

**El Nuevo Perfil de la Jurisdicción Voluntaria:
De la Tutela de Relaciones Jurídico-Privadas a la Protección de Intereses
Generales, Públicos o Sociales**

Antonio Fernández de Buján

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

Artículo recopilado de Jurisdicción Voluntaria en Iberoamérica (2014).

Gaceta Notarial. Perú.

En el marco del Estado constitucional de Derecho, una de las piezas que todavía queda por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia en España, es la correspondiente a la Jurisdicción Voluntaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, establece en su Disposición Final decimoctava que en el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria. Como era previsible, ante la dificultad y complejidad de la empresa, se cumplió el breve plazo fijado por el voluntarismo político del legislador, sin que se haya procedido al cumplimiento del compromiso de remitir a las Cortes un texto comprensivo de la regulación de la jurisdicción voluntaria.

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

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

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción voluntaria, continúa vigente, la regulación contenida en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, artículos 1811 a 2174, dedicado íntegramente a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en los

casos en que no exista contienda judicial, conforme se establece en la Disposición Derogatoria única de la LEC.

La regulación de la jurisdicción voluntaria en un texto distinto de la ley procesal civil general, por la que se rige la jurisdicción contenciosa, supone en sí misma la primera novedad, respecto de la tradición legislativa anterior, conforme a la cual esta materia formaba parte del contenido de los Códigos procesales de 1855 y 1881, así como la opción por el modelo alemán, en el que la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, de 1898, aunque con más de treinta reformas parciales, tiene carácter independiente de la restante legislación procesal.

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

Configurada, desde un punto de vista de legalidad formal, hasta el momento actual, la jurisdicción voluntaria, dentro del marco jurisdiccionalista, despojada de adherencias extrañas a su naturaleza, fruto de decisiones de política legislativa, razonables en su momento en atención a consideraciones de coyuntura histórica, mera conveniencia u ordenación del sistema, pero que no tienen un adecuado encaje en el actual marco constitucional, enmarcada dentro de la legislación procesal, cuya competencia es exclusiva del Estado, conforme al artículo 149.6 de la CE, y establecida la tramitación de su normativa, por imperativo legal, a través de la vía de una ley específica y no de forma reglamentaria, nos encontramos en el momento adecuado para proceder a una reforma de la institución que resulte superadora de:

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

La estela de los conceptos e instituciones no es, en el universo jurídico, ni inmutable ni absoluta, y así como parece que no cabe identificar necesariamente proceso con lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, ni tan siquiera con conflicto de intereses u oposición, si bien resulta obvio que la lesión, el conflicto o la oposición se produce en la inmensa mayoría de los asuntos que se tramitan por la vía de los procesos civiles, conviene resaltar que no es ya, conforme al nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, la ausencia de contradicción

o conflictividad, el elemento diferenciador entre ésta y la jurisdicción contenciosa, dado que en muchos de los procedimientos actuales en los que se tramita un expediente de esta naturaleza, el conflicto o bien está latente o encubierto o bien se manifiesta de forma expresa o explícita, como sucede en todos los asuntos de tutela sumaria contradictoria que el legislador decide tramitar por el cauce del procedimiento voluntario, al no considerar necesaria la vía del proceso contencioso, en atención a la atenuada relevancia de la contradicción. El AIJV se hace eco de esta realidad que se recoge en el texto normativo, en el inciso final del art.1, como ya se ha subrayado, y con carácter específico en el art. 182 en el que se establece que: -Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución...-.

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

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

Se incluyen asimismo en la LEC, en atención a motivaciones diversas, instituciones que tienen una naturaleza básicamente de jurisdicción voluntaria, lo que sucede en los supuestos de: diligencias preliminares; la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o las medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación o divorcio. Por el contrario, un procedimiento actual de jurisdicción voluntaria, previsto en el Código Penal. art. 1562, la autorización judicial para la esterilización de personas incapacitadas que adolezcan de grave deficiencia psíquica, no ha sido recogido en el ALJV por entenderse que no parece razonable que para incapacitar a una persona se requiera un proceso y para proceder a su esterilización, en el supuesto previsto, sea suficiente un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, se sugiere, en la Memoria Explicativa, la conveniencia de modificar el Código Penal a los efectos de incardinar el supuesto en la órbita de la jurisdicción contenciosa.

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

El texto legal se estructura en nueve Títulos. El primero regula el régimen general, el segundo la conciliación y la mediación, los actos de jurisdicción voluntaria en materia de

personas, el tercero, en materia de familia, el cuarto, en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones, el quinto, sexto y séptimo, respectivamente, el octavo los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil y el noveno las actuaciones de jurisdicción voluntaria en el ámbito del derecho marítimo.

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

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

conciliación, la mediación, la adopción, el retorno de menores en supuestos de sustracción internacional, el deslinde y amojonamiento, el expediente de liberación de gravámenes, la destrucción, robo, hurto, o extravío de títulos al portador, letras de cambio, cheques, pagarés o conocimientos de embarque, o en el depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo.

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

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

Cabría decir, en puridad, que previsto el acto de jurisdicción voluntaria en la disposición sustantiva, se inicia un procedimiento, en el curso del cual se procederá a la tramitación de un expediente.

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

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

Se incluyen asimismo dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria, un reducido número de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el Ordenamiento Jurídico considera, en atención a su urgencia o a la existencia de un grado de contradicción atenuada, que no resulta ineludible que sean dirimidos por la vía ordinaria del proceso contencioso, como son los casos de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o incapacitado, los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en relación con la custodia de los hijos en caso de separación de los padres o

aquellos en que el tribunal deba intervenir ante el desacuerdo conyugal en relación con la disposición sobre la vivienda y ajuar familiares, el aseguramiento para la contribución de un cónyuge a las cargas del matrimonio o en relación con actos de administración o disposición sobre bienes comunes.

Han quedado fuera de la órbita de la jurisdicción voluntaria, conforme a la regulación contenida en el Anteproyecto, la mayoría de los supuestos en los que la intervención del órgano judicial quedaba reducida a la mera presencia, la mera declaración de derechos, calificación, notificación, documentación o autenticación del acto, en atención a que ello suponía una desnaturalización de lo que deba entenderse por potestad jurisdiccional, conforme al artículo 1173 de la Constitución, sin que tampoco pareciese necesaria en tales casos, la actuación judicial en garantía de derechos que, con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a jueces y tribunales, conforme al artículo 1174 de la CE.

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

Entre los procedimientos que han sido objeto de desregulación cabe citar: las informaciones para dispensa de ley; las informaciones para perpetua memoria; la protocolización de memorias testamentarias; el aumento de la prima del seguro en

tiempos de guerra; el procedimiento de apeos y prorrateos de foros; la requisa de víveres en la navegación marítima; el préstamo a la gruesa; la autorización para la venta de la nave inutilizada para la navegación; el abandono del cargamento para pago de fletes; la fianza del valor del cargamento, que ha quedado subsumida en el nuevo procedimiento denominado extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque; la venta del cargamento para pago de fletes, que ha quedado subsumido en el procedimiento denominado depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo.

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

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

Actualizar la institución, adaptándola a las exigencias de los nuevos tiempos, sin

administrativizarla, ni magnificar su innegable función social, lejos de las posiciones maximalistas que consideran que las necesidades negociales y las propias del tráfico jurídico justificarían la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos, parece haber sido el razonable punto de partida, cuyo desarrollo se ha materializado en el Anteproyecto. En este sentido se había pronunciado la doctrina que se ha ocupado de su estudio, partidaria de regular, conforme a los nuevos avances de la ciencia procesal, sin quiebras de las fundamentales garantías propias de todo procedimiento, una parcela amplia, heterogénea e imprescindible de la realidad social, que abarca manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones, en los que no obstante su naturaleza particular, se entremezclan, en ocasiones, intereses individuales con intereses sociales, o bien asuntos de derecho de familia y de condición y estado civil de las personas, en los que confluyen intereses privados con intereses públicos, así como supuestos de naturaleza ejecutiva o de tutela preventiva de derechos o intereses en riesgo potencial o cierto de no ser reconocidos, así como de intereses difusos o relativamente indeterminados, de personas indefensas, desvalidas, desamparadas o desaparecidas.

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

Entre los aspectos más destacados y novedosos que presenta la regulación contenida en el Anteproyecto, cabe distinguir entre aquellos referidos a la teoría general de la

jurisdicción voluntaria, y los relativos a los procedimientos general y específicos en materia de jurisdicción voluntaria.

En relación con el primero de los ámbitos, cabe señalar que se ha conformado un nuevo perfil de la institución que, desde su originaria concepción básicamente negocial, constitutiva o complementadora, preventiva, cautelar o garantista, en el marco del ejercicio pacífico de los derechos, así como, en buena medida, tutiva de menores e incapacitados, ha evolucionado hasta su actual concepción tutelar o social de personas con discapacidad, desvalidas, indefensas o desamparadas, en estrecha correlación con los preceptos constitucionales referidos al Estado social, y de tutela sumaria de conflictos de intereses considerados de relevancia menor, sin incidir en una extensión artificial del campo de la jurisdicción voluntaria, por meras razones de economía procesal, fuera de su propio ámbito, a supuestos en los que el combate dialéctico entre las partes constituye el reflejo de la tradicional lucha por el derecho, en afortunada expresión de Ihering.

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

el Anteproyecto a:

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

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

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

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

Hubiera sido asimismo razonable establecer la posibilidad de inmatriculación mediante acta de notoriedad y suprimir la intervención judicial homologadora de la actuación notarial, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida de las fincas, en atención a que ello implica

una desnaturalización de la actividad notarial y una inadecuada presunta desconfianza de su actuación.

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

La alternatividad entre Secretarios y Registradores se materializaría en supuestos de derecho de sociedades, como el nombramiento de auditores, liquidadores o interventores,

o la convocatoria de juntas o asambleas generales. A estas competencias compartidas, se adicionan la atribución a los Registradores, sin perjuicio de la competencia judicial, de la emisión de dictámenes no vinculantes, en relación con el cumplimiento por la sociedad del derecho de información que corresponda al socio y el nombramiento de expertos independientes en dos casos concretos:

- a) Para proceder a la valoración de las aportaciones no dinerarias realizadas por los padres a una sociedad limitada de la que formen parte también los hijos, y
- b) Para fijar la cuantía de la indemnización compensatoria, a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, siempre que así se hubiere previsto en estatutos o decidido expresamente por las Juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades.

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

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

La Doctrina procesalística, la Jurisprudencia e incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1986, se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la necesidad de revisar las competencias de los jueces, a los efectos de transferir a otros profesionales del derecho o a funcionarios públicos, aquellas que no tengan una naturaleza jurisdiccional en sentido técnico. Y no se trataría tanto de descargar de competencias a los jueces a fin de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino sobre

todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como demostración inequívoca de confianza en la madurez de la sociedad civil.

En sede judicial, continúan atribuidos a la competencia del juez, conforme a lo establecido en el art. 52 del ALJV, los procedimientos que tengan por objeto proceder a la restricción de derechos y libertades fundamentales, o versen sobre supuestos que afecten a derecho de familia, condición o estado civil de la persona o materias sobre las que los interesados no puedan disponer libremente. El mantenimiento de estas atribuciones en la órbita judicial obedece a su consideración de competencias incardinadas en el marco de la potestad jurisdiccional, cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, conforme al art. 1173 de la CE. Se ha procedido, en suma, a delimitar aquellas competencias judiciales que no se atribuyen a los Tribunales en garantía de derechos, ni pueden ser objeto de desjudicialización, sino que les corresponden en exclusiva en atención

a su marcado carácter jurisdiccional. En este sentido se había pronunciado de forma, a mi juicio clarividente y acertada, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de mayo del año 2000, de la que fue Ponente el Magistrado P.

En un artículo específico, se enumeran los procedimientos cuya tramitación y resolución se atribuye a los Secretarios Judiciales, que ascienden a 28 de los 47 contenidos en el Anteproyecto, así como una cláusula general, conforme a la que se atribuyen a estos profesionales del derecho, infrautilizados en el marco de la Administración de Justicia, no obstante su cualificación como reconocidos expertos en derecho procesal, la competencia en todos aquellos otros procedimientos que no estén incluidos entre los regulados en el Anteproyecto, siempre que no versen sobre alguna de las materias de competencia exclusiva de los jueces. Se da respuesta en este punto al reforzamiento de las competencias de los Secretarios, conforme a las exigencias de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 23-12-2003, al tiempo que se asumen las opiniones al respecto de una parte relevante de la doctrina procesalística.

En relación con los aspectos más destacados del procedimiento general, cabe señalar que su regulación global y unitaria, las fragmentarias e inconexas disposiciones contenidas en el supone en su concepción y desarrollo normativo una superación de Libro III de la Ley de 1881. De los 47 procedimientos regulados, 22 proceden, convenientemente actualizados, de la LEC de 1881 y 25 son de nueva regulación. Algunos lo son enteramente nuevos, como la mediación o la fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones y respecto de otros, se ha producido un traslado de la normativa contenida en la ley sustantiva, como sucede con los expedientes de dominio y liberación de cargas y gravámenes, procedentes de la Ley Hipotecaria o la adverbación del testamento ológrafo, contenida en el Código Civil.

Se produce un acercamiento a las reglas y principios informadores propios de la jurisdicción contenciosa, así en materia de días y horas hábiles, práctica de la prueba, recursos, costas procesales, cuestiones incidentales o cumplimiento y ejecución de las resoluciones o recursos, sin que ello suponga una confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, que tienen un campo de aplicación y unas características netamente diferenciadas, especialmente en el marco de la ausencia de efectos de cosa juzgada material, en la falta de dualidad e igualdad entre las partes intervinientes y en el impulso de oficio.

La regulación del procedimiento general, aplicable con carácter supletorio respecto de la normativa propia de los procedimientos específicos y de forma global en aquellos supuestos de actos de jurisdicción voluntaria en relación con los que no se hayan

previsto normas de aplicación singular, si bien continúa caracterizada, en buena medida, por los principios de lógica judicial e impulso de oficio, propios de esta esfera de la jurisdicción, se ha alejado en su concepción de las notas de autoritarismo y de excesivo dirigismo judicial, que le han sido atribuidas por una parte de la doctrina científica y jurisprudencial, al haberse producido el reforzamiento de los principios de audiencia, contradictorio, dispositivo y aportación de parte, de modo que no quedase cegada, cuando así se requiera en el curso del procedimiento, la dialéctica entre los intervinientes: solicitantes, interesados y terceros no interesados, al tiempo que se introduce la práctica de todo tipo de pruebas, junto con las

tradicionales informaciones, acreditaciones y justificaciones, previstas en la regulación de la jurisdicción voluntaria correspondiente al libro tercero de la Ley de 1881.

Se establece asimismo que, salvo que se disponga lo contrario, la oposición no hará contencioso el expediente y que los recursos no tendrán efectos suspensivos. Contra las resoluciones definitivas dictadas por el Juez, cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y contra los decretos dictados por el Secretario, en los expedientes de su competencia, cabrá recurso ante el Juez titular del mismo Juzgado, o ante el que corresponda en caso de servicio común.

Cabría afirmar, en conclusión, que el justiciable tiene derecho, cuando plantea o se ve afectado por un procedimiento de jurisdicción voluntaria a obtener una resolución judicial de fondo y a las fundamentales garantías propias de la tutela judicial efectiva, y el juez la obligación de pronunciarse sobre el derecho o interés legítimo planteado en el curso del procedimiento, así como, al igual que sucede en el marco de la jurisdicción contenciosa, a plantear una cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento en su conjunto o sobre alguno de los preceptos específicos de su normativa. En esta línea de confluencia con las exigencias de la moderna dogmática del derecho procesal, la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, con reglas precisas de funcionamiento y principios informadores, debería suponer en el futuro la no identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos y formalidades, en detrimento de la tutela judicial y la seguridad jurídica características de toda actuación judicial, al tiempo que podría sentar las bases que permitan incardinar esta materia en el campo de la ciencia procesal, y la alejen de la mera técnica procedimental, así como contribuir, en definitiva, a dar respuesta, también en esta parcela del Ordenamiento, al desafío de una justicia más moderna y eficaz.