propuestas que podrían ser el futuro de esa Ley. Tercera: a modo de conclusiones definiendo mi posición, con propuestas.

Abstract: The present work approaches the voluntary jurisdiction in his historical significance from the codification, for on this base to justify the present of his juridical nature, foundation and character that is the base of the system on the one that one agrees. It must be born in mind by the legislator of the future Law of Voluntary Jurisdiction to support his positive aspects that I consider they are more of those who to the first sight seem, without prejudice of the necessary update of their particular acts.

The work is divided into three parts. First: past and present of voluntary jurisdiction. Second, criticized the proposals that could be the

future of this Act. Third. Like conclusions I defend my position with proposals.

Palabras Clave: Jurisdicción Voluntaria. Historia. Actualidad. Reforma.

Key Words: Voluntary Jurisdiction. History. At present. Reform.

Recepción original: 03/02/2015

Aceptación original: 30/03/2015

Sumario: I. La jurisdicción voluntaria en el pensamiento del legislador decimonónico. II. El Siglo XXI y las propuestas de reforma en los ALJV y PLJV. III. Propuestas a modo de conclusión para una jurisdicción voluntaria del S. XXI.

I. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL PENSAMIENTO DEL LEGISLADOR DECIMONÓNICO

A) BREVE ÍTER LEGISLATIVO HASTA EL AÑO 2000. La jurisdicción voluntaria fue regulada de una forma más o menos sistemática y en consecuencia según los ideales codificadores por el legislador desde la segunda mitad del S. XIX.

1) En el Código de Comercio (en adelante C de c) de 1829 de Sainz de Andino se preveía la intervención de la autoridad competente para dar eficacia a determinados actos de jurisdicción voluntaria denominados negocios de comercio según la terminología del momento o de forma más técnica, decimos hoy, pertenecientes al derecho mercantil. La Ley de Enjuiciamiento de Negocios de Comercio de 1830 (en adelante LENC), también de Sainz de Andino, se limitó a regular la jurisdicción mercantil y los procedimientos mercantiles que se siguen en las causas de negocios de comercio (o mercantiles) dejándose para momento más lejano la ordenación legal y sistemática de los actos de comercio de jurisdicción voluntaria.

Este Código y esta Ley son la primera manifestación en nuestro país de la codificación mercantil¹, por ello un intento acertado según la doctrina mercantil de recoger la legislación vigente de sus antiguos

¹ Ampliamente véanse como estudios históricos de relevancia a RUBIO GARCÍA-MINA, J. «Sainz de Andino y la codificación mercantil». Madrid. 1950. LASSO GAITE, J. F «Crónica de la codificación Española. Codificación mercantil». Volumen 6. Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia. Madrid 1999. Como obra histórica más aproximada de ese momento, también GÓMEZ DE LA SERNA, P. con REUS GARCÍA, J. «Código de Comercio...» 4.^a Ed. Madrid 1868.

cuerpos legislativos, en especial la del Libro del Consulado del Mar, las antiguas disposiciones de los múltiples Consulados existentes y la de las Ordenanzas de Bilbao.

2) Fue en 1855, en la primera ley de Enjuiciamiento Civil de esta fecha, cuando por primera vez y en su Libro segundo (el primero está dedicado a la jurisdicción contenciosa) se regula la jurisdicción voluntaria y sólo en el ámbito exclusivo (dígase, del derecho) civil. Gómez de la Serna justificó esta LEC en su obra *Motivos de las Variaciones*² que introduce la LEC destacando que muchos actos de jurisdicción voluntaria antes dispersos en las antiguas Leyes de Recopilación se llevaron de forma sistemática y ordenada al Libro II de dicha Ley.

3) Es en la LEC de 1881 cuando se concluye la codificación de los actos de jurisdicción voluntaria en su Libro III (el Libro I estaba referido a las disposiciones comunes de la jurisdicción contenciosa y voluntaria y el Segundo a la jurisdicción contenciosa) dedicado exclusivamente a éstos. Libro que sigue todavía vigente como dispone expresamente la LEC 2000 aunque con las precisiones, concreciones y excepciones que determina la disposición derogatoria única 1- 1.º de la vigente LEC 2000, a la que seguidamente me referiré.

Este libro III se divide en dos partes, la primera (sin denominación alguna, quizá por un lapsus del legislador o por una razón interesada de éste que desconozco) a los actos de jurisdicción voluntaria civiles arts. 1811 a 2108 LEC y la segunda (aquí sí, con denominación específica) a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio (dígase de forma más técnica y habitual, mercantiles). arts. 2109 a 2174 LEC.

4) Como precisiones la actual y vigente LEC 2000, respecto a la jurisdicción voluntaria, en su Disposición Derogatoria única mantiene la vigencia de la LEC 1881 –de su Libro I– para los art. 4-1.º y 5.º y 10-1.º y 3.º referidos a las excepciones a la intervención preceptiva

² GÓMEZ DE LA SERNA. «Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil». Madrid. 1857. También puede citarse a MANRESA NAVARRO, J. M. MIQUEL, I. REUS, J. «Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada para...». 5 tomos y Apéndice. Madrid 1856 y Apéndice de 1869. El tomo 5.º se ocupa de la Jurisdicción Voluntaria. Tras la LEC de 1881 el autor exclusivo de esta obra pasa a ser Manresa Navarro, J. M. y con el nombre de *Comentarios a la LEC reformada*. La primera edición a esta ley es de 1888-95, Madrid, estando dedicado el tomo sexto a la JV. Véase también el profundo estudio histórico de LASSO GAITE, J. F. «Crónica de la Codificación. Volumen 2. Procedimiento Civil». Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia. Madrid 1975.

de procurador y abogado; del art. 63 sobre los fueros de la competencia territorial que establece para los actos de jurisdicción voluntaria.

Del Libro II de la LEC 1881 mantiene la LEC 2000 la vigencia de su Título I referente a la conciliación, arts. 460 a 481 junto al artículo 11 del Libro anterior al que remiten dichos preceptos; y la de la Sección Segunda del Título IX del Libro II sobre la Declaración de Herederos Abintestato de los arts. 977 a 1000 LEC 1881. Preceptos, todos ellos, que se mantienen hasta la vigencia de la (futura) Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Una concreción establece la LEC 2000, en esta Disposición Derogatoria para el art. 1817 LEC de 1881 conforme a la cual si se hace contencioso el expediente se tramitará por las normas que la vigente LEC establece para el procedimiento del juicio verbal. Como excepción a la vigencia del Libro III de la LEC 1881, la LEC 2000 –en la misma Disposición Derogatoria– deroga los artículos 1927 y 1880 a 1900 de aquélla.

5) Con estas pinceladas muy resumidas, por razones de espacio, queda concretada la evolución histórica de la jurisdicción voluntaria civil y mercantil desde el inicio de su codificación en la LEC, hasta el momento presente.

Es preciso destacar que otros muchos actos de jurisdicción voluntaria quedaron regulados fuera de la LEC, aisladamente, en el C de c de 1885, en el Código Civil (CC) de 1889, en leyes especiales complementarias de ambos, en las Compilaciones Forales (Aragón, Cataluña, Baleares, País Vasco, Galicia, Navarra) y finalmente tras la Constitución Española (CE) de 1978 en las Leyes Autonómicas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas (CCAA) que han asumido, como competencia exclusiva en su Estatuto de Autonomía, completar su legislación histórica foral o consuetudinaria vigente (o incluso que ya no lo estaba) y que les es propia, (incluidas por ello CCAA como Valencia, Andalucía, etc.).

B) TERMINOLOGÍA. Las LEC de 1855 y 1881 acuñaron una terminología equívoca para designar esta figura. Sin embargo el paso del tiempo hizo que la misma siga siendo utilizada en España, Iberoamérica e Italia por lo que es aconsejable mantenerla. Decimos equívoca (y no equivocada) porque la expresión jurisdicción –en la voluntaria– no puede equipararse a los términos usados o utilizados en la jurisdicción contenciosa.

Si se emplea la expresión jurisdicción por estar exclusivamente encomendada a los Jueces, hasta el momento presente, la decisión de estos asuntos estamos de acuerdo. También si entendemos por juris-

dicción el hecho de actuar la Ley (el derecho material regulador de la JV previsto en la norma creadora del acto) al caso concreto solicitando para el acto las consecuencias jurídicas en ella previstas, por tanto para los asuntos planteados en la vida real que no son ni pueden ser contradictorios y por ello se «juzgan» provisionalmente y no se ejecutan forzosamente, al no ejercitarse pretensión alguna de condena contra nadie; ni existir, por esto, resistencia a esa condena, de nadie.

Fuera de estas precisiones no puede equipararse el término jurisdicción (en la jurisdicción voluntaria) con el término jurisdicción (en la contenciosa).

El término voluntaria es confuso. Existen asuntos cuyos efectos jurídicos son solicitados a instancia de uno o más interesados y no de oficio y en muchos casos sus efectos se pueden lograr de otra forma, también voluntaria, sin acudir a los Jueces merced al consenso de todos los legitimados materiales que tomaron parte en el acto, negocio, relación o situación jurídica en que trae causa el acto de jurisdicción voluntaria.

Otros actos por el contrario son «necesarios» en el sentido de que sólo pueden producir los efectos jurídicos previstos en la Ley a través de la resolución definitiva del Juez que los establece (carácter constitutivo necesario) y además en algunos de ellos (no en todos) es preceptivo que se dé audiencia previa al Ministerio Fiscal (MF) Art. 1815-1 LEC para que informe por escrito y mediante dictamen de ellos (incluso si no inició de oficio el expediente, porque antes lo hicieron los interesados, pese a su legitimación directa en sustitución del Estado). Art. 1815-2 LEC.

Informe o dictamen que siendo preceptivo no es vinculante para el Juez, pero que deberá tener muy en cuenta. Sobre todo cuando el MF asume, en dicho dictamen, la defensa de la legalidad, la protección de los intereses públicos y generales o la protección de los intereses de las personas menores, incapaces, ausentes o desvalidas.

Es decir, informe y dictamen escrito sobre si la consecuencia jurídica solicitada por el interesado para ese acto es conforme o no –se adecúa o no– a la prevista en la norma jurídica reguladora del acto de JV. Además dispone el MF de legitimación por sustitución del Estado para iniciar el expediente o procedimiento de oficio, art. 1815-1 LEC.

Debe ser oído (previa citación a la comparecencia o vista e informar oralmente en ésta, en los procedimientos orales aunque el informe sea escrito; a diferencia con los que adoptan el trámite escrito en que basta el informe dictamen escrito) cuando la solicitud del acto

afecta a intereses públicos o afecte la consecuencia jurídica solicitada a su amparo a personas menores, incapaces, ausentes o desvalidas.

La falta de partes, de pretensión y resistencia y por tanto la ausencia de contradicción, art. 1811 LEC, es la consecuencia de que se utilice esta terminología legal al regularse la jurisdicción voluntaria. Así el legislador utiliza los términos audiencia, arts. 1811, 1814 y 1815 LEC (frente a contradicción); solicitante o promoviente, art. 1813 LEC (y no parte); solicitud, art. 1817 LEC (y no demanda); justificaciones, informaciones y principio de prueba, art. 1816 LEC y otros preceptos concordantes (y no prueba).

Incluso la legitimación para recurrir en apelación corresponde al solicitante o solicitantes, al MF y a los terceros (a los que se pidió o pidieron los solicitantes que se diera audiencia en el expediente y concurrieron a él; e incluso los que se personan a la audiencia para ser oídos y que no fueron llamados o citados, si disponen de legitimación material directa, 2111-1.^a LEC por analogía), en el art 1820 LEC.

La incompatibilidad entre la jurisdicción voluntaria –donde no existe ni puede existir conflicto jurídico en términos procesales, es decir demanda y pretensión o contestación y resistencia a ésta– es palpable con la contenciosa donde la realidad del proceso los exige, de ahí la redacción de los arts. 1811, 1817, y 1823 LEC en la JV.

Sólo existe un supuesto de compatibilidad, muy limitada, entre jurisdicción voluntaria y proceso y además muy discutible por razones especiales y es para evitar que acuda al proceso el interesado con legitimación directa que no solicitó el acto y desea apelar.

El art. 1820 LEC le permite (si pidió el solicitante del acto que se le diera audiencia y tras la citación, en la vista se manifiesta en contra de los efectos jurídicos solicitados para ese acto o si es un procedimiento escrito en esta forma lo hace valer; o si no concurrió a la vista por no ser citado, art. 2111-1.^a y tiene legitimación plena y directa) que pueda recurrir en apelación la resolución dictada sin hacer todavía contencioso el expediente, conforme al art. 1817 LEC, aunque pueda convertirlo en contencioso a posteriori tras la decisión del recurso o hacerlo desde que conoce la decisión, auto, sin utilizar dicho recurso de apelación.

La flexibilidad del procedimiento –por falta de contradicción– se prevé en el art. 1813 LEC para la audiencia, en el art. 1816 LEC para presentar documentos y justificaciones, en el art. 1818-2 LEC para modificar resoluciones no definitivas (lo que implica, indirectamente, que el concepto de preclusión tenga en la jurisdicción voluntaria una

significación diferente) y finalmente la remisión que se hace al Libro I y II LEC para colmar lagunas –de forma indirecta, también– según el art. 1824 LEC.

La expresión expediente como carpeta u otro medio (aplicación de la informática) donde se guardan las actuaciones realizadas en un procedimiento sobre todo escrito es un término empleado igualmente en el ámbito administrativo y también en la jurisdicción contenciosa (aunque se utilice más en el foro la expresión de autos); o las expresiones procedimiento, autos o actuaciones, resolución sea providencia o auto, recurso, regulación material o adjetiva (entiéndase procedimental) del acto de jurisdicción voluntaria no difieren sustancialmente de las utilizadas para la contenciosa.

A semejantes principios y filosofía jurídica responden los art. 2109 a 2118 LEC para actos de jurisdicción voluntaria en (los) negocios de comercio o según la denominación actual más común de derecho mercantil.

C) ÁMBITO. La jurisdicción voluntaria hasta la actualidad tiene un único y exclusivo ámbito que es el civil y mercantil y se corresponde con el orden jurisdiccional civil. Al legislador, desde 1868 (hasta entonces existió la jurisdicción especial mercantil que desapareció según lo dispuesto en el Decreto de Unificación de Fueros) al momento presente, no le pareció conveniente ni oportuno establecerla en los otros órdenes jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria ni en las demás jurisdicciones especiales.

En el orden contencioso administrativo, desde su establecimiento inicial hasta el presente, no se estableció la jurisdicción voluntaria sin duda por los privilegios de que disponía la Administración, cualquiera que fuera ésta ya Central, Autonómica, Local o Institucional. Privilegios a los que no estaba dispuesto a renunciar el Estado, en detrimento de su Administración cualquiera que fuera ésta, para que conocieran de una supuesta e hipotética jurisdicción voluntaria administrativa los Jueces y que éstos se pronunciasen en dichos asuntos sólo provisionalmente.

Tampoco se estableció en el orden social la jurisdicción voluntaria (si excluimos la conciliación como acto de jurisdicción voluntaria por ser autocompositiva). Y si no se estableció quizá fue porque el derecho laboral responde a unos principios diferentes y antagónicos con los de la jurisdicción voluntaria, sobre todo por el marcado carácter litigioso de sus asuntos. Que sepamos no se ha defendido el establecimiento de la jurisdicción voluntaria en el derecho de trabajo por los estudiosos de la disciplina. De todas formas deberán ser los especia-

listas en este derecho quienes se pronuncien en el futuro sobre la conveniencia o no de su establecimiento y su ámbito para que conozca de ella el orden social.

No existe, ni es admisible, en el orden penal la jurisdicción voluntaria por las exigencias del principio de legalidad penal y de legalidad procesal penal y sus consecuencias sobre el principio de certeza y seguridad jurídica y la necesidad del establecimiento de la cosa juzgada penal material hasta sus últimos extremos en el orden jurisdiccional penal (mayores que en los otros órdenes jurisdiccionales), principios que son incompatibles con la tutela que pretende la jurisdicción voluntaria que es siempre provisional. Se hace, pues, innecesaria e inconveniente la jurisdicción voluntaria en el orden penal.

Si se estableciera en este orden la jurisdicción voluntaria—entiendo que— sería ilegal e inconstitucional y discurriríamos por la senda de los sistemas totalitarios del más triste recuerdo. (La extradición activa y pasiva y otros institutos que están al servicio del derecho penal y del proceso penal no forman parte de los objetos de éstos y es cuestionable además que pudieran ser encuadrados en la jurisdicción voluntaria al estar sometidos al principio de defensa y contradicción por lo que la respuesta debe ser negativa, al margen de su dudosa y compleja naturaleza jurídica).

Cuestión diferente es la admisibilidad en el proceso penal del consenso o conformidad en supuestos residuales, que no pueden identificarse tampoco con la jurisdicción voluntaria por responder a otros fines y objeto distinto que ésta y a que obtenido el acuerdo dentro de los límites establecidos por la Ley (principio de legalidad) o bajo el principio de oportunidad en otros países (conferido al MF) el acuerdo alcanzado entre partes acusadoras y acusadas determine el contenido de la sentencia penal respecto a la pena y los demás efectos que sean su consecuencia y siempre con el efecto de cosa juzgada formal y material.

Consenso o conformidad que impedirá el recurso de apelación o casación contra la sentencia penal obtenida de conformidad, siempre dejando a salvo un previsible recurso extraordinario por causas tasadas muy limitadas referidas a vicios del consentimiento.

Lo mismo es predicable de la jurisdicción voluntaria para las jurisdicciones especiales militar, constitucional, consuetudinarias donde debe rechazarse por ser su fin ajeno al de estas jurisdicciones. Ni el legislador ni la doctrina se planteó hasta el momento presente su establecimiento.

D) LA CODIFICACIÓN de la jurisdicción voluntaria en la LEC 1881 se debió a varios momentos y causas que deben ser precisadas³.

El primero en 1855, en el ámbito exclusivo del derecho civil y en el orden jurisdiccional civil, en la LEC de igual fecha y dentro del Libro II a ella dedicada.

El segundo en 1881 porque la LEC de 1881 deroga la LENC de 1830 (y la LEC 1855) lo que supuso que los procedimientos mercantiles regulados en la primera pasaron a la LEC de 1881 con mayor o menor acomodación o fueron suprimidos unificándose con los previstos en dicha LEC 1881 para lo civil y mercantil y de los que conoce –desde 1868 por el Decreto de Unificación de Fueros– la jurisdicción ordinaria.

Como vemos su desencadenante fue el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 que supuso la desaparición de la jurisdicción especial mercantil y que se integrara la misma en la ordinaria y dentro de ésta en el orden jurisdiccional civil.

Se regulan además a consecuencia de esto, por primera vez, en la LEC de 1881 los actos de jurisdicción voluntaria de comercio o mercantiles, después de los civiles en el mismo Libro III, en su segunda parte. Arts. 2109 y ss. LEC.

Los actos civiles de jurisdicción voluntaria previstos en la anterior LEC de 1855 no sufrieron variaciones sustanciales en la LEC de 1881 aunque alguno que regulaba como jurisdicción voluntaria en la de 1855 pasó a ser un verdadero proceso en la de 1881 como el juicio de alimentos provisionales. Se perfeccionó y completó, en lo que más concierne, el régimen jurídico de las Disposiciones Generales. Arts. 1811 a 1824 LEC.

Pero no se unificaron las Disposiciones Generales de la jurisdicción voluntaria previstas para los actos «civiles» arts. 1811 a 1824 LEC con las previstas para los actos en negocios de comercio, arts. 2109 a 2118 LEC (muchas son mera repetición de aquéllas).

Con ello quedó –aunque sólo parcialmente– concluida la codificación civil y mercantil de la jurisdicción voluntaria en la LEC de 1881. Y decimos parcialmente porque, como ya señalé, poco después fueron regulados nuevos actos de jurisdicción voluntaria civiles y mercantiles de forma aislada y por ello asistemática en otros cuerpos legales como el C de c de 1885, CC de 1889, en leyes especiales civiles y mer-

³ Me remito a las obras señaladas en las citas 1 y 2.

cantiles que los complementan, en lo que se refiere al Derecho común del Estado.

Y en las Compilaciones Forales y en la posterior legislación de desarrollo de los Parlamentos Autonómicos de su derecho foral y autonómico asumido como competencia exclusiva en sus Estatutos de Autonomía.

E) REGULACIÓN SUPERADA, OBSOLETA Y ANTICUADA EN MUCHOS SUPUESTOS. El paso del tiempo hizo que la regulación de muchos de estos actos de jurisdicción voluntaria de carácter civil prevista en los arts. 1825 a 2108 LEC o la de los actos en negocios de comercio o mercantiles prevista en los arts. 2119 a 2174 LEC quedara obsoleta. Existen actos que, posiblemente, no hayan sido solicitados por los interesados desde hace años.

De ahí la necesidad de actualizar su regulación y hacer inclusiones de nuevos actos de jurisdicción voluntaria que resulten convenientes a la sociedad; y exclusiones o modificaciones de los que quedaron vaciados de contenido o que por su actual regulación carecen de todo interés actual para posibles legitimados, interesados en su actuación. La actual realidad social que vivimos resulta muy lejana de la sociedad del S. XIX y XX en muchos aspectos.

Influye también en este olvido de la jurisdicción voluntaria el «lugar» en que se ubicó en la LEC, al final de ella, como si de una «cenicienta» se tratara. Y su dispersión asistemática en los cuerpos legales materiales donde se regula (CC y C de c) o en las diferentes leyes especiales materiales civiles y mercantiles sea su ámbito de aplicación el nacional o el autonómico en las civiles. Se añade que en los respectivos actos de jurisdicción voluntaria previstos en la legislación material no se adopta su denominación para sus actos que por el contrario se silencia. No fue tratada como una «princesa» la jurisdicción voluntaria por estas razones como sí lo fue y sigue siendo la contenciosa si no como una simple «cenicienta».

La dispersión, señalada, de su regulación en distintos cuerpos legales materiales y leyes materiales especiales puede ser un acicate que justifique, para concentrarlos, la anhelada Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Siempre pensando en que puedan concentrarse muchos de sus actos –aunque ya no todos– en un cuerpo legal llamado a denominarse –según el «bautizo» anticipado realizado por deseo del legislador de la LEC 2000– a la todavía no nacida y denominada Ley de la Jurisdicción Voluntaria. (Disposición final 18.^a LEC 2000 que sigue pre-

viendo que el Gobierno iba a remitir en el plazo de un año desde la vigencia de dicha LEC 2000 un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria a las Cortes Generales para su discusión, enmienda y aprobación, proyecto que no fue efectivo como se demostró años después).

Sin embargo este «buen» deseo del legislador de la LEC 2000 no podrá cumplirse en los actos de jurisdicción voluntaria del derecho foral de las CCAA y a disposiciones de este ámbito emanadas de sus Parlamentos Autonómicos si forman parte de las competencias exclusivas establecidas en sus Estatutos de Autonomía. Sería deseable que en su colaboración con el Estado los servicios jurídicos de las CCAA mandaran al BOE y a las diferentes editoriales jurídicas de la LJV el texto vigente de sus especialidades en JV para que al menos –como apéndices y al final– se incluyan en ella.

Parece también que los actos de jurisdicción voluntaria marítimos mercantiles no se incluirán en la LJV sino en una Ley de Navegación Marítima. Damos por reproducido lo dicho para los de derecho foral y autonómico en cuanto a la inserción sistemática.

F) PRINCIPIOS Y DIRECTRICES A QUE RESPONDÍA. El pensamiento del legislador decimonónico se asentaba, respecto a la jurisdicción voluntaria, en unas líneas y directrices generales a las que la doctrina procesal española no se opuso de forma manifiesta.⁴

⁴ Los autores que citaremos, italianos y españoles, han estudiado la parte general de la jurisdicción voluntaria. Los españoles desde el modelo instaurado en la LEC de 1881. Existen diferencias entre el modelo español e italiano, lógicamente, aunque debe destacarse que domina en Italia la concepción administrativista de la jurisdicción voluntaria aunque sea para la gestión o administración de un interés perteneciente al derecho privado –si incluimos como derecho privado el de familia– aunque no es unánime dicha posición doctrinal frente a la jurisdiccionalista que en Italia tiene menos adeptos y en España más. Véanse pues:

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N. «La eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria». VVAA. Atti del III Congresso internazionale di diritto processuale civile. p. 533 y ss. Milano. 1969; «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria». pp. 5 y ss. Studi in onore de Enrico Redenti. Milano. 1951.

ALLORIO, E. «Nuovi riflessioni in tema de giurisdizione e di giudicato». p. 90 y ss. Riv. Trim. DPC. 1957; «Saggio polémico sulla giurisdizione voluntaria» pp. 45 y ss. Riv. Trim. DPC. 1948.

ALMAGRO NOSETTE, J. (con Tomé Paulé, J.). «Instituciones de Derecho Procesal Civil». T. II. pp. 505 y ss. Madrid. 1992.

ÁLVAREZ CASTELLANOS RAEL, P. «El proceso de jurisdicción voluntaria». pp. 331 y ss. *RDP*. 1945-3.

ANDRIOLI, V. «Il proceso civile non contencioso». *Anuario di diritto comparato*. 1966.

AUGER, C. «Reforma de la jurisdicción voluntaria». *A. A. M. Notariado*. Madrid. 1992-3.

La doctrina procesal ni discutió ni se opuso a lo sustancial, aunque se mantengan las dos posiciones doctrinales sobre su naturaleza,

BARATTA. «La natura giuridica degli atti di volontaria giurisdizione». pp. 778 y ss. *RDonot*. 1965.

BELLOCH JULVE, J. A. «Notas en torno al Notariado y a la jurisdicción voluntaria» pp. 9 y ss. *RJCat*. 1992-2.

BLASI Di. «Giurisdizione Volontaria». *Nuovo Digesto Italiano*. T. 7.º 1957.

BRAUNA, R. «Dizionario della volontaria giurisdizione». Milano. 1999.

CALAMANDREI, P. «Limite tra giurisdizione e amministrazione». *Studi sul processo civile*. Vol. I. Padova. 1930.

CARRERAS LLANSANA, J. (con Fenech Navarro) «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria». *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona. 1962.

CASTÁN TOBEÑAS, J. «Función notarial. Elaboración notarial del Derecho». Madrid. 1964.

CHIZZINI, A. «La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione». Padova. 1991.

CRISTOFOLINI, C. «Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria». pp. 377 y ss. *Studi in Onore de Chioyenda*. Padova, 1927.

CULOT, D. «La volontaria giurisdizione e lo stranjero». Milano. 1995.

DENTI. «La giurisdizione volontaria rivisata». *Studi in onore di Enrico Allorio*. Milano. 1989.

FAIRÉN GUILÉN, V. «El auxilio de los tribunales y la jurisdicción voluntaria». pp. 789 y ss. *Justicia*. 1992-4; «Jurisdicción voluntaria. Juicios Sumarios. Las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones». *BCAM*. 1990-2; «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual». pp. 309 y ss. *ADC*. 1991.

FAZZALARI, E. «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti». Milano. 1981; «La giurisdizione volontaria». Padova. 1953.

GIMENO GAMARRA, A. «Ensayo de una teoría sobre la jurisdicción voluntaria» pp. 3 y ss. *ADC*. 1953.

GÓMEZ COLOMER, J. L, con Montero Aroca, J y Montón Redondo, A. «Derecho Jurisdiccional». T. 2.º Barcelona.

GÓMEZ ORBANEJA, E. con Herce Quemada, V. «Derecho Procesal Civil». T. II. Madrid. 1980.

GONZÁLEZ POVEDA. «La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios». Pamplona. 1997.

GRIGNANI, G. «Volontaria Giurisdizione: squemi di diritto processuale civile». Padova. 1989.

GUASP DELGADO, J. «Derecho Procesal Civil». T. II. Madrid. 1968.

JANNUZI, A. «Manuale della volontaria giurisdizione. Milano. 2000.

LIEBMAN, E. T. «Giurisdizione volontaria e competenza» *RDDPC*. 1925; «Impugnazione in sede contenciosa del provvedimento di giurisdizione volontaria». *RDDPC*. 1953-2.

MARINI, De. «Considerazione sulla natura de la giurisdizione volontaria». pp. 254 y ss. *RDP*. 1954.

MICHELI, G. A. «Corso di diritto processuale civile» Milano 1955.

MIGUEL ASENJO, P. A. «Eficacia de las Resoluciones extranjerias de Jurisdicción voluntaria». Madrid. 1997.

MILANS DEL BOSCH PÓRTOLES, I. «La determinación del derecho aplicable en los actos de jurisdicción voluntaria». p. 17 y ss. *REDI*. 1097.

MUÑOZ ROJAS, T. «Jurisdicción voluntaria en el ámbito hipotecario». pp. 19 y ss. *AC*. 1994; «Jurisdicción voluntaria». *AC* 1989 y 1990.

administrativa o jurisdiccional. Por lo que deduzco que su aceptación fue generalizada. Más de un siglo –por tanto– de aceptación, el S. XIX desde la vigencia de la primitiva LEC de 1855 y la posterior LEC 1881 y todo el S. XX bajo la vigencia de esta última. Otra cosa es su postura sobre la necesidad de actualizar la regulación de los particulares actos que habían quedado trasnochados u obsoletos por el paso del tiempo.

La doctrina procesal española por tanto, desde 1855, no manifestó una clara oposición a este medio de tutela jurídica esencia y fin de la jurisdicción voluntaria que desde las Partidas y tras las Leyes de Recopilación nunca en España tuvo un carácter negociado. Ni tuvo carácter conflictual ni buscó regular el posterior e hipotético conflicto –aunque fuese latente– entre partes conocidas. Exclusión de todo carácter negocial o negociado y conflictual. El conflicto, si surge –que es posible, pero no probable en el pensamiento del legislador–, hace contencioso el expediente y lo convierte en un proceso.

Por tanto el legislador supone que no surgirá ningún conflicto al regular estos actos de jurisdicción voluntaria. Ni mientras se tramita el procedimiento ni después tras su resolución. Cumpliéndose así el

NERI, B. «Volontaria giurisdizione: profile processuale». Torino. 1999.

PODETTI, J. R. «La giurisdizione volontaria». Padova. 1986.

PRIETO CASTRO, L. «Deberes ineludibles e inaplazables. (El laberinto de la quiebra y de la jurisdicción voluntaria y el formalismo de la casación». p. 249 y ss. *Temas de derecho actual y su práctica*. Salamanca. 1979; «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria». pp. 565 y ss. *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Madrid. 1964.

RAMOS MÉNDEZ, F. «¿Cuanta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?» Justicia. 2006; «La jurisdicción voluntaria en los negocios de comercio». Madrid. 1978.

RUIZ GUTIÉRREZ, U. «La competencia territorial en relación a los actos de jurisdicción voluntaria». pp. 97 y ss. *RDPr*. 1966-3.

SATTA, S. «Diritto Processuale Civile». Padova. 1953.

SERRA DOMINGUEZ, M. «Jurisdicción voluntaria». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. T. XIV. pp. 583 y ss. Barcelona. 1968; «Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria». *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona. 1969.

URRUTIA SALAS, M. «La jurisdicción voluntaria» pp. 303 y ss. *RDPr*. Arg. 1951-3 y 4-

VVAA. «Atti del XVII Congresso Nazionale del Processo Civile». Palermo. 1989.

ZANOBINI, E. «Sull' amministrazione pubblica del diritto privato». pp. 183 y ss. *RD Pub*. 1918.

Para cuestiones y actos específicos pueden verse además mis trabajos ALONSO FURELOS, J. M. «Constitución y Jurisdicción voluntaria». T. II. pp. 1577 y ss. en *Constitución y Democracia*. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Madrid. 2013; «La competencia de los cónsules en los actos de jurisdicción voluntaria mercantiles. Historia, tradición, actualidad y conveniente reforma» p. 77 y ss. *Revista de derecho UNED*. *RDUNED*. N.º 12. 2012; «Reflexiones sobre la vigente legislación española de la jurisdicción voluntaria en su parte general y bases para su reforma». Madrid. 2012.

fin primordial a que responde la jurisdicción voluntaria que es que sea un medio de tutela jurídica judicial diferente a otros incluido el proceso y que es provisional.

Pero si surge el conflicto, mientras se tramitaba el expediente de jurisdicción voluntaria, preveía que éste se convirtiera en contencioso, es decir, en un proceso nuevo. (Aunque no precisa con claridad si se tramita en el propio procedimiento donde se ventilaba ese expediente o en uno nuevo, art. 1817 LEC, respuesta que dependía de los supuestos actos en concreto).

G) CONSECUENCIAS. INEXISTENCIA DE PARTES, DE CONTRADICCIÓN Y DE CONFLICTO EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA CON SUS EFECTOS RESPECTIVOS.

— No existen partes contradichas o enfrentadas en la jurisdicción voluntaria sino uno o más solicitantes que piden para sí en una misma posición, pero no piden nada frente a otro u otros demandados. No puede existir por tanto demandado o demandados.

— El Ministerio Fiscal arts. 1815 y 2111-2.º y 4.º LEC, cuando no inicia de oficio estos expedientes porque lo hacen antes los interesados tampoco es «parte ni demandante ni demandada» –al no poder serlo– sino un mero defensor de la legalidad, del interés público y general o del interés de personas que son menores, incapaces, ausentes, o desvalidos y aunque estos sujetos no tienen la condición de parte sobre ellos recaen directamente los efectos del acto. Por ello se le da audiencia en la vista, si es oral el procedimiento; o se le remita copia del expediente, si es escrito. Y sobre ello informa emitiendo su dictamen, sobre la legalidad del acto.

Y cuando inicia, promueve o solicita la actuación de oficio actúa como un solicitante más pero su legitimación lo es por sustitución del Estado o de la propia Sociedad para la protección y defensa de la legalidad, de esos derechos e intereses generales y del de las personas que se encuentran en las situaciones mencionadas en el párrafo anterior.

— Ello conlleva que el concepto y significado de acción en la jurisdicción voluntaria sea muy diferente que en el proceso. La jurisdicción voluntaria está protegida por el art. 24 CE en cuanto libre acceso de los ciudadanos a los jueces (dígase, técnicamente, siguiendo a Almagro Nosete acceso a la jurisdicción para que ésta les otorgue la tutela jurídica) para que soliciten la tutela jurídica concreta prevista en la Ley (que la establece) para estos actos de jurisdicción voluntaria y así poder obtener quien la insta la tutela jurídica concreta pedida si

prima facie demuestra que la consecuencia jurídica pedida se ajusta a la previsión legal que la establece (Chiovenda para el proceso).

En este sentido la tutela judicial que se pide y a la que se tiene derecho en la jurisdicción voluntaria resulta ser más concreta que en el proceso pues en éste es más abstracta por sus notas consustanciales. Ello sin perjuicio de que se siga la teoría abstracta o concreta de la acción en el proceso.

Pero las garantías jurídicas del art. 24 CE pensadas para la jurisdicción contenciosa y el proceso contencioso no son aplicables en su conjunto si no sólo algunas de ellas a la jurisdicción voluntaria al estar pensadas para la contenciosa en su conjunto.

— No existe en la jurisdicción voluntaria pretensión, pues nada se pide frente a –o contra– alguien, ni se pide por una determinada o concreta *causa petendi*, frente a nadie. Al no existir pretensión no puede existir resistencia y por esto tampoco existe contienda alguna y si no existe contienda no estamos ni podemos estar ante la jurisdicción contenciosa ni ante el proceso contencioso, ni parece necesario la cosa juzgada.

— La inexistencia de partes y de pretensión y resistencia, como el carácter provisional de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, entiendo que, justifica que la postulación deba ser voluntaria y no preceptiva. Por tanto libertad a los solicitantes para que determinen si desean servirse de procurador o representación técnica y de abogado o defensa técnica.

Sin olvidar como luego destacaré que el papel del Juez (y del Ministerio Fiscal, señalado, cuando actúa preceptivamente) en la jurisdicción voluntaria le exige un papel más activo para defender el interés privado de los solicitantes en pro de la legalidad y en su caso los intereses sociales sobre todo cuando los particulares no se sirven de postulación técnica y asumen por sí mismos la representación y defensa para ahorrarse los gastos que origina.

Lo contrario, exigir una postulación preceptiva en un procedimiento rápido, flexible y muy sencillo, supone exigir y cargar dichos gastos a todo el conjunto social a través del beneficio de la defensa gratuita para quien no tiene medios, que siempre son los más.

La falta de contradicción y dualidad, permite la admisibilidad de una mayor parcialidad del juez si lo es para aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma, para el acto de jurisdicción voluntaria. Contradicción y dualidad serían así consecuencias que justifican la

imparcialidad del Juez para que no se convierta en parte o asuma esta posición en defensa de una.

La falta de contradicción y la unilateralidad permite esa mayor parcialidad en aras a que el Juez sea un colaborador y asesore (jurídicamente) al solicitante de esta tutela para así otorgarle la consecuencia legal prevista en la Ley y en este sentido asumir en cierta medida la defensa técnica del solicitante.

— Es innecesario e improcedente el instituto de la cosa juzgada material en la jurisdicción voluntaria pues si nada se pide frente a nadie y no existe resistencia a pretensión alguna, ningún tercero que no fuese parte puede verse afectado por el efecto negativo o positivo de la cosa juzgada material que no existe y por ello las resoluciones de jurisdicción voluntaria son provisionales y temporales no produciendo otro efecto que el meramente declarativo o constitutivo. (Imposibilidad de que a terceros les alcancen los efectos objetivos de la cosa juzgada expresión que creemos más técnica que si utilizamos la de límites subjetivos de la cosa juzgada).

No se olvide que la cosa juzgada es un instituto al servicio de las partes y por ello un instrumento de la acción en el proceso contencioso art. 24 CE para que sea efectiva la tutela; de la propia jurisdicción contenciosa en cuanto manifestación de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado de forma definitiva e irrevocable art. 117-3 CE; y del propio proceso en cuanto constituye su propio presupuesto, su carácter contencioso.

Consecuencia de ello es que la cosa juzgada formal o irrecurribilidad de las resoluciones de fondo que se pronuncian sobre los actos de jurisdicción voluntaria –autos– al no existir dualidad de partes, confrontación o contienda, contradicción, intereses contrapuestos pasa a un segundo plano.

Se puede defender –sin problema, aunque lo estimo inconveniente– que la cosa juzgada formal siempre sea examinada de oficio por el Juez y mediante el adecuado sistema informático para que la conozca (al no ser preciso que exista un tercero que la denuncie) y se prevea la imposición de multas, también de oficio, por su incumplimiento en caso de nuevos recursos de apelación tras su firmeza. El nuevo recurso venga referido internamente a ese procedimiento y no a otro distinto.

Lo dicho en el párrafo anterior es reproducible si se inicia un procedimiento nuevo y diferente de jurisdicción voluntaria por los mismos hechos en el mismo o diferente juzgado, sin haber fenecido todavía aquél o habiendo fenecido ya (equivalente a la litispendencia y a

la cosa juzgada material del proceso contencioso). En este caso su control oficial por el juez y posible sanción, como en el párrafo anterior tendría su razón de ser o justificación en la teoría del abuso del derecho, pero aplicada al derecho público –es decir– en el abuso innecesario de un servicio público como es la Justicia utilizándolo de forma innecesaria y por ello abusivamente.

— Pero no se olvide que nos encontramos con frecuencia ante límites objetivos y temporales de la propia resolución definitiva de jurisdicción voluntaria porque sus efectos son provisionales es decir se funda en hechos nuevos o cambiantes que se suceden en el tiempo después de la misma y que por esto no pudieron tenerse en cuenta en su momento por la resolución definitiva. Por ello la extensión objetiva de la cosa juzgada (si estuviéramos ante un proceso que no se olvide me refiero a jurisdicción voluntaria, donde no existe) no puede quedarse imperturbable ante los hechos iniciales que se han visto sucesivamente modificados por el paso del tiempo.

No debería descartarse a priori por ello que ese mismo procedimiento pudiera ser aprovechado y sin tenerse que iniciar uno nuevo (solución interna frente a cosa juzgada formal). O que por el contrario resulte más conveniente o procedente iniciar uno nuevo (solución externa frente a la cosa juzgada material).

— Esto justifica además que contra la resolución que no estime lo pedido por el solicitante o solicitantes o lo estime parcialmente se admita el recurso de apelación para los solicitantes del acto.

Otra cosa es que este recurso de apelación puede ser también un instrumento, igualmente válido, para personas que fueron designadas por el solicitante de esta tutela para ser oídas al tener un interés legítimo y directo art. 1813 LEC e hicieron alegaciones orales o escritas dependiendo del procedimiento tramitado en el momento oportuno de la primera instancia y que sin embargo no quieren por el momento oponerse a la resolución dictada convirtiendo el expediente en un proceso contencioso si no recurrir en apelación.

E incluso que no fueron designadas para ser oídas, pero sí se enteraron e hicieron alegaciones en forma escrita u oral según el trámite seguido (supuesto previsto en art. 2111-1.º LEC para los actos de comercio que silencia el art. 1813 LEC para los civiles pero que entiendo aplicable por analogía) o que no se enteraron pero cuando se enteran están todavía en plazo para recurrir en apelación.

El único recurso que debe admitirse contra la resolución definitiva debe ser el de apelación. Criterio que siguió inicialmente para los ac-

tos de jurisdicción voluntaria mercantiles el legislador de 1881 en el art 2116 LEC. Sin embargo para los civiles se silenció esta cuestión al regularse sólo la apelación por lo que se defendió la admisibilidad del recurso de casación⁵ (*de lege data* al amparo de las resoluciones que admitían el recurso de casación, aunque no *de lege ferenda*) desde 1881 hasta la reforma de 1984 en que se suprimió definitivamente su posibilidad. Carece de sentido un recurso de casación u otros extraordinarios en la jurisdicción voluntaria si sus resoluciones son provisionales.

— Además el interés en recurrir la resolución dictada propiamente afecta a los que iniciaron el expediente, siempre que la resolución del expediente les sea desfavorable en todo o parte –incluido el MF fuera éste o no quien lo inició– y no a terceros salvo que sea reflejo. Si el acto afecta a menores, incapaces, ausentes, discapacitados o personas desvalidas siempre existe el interés en recurrir del MF en defensa de la legalidad y del interés público y social de los mismos.

Incluso terceros con un interés legítimo y directo disponen del interés para recurrir fueran designados 1813 y 2111-1 LEC o no para ser oídos (supuesto previsto expresamente sólo en los actos de comercio, art 2111-1.º LEC), pero si no lo fueron difícilmente podrán recurrir ese Auto en apelación si no les fue notificado y no tienen conocimiento de él.

El gravamen de los recursos en la jurisdicción voluntaria deriva de la legitimación y del principio de congruencia entre lo solicitado por quien inició el procedimiento y la resolución del Juez o Auto que se pronuncia sobre el mismo en la primera instancia. Es diferente en la jurisdicción voluntaria que en el proceso pues en la voluntaria viene determinado por la diferencia entre lo solicitado por quien inicia la actuación de jurisdicción voluntaria y lo concedido por el Juez. Y en el proceso por la diferencia entre lo pedido por el actor, lo resistido por el demandado y lo concedido por el Juez.

— Si no existe dualidad de partes no se puede hablar de pruebas realizadas o practicadas bajo el principio de contradicción, de pruebas propiamente dichas y con todas las garantías, de pruebas plenas si no de simples probanzas, justificaciones, informaciones, de un principio de prueba, de prueba semiplena o de una semiplena *probatio*.

⁵ CARRERAS LLANSANA, J. «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria». *Estudios de Derecho Procesal* (con Fenech Navarro, M). Barcelona. 1962. Igualmente en R. D. Pr. Iber. 1962.

Esto supone que no se busca obtener –como en la prueba contradictoria, practicada en la jurisdicción contenciosa en los procesos plenarios y con todas las garantías– la certeza de los hechos afirmados en la convicción del juez si no la simple verosimilitud o probabilidad acentuada de que el solicitante por los hechos afirmados tiene derecho –según la norma que establece el presupuesto fáctico del acto de jurisdicción voluntaria– al efecto jurídico solicitado.

— La falta de dualidad de partes impide que en la jurisdicción voluntaria se pueda hablar de la carga de la prueba y que del resultado de la prueba practicada, sin más, derive el efecto de que la ulterior resolución sea estimatoria o desestimatoria. Debe colaborar el Juez en la jurisdicción voluntaria para su demostración.

Conlleva, por tanto –nos guste o no–, que en la jurisdicción voluntaria no existe una «verdadera» carga de la prueba o una carga en la actividad probatoria del solicitante del acto. Ni sobre los hechos de la vida real afirmados como ocurridos ni sobre el derecho aplicable a ellos (tampoco es propia carga la prueba del derecho en el proceso contencioso) que forma el sustrato jurídico de la consecuencia jurídica pedida en el acto solicitado. Como luego veremos el concepto de carga y sus efectos no tiene la significación en la jurisdicción voluntaria que en el proceso.

Por esto queda reforzado el papel colaborador y cooperador del Órgano jurisdiccional junto con el del solicitante del acto, en la investigación de los hechos afirmados como ocurridos o ciertos y del derecho sobre el que se sustenta el acto solicitado sin merma de su propia independencia e imparcialidad (no se olvide que no puede ser parcial, el Juez, si no hay partes como acontece en la jurisdicción voluntaria). Por tanto colabora y coopera el Juez en la actividad de dicha comprobación incluso pudiendo llegar a introducir su conocimiento privado sobre los hechos afirmados o para aplicar la consecuencia jurídica solicitada.

Dicha colaboración es predicable del Ministerio Fiscal, en los supuestos de la JV en que es preceptiva su intervención. Art. 1915 y 2111-2.º y 4.º LEC.

Cierto que como señalé el Fiscal no es parte en la jurisdicción voluntaria pero sí un colaborador necesario en este medio de tutela jurídica que lo hace dictaminando e informando al juez sobre si la tutela jurídica pedida al amparo de un acto de jurisdicción voluntaria se adecua en la consecuencia jurídica solicitada con la prevista en la norma que establece dicho acto.

— La falta de contradicción supone y exige un PROCEDIMIENTO sencillo, ágil, rápido, flexible en sus actuaciones y trámites (pudiendo bastar para su inicio con completar un formulario escrito que se determine previamente) y siempre bajo el principio de subsanabilidad de los actos, permitiendo repetir los defectuosos (frente al principio de rigidez de actuaciones y sus consecuencias respecto a la nulidad).

Esto también es una consecuencia de la aplicación del principio de preclusión flexible en la primera instancia de estas actuaciones hasta la resolución definitiva art. 1818-1 LEC y en el que la mayor parte de los actos sería deseable se concentraran en una comparecencia oral aunque la regla general sigue siendo el procedimiento escrito.

— Puede preverse en la futura LJV la existencia, en este procedimiento, de resoluciones interlocutorias que adopten la forma de providencia o simples acuerdos del Juez que se documenten en la vista dependiendo de un procedimiento escrito u oral, aunque consideramos más acorde el oral. Y contra estas resoluciones admitir el recurso de reposición o la protesta oral en la vista del que inicia el expediente resolviéndose, pues, por escrito si fuera antes o después de ella; u oralmente en la vista. La LEC 1881 implícitamente lo permite por remisión a las disposiciones contenidas en los artículos que preceden (aunque no los limita a los de dicho título y libro) art 1824 y 2118 LEC que hoy se entienden hechas a los preceptos de la LEC 2000.

— Se estableció por ello en la LEC de 1881 un procedimiento típico y único para la jurisdicción voluntaria, arts. 1811 y ss. Aplicable a los actos civiles y de comercio (mercantiles) con especialidades para los últimos en los arts. 2109 y ss. LEC, sin perjuicio de que establece acomodaciones y especialidades procedimentales para ciertos actos siendo discutible afirmar si fueron muchas o pocas aunque cuantas menos se hagan mejor que mejor. La flexibilidad y la falta de contradicción del procedimiento permite salvarlas muy bien. Dudo que siga esta pauta el futuro legislador de la LJV.

Las especialidades materiales que no eran procedimentales también se concentraron en las leyes materiales que establecían el acto.

— La falta de contradicción impide que se pueda hablar propiamente de litispendencia y de algunas de sus consecuencias como la *perpetuo legitimationis* al permitirse después de la solicitud la entrada en el procedimiento de otros interesados con legitimación material directa; no existe una prohibición rígida que impida la transformación posterior de la solicitud y que suponga el cambio de su objeto; no parece posible plantear una excepción de litispendencia negativa (o propia) o positiva o prejudicial (impropia) a instancia de los intere-

sados si no es apreciable de oficio por el Juez; ni se producen los efectos materiales que son su consecuencia y que afectan al proceso directamente y no a nuestro instituto.

La *perpetuatio jurisdictionis* que se produce tras la admisión de la solicitud e impide el cambio de Juez o que otro conozca de oficio del asunto (salvo casos especiales) deriva del carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria, pues si tuviera carácter administrativo sería perfectamente admisible el cambio de órgano sin límite alguno.

La flexibilidad del procedimiento debería dar solución a estas cuestiones así como la preclusión impropia y retardada que por ello es muy flexible y nunca rígida. Art. 1818-1 LEC.

— Si nada se pide contra alguien no caben peticiones de condena y resulta improcedente e innecesaria la ejecución forzosa propia o específica en la jurisdicción voluntaria.

Solo puede pedirse por el solicitante o solicitantes para sí actos de jurisdicción voluntaria que supongan una declaración de conocimiento o voluntad, constitutivos, preventivos o que aseguren situaciones de urgencia, es decir de peligro objetivo y que no derivan del peligro de la necesaria tardanza del procedimiento y que ello sea aprovechado por un tercero al no existir en la jurisdicción voluntaria parte demandada para frustrar el contenido de la resolución, ni ejecución forzosa como ocurre con el proceso contencioso.

— Las medidas cautelares que aseguran la ejecución forzosa del proceso de ejecución no existen en la jurisdicción voluntaria, pero sí pueden existir (y es conveniente que existan y se regulen en los actos de jurisdicción voluntaria de derecho de familia) medidas que anticipen el auto total o parcialmente para obviar ese peligro que es objetivo derivado de una situación de urgencia y no subjetivo como en las medidas cautelares. Por tanto ya no serían medidas cautelares si no medidas anticipatorias de esa resolución, es decir tutela anticipatoria no cautelar.

— Si no se pide algo frente a nadie el concepto de legitimación cambia totalmente. Solo está legitimado el solicitante o solicitantes y no existe legitimación pasiva.

El interés legítimo y directo del interesado que no es el solicitante –al faltar la legitimación procesal pasiva– lo podrá manifestar o alegar en el trámite que corresponda del procedimiento de jurisdicción voluntaria arts. 1813 y 2111-1.º LEC (trámite de alegaciones escritas o en la vista; o en el recurso de apelación) aduciendo los motivos por los que no cree procedente la petición del actor. U oponerse cuando

proceda haciendo contencioso el expediente a través del proceso correspondiente 1817 LEC aunque esta conducta de por sí no evite siempre, lógicamente, el acto solicitado por quien inició el procedimiento.

Véase lo dicho en la legitimación para recurrir o con palabras más técnicas el gravamen en los recursos como justificación de la legitimación –en este caso material– para recurrir las resoluciones de jurisdicción voluntaria que lo originan.

Repito, no estamos ante una legitimación procesal propiamente dicha ni del solicitante ni del tercero perjudicado aunque ambos deberán ostentar legitimación material directa para impugnarla, y más cuando no existe todavía proceso alguno. Sino ante una legitimación material *ad causam* que deriva del negocio, relación o situación jurídica existente entre el solicitante o solicitantes del acto y los demás interesados que participaron en él y justifica su actuación.

Es independiente de que acudan o no estos terceros para ser oídos al acto de jurisdicción voluntaria, en el momento correspondiente. El acto de jurisdicción no limitará ni debería afectar directamente a sus derechos e intereses legítimos por su condición de terceros, aunque sí reflejamente.

Si el acto limitara sus derechos e intereses legítimos directamente (error del legislador al regular el acto como de jurisdicción voluntaria cuando debió haberlo sido de jurisdicción contenciosa) nada más lógico que los interesados acudan al proceso directamente y en este caso hacerlo como demandantes pidiendo la tutela jurídica concreta que proceda contra los que iniciaron el expediente que serían los legitimados pasivos en ese proceso y así hacer frente a lo decidido (o que va a decidirse) en el acto de jurisdicción voluntaria.

No estaría de más que la futura LJV nos aclarara estas cuestiones que no son baladíes si no trascendentales.

H) POSICIÓN Y FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ANTE LA INEXISTENCIA DE CONFLICTO.

— La jurisdicción voluntaria desde tiempo inmemorial fue asumida en lo civil y mercantil por los Corregidores, Cónsules y por los comerciantes matriculados en las ciudades sin consulado. La CE de 1812 la atribuye a los Jueces en exclusiva (aunque el precepto no fue desarrollado y no se refería a la jurisdicción mercantil) y tras el paréntesis del reinado de Fernando VII vuelve a ser atribuida en exclusiva y para lo civil desde 1836 a los Jueces de Primera Instancia. (Reglamento Provisional para la Administración de Justicia). En lo

Mercantil hasta 1868 corresponde a Cónsules y comerciantes según el organigrama jurisdiccional del C de c de 1829 y la LENC 1830.

La LEC de 1855 atribuye su competencia con carácter exclusivo a los Jueces de Primera Instancia en los asuntos civiles. Desde 1868 que se suprime la jurisdicción mercantil especial y así lo confirma la LOPJ de 1870 y la LEC 1881 les corresponde tanto para los asuntos civiles como para los mercantiles.

Con la excepción, para estos últimos, de que la competencia se atribuyó también por la LEC de 1881 a los Cónsules pero ya sólo con carácter especial para los Consulados españoles sitos en el extranjero que están a su cargo si concurrían unos requisitos tasados y parece que a prevención por exigirse la posterior ratificación u homologación del Juez de Primera Instancia (o también del Juzgado mercantil competente, en la actualidad) del lugar (si es en España) donde debían surtir efectos sus decisiones. Repito, fue establecida su competencia por la LEC de 1881. Arts. 2109 y ss.

A esta competencia de los Cónsules españoles en el extranjero donde exista Consulado español se añade la competencia judicial internacional que corresponde a las autoridades extranjeras administrativas o judiciales del país donde se soliciten los actos de jurisdicción voluntaria si allí deben adoptarse; o en caso contrario (sistema opcional con los Cónsules) si sus decisiones van a desplegar efectos en España deben ser homologadas o reconocidas por las autoridades jurisdiccionales españolas competentes a salvo de Convenio Internacional que excluya ese requisito, que siempre es preferente.

La competencia exclusiva de los jueces no fue objeto de discusión por la doctrina procesal, ni la civil y mercantil hasta la vigente LEC 2000. Tras ella –se propone atribuir la competencia para su conocimiento– en los Anteproyectos de Ley de Jurisdicción Voluntaria (ALJV) y Proyectos (PLJV) posteriores (desde ahora utilizaré estas siglas para designarlos) y para actuaciones «denominadas con este nombre de JV»- a autoridades administrativas ya sean Notarios o Registradores de la propiedad o mercantiles o a los Secretarios Judiciales.

Actuaciones muchas de las cuales antes se denominaban y estaban comprendidas dentro de la denominada genéricamente función notarial y función registral aunque se les encomiendan nuevos actos de jurisdicción voluntaria en los ALJV y PLJV. (Si salen adelante, habrá que determinar si las actuaciones así denominadas forman o no parte de la «función» notarial o registral o pertenecen a un nuevo «género» denominado Jurisdicción Voluntaria).

Pero además se pretende atribuir a los Notarios, Registradores y Secretarios judiciales otras actuaciones de jurisdicción voluntaria que antes correspondían a los Jueces de Primera Instancia en exclusiva y que serán (de mantenerse estos ALJV o PLJV en la futura LJV) «desjudicializadas» plenamente o que sin llegarse a esa «desjudicialización» íntegra permitirán (si sale adelante la reforma) una opción para que el interesado acuda y por su libre elección (¿...?) a Jueces, Notarios o Registradores.

Respecto a los Secretarios Judiciales se discute –en los asuntos de su competencia sean exclusivos o no, en el ALJV y PLJV– si deben decidir el acto solicitado de jurisdicción voluntaria de forma definitiva en primera instancia (admitiéndose recurso contra el Decreto del Secretario que deberá decidir el Juez de dicho juzgado) o si su decisión plasmada en el Decreto debe ser ratificada u homologada por el Juez de dicho Juzgado (al margen de que fuera o no recurrida).

— La posición del Juez en la jurisdicción voluntaria es muy diferente que en la contenciosa. El Juez debe ser un colaborador con los solicitantes del acto de jurisdicción voluntaria más que un sujeto imparcial al no existir partes ni producirse la cosa juzgada material con lo que no se vulneraría por dicha colaboración su imparcialidad que no quedará empañada si se limita, pese a su actividad, a otorgar la consecuencia jurídica prevista en la Ley.

— Se puede afirmar, dependiendo de la concepción que se tenga de la jurisdicción, que el Juez actúa –o no actúa– como órgano jurisdiccional en la jurisdicción voluntaria. Al margen de esta cuestión doctrinal el Juez «juzga» si entendemos por ello que actúa o aplica el derecho establecido, en el acto de jurisdicción voluntaria, al caso concreto y dentro de los parámetros del art. 117-3 CE que debe ser puesto en relación con el art. 117-1 y 2 CE.

Pero lo hace de forma provisional, es decir, no definitiva, ni irrevocable y al no existir cosa juzgada frente a nadie, ni tampoco pretensión de condena contra nadie, no procede la ejecución forzada o forzosa del acto contra ejecutado alguno a lo que se refiere el art. 117-3 CE para el proceso contencioso y de ejecución. No lo dijo tan claramente el legislador decimonónico pero estaba en su espíritu y éste se mantuvo hasta el 2000.

Solo cabe en la jurisdicción voluntaria una ejecución muy limitada o residual y con efectos provisionales y temporales encuadrable en el art. 117-3 CE para llevar a efecto los actos de jurisdicción voluntaria constitutivos o los urgentes de aseguramiento.

— Entendemos que el art. 117-4 CE no es de aplicación a la jurisdicción voluntaria sino a otras competencias que pudieran ser asumidas por los Jueces y Tribunales después de la CE. El constituyente de 1978 no se refiere a la jurisdicción voluntaria por lo que entiendo que la incluye implícitamente en el art. 117-1 a 3 CE y tampoco se refiere a ella explícitamente en el art. 149-I-6.^a y 8.^a CE por lo que entiendo que su intención era incluirla en la legislación procesal civil y en la legislación civil y mercantil, dentro de las competencias exclusivas del Estado y sus excepciones.

La desjudicialización de los actos de jurisdicción voluntaria y por tanto su supresión del ámbito del art. 117.3 CE (y no del art. 117-4 CE, como otros señalan, que considero que no es aplicable al supuesto) puede plantear problemas sobre su constitucionalidad en un país democrático como el nuestro sometido al principio de legalidad que es la base del Estado social y democrático de Derecho del art. 1 CE.

No afirmamos o decimos que sea inconstitucional la desjudicialización (sin perjuicio de la línea que pueda adoptar el TC si esta cuestión se le plantea, respecto a todo supuesto o sólo alguno) pero deberá hacerse dicha «desjudicialización» con todas las garantías legales y siempre que se permita al justiciable –sea el que inició el expediente o un tercero con interés legítimo y directo que puede verse afectado o perjudicado por la decisión, por tanto, administrativa del notario o registrador (o por la del Secretario judicial)– el acceso directo e inmediato al proceso contencioso desde el primer momento y sin limitación alguna (art. 24 CE) para hacer contencioso el expediente.

Lo contrario vulneraría el derecho de acción –art. 24 CE– por cuanto se limita el derecho de acceso a la jurisdicción del justiciable, se permite una dilación indebida injustificada que retarda innecesariamente su derecho a una tutela judicial efectiva y quizá el art.117-3 CE al impedir a los Jueces momentáneamente la función jurisdiccional.

— El Juez puede introducir en estas actuaciones su conocimiento privado y acordar investigaciones o informaciones suplementarias de oficio para comprobar que los hechos afirmados por las partes y las consecuencias solicitadas coinciden con el sustrato fáctico de la norma jurídica y la consecuencia jurídica en ella prevista. Me remito a lo dicho en la prueba.

Su decisión no viene determinada únicamente por la actividad realizada por los solicitantes del acto de jurisdicción voluntaria (que no es actividad probatoria propia por la falta de contradicción) si no por la adecuación de que la consecuencia jurídica solicitada por los

interesados sea la prevista en la ley reguladora del acto de jurisdicción voluntaria.

— Al faltar partes en la jurisdicción voluntaria el principio de congruencia de la resolución definitiva tiene otro carácter y contenido. Viene determinada por la diferencia entre lo solicitado por el promotor de dicho acto y lo concedido por el Juez. No ocurre como en la jurisdicción contenciosa que viene determinada la congruencia por lo pedido por el actor, lo resistido por el demandado y lo concedido por el Juez.

La teoría del silogismo de la sentencia de cierto predicamento en la jurisdicción contenciosa cae por su propio peso en la jurisdicción voluntaria. Igual que la teoría que considera a la sentencia como la respuesta que da el Juez a la pretensión y a la resistencia a ésta. Sólo puede justificarse en la jurisdicción voluntaria por la relación entre el supuesto de hecho de la vida afirmado por el solicitante y la consecuencia jurídica que en su virtud solicita y el presupuesto de hecho normativo y la consecuencia jurídica prevista en la norma.

— La Competencia Judicial Internacional en los actos de jurisdicción voluntaria se equiparó a la contenciosa por el legislador decimonónico en la primitiva LOPJ 1870, espíritu que se mantuvo en la posterior LOPJ de 1985. El legislador de la futura LJV es conveniente que se pronuncie sobre esto siguiendo o no los criterios base de la LOPJ.

También deberá pronunciarse sobre si seguirá manteniendo la competencia, o no, de los Cónsules en los actos de jurisdicción voluntaria mercantiles en los países extranjeros donde tengamos Consulado Español. Y si sería conveniente extenderla a otros actos civiles, lo que creo adecuado. Lo mismo debe decirse, o propugno, para las Embajadas Españolas que tenemos en el extranjero que deberían tener competencia en los actos de jurisdicción voluntaria civiles y mercantiles que se establezcan, sin perjuicio de la competencia judicial o administrativa internacional de las autoridades de esos Estados.

De considerarse esto oportuno debe concretarse si la competencia de los Cónsules o Embajadas es jurisdiccional por delegación del Estado y si es objetiva con carácter definitivo o si es funcional y extraordinaria a prevención en caso que deban homologarse sus resoluciones por el Juez de Primera Instancia o el Juzgado Mercantil nacional del lugar donde deban ser aplicadas para producir efectos. O si estamos ante una competencia administrativa al depender del Ministerio de Asuntos Exteriores.

En ambos casos deberán establecerse normas complementarias específicas sobre el procedimiento de jurisdicción voluntaria a seguir si la competencia en estos actos se atribuye a los Cónsules y Embajadas.

— La competencia objetiva en la jurisdicción voluntaria debe seguir atribuida a los Jueces de Primera Instancia en las actuaciones civiles y mercantiles, según el espíritu del legislador decimonónico sin perjuicio de la que corresponda a los Juzgados de lo Mercantil en las ciudades donde existen y dentro del ámbito territorial que les corresponda si fueren provinciales.

— La competencia territorial en la jurisdicción voluntaria era y es muy prolija según la regulación establecida en la LEC 1855 y 1881, esta última vigente todavía en el art. 63 para estos actos.

Es discutible si deben mantenerse estos fueros especiales de competencia territorial existentes hasta la fecha en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria o si deben modificarse; o si sería más lógico establecer como fuero principal competente –por la vis atractiva de la conexión– el que corresponda al proceso principal (como si la jurisdicción voluntaria fuera un acto previo al proceso pensando en el supuesto de que el expediente se convirtiera en contencioso ya que facilitaría en tal caso mucho las cosas al Juez que conociera del proceso ya que tendría a la vista el expediente previo decidido).

Competencia territorial del acto de jurisdicción voluntaria que sería disponible o no en atención a ese posible proceso. Establecerse el régimen jurídico de las cuestiones de competencia territorial que puedan plantearse o remisión a la LOPJ. De los incidentes de abstención y recusación que entiendo debe serles de aplicación la LOPJ y LEC con carácter general remitiendo por tanto la futura LJV a dichos preceptos como se desprendía de la LEC 1881.

— El reparto debe ser preceptivo salvo para las actuaciones que expresamente se excluyan por ser urgentes. Remisión a la LOPJ y LEC.

D) LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA COMO MÉTODO JURÍDICO. La inexistencia de conflicto y por ello de proceso incide como vimos en que el concepto de acción, entendido como acceso a la jurisdicción para la obtención de la tutela solicitada, sea diferente en la jurisdicción voluntaria por no existir pretensión ni resistencia.

La falta de conflicto afecta al concepto de jurisdicción en la voluntaria (por no ser contenciosa) y por ello su decisión no es definitiva e irrevocable y no produce cosa juzgada, ni cabe su ejecución al no existir pretensión de condena de nadie contra nadie. (Al menos en un sistema constitucional, democrático y con garantías «procesales», a diferencia con los sistemas autoritarios cuya seña de identidad sería la «tutela» de la indefensión).

De la misma forma, si no existe proceso, la naturaleza de este método jurídico cuya manifestación externa se proyecta en un procedimiento (Almagro Nosete) ha de ser diferente. Consideramos al proceso como una relación jurídica triangular y compleja de derecho público entre el juez y las partes y éstas y el juez donde el juez tiene un papel predominante (Hellwig); pero igualmente entre las partes entre sí (Bülow y Kholer) aunque esta última tenga otro carácter y esté más desdibujada por la prevalencia de la jurisdicción; relación que no es asimilable a la confeccionada bajo los esquemas del derecho privado. Esa relación discurre por las más diversas y complejas situaciones jurídicas (Goldschmidt). Estas afirmaciones válidas para el proceso, en la jurisdicción voluntaria deben ser matizadas.

La naturaleza de la jurisdicción voluntaria, siendo un método jurídico complejo como el proceso, es diferente de éste. Y lo es por el fin que caracteriza a este medio de tutela jurídica.

Puede hablarse por ello de una relación jurídica compleja de derecho público entre el solicitante o solicitantes de esta tutela y el órgano jurisdiccional (no forma parte de esta relación el interesado de quien se solicita audiencia arts. 1813 y 2111-1.º LEC o que directamente pide ser oído 2111-1(aplicable a los actos de comercio y por analogía a los civiles con base en el art. 24 CE) por faltar la contradicción y tener el carácter de un tercero aunque disponga de legitimación material si intervino en el acto, relación o situación jurídica que justifica el acto de jurisdicción voluntaria).

Algo semejante ocurre en el procedimiento administrativo donde por un lado está la Administración (Notarios y Registradores en el APLJV y PLJV) que es Juez y parte a la vez por su especial interés (no así en la jurisdicción voluntaria donde no es parte el Juez por falta de interés propio y directo en el asunto –en otro caso abstención y recusación– por lo que adopta una posición más imparcial) y de otro el Administrado.

Los terceros con interés legítimo y directo no forman parte de ella aunque se les dé audiencia para hacer alegaciones y poder defenderlo. (El Notario y Registrador aunque no tenga un interés propio debe defender el de la Administración aunque se trate de administrar el derecho privado del interesado que solicita esa actuación).

Esa relación jurídica sujeta a diversas situaciones jurídicas cambiantes nace por el mero hecho de solicitarse una tutela jurídica concreta de esta especie respecto a dicho acto de jurisdicción voluntaria. (Tampoco esto tiene porque diferir en el procedimiento administrativo). Obsérvense analogías y diferencias entre procedimiento adminis-

trativo (autotutela de la administración) y jurisdicción voluntaria (heterocomposición).

Esto conlleva además que este método jurídico (Almagro Nosete), con base en una relación jurídica compleja de derecho público entre el Juez y el solicitante y las situaciones por las que discurre son más sencillas y menos complejas en la jurisdicción voluntaria al no ser de aplicación conceptos exclusivos del proceso que derivan de su inherente contradicción.

Así los conceptos de cargas procesales que recaen directamente sobre actos procesales concretos que actor y demandado deberían realizar (y que derivan de la inexistencia en el proceso de verdaderos derechos procesales y de verdaderas obligaciones procesales sinalagmáticas –a salvo de supuestos muy concretos– y de la inexistencia de sanciones procesales directas por su incumplimiento, salvo supuestos, también, específicos). O la liberación de cargas cuando se realizan dichos actos procesales concretos, sobre los que recaen las cargas, y que generan el nacimiento de las expectativas procesales.

O el concepto (dígase, más técnicamente, nacimiento) de expectativas procesales favorables (que son tales antes de la sentencia y que se convierten o pueden convertirse en propias ventajas procesales tras la sentencia definitiva) que derivan de la liberación de cargas por practicar tales actos procesales específicos; o en su caso expectativas perjudiciales por no practicarlos que derivan tras la sentencia en un efectivo perjuicio respecto a la decisión de fondo.

O las posibilidades procesales positivas o negativas en uno u otro sentido desligadas de la propia carga que traen su causa en la relación jurídica material previa y subyacente al proceso pero que inciden directa o reflejamente sobre el resultado de la decisión de fondo.

Como dijimos la colaboración entre el solicitante y el Juez para obtener la consecuencia jurídica solicitada si es acorde con la prevista en la norma que establece el acto de jurisdicción voluntaria nos plantea un escenario muy diferente al del proceso que forma la esencia de la jurisdicción voluntaria y deja sin virtualidad esas categorías conceptuales de carga, liberación de carga, expectativa procesal favorable o negativa y posibilidad procesal ésta derivada de la situación material.

Un método jurídico, que deriva de una relación jurídica compleja de derecho público entre el Juez y el interesado, mucho más sencilla que el proceso por la inexistencia de muchas categorías conceptuales que son de aplicación en el proceso.

J) CLASES DE ACTOS. La LEC 1881 dentro del L. III –siguiendo el criterio de la LEC 1855– se refiere genéricamente en la primera parte a los civiles, sin denominarlos con ese término y sin clasificarlos limitándose a enumerarlos en los arts. 1825 y ss. LEC. Con esta precisión los divide en actos civiles (término que se deduce de los supuestos previstos) y en actos en negocios de comercio (o mercantiles) en la segunda parte, arts. 2109 y ss. LEC.

También distingue entre aquéllos en que es preceptiva la intervención del MF en los actos civiles, art. 1815 LEC, emitiendo un informe o dictamen sobre la adecuación de la consecuencia jurídica solicitada con la prevista en la Ley sea o no el promotor del expediente, de aquéllos en que no lo es. Y en el art. 2111-2.º,4.º dentro de los de comercio, aquéllos que es preceptiva su intervención.

Considero que la clasificación legal anterior es adecuada. Se echan en falta otras clasificaciones (así los art. 1825 y ss. LEC siguen una enumeración desordenada de actos civiles pertenecientes al derecho de personas, familia, sucesión, obligaciones y derechos reales porque en 1881 no estaba vigente el CC de 1889) que el futuro legislador de la LJV un siglo después debería considerar pues toda clasificación facilita el estudio y comprensión de una materia o disciplina jurídica como es la JV.

Sin perjuicio de que la doctrina, en especial la procesal, ha sostenido además otros criterios para su explicación sistemática ya por el procedimiento típico o no que se sigue para su adopción; por su incardinación en el derecho civil o mercantil; en el civil, siguiendo el orden cronológico de la explicación de la asignatura así actos referidos al derecho de la persona, a los derechos de obligación, a derechos reales, de familia y de sucesiones; en el derecho mercantil refiriéndose a la sistemática empleada por sus estudiosos; por el carácter de sus actos urgentes, preventivos o anticipatorios; o tuitivos de los derechos de personas menores, incapaces, ausentes o desvalidas; por sus efectos confirmatorios de otras actuaciones o constitutivos.

Bueno, mejor que dejemos al legislador la iniciativa clasificatoria y que luego sea la imaginación de la doctrina quien nos la complete en sus muchas facetas con una visión multidisciplinar y sistemática.

Aunque de adoptarse el criterio de los ALJV y PLJV en la futura LJV parece que habrá que añadir otra clasificación legal objetiva y subjetiva atendiendo a la competencia exclusiva o compartida para conocer de esos actos de los Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles.

K) INEXISTENCIA POR RAZONES HISTÓRICAS DE UNA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NEGOCIAL. El legislador de 1855 y 1881 por razones históricas, (ya desde las Partidas siguiendo con las Leyes de Recopilación) renunció a regular una jurisdicción voluntaria negocial o negociada en sentido propio, es decir que fuera meramente confirmatoria de negocios jurídicos. En esto se apartó nuestro derecho histórico (al menos en lo que conocemos), del derecho romano en materia de personas y familia.

Tampoco se consideró como jurisdicción voluntaria la iniciativa tendente a la solución de conflictos mediante la autocomposición. Me refiero a los buenos oficios, mediación, conciliación. La autocomposición, sea a iniciativa de terceros o de los propios interesados que buscan poner fin a un conflicto siempre es decidida por los interesados en conflicto. Está claro que si la decisión corresponde a un tercero o terceros, aunque exista una labor previa mediadora, estamos ante un arbitraje de derecho o equidad, es decir ante una heterocomposición privada que acaba en un laudo.

Esa autocomposición si tiene resultado satisfactorio equivale a una transacción, sin perjuicio que si hay un proceso en curso (los interesados son además partes en el mismo) conlleva efectos, dentro de éste, a través de los acuerdos procesales. El legislador de 1855 y 1881 reguló la conciliación en las LEC.

La situación tras la LEC 2000 (Disposición Derogatoria Única 1-2.^a) y los ALJV Y PLJV cambiará, sustancialmente, pues se pretende llevar la conciliación a la jurisdicción voluntaria lo que consideramos un error desde el punto de vista técnico. La conciliación es un medio para resolver conflictos mediante la autocomposición de los propios interesados y en la jurisdicción voluntaria se parte de la inexistencia de todo conflicto y hasta el momento ha sido un medio de heterocomposición atribuido a los Jueces en exclusiva (pero pasará a ser compartido con los Secretarios Judiciales, y no sé todavía si con los Notarios y Registradores).

Entiendo que la conciliación debía –y por ello debió– regularse en la LEC 2000 y por esto debe regularse en ésta trasladándola a la misma nuevamente y estableciendo su régimen jurídico ya como un acto previo al proceso o como un acto coetáneo a éste.

Debe ser siempre voluntaria (fue obligatoria hasta la reforma de 1984 y de gran abolengo histórico su obligatoriedad desde la LENC de 1830 y LEC de 1855) y serlo a instancia de cualquier interesado si es un acto previo al proceso o a instancia del Juez en el momento previsto en la vigente LEC (acuerdo que busca el Juez en la

vista o comparecencia), y remitiendo sus efectos jurídicos –de alcanzarse dicho acuerdo– a la transacción judicial y a los acuerdos procesales, si es dentro del proceso. Pudo regularse con la mediación («buenos oficios») desligada del proceso, aunque nos parece más acorde su regulación en la LEC.

L) TUTELA JURÍDICA DIFERENCIADA. La jurisdicción voluntaria es un medio de tutela jurídica específica que deriva de sus caracteres y efectos. Como medios de tutela jurídica se pueden distinguir:

La autodefensa o autotutela. Existen pocas manifestaciones en el derecho privado. Como ejemplo en el derecho civil (corte de raíces que penetran en el fundo colindante por el dueño de éste art. 592 CC y persecución de enjambres art. 612 CC); en derecho mercantil (a título de ejemplo algunas manifestaciones derivadas del contrato de fletamento pero que son más discutibles).

En derecho público, el derecho penal recoge como manifestaciones las causas de justificación completas como la legítima defensa o el estado de necesidad) y es el sistema general en derecho administrativo de la autotutela por la Administración de sus derechos, sin perjuicio del ulterior acceso, en su caso, a la vía judicial por el administrado. El sujeto beneficiado por la autotutela realiza su propio derecho declarándolo y ejecutándolo por sí en el caso concreto.

La autocomposición. Son las partes interesadas en la resolución del conflicto los que le ponen fin decidiéndolo de mutuo acuerdo por iniciativa propia o la de un tercero (conciliador, avenidor, mediador, amigable componedor, buenos oficios) y antes del inicio del proceso o ya iniciado éste y con efectos de cosa juzgada material sirviendo el documento judicial en que se recoge el acuerdo de título ejecutivo para su ejecución. (Remito a la transacción extrajudicial o judicial y a los acuerdos procesales).

La herocomposición que puede ser privada o pública. Un tercero decide un conflicto (o una simple propuesta) e impone su decisión a las partes que previamente a él la someten.

Si es privada estamos ante el arbitraje. Si es pública, hasta la actualidad correspondía a los Jueces. Ciertamente muchos autores incluyen a la Administración, es decir la «vía administrativa,» como una manifestación heterocompositiva pública aunque considero más adecuado incluirla en la autotutela al ser la Administración, Juez y parte, y con el privilegio de decisión propia y ejecución –por sí misma– de sus decisiones.

Existen dos manifestaciones de la heterocomposición pública judicial, la propia o común denominada jurisdicción contenciosa o

proceso. Y la impropia, por las notas señaladas, de ausencia de conflicto, de partes, de contradicción, de cosa juzgada y de cosa ejecutada denominada jurisdicción voluntaria.

La futura LJV si admite las propuestas de los ALJV y PLJV supondrá que la herecomposición pública en la jurisdicción voluntaria (desde ese momento mal denominada así, pues Notarios y Registradores no son órgano jurisdiccional ni judicial) no será exclusiva de los Jueces si no incluirá también a los Secretarios Judiciales, Notarios o Registradores de la Propiedad y Mercantiles, para la actuación de manifestaciones más propias del derecho privado que del público, aunque son funcionarios públicos y su actuación es administrativa.

El papel del Juez hace que sigamos estando ante una herocomposición pública en que solo existe un sujeto que pide y otro que decide y concede aunque diferente al proceso. La presencia de los nuevos funcionarios parece que la acercará más a la autotutela.

M) PARTICULARES ACTOS. Entiendo que la determinación de los particulares actos que estuvieron o que deberán estar sujetos a la jurisdicción voluntaria, es decir la parte especial de ésta que es también material en contraposición a adjetiva, corresponde a los estudiosos del derecho civil (se trate de competencias exclusivas del Estado o de las CCAA) y del derecho mercantil en que aquí la es competencia exclusiva del Estado. Ellos deberán asesorar al Gobierno y al Legislador.

Pero el éxito o el acierto de esta concreción hasta hoy y para el futuro está y estará determinado por la nula o muy escasa contenciosidad del acto decidido de forma provisional a través de esta tutela. Lo contrario, la acentuada contenciosidad del acto surgida tras su decisión (o incluso antes, mientras se tramita su procedimiento, por terceros) demostrará que el legislador se equivocó y que lo mejor para reparar su error es que la resolución y decisión de dicho «acto» se lleve sin más a la jurisdicción contenciosa, a un proceso plenario ordinario o rápido o a un proceso sumario.

II. EL SIGLO XXI Y LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN LOS ALJV Y PLJV

El anterior epígrafe lo dedicamos a estudiar la jurisdicción voluntaria desde la codificación hasta el fin del S. XX, en el plano legal y doctrinal.

Pero el S. XXI nos trajo novedades a raíz de diversas propuestas que comienzan con la vigente LEC 2000 en su Disposición Derogatoria Única 1-2.^a en lo que concierne a la conciliación. Siguen las posteriores propuestas de los ALJV o PLJV que en dos momentos diferentes buscan hacer efectivo el mandato de la disposición Final 18.^a y hacer realidad la futura LJV que no acaba de llegar.

Esas propuestas hacen que nos tengamos que plantear si estamos ante la existencia de una nueva figura jurídica diferente a la jurisdicción voluntaria, al menos respecto a sus presupuestos legales y doctrinales o seguimos estando ante la misma. Entiendo que de salir adelante estas propuestas estaríamos ante otra figura o institución jurídica respecto a ciertos actos, ante otro tipo de tutela; por tanto ante una institución diferente de aquélla que conocimos hasta la fecha y a la que hasta ahora –en este trabajo– nos referíamos o al menos por no utilizar esa expresión tan «radical de diferente» sustancialmente diferenciada.^{6, 7}

Líneas propuestas de reforma que la hacen sustancialmente diferente –y que como habrá podido comprobar el amable lector– sobre las que disintimos en lo referido a su parte general o que al menos compartimos poco; tanto por razones doctrinales y estructurales

⁶ FERNÁNDEZ BUJÁN. «Luces y sombras del Anteproyecto de la ley de jurisdicción voluntaria de 31 de Octubre de 2013 aprobada por el Consejo de Ministros». *La Ley*. n.º 1199. 2014. pp. 1 y ss.

Siguiendo a este autor en cuanto a la cronología de los ALJV y PLJV ya que fue participe sustancial de esta nueva corriente de jurisdicción voluntaria debe señalarse:

CRONOLOGÍA CODIFICADORA DE LA JV DEL 2002-2014.

PRIMER PERIODO. Se inicia en 2002 en la Sección segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación creándose una ponencia de siete miembros para la elaboración de un texto de Anteproyecto de LJV. En Junio de 2005 se eleva una propuesta de ALJV de 306 artículos y 10 disposiciones complementarias. Fue aprobado por el Consejo de Ministros el 2-6-2006 con una Exposición de Motivos, 184 artículos en 9 títulos y 18 disposiciones (8 Adic, 1 Trans, 1 Derog, 8 Finales). En 2006 se presenta un proyecto de Ley sobre procedimientos concernientes al derecho marítimo.

El 20-10-2006 el Consejo de Ministros aprueba que se remita a las Cortes el PLJV que cuenta con una Exposición de Motivos, 202 artículos en 10 títulos y 17 Disposiciones siendo objeto de 562 enmiendas, 323 en el Congreso y 239 en el Senado. El 24-10-2006 el Gobierno retiró este Proyecto que iba a ser votado en el Senado.

SEGUNDO PERIODO. Propuesta de AJV presentado el 1-12-2012 al Ministerio de Justicia por la Sección especial constituida en el seno general de la Comisión de Codificación por Orden del Ministro de Justicia de 20-4-2012 para la regulación de la JV y actualización de la legislación procesal civil. Contiene una Exposición de Motivos en 10 apartados, 129 artículos en 8 Títulos, 4 DA, 1 DT, 1 DD y 8 DF.

El 31 de Octubre 2013 fue modificado por el último ALJV que consta de una EM en 12 apartados, 130 artículos divididos en 8 títulos, y 3 DA, 1 DT, 1 DD y 9 DF.

como también por razones de práctica y operatividad jurídica y de garantías constitucionales.

Debo destacar sin embargo, que con carácter general se observa un pretendido deseo por un sector doctrinal de que la jurisdicción voluntaria sea el «gran cajón de sastre» de todo lo que no es jurisdicción contenciosa.

Esto supondría romper con las líneas generales a que respondía esta particular tutela, ya abordadas. La cuestión no es partir de la afirmación todo lo que no es jurisdicción contenciosa es jurisdicción voluntaria al ser una afirmación o premisa falsa y así justificar la inclusión en la jurisdicción voluntaria de toda actuación que no sea contenciosa, estuviera encomendada o no a los Jueces.

⁷ Fernández Buján. Participó sustancialmente en los ALJV y PLJV desde 2002 a 2012 como reseña en los siguientes artículos y trabajos, que seguidamente citamos desde el año 2002. Es el gran defensor del nuevo modelo de jurisdicción voluntaria, por tanto muy diferente al existente hasta hoy que fue el modelo de nuestro legislador desde 1855 y 1881.

Pero junto al trabajo citado en la anterior cita, y los que añadimos de dicho autor es conveniente añadir otros de personas que estuvieron muy ligados por su participación en los ALJV y PLJV o que los estudiaron detenidamente.

FERNÁNDEZ BUJÁN, A. «Hacia una nueva teoría general de la jurisdicción voluntaria». «Hacia una nueva teoría general de la jurisdicción voluntaria en las Cortes Generales». 2 T. Madrid 2007-2008. «Jurisdicción voluntaria, naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa» AC. 2001. N.º 36-37; «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios» El Notariado del Siglo XXI. Mayo, Junio 2010; «La jurisdicción voluntaria». Madrid. 2001; «La Jurisdicción voluntaria: en busca del tiempo perdido» Revista de Registradores. Madrid. Enero 2008; «La jurisdicción voluntaria en las Cortes Generales» La Ley 16-10-2007; «La Jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente» p. 537 y ss. Estudios jurídicos. Ministerio de Justicia. T. 4.º Madrid. 2002; «La Ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: conflicto de planos, perspectivas, actores y operadores». La Ley 25-5-2012; «La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes y soluciones». La Ley. 23-3-2005; «Observaciones al Proyecto de LJV de Octubre de 2006». La Ley 27-11-2006; «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura ley de la Jurisdicción voluntaria». pp. 177 y ss. RJ Notariado. N.º 79. 2011; «Idem». p. 961 y ss. RUNED. N.º 11. 2012.

PRADA GONZÁLEZ. «En torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria». El Notariado del Siglo XXI. N.º 16. 2007; «Por qué ha fracasado el proyecto de ley de Jurisdicción voluntaria». El Notariado del Siglo XXI. N.º 16. 2007.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. «El Anteproyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria». *Anales RAJL*. Madrid 2006.

SEOANE CACHARRÓN, J. «Breve examen crítico del Anteproyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1-6-2006». La Ley. 26-9-2006; «Breve examen crítico sobre el Borrador del Proyecto de Ley de la Jurisdicción voluntaria». La Ley. 5-11-2013; «El Proyecto de Ley de Navegación Marítima discrimina a los Secretarios en perjuicio de los ciudadanos» La ley. 4-12-2013; «El Secretario Judicial como órgano de la jurisdicción voluntaria en el proyecto de la ley de 27 de Octubre de 2006» La Ley de 15-5-2007; «Examen del procedimiento judicial común en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 27 de Octubre de 2006». La Ley 15-5-2007.

La cuestión es diferente y no resulta baladí y consiste en destacar que dentro de los cometidos judiciales (y los de los nuevos funcionarios que se pretende «tiren del carro» de la jurisdicción voluntaria) está la jurisdicción contenciosa, la voluntaria, la actividad registral y de llevanza de libros, la administrativa (aunque compartida con el Ministerio de Justicia, CGPJ, Juntas de Jueces y Jueces Decanos) y la residual que prevé el art. 117-4 CE.

Crítica a estas novedades:

A) Se pretende dar entrada a una jurisdicción voluntaria auto-compositiva y negociada⁸

La LEC 2000 en la Disposición Derogatoria Única 1-2.^a y en la Final 18.^a nos señala que el marco regulador de la conciliación se llevará a cabo en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria. De momento sigue vigente en la LEC 1881, Libro II (y remisión de éste también al Libro I) hasta que el deseo del legislador 2000 se vea cumplido cuando entre dicha LJV en vigor.

Ya señalé que la conciliación es un medio para llegar a una tutela autocompositiva de las personas en conflicto (diferente a la vigente JV que es heterocompositiva y por ello la LEC 1881 la reguló en lugar diferente, es decir en el Libro II dentro de la jurisdicción contenciosa) y por ello creo que sería mejor que se regule de nuevo en la LEC vigente como un acto previo, voluntario y solicitado por cualquiera de las personas en conflicto y respecto a sus efectos con remisión a la transacción judicial. Y también como un acto coetáneo en la comparecencia o vista y con remisión a la transacción judicial, a los acuerdos procesales y sus efectos y a la propia conciliación previa.

Menos conveniente regularla en la ley de mediación, aunque sí con remisión a ella.

También se desea introducir en la futura LJV una jurisdicción voluntaria negocial o negociada que fue muy común en el derecho romano pero que no fue seguida en nuestra tradición histórica. Sería confirmativa o confirmatoria de negocios jurídicos en los que el papel del órgano interviniente es constitutivo. No es de extrañar por ello, con dicho, fin que se dé entrada a la intervención de los Notarios y los Registradores de la propiedad y mercantiles.

⁸ Véase por todos FERNÁNDEZ BUJÁN, A. «La jurisdicción voluntaria en el derecho romano». Madrid. 1986. Son varios los supuestos de jurisdicción voluntaria negocial o negociada y de carácter confirmatorio constitutivo del negocio jurídico en el derecho romano.

En la vigente LEC de 1881 caso de menores, incapaces, ausentes o personas desvalidas era un acto previo la integración o suplencia de su consentimiento para que pudieran realizar el negocio jurídico a posteriori, por tanto se trataba de algo muy diferente, y parece que respecto a dichas personas se seguirá el régimen vigente.

Supondría la entrada de estas categorías autocompositivas y negociales.

B) Una jurisdicción voluntaria que sin ser conflictual abre las puertas a la resolución provisional del conflicto, si surgiera, en dicho procedimiento

Esto se busca permitiendo:

Que el tercero con interés legítimo y directo pueda comparecer en el procedimiento de jurisdicción voluntaria y oponerse a la resolución en este procedimiento pero sin que pueda hacerse todavía contencioso el expediente. (Antes se le permitía sin más hacerlo contencioso y no se le obligaba aunque podía recurrir el auto a través del recurso de apelación, en el mismo procedimiento).

Que no se pueda archivar el procedimiento de jurisdicción voluntaria haciendo contencioso el expediente. El tercero deberá esperar a que se resuelva por Auto y después podrá hacerlo contencioso aunque no queda claro si estará obligado a recurrir en apelación el expediente o podrá acceder directamente al proceso.

Que el inicio del procedimiento de Jurisdicción voluntaria produzca la litispendencia o algunos de sus efectos. Y que su resolución definitiva produzca el efecto de cosa juzgada formal dentro del propio procedimiento. E incluso el de cosa juzgada material respecto al expediente, aunque no respecto al ulterior proceso.

Desnaturalizar la flexibilidad del procedimiento imponiendo la preclusión rígida de sus actos y dejando sin efecto el art 1818-1 LEC que permite la variabilidad de las resoluciones no definitivas. (Preclusión flexible y retardada en el tiempo).

Que en estas actuaciones estemos ante verdaderos actos de prueba y realizados con todas las garantías como en el proceso contencioso.

Que sea preceptiva la intervención de procurador y abogado, aun tratándose de resoluciones provisionales y no definitivas en aras a acentuar un pretendido derecho de defensa de los solicitantes de esos actos y la de los terceros.

Que el tercero asuma en cierta medida la posición de parte y por ello verdaderas cargas procesales inherentes a la posición de parte en lo que respecta a los actos de alegación y prueba. Es decir, que el tercero con interés legítimo y directo que comparece en el procedimiento tenga un «status» intermedio entre el de un tercero y una parte. Que sin ser parte se le trate como «parte» y no como tercero, aunque no exista contradicción pero sí algunas consecuencias de ella derivadas aunque sin llegarse a considerar como proceso. Todo ello es reproducible para el Ministerio Fiscal sea o no quien inicia el expediente e informando y dictaminando sobre la procedencia o no del acto.

No existe contienda, no hay pretensión, ni resistencia, ni contradicción pero estamos en un «camino intermedio» entre su negación y afirmación, muy difícil de configurar. No sé si estas exigencias suponen reforzar el derecho de acción en la jurisdicción voluntaria o son un límite a ésta en cuanto retardan el acceso directo del justiciable al proceso y más siendo resoluciones provisionales.

C) Actualización de la jurisdicción voluntaria

Señalé que no entraría en la regulación material de estos actos por ser un cometido que corresponde a los civilistas si estamos ante el derecho común o autonómico o a los estudiosos del derecho mercantil. Se añade que se han producido cambios en los distintos ALJV sobre inclusiones y exclusiones. Me remito a lo dicho en el primer apartado respecto a la regulación anticuada, obsoleta y superada y a la necesidad de actualizarla.

D) Desaparición de la exclusividad jurisdiccional para el conocimiento de estos actos. La desjudicialización

Nuevos funcionarios que hasta el momento carecían de competencia para estos actos, surgen en el ruedo como en las corridas de toros, para amenizar la «fiesta». Son los Secretarios judiciales, los Notarios y los Registradores de la propiedad y mercantiles.

Los primeros parecen encontrarse cómodos con la asunción de este cometido al sentirse más protagonistas con su nuevo papel en la oficina judicial y por la asunción de nuevas funciones y en especial las de jurisdicción voluntaria que si se les confieren en exclusiva o cuando son compartidas reforzarán su cometido. Deberá tenerse en cuenta, según los casos, si su decisión estará o no sujeta a la confirmación u homologación del Juez, lo cual está todavía por ver caso por caso.

Los segundos, parecen algo más disconformes sobre todo si las funciones que asumen son poco lucrativas o nada lucrativas (Registro civil), y las asumirán más por decisión del Gobierno que por iniciativa propia. (De todas formas siempre hay pareceres personales de notarios y registradores que parecen sentirse a gusto con la reforma).

Cometidos que antes se denominaban función notarial y registral y desconozco si seguirán con esa denominación. Tampoco sé si sus nuevas funciones o cometidos tendrán dicha denominación de JV o se llamarán por imperativo legal «jurisdiccionales o judiciales» en recuerdo a la historia de la jurisdicción voluntaria, pues queda claro que Notarios, Registradores y Secretarios judiciales no forman parte del Poder Judicial ni asumen cometidos jurisdiccionales, al menos en el sentido del art. 117 CE.

No creo que la desjudicialización de los actos de jurisdicción voluntaria que antes eran competencia exclusiva de los Jueces sea de por sí inconstitucional. Pero no sé hasta qué punto es conveniente que se lleve a cabo la desjudicialización por una ley ordinaria. Tampoco sé con qué garantías legales y constitucionales se efectuará. Y más cuando considero que la jurisdicción voluntaria forma parte del art.117-3 CE (junto al 117-1 y 2 CE) e interpreto que el art. 117-4 CE está pensado para nuevos cometidos que se otorguen a los Jueces tras la Carta Magna y de los que carecían antes de ésta por el silencio del art. 149-1-6.^a y 8.^a CE respecto a la JV.

En cuanto al papel, posición y función del Juez en los asuntos de los que conozca en exclusiva –o no– en la jurisdicción voluntaria no se observan pautas específicas sobre su función en el ALJV y PLJV por lo que me remito al primer epígrafe. No entramos en qué funciones de las mencionadas para el Juez son o no aplicables, por analogía a esos otros funcionarios ya aludidos.

Si los asuntos de jurisdicción voluntaria mercantil marítima se llevan a una Ley especial huelga pronunciarse sobre ellos en la LJV y por ello si se mantiene o no en esta LJV la competencia de los Cónsules que defendemos para sí y personal de Embajadas. Pero no estaría de más que la futura LJV otorgara competencias a los Cónsules y personal de Embajadas para otros actos de JV. Y se precise si su función será jurisdiccional por delegación del Estado o por el contrario será administrativa y en el primer caso si debe estar o no sujeta a la ratificación u homologación del Juez de Primera Instancia o del Juzgado Mercantil del lugar donde deban producir efectos.

Debe quedar, igualmente, mejor determinado el régimen de la competencia judicial internacional (o si se hará una remisión a la LOPJ) y el de reconocimiento de las decisiones de jurisdicción voluntaria extranjeras dictadas por autoridades judiciales o administrativas extranjeras (o si será simple remisión a los tratados internacionales de reconocimiento de decisiones y a los de colaboración judicial o administrativa).

La competencia judicial, en especial la territorial y funcional precisan de mayor determinación, y pensar si los fueros disponibles e imperativos previstos en la LEC o en los ALJV son los más adecuados o deben modificarse y respecto a la competencia funcional permitir solo el recurso de apelación contra el Auto definitivo del Juez o las otras resoluciones que deciden dicho acto (de los otros funcionarios).

También se debe regular –o remitir a la LOPJ y LEC o legislación administrativa– el régimen de impugnación de las resoluciones interlocutorias (reposición o protesta), los conflictos de jurisdicción y competencia como las cuestiones de competencia, la abstención y recusación de jueces, secretarios y demás funcionarios, y el reparto. Los días y horas hábiles en jurisdicción voluntaria equipararse con los de la jurisdicción contenciosa y remisión al calendario administrativo de notarios y registradores.

E) Acentuación de especialidades procedimentales

Frente a un procedimiento único y el establecimiento de algunas especialidades para determinados actos –siempre necesarias en actos de JV de derecho de familia (uniformidad procedimental)- se opta por el criterio inverso de la especialidad procedimental para cada acto en detrimento de esta uniformidad, aunque se señalan algunos principios comunes al procedimiento de JV.

F) Terminología

Las novedades que se tratan de incorporar en actos concretos y determinados precisan de un léxico jurídico más depurado. De todas formas como estamos ante simples APLJV y PLJV no entraré en esta cuestión pues tiempo le queda al legislador para depurarlos, sin olvidar que entre el lenguaje popular de arraigada base social comprensible al ciudadano y el lenguaje jurídico existe un abismo.

G) Ámbito

La jurisdicción voluntaria en los asuntos atribuidos a la competencia exclusiva de Jueces (y de los Secretarios Judiciales sea exclusiva o compartida) sigue perteneciendo al orden civil (asuntos civiles y mercantiles) de la jurisdicción ordinaria.

No se prevén actos de jurisdicción voluntaria en los otros órdenes jurisdiccionales ya sea el penal, social o contencioso administrativo ni en las demás jurisdicciones especiales, lo que considero acertado.

Sin embargo la asunción de competencias exclusivas o compartidas, en la jurisdicción voluntaria, por los Notarios y Registradores de la propiedad o mercantiles exigirá prever los recursos que procedan contra sus actuaciones y decisiones ante la Dirección General de Registros y Notariado o si por el contrario éstas causan estado que sería más lógico.

Y desde ese momento, se permita acudir, sin más, al particular que inició estas actuaciones o al tercero perjudicado por ellas al proceso civil que corresponda solicitando la tutela que proceda, salvo en materia de responsabilidad de dichos funcionarios que será competente agotada la vía administrativa la jurisdicción contencioso administrativa.

Resulta de los distintos ALJV y PLJV que se producirá una dispersión en el contenido de la futura LJV. Muchos actos permanecerán en ella. Otros se irán a mejores destinos.

Algunos actos como el secuestro internacional de menores, por el otro cónyuge, que se encuentren en España se quieren llevar a la LEC a un procedimiento especial donde se determine si procede que sigan en nuestro país o ser devueltos al país de origen. Otros como los precedentes del derecho marítimo de la JV se pretende llevarlos a un mejor destino en la futura Ley de Navegación. Quedarán fuera los civiles de derecho foral o autonómico de competencia exclusiva de las CCAA que asuman la misma, como exclusiva, en su Estatuto de Autonomía.

III. PROPUESTAS A MODO DE CONCLUSIÓN PARA UNA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DEL S. XXI

A ellas me referí someramente en el epígrafe uno y dos. Son consecuencia de unas reflexiones que podrán ser o no compartidas por el lector. Muchas de ellas es posible que sean equívocas, si tienen más inconvenientes que ventajas, tras un examen detenido.

Otras pueden ser erróneas, es decir equivocadas, pues carecí de las adecuadas estadísticas judiciales al formularlas, o se deban a mi propio descuido cada vez más común y frecuente por el paso del tiempo, o a que partí de premisas que eran falsas.

Las someto a la sana y libre crítica, al criterio racional y humano de otros profesionales con más experiencia y conocimiento. En ningún momento pretendí, sinceramente, que formaran parte de las máximas de la experiencia, del criterio racional y humano, o que se convirtieran en reglas de la sana crítica. Pero sí deseo manifestar que todas estas reflexiones y propuestas las hice de buena voluntad y con el deseo y la intención de mejorar –si fuera posible, aportando mi granito de arena– esa futura Ley que no acaba de llegar tras quince años de gestación. No sé si el parto está próximo o no, pero deseo que cuando llegue se produzca en las mejores condiciones.

1) Necesidad de una jurisdicción voluntaria no conflictual y adecuada al momento presente

El éxito de la jurisdicción voluntaria está –cuando el legislador determina que un asunto se decida por este cauce– en que el asunto no sea conflictivo de por sí y por ello que en la mayor parte de los casos, tras su decisión, no se haga contencioso.

Lo contrario supone el fracaso de la jurisdicción voluntaria. Pensemos en un acto de jurisdicción voluntaria que establece el legislador. Se solicita por los interesados y es decidido cien veces por el órgano competente en los concretos supuestos de hecho. De éstos en 98 no surge contienda posterior, aun siendo la decisión provisional y tampoco se hace petición alguna posterior, lo que sería un éxito indiscutible.

Pensemos en lo contrario, de 100 casos, en 98 se impugna su decisión haciéndose contenciosa lo que supone un fracaso de la jurisdicción voluntaria al ser inapropiada para ese tipo de acto; por lo que ese supuesto debió ser objeto, desde el primer momento, de regulación dentro del proceso contencioso, es decir dentro de la LEC.

Además para que sea adecuada su regulación deben suprimirse actos en la actualidad vaciados de contenido (por el paso del tiempo, en la sociedad actual); modificarse en otros su regulación para adecuarlos a la realidad social que vivimos e incluirse otros que la sociedad reclama. Deberán ser los especialistas en derecho material, civi-

listas o mercantilistas, quienes se pronuncien sobre toda esta adecuación.

Su regulación debe acomodarse a la Constitución Española partiendo del modelo de Estado que adopta y a los Convenios Internacionales suscritos por España en especial con Naciones Unidas y la Unión Europea.

Tampoco deben olvidarse los Convenios de reconocimiento judicial y administrativo internacionales en materia de actos de jurisdicción voluntaria de los que España es parte ya para el reconocimiento de las decisiones en esta materia por los Estados contratantes como los referidos a la cooperación judicial internacional que los haga posibles.

En el aspecto internacional también debe la futura LJV pronunciarse sobre la asunción o no de esta competencia por los Cónsules y personal diplomático de las Embajadas de nuestro país, en los países extranjeros donde España tenga Consulado o Embajada y de ser así si se refiere a los ciudadanos españoles exclusivamente que en ellos residen o también a los de otros países con los que tengamos acuerdos de colaboración y no dispongan en ese país extranjero de Consulado o Embajada.

Sería aconsejable que de admitirse se regule un procedimiento específico para este supuesto y que sus decisiones fueran ratificadas u homologadas de forma casi automática, de producir efectos en nuestro país, por el Juez de Primera Instancia o Juzgado Mercantil del lugar donde deban producirlos. En este sentido Cónsules y personal diplomático tendrían una competencia judicial internacional por delegación del Estado que sería funcional y a prevención.

En lo demás me remito a lo dicho en la primera parte, respecto a la falta de contradicción y partes, de conflicto y por ello de pretensión y resistencia y sus consecuencias, al papel del órgano jurisdiccional en la jurisdicción voluntaria. Esto es sustancial para optar por un modelo u otro de jurisdicción voluntaria. La cuestión no es hagamos la Ley y luego estudiemos los principios a que responde ese modelo, si no por el contrario optemos primero por un modelo y luego estudiémoslo doctrinalmente.⁹

⁹ FERNÁNDEZ BUJÁN. *Luces y sombras*, op. cit. p. 10 expresamente opina lo contrario. Pero es comprensible su postura porque –al margen de que se comparta o no mi opinión– después de las muchas horas de trabajo y esfuerzo dedicadas por el profesor Buján a sacar adelante «su» ALJV y PLJV con una depurada terminología, sistemática externa y técnica jurídica es lógica una sensación agrídulce o de cierta frustración y más cuando precisamente fue en el último momento cuando el Gobierno

2) Una jurisdicción voluntaria no negocial o no negociada

Entiendo que la conciliación por su diferente naturaleza jurídica (autocompositiva y no heterocompositiva) no forma parte de la jurisdicción voluntaria y debe regularse –como se hizo en las LEC anteriores– en la LEC vigente dentro de los actos previos al proceso y con sus efectos correspondientes si es anterior al inicio del proceso; o si es posterior a su inicio dentro del proceso en la comparecencia o audiencia y con remisión a los previos, aunque admitiendo que pueda ser posterior a ese momento.

El acuerdo en la conciliación homologado por el Secretario Judicial o Juez debe equipararse a la transacción y si se produce iniciado el proceso hacerse una remisión a los acuerdos procesales incorporándolo en un auto o dictando una sentencia anticipada que lo recoja. Conciliación voluntaria y no obligatoria. La falta de acuerdo solo puede producir el efecto de tener por intentada la conciliación y sin producir efecto alguno sobre el conflicto pero si efectos sobre la realidad material y la que aparece en el documento que constata el intento sin acuerdo.

3) Una jurisdicción voluntaria encomendada a los jueces en todo caso

Aunque se permita que los asuntos encomendados a los Secretarios Judiciales y por ellos decididos exclusivamente sean homologados o ratificados por los Jueces. Y que del recurso de apelación contra sus resoluciones una vez homologadas (si no estiman la petición del solicitante o se opone un interesado con legitimación material directa) conozca un órgano jurisdiccional en este caso la Audiencia Provincial. Esto con la salvedad dicha para los Cónsules y personal diplomático.

Los asuntos que se encomienden en el futuro a Notarios y Registradores de la propiedad o mercantiles y resultado de la desjudicialización de actos de jurisdicción voluntaria que se regulen dentro de su legislación específica notarial o registral y pasen a denominarse y formar parte de su función notarial o registral.

decidió retirar el Proyecto en la discusión de las Cortes y por esto no salió adelante. Él sabe que su trabajo es digno de todos mis elogios, es muy fructífero, su aportación sustantiva, en suma merece todo mi respeto, por esto le cité de forma muy completa en su bibliografía sin perjuicio de que nuestra concepción de la jurisdicción voluntaria es muy diferente porque partimos de principios y directrices muy diferentes.

4) Una jurisdicción voluntaria regulada en una ley cuyo ámbito sea el más amplio posible

Como sabemos su ámbito debe ser sólo el de la jurisdicción ordinaria por tanto consideramos acertada su exclusión de las jurisdicciones especiales. Dentro de la jurisdicción ordinaria su ámbito debe estar reducido al orden civil, lo cual también considero acertado en la futura reforma.

En ese orden civil, regulación de los actos de jurisdicción voluntaria de derecho civil y mercantil pertenecientes a la competencia exclusiva del Estado. No será posible su extensión a los que son de competencia exclusiva de las CCAA por asumirlas en sus Estatutos de Autonomía. Sin perjuicio de que como adenda informativa y en apéndices a la impresión de la LJV se incluyan las especialidades correspondientes a cada CA.

De las exclusiones de «actos» semejantes competencia de Notarios o Registradores ya señalé que deben regularse en su legislación especial referida a la función notarial o registral. No defiendo ni la desaparición de sus actuales competencias ni tampoco que no les atribuyan otras. Todo lo contrario mantenerlas y que las nuevas se trasladen a su legislación notarial o registral y si son producto de la desjudicialización que ésta se haga con las debidas garantías.

Serían criticables ciertas exclusiones como que no se regulen los actos mercantiles de JV de derecho marítimo, o los.....etc. Deserciones o dispersiones de este tipo y su regulación en otro cuerpo quitarán fuerza y vigor a la futura LJV aunque sólo sea por razones de una sistemática fragmentaria; sin olvidar que la sistemática en las normas les da fuerza, valor y prestigio. A mayor fragmentación menos consolidación aunque se aminore con los apéndices que acompañan la impresión del texto legal. Bastaría con un simple precepto en la LJV, referido a los actos incorporados en otras normas, que remita a su procedimiento tipo.

