

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA / UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

ZUZENBIDE ZIBILA SAILA / DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

**LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL.
SU ESPECIAL RELEVANCIA
EN EL ÁMBITO SUCESORIO**

Doctoranda:

María Ángeles FERNÁNDEZ EGEA

Director:

Jacinto GIL RODRÍGUEZ

DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9

CAPÍTULO PRIMERO EL SENTIDO MODERNO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1.- LA DENOMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL CONTEXTO DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN	13
1.1.- Derecho romano y medieval.....	14
1.2.- Derecho moderno y contemporáneo.....	22
2.- CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	26
2.1.- La ausencia de litigio como elemento caracterizador del concepto de jurisdicción voluntaria: el límite de la controversia o contradicción	26
2.2.- Caracteres esenciales que la diferencian de la jurisdicción contenciosa	37
2.2.1.- El fin perseguido por los actos de jurisdicción voluntaria	38
2.2.2.- Ausencia de dualidad de partes con intereses contrapuestos.....	41
2.2.3.- Cosa juzgada: el objeto propio de la jurisdicción	42
2.3.- Su contenido heterogéneo	44
3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	48
3.1.- Planteamiento: posicionamiento jurisdiccionalista, administrativista o intermedio (<i>tertium genus</i>).....	48
3.2.- Actividad desarrollada por los Jueces y Tribunales como órganos de jurisdicción voluntaria: ¿estamos ante una auténtica manifestación de su potestad jurisdiccional?	56
3.3.- La naturaleza de la jurisdicción voluntaria en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: su sanción constitucional en el artículo 117 de la Constitución Española	60
3.4.- La naturaleza de la jurisdicción voluntaria en la reciente configuración legal: clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria según su naturaleza jurídica	64
4.- CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: PRINCIPIOS QUE HAN INFORMADO LA NUEVA REGULACIÓN	71

CAPÍTULO SEGUNDO
LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA IDEA
DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

1.- EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA.....	79
2.- LA NECESIDAD SOCIAL DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA A LO LARGO DE LA HISTORIA: PAPEL DESEMPEÑADO POR EL NOTARIO Y EL DOCUMENTO NOTARIAL.....	87
2.1.- La seguridad jurídica en Roma. Especial referencia al <i>tabellio</i> como antecedente remoto del actual Notario.....	88
2.2.- La seguridad jurídica a partir de la Edad Media: el surgimiento y desarrollo de los diferentes sistemas de seguridad jurídica privada o preventiva.....	92
2.2.1.- Sistema germánico-latino.....	95
2.2.2.- Sistema anglosajón.....	101
3.- EL NOTARIADO ESPAÑOL COMO SUJETO ACTIVO DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA EN LA ACTUALIDAD.....	104
3.1.- Doble carácter de la función notarial: el Notario funcionario público y el Notario profesional del Derecho.....	107
3.2.- Seguridad sustancial.....	110
3.2.1.- Asesoramiento y consejo imparcial.....	110
3.2.2.- Interpretación y adecuación de la voluntad al ordenamiento jurídico: el control de legalidad.....	113
3.3.- Seguridad documental o formal: el documento notarial, sus requisitos y efectos.....	117
3.3.1.- Requisitos del documento público notarial: redacción, lectura, autorización y firma. Breve referencia al Protocolo Notarial como instrumento de seguridad jurídica.....	117
3.3.2.- Efectos.....	121
a) Valor probatorio.....	121
b) Valor legitimador en el tráfico.....	125
c) Eficacia registral.....	127
c.1) Garantía de información en las transmisiones.....	127
c.2) Eficacia frente a terceros.....	129
d) Valor ejecutivo.....	130
e) Valor traditorio.....	130
f) Preferencia en la prelación de créditos.....	130
3.4.- Conclusiones. La responsabilidad del Notario.....	131

4.- LOS NUEVOS RETOS DEL NOTARIADO COMO PRINCIPAL GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: MEDIACION, ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	133
4.1.- Mediación.....	134
4.2.- Arbitraje	138
4.3.- Jurisdicción voluntaria.....	141

CAPÍTULO TERCERO
LA FUNCIÓN NOTARIAL
Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1.- DESJUDICIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NUEVO MARCO COMPETENCIAL	143
1.1.- Una visión de los principios generales y de los diferentes sujetos depositarios.....	143
1.2.- Especial referencia a la atribución compartida o exclusiva de competencias	153
2.- EL NOTARIO COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	160
2.1.- La jurisdicción voluntaria como aspiración del Notariado. Su justificación histórica.....	160
2.2.- Límites a la asunción por el Notariado de competencias en materia de jurisdicción voluntaria	167
2.2.1.- Límites legales de la competencia notarial.....	168
2.2.2.- Límites derivados de la propia función notarial: su naturaleza jurídica	172
a) La función notarial como función del Estado: función jurisdiccional, función administrativa o <i>tertium genus</i>	173
b) La función notarial desde la perspectiva del quehacer típico del Notario.....	179
2.3.- Aportación notarial a la jurisdicción voluntaria: su utilidad y eficacia desde una perspectiva actual	187
3.- COMPETENCIAS NOTARIALES EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS: EL PROCEDIMIENTO A TRAVÉS DEL CUAL SE ARTICULA LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL.....	190
3.1.- Competencias notariales en asuntos no contenciosos: un principio general.....	190
3.2.- Las competencias atribuidas al Notariado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.....	193
3.3.- Procedimiento unitario o diversificación de procedimientos	196
3.4.- Los cauces y garantías procedimentales de la jurisdicción voluntaria notarial: directrices genéricas en la tramitación de los nuevos expedientes atribuidos a los Notarios	201

CAPÍTULO CUARTO
LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL
EN EL MARCO DEL DERECHO DE SUCESIONES

1. INTRODUCCIÓN.....	217
2. ACTOS TRADICIONALMENTE NOTARIALES Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	226
2.1.- La declaración de herederos abintestato.....	226
2.1.1.- Introducción. La situación anterior.....	226
2.1.2.- Tramitación del expediente conforme a los artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado.....	237
a) Notario competente.....	237
b) Iniciación y trámites principales del expediente.....	243
c) Resolución del expediente.....	251
2.2.- La presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos.....	257
2.2.1.- Los testamentos cerrados.....	261
a) Introducción. La situación anterior.....	261
b) Notario competente.....	266
c) Iniciación y trámites principales del expediente.....	267
d) Resolución del expediente.....	271
2.2.2.- Los testamentos ológrafos.....	274
a) Introducción. La situación anterior.....	274
b) Notario competente.....	281
c) Iniciación y trámites principales del expediente.....	281
d) Resolución del expediente.....	287
2.2.3.- Los testamentos otorgados en forma oral.....	291
a) Introducción. La situación anterior.....	291
b) Notario competente.....	293
c) Iniciación y trámites principales del expediente.....	294
d) Resolución del expediente.....	296
e) Casos a los que se aplica.....	299
e.1) Testamentos otorgados en peligro inminente de muerte conforme al artículo 700 del Código Civil.....	299
e.2) Testamentos otorgados en tiempo de epidemia.....	301
e.3) Testamento “hilburuko” del Derecho Civil vasco.....	303
e.4) Testamento en peligro inminente de muerte ante el Párroco y dos testigos o ante tres testigos en Navarra.....	305
e.5) Testamento militar abierto.....	308
e.6) Testamento marítimo abierto.....	310
2.3.- Repudiación de la herencia.....	312
2.4.- La aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el derecho de deliberar y la formación del inventario.....	316
2.4.1.- Introducción. La situación anterior: la formalización	

notarial de la declaración de voluntad para la aceptación de la herencia a beneficio de inventario	316
2.4.2.- El beneficio de inventario tras la modificación operