

RECENSIONES

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO «A propósito de “la jurisdicción voluntaria», ed. Civitas, Madrid, 2001, pp.226.

SONIA CALAZA LÓPEZ*

El autor, catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid y Vocal de la Sección Especial para la Reforma de la Jurisdicción Voluntaria, constituida en el seno de la Comisión General de Codificación, ha resaltado, en numerosas ocasiones, en su obra escrita, la necesaria conexión entre la investigación histórica y la dogmática moderna, para el progreso de la ciencia del derecho, en la línea de pensamiento de Orestano, así como en la concepción bettiana del ser jurista en función de romanista.

Los Ordenamientos jurídicos modernos, escribe Fernández de Buján en el prólogo a la primera edición de su Derecho Público Romano, son el resultado de sucesivas experiencias históricas que deberán ser tenidas en cuenta por los estudiosos, si aspiran a la construcción de una dogmática, en el sentido conceptual del término de base científica. Solo desde la consideración del Derecho como un agregado lógico e histórico de experiencias colectivas, podrán no sólo valorarse e interpretarse más adecuadamente las normas jurídicas, sino también abordarse la antigua y permanente aspiración de construir una ciencia del derecho de carácter supranacional¹. Acorde con su planteamiento, el estudio de la temática que ahora recensionamos, fue abordado por el autor, en una obra histórica previa publicada en 1986, titulada Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano².

* Profesora Doctora de derecho Procesal. Universidad Nacional de Educación a Distancia y Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, Civitas, 7ª ed., Madrid, 2004.

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Reus, 1986, 3ª ed., 1999) y en tres artículos histórico-jurídicos, publicados en la Revista de Derecho Notarial

La publicación de la monografía sobre la vigente configuración de la jurisdicción voluntaria en el año 2001, ha constituido, por otra parte, el punto de partida de una serie de aportaciones del autor sobre esta temática aparecidas desde entonces en diversas y muy diferentes sedes: desde Anuarios Jurídicos de Facultades de Derecho hasta Estudios en Homenaje, Revistas especializadas como Actualidad Civil, Derecho de los Negocios, Revistas de Colegios de abogados o del Ministerio de Justicia o Tribunales de Prensa en periódicos diarios, lo que supone una prueba manifiesta del interés que la temática de la jurisdicción voluntaria, en general poco estudiada por la doctrina, ha suscitado en el autor³.

La monografía, estructurada en 10 capítulos y un epílogo, comienza señalando que en el apartado V de la Exposición de Motivos de la LEC del 2000, se afirma que en cuanto a su contenido general «dicha ley se configura con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta». Señala el autor, que el legislador se está refiriendo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, de 17 de mayo de 1898, que con más de 30 reformas parciales continúa vigente en el momento actual.

y en los Estudios en Homenaje a los Profesores A, D'Ors y Juan Iglesias, en los años 80 de la pasada centuria (Fernández de Buján, A., «A propósito de la competencia en materia de *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano», Revista de Derecho Notarial; Id. «Diferencias entre los actos de *iurisdictio contenciosa* y *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano», Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. «Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "*iurisdictio voluntaria*», en D. 1.16.2. pr.» Estudios homenaje a J. Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215

³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000», Revista de Derecho y opinión, Córdoba, 2000, pp. 329-342; Id. «La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias», Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid, 2002, pp. 1997-2036; Id. «La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente». Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. «Noción de *iurisdictio* y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria». Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 5, 2001, pp. 89-149; Id. «Consideraciones de *lege ferenda* en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria», Revista del Colegio de Abogados de Lugo, 2001, pp.22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp.1317-1341; Id. «La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro», nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. «Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)», Tribuna Pública», Mercados, Voz de Galicia, 12-9, 19-9, 26-9 y 3-10-2004

A juicio del autor una buena parte de las notas inherentes al procedimiento de jurisdicción voluntaria, básicamente la economía procesal, la celeridad en la tramitación, la simplificación procedimental, el papel más activo del juez y la concentración en las actuaciones, han sido asumidas por el legislador de la LEC en la nueva regulación del proceso, con la adición básicamente de la inmediatez y de las obligaciones procesales de las partes, lo que supone, por una parte, que no cabrá en el futuro la justificación legal, expresa o tácita, de acudir a la jurisdicción voluntaria, por razones de urgencia o celeridad, en los supuestos en los que exista conflicto y, por otra parte, se ha producido un acercamiento entre ambas esferas de la jurisdicción, la contenciosa y la voluntaria, en el marco de lo que la E.M. de la LEC 2000 denomina «el anhelo y la necesidad social de una justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad».

Los expedientes de jurisdicción voluntaria adolecen, sin embargo, conforme indica el autor, de ciertas limitaciones en la aplicación de los fundamentales principios informadores del proceso, como la audiencia pública, la contradicción, la aportación de parte, la ausencia de plenitud de efectos de la cosa juzgada o el principio dispositivo (pp.23 ss.).

La jurisdicción voluntaria ha sido descrita o presentada, señala el autor, con los más variados epítetos: misteriosa, fascinante, heterogénea, atormentada, autoritaria, inquisitiva, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada del derecho procesal, o alternativa breve y sencilla frente al lento y farragoso proceso ordinario, pero lo cierto es que ha suscitado escaso interés entre los estudiosos, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye su campo de aplicación (pp.19 ss.).

El solicitante en la jurisdicción voluntaria pretende de la Justicia que declare, constituya, autorice, garantice o haga efectivo un derecho o interés legítimo, mediante la intervención del juez, o bien interviniendo éste de oficio o a instancia del ministerio fiscal, sin que exista una contienda o conflicto de intereses. Así, por ejemplo, son supuestos de jurisdicción voluntaria – de entre los más de 150 pendientes de nueva regulación, racionalización y redistribución – que se califique como común o general la avería sufrida por un buque en alta mar, que se declare el fallecimiento de una persona, que se proceda al nombramiento de un curador, que se autorice un acogimiento familiar, la convocatoria judicial de Juntas Generales de accionistas y Asambleas de cooperativas, el nombramiento de auditores de cuentas y liquidación de sociedades, o que se autorice la venta de la mercancía transportada en una nave en supuestos de riesgo de pérdida o deterioro. Se trata de supuestos regulados en el Libro III LEC 1881, todavía vigentes, así como en leyes civiles o mercantiles específicas.

Son asimismo considerados supuestos de jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el ordenamiento jurídico considere que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso, entre los que cabe señalar las controversias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad o los desacuerdos entre los esposos en la gestión de los bienes comunes. Advierte, sin embargo, el autor al respecto que no debería extenderse artificialmente el campo de la jurisdicción voluntaria fuera de su propio ámbito por meras razones de economía procesal, lo que se produciría si se tramitan por la vía del procedimiento voluntario supuestos de tutela de derechos o intereses lesionados. No se puede establecer una jurisdicción voluntaria contra natura por un simple deseo de celeridad. Una cosa es que se fomente la transacción y el compromiso, y otra es que se desnaturalice en un procedimiento voluntario, el conocimiento de supuestos en los que lo que subyace es la tradicional lucha por el Derecho (pp.39 ss.).

Son finalmente considerados actos de jurisdicción voluntaria competencias que les han sido atribuidas a los jueces por razones de mera tradición, de simple división del trabajo, de oportunidad no justificable en el momento actual o de mero contenido administrativo o aquellos supuestos en los que la actuación del juez queda reducida a la certificación, dación de fe, mera presencia, calificación o documentación, lo que supone, en opinión del autor, una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional (pp. 142 ss.). Considera el autor, respecto de otras actuaciones, la oportunidad que depara la futura ley para proceder a su desjudicialización, y su atribución a profesionales del derecho a quienes corresponde con mayor propiedad el ejercicio de esas funciones, en atención a su especialización y cualificación jurídicas.

Se trataría, con ello, no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino de sistematizar y redistribuir competencias en materia de jurisdicción, en aras de la racionalización del sistema. Aboga el autor, por la necesidad de que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador y un cajón de sastre y la oportunidad, asimismo, de determinar qué instituciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a los jueces, han perdido vigencia, han caído en desuso o son auténticos cadáveres legislativos, y cuáles deben ser transferidos al ámbito de lo contencioso, debido a su inapropiada consideración como asuntos de jurisdicción voluntaria. En coherencia con esta toma de postura, dedica el autor los apartados del capítulo VIII a analizar las siguientes cuestiones:

1. Ámbito propio de la competencia judicial, con la consideración de que deben mantenerse en este marco todas las competencias actualmente atribuidas a los jueces que responden a la necesidad de resolver con

arreglo a criterios de equidad, ponderando entre los valores contenidos en la norma jurídica, así como todas aquellas competencias que exigen tutelar derechos indisponibles, intereses sociales o generales, y competencias que precisan de la especial garantía o control que ofrece la singular posición de los jueces como garantes que son de los derechos y de las libertades de las personas.

2. Supuestos de jurisdicción voluntaria obsoletos, de nula aplicación práctica de escasa eficacia.
3. Ámbito de atribución de competencias al Notariado.
4. Ámbito de aplicación de competencias a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y a los Secretarios Judiciales.
5. Supuestos de jurisdicción voluntaria que podrían ser incluidos en el marco del proceso ordinario (pp. 143-162).

En relación con el controvertido tema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria el autor, analizadas las diferentes posiciones, se sitúa en la corriente jurisdiccionalista, sostenida, entre otros autores, por Carnelutti, Satta, De Marini y Denti, y en nuestro país, de forma especial por Ramos Méndez, con cuya posición se identifica de forma manifiesta a lo largo de la monografía, Gómez de Liaño, y de forma más matizada, Fairen y Gómez Colomer. Resalta el autor, que una parte de la moderna dogmática del Derecho Procesal considera superada la tradicional identificación entre Jurisdicción y Proceso, al entender que si bien el núcleo esencial de la potestad jurisdiccional consiste en dirimir conflictos a través del proceso, tiene asimismo naturaleza jurisdiccional la tutela de situaciones individualizadas que la ley le atribuye, en las que sin que exista pretensión frente a otra parte, ni controversia de especial relevancia, el juez actúa por imperativo legal, en defensa de intereses públicos o sociales, o con carácter constitutivo, autorizando o controlando la legalidad de la correspondiente actuación. En este sentido se ha pronunciado en reciente sentencia, de 22 de mayo de 2000, el Tribunal Supremo, al señalar que «cabe el ejercicio de la función jurisdiccional fuera del proceso, pero sólo por jueces y tribunales, como acto de especial tutela de derechos e intereses previstos por la ley» (pp. 97 ss.).

