

# Antonio Fernández de Buján

[Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid]

**A**NTONIO Fernández de Buján es un reconocido experto en Jurisdicción Voluntaria. De hecho, sus publicaciones sobre la materia abarcan seis monografías y más de setenta artículos en revistas y publicaciones especializadas. Este catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid fue vocal de la ponencia que elaboró la propuesta de anteproyecto de JV de 2005, antecedente del proyecto de ley debatido por el Congreso en 2006, que finalmente no fue aprobado.

## ‘LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA PUEDE CONTRIBUIR A PALIAR LA ELEVADA LITIGIOSIDAD DE LOS JUZGADOS’

VÍCTOR GARRIDO DE PALMA

**A**NTE todo, ¿habría que redefinir la Jurisdicción Voluntaria?

–Sí, creo que hay que hacerlo. La JV negocial, pactada, de ejercicio pacífico de los derechos, sin conflicto, en la que el órgano judicial se limita a realizar un control de legalidad del acto que se solicita, y a legitimar, autorizar o colaborar en el nacimiento de una relación jurídica, es solo una parte del contenido, amplísimo, de esta esfera del ordenamiento.

En esta materia no existe un proceso inter partes, por lesión, o no reconocimiento, de un derecho subjetivo o interés legítimo, ni un conflicto de relevancia suficiente como para que el legislador establezca que sea sustanciado en un proceso declarativo, pero sí existe, en numerosos supuestos, controversia, contradicción, discordancia, oposición o intereses contra-

puestos y por ello se acude a la autoridad judicial, conforme a la previsión legal, o bien por razones de urgencia o para atender a una necesidad perentoria, ante la existencia de un conflicto de relevancia menor, o con la finalidad de evitar la excesiva dilación del proceso contencioso, en atención a la agilidad, libertad de formas, concentración y brevedad en la tramitación del procedimiento voluntario, que se configura como una tutela sumaria, pacífica o contradictoria, de derechos e intereses legítimos, en el ámbito básicamente civil y mercantil.

En algunos supuestos, la controversia está recogida en la propia rúbrica del procedimiento, así en todos los actos de jurisdicción voluntaria de derecho de familia relativos a las discordancias en el ejercicio de la patria potestad –como puede suceder respecto a la custodia de los hijos cuando los

progenitores vivan separados, cuando el titular de la patria potestad sea un menor no emancipado, en el marco del régimen de visitas de los menores con el progenitor que no ejerza la patria potestad o con sus parientes y allegados, o en las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes de los menores o incapaces– o en el seno de la comunidad conyugal, así en relación con la administración o disposición de los bienes comunes o bien en otros procedimientos específicos, como el secuestro parental.

–¿Habría que incorporar el conflicto?

–En otros muchos actos de jurisdicción voluntaria, la existencia de conflicto es implícita o la propia ley prevé que, si surge controversia por oposición de uno de los afectados, la contradicción se sustancie en el propio curso del pro-

“La Jurisdicción Voluntaria ha evolucionado hasta su actual perfil de tutela de intereses públicos y sociales”

Antonio Fernández Buján (izquierda) y Víctor Garrido de Palma, autor de la entrevista (derecha), repasan el último número de ESCRITURA PÚBLICA.



cedimiento así: en la autenticación de los testamentos ológrafo o cerrado; patrimonio protegido de personas con discapacidad; los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, contadores partidores, consignación, fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, exhibición de libros de personas obligadas a llevar la contabilidad, solicitud de auditoría de cuentas a los empresarios, convocatoria judicial de junta generales, nombramiento de tercer perito en el contrato de seguro, extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque, liquidación judicial de averías etcétera, en los que la oposición se tramitará en el marco del propio expediente.

En la línea de lo previsto en el Anteproyecto elaborado por la Ponencia surgida en el seno de la Comisión General de Codificación, el artículo primero de la futura Ley de JV, debería, en definitiva, a mi juicio, recoger la existencia de contradicción en determinados procedimientos o la posibilidad de que surja y se sustancie en el curso de su tramitación, salvo que la propia ley disponga lo contrario, conforme fue asimismo aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en junio de 2007, y se manifestaron todos los expertos.

Cabría pues afirmar que, de forma progresiva, y especialmente en los últimos decenios, la jurisdicción voluntaria, ha evolucionado, desde su originaria conformación, básicamente negocial, constitutiva o complementadora, incardinada en el marco del ejercicio pacífico de derechos, hasta su actual perfil de tutela de intereses públicos y sociales, en los que se ven afectados intereses de menores, personas incapacitadas, presuntos incapaces, personas con discapacidad o desamparadas, así como supuestos de tutela sumaria contradictoria en conflictos de intereses considerados de relevancia menor.

**–¿Sería necesario determinar en la futura Ley de JV qué procedimientos deberían quedar en la órbita jurisdiccional?**

–Hay determinados procedimientos que, a mi juicio, deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional, y ello, únicamente lo garantiza el 117.3 de la Constitución. Así, no parece razonable trasvasar, con el actual marco constitucional, a una titularidad distinta de la judicial, procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a derechos indisponibles, restricción de derechos fundamentales, derechos de la personalidad

y derecho de familia en asuntos contradictorios, como pueden ser, las autorizaciones judiciales para esterilizar un incapacitado con grave deficiencia psíquica, para el tratamiento no voluntario de una persona con trastorno psíquico agudo, para una intromisión legítima en el honor, en la intimidad o en la propia imagen de un menor o incapacitado, para el reconocimiento de la filiación no matrimonial de menores o incapaces, para el nombramiento o remoción de un tutor o curador, o para decidir en los casos de secuestro parental, sobre la custodia de los menores cuando los padres vivan separados o sobre la atribución a uno solo de los cónyuges de la facultad para realizar actos de administración o disposición de los bienes comunes.

No parece, a mi juicio, que en los procedimientos de JV señalados y en otros análogos, quepa cuestionar que el juez realiza una actividad de enjuiciamiento propia de la potestad jurisdiccional, en el marco de un procedimiento sustanciado con todas las garantías de la tutela judicial efectiva, consistente en constituir, autorizar, habilitar o complementar la capacidad de una persona, tutelar un interés público o resolver un conflicto de relevancia menor.



Mantener que la fundamentación de la JV se asienta tan solo en el párrafo 4 del art. 117 CE, relativo a las competencias que les sean atribuidas por ley a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos, supondría que, en el futuro, pudiese decidirse que alguno o todos los supuestos mencionados se atribuyesen a otros operadores jurídicos distintos de la autoridad judicial. Parece pues razonable o bien incardinar los procedimientos de JVa que se mantengan en el futuro en la órbita judicial en los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la CE, como así se establece en el Anteproyecto de la Comisión de Codificación, o bien obviar esta cuestión en la futura Ley de JV. En el sentido expresado, se pronunció, en su preceptivo dictamen al Anteproyecto de Ley de JV de 2006, el Consejo General del Poder Judicial.

Sin la nota de la reserva jurisdiccional, que informa el 117,3 CE, cabría mantener alguna compe-

tencia en la órbita judicial, en garantía de derechos, conforme al 117.4 de la Constitución así la declaración de ausencia y fallecimiento, si bien la mayor parte de las competencias que en la regulación vigente se atribuyen a los jueces sin contenido jurisdiccional, es previsible y razonable, a mi juicio, que se trasladen a la competencia de los secretarios judiciales, o se desjudicialicen, en sentido estricto, y se atribuyan a notarios y registradores.

**–¿Qué razones avalan, en su caso, en tu opinión, la desjudicialización de una parte de la JV?**

–En la actual regulación de la jurisdicción voluntaria hay que deslindar entre aquellas competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional, por razón de su naturaleza jurídica, o bien debido a la consideración de los jueces como los operadores jurídicos que gozan de un mayor gra-

do de independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función, y aquellas otras competencias de naturaleza administrativa, que atribuidas en su momento –finales del siglo XIX– a los jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, o a la prevención o desconfianza frente a otros operadores jurídicos podrían desjudicializarse, al desaparecer las motivaciones de política legislativa o los prejuicios que constituían su fundamento, y mantenerse en el seno del órgano judicial atribuidas a los secretarios judiciales, o bien atribuirse, con carácter alternativo, en numerosos supuestos, en la parte correspondiente a disposiciones finales de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, a quienes corresponden con mayor propiedad el ejercicio de determinadas competencias, en atención a su propia naturaleza, así como a su especialización y cualificación jurídicas.

Se trataría de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema, sin pasar por alto, en palabras de Ruiz Gallardón, pronunciadas el pasado día 5 de marzo en la comisión de justicia del Senado, el beneficio asociado que también supone para toda la administración de justicia, en la medida en que va a contribuir a paliar uno de sus problemas más acuciantes, cual es la elevada litigiosidad que actualmente agobia a los juzgados.

**–¿Eres partidario de las competencias compartidas entre secretarios judiciales, notarios y registradores y, por tanto, de la posibilidad de acudir por parte del justiciable a uno u otro operador jurídico en demanda del mismo servicio público?**

–Creo que lo más aconsejable es la idea de las competencias compartidas, y la alternatividad, es decir, la posibilidad de que el ciudadano acuda a uno u otro operador jurídico, cuando así esté previsto, enten-

## “La decisión del justiciable de acudir a un operador jurídico distinto del órgano judicial supone un ahorro de costes para la Administración de Justicia”

didada esta como una ampliación de medios puestos a disposición de los ciudadanos para garantizar sus derechos, lo que supondría, en consecuencia, la posibilidad de iniciar el procedimiento, en todos los casos que no se atribuyan a la autoridad judicial, ante el órgano judicial, en concreto ante la oficina judicial presidida por un secretario judicial, o hacerlo, en determinados supuestos, ante uno u otro de los operadores jurídicos previstos, notarios o registradores.

Regulada la alternatividad, como parece probable, si nos atenemos a las posiciones de los grupos parlamentarios en el debate, el justiciable podría acudir a un secretario judicial en atención, a la gratuidad de la Justicia, a la tradicional seguridad que puede proporcionarle la actuación ante la administración de justicia, o a otras circunstancias, o podría optar, en los casos previstos, por requerir la prestación del servicio a una notaría o a un registro público, una vez valorado que la satisfacción del arancel, fijado por el Gobierno, por la prestación del servicio público solicitado, le compensa, por ejemplo, en términos de proximidad, especialidad o celeridad en la resolución del asunto.

A mi juicio, valores como la confianza, la profesionalidad, la cualificación jurídica y la seguridad jurídica son predicables, en los tiempos actuales, al propio tiempo de los secretarios judiciales, de los notarios y de los registradores. Conviene asimismo apuntar que la decisión del justiciable de acudir a un operador jurídico distinto del órgano judicial supone, por otra parte, un ahorro de costes para la Administración de Justicia.

–¿Cuáles son, en tu opinión, las competencias que podrían compartirse en-

tre secretarios judiciales, notarios y registradores?

–Entre los tres operadores jurídicos creo que podrían compartirse las siguientes competencias: el expediente de dominio, el expediente de liberación de cargas y gravámenes, la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad, la constitución y régimen interno del sindicato de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas, la nota marginal de doble inmatriculación, el procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas. Cabría asimismo compartir los deslindes voluntarios, en todos aquellos casos en los que el Registro dispusiese de los datos y medios técnicos adecuados en relación con la delimitación de las fincas contiguas.

Entre secretarios judiciales y notarios, al igual que sucederá con las competencias compartidas entre secretarios y registradores, el número de procedimientos compartidos es previsible que sea mucho mayor, si nos atenemos al texto aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que enumera dieciséis supuestos específicos, entre los que destacaría los correspondientes a deslinde, consignación, declaración de herederos abintestato, testamentos, albaceazgo y depósitos mercantiles y marítimos, así como los ocho procedimientos de derecho hipotecario y los de derecho mercantil, previstos en la disposición adicional segunda del proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria.

Creo que podrían añadirse a las competencias compartidas ya previstas, algunas otras, entre las que cabría mencionar: la celebración del matrimonio civil, la separación y divorcio por mutuo consenso, siempre

que no haya menores o incapacitados, la adopción de mayores de edad y menores emancipados, la acreditación de la reconciliación prevista en el artículo 84 del Código Civil, la formalización de inventarios, la posesión judicial de bienes a favor de quienes los hubieren adquirido por herencia, si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario, las subastas judiciales no ejecutivas, la aceptación o la repudiación de la herencia, los testamentos militar y marítimo, determinadas manifestaciones testamentarias de Derecho Civil de Comunidades Autónomas, el testamento realizado en peligro de muerte inminente, en tiempo de epidemia o en caso de naufragio, el procedimiento de protesta de mar e incidencias de viaje, la apertura de escotillas o la división de cosa común, por disolución de matrimonio o por herencia.

–¿Qué juicio te merece la actual regulación del procedimiento judicial general de Jurisdicción Voluntaria?

–La ausencia de un procedimiento judicial general de JV garantista, es uno de los puntos más débiles de la actual conformación de la institución y una de las razones que explican la actual prevención, en determinados ámbitos, frente a la misma. Habrá que configurar un procedimiento unitario, común para jueces y secretarios judiciales, de tutela sumaria, pacífica o contradictoria, un juicio rápido en el ámbito civil, fundamentado en el juicio verbal, con recursos, asistencia técnica de abogado y representación por procurador, con carácter general, que constituya una superación de las fragmentarias e inconexas disposiciones generales contenidas en los artículos 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. ■