Considera el autor inapropiado utilizar la expresión «jurisdicción voluntaria» o el término «jurisdicción» fuera del ámbito judicial, en atención al art. 117.3 CE. En este sentido se ha pronunciado la citada STS de 22 de mayo de 2000, en su Fundamento de Derecho séptimo: «El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales,

para las que tal denominación es harto discutible». Propone el autor sustituir las tradicionales expresiones «jurisdicción voluntaria material, registral», etc., por «competencias notariales, registrales, etc en materia no contenciosa» o simplemente atribuirles a éstos las competencias propias de su función específica, a través de la vía de su determinación en las disposiciones finales de la ley, sin especial calificativo, a los efectos de que se realice la articulación procedente en el marco de las sucesivas regulaciones (pp. 115 ss.).

Dedica el autor el capítulo VIII a analizar la posible sanción constitucional de la jurisdicción voluntaria en el art. 117 CE, planteándose básicamente la cuestión de si la jurisdicción voluntaria debe incluirse dentro de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del art. 117.3 o dentro de la función de garantía de cualquier derecho del art. 117.4. Manifiesta el autor que, si bien las opiniones favorables a la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el marco del art. 117.4 son mayoría en la doctrina, existen argumentos suficientes, que expone, para la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el 117.3 CE. Se apoya de nuevo el autor en la citada STS de 22 de mayo de 2000, en la que se señala, en el Fundamento de Derecho sexto: «no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio, y, en consecuencia, estas potestades quedan amparadas por el art. 117.3 de la CE» (pp.109-118).

Dedica el autor el capítulo VIII a examinar las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, en relación con la titularidad, lugar, tiempo y libertad de forma en los actos de jurisdicción voluntaria, competencia y circunscripción territorial, recusación y abstención, recursos y cosa juzgada (pp. 119-140).

Propone el autor el mantenimiento de la expresión «jurisdicción voluntaria» para referirse a este campo de aplicación de la materia jurisdiccional y señala al respecto que incluso en alguno de los países en los que se ha suprimido la expresión, doctrina, jurisprudencia y legislación continúan utilizándola de forma casi freudiana, al haberse revelado como insatisfactorias las expresiones utilizadas (pp. 185).

Alerta el autor sobre el hecho de que el aumento de poderes discrecionales del juez en materia de jurisdicción voluntaria, en consonancia con la libertad de formas y el carácter más potestativo de la actuación judicial a esta esfera de la jurisdicción, frente al carácter más reglado del proceso, no debe desembocar en un dirigismo judicial que ponga en peligro las fundamentales garantías propias del proceso contradictorio (p. 189).

Dedica el autor el capítulo III (pp. 33 a 56) a analizar la contenciosidad como elemento esencial de la jurisdicción voluntaria, los supuestos de intervención preceptiva del juez y del ministerio fiscal, el contenido de los actos de jurisdicción voluntaria, la diversidad de textos legislativos en los que se contienen actos de jurisdicción voluntaria y la contenciosidad como fundamento de la contraposición entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria desde el punto de vista de la experiencia histórica del Derecho Romano y del Derecho medieval, cuestión, por otra parte, ampliamente estudiada de forma específica en el capítulo IV (pp. 57 a 97).

Finalmente, a la jurisdicción voluntaria en Derecho comparado y a los problemas fronterizos, supuestos conexos y procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria, dedica el autor los capítulos IX (pp. 163 a 176) y X (pp. 177 a 184).

Concluye el autor, en el epílogo de esta precisa, global y clara monografía con la reflexión siguiente: «Frente a posiciones maximalistas del tipo “la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier ordenamiento jurídico” o la de que “las necesidades negociales y el tráfico jurídico justifican la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos” se impone una posición realista, en la que se sitúan las más modernas corrientes de la ciencia procesal, partidarias de regular, sin quiebra de las garantías esenciales del proceso, y sin desnaturalizar el marco que le es propio, una parcela imprescindible de la realidad social, en constante expansión, fruto de las cada vez más amplias necesidades negociales, intereses públicos o derechos indisponibles, cuya regulación corresponde al ordenamiento jurídico».

Sostiene, asimismo, el autor, que sería deseable, en atención al hecho de que el 10% de los asuntos de la jurisdicción civil corresponden a la jurisdicción voluntaria, que se reflexionase sobre la conveniencia de crear juzgados especializados que tuvieran atribuidas competencias específicas en esta materia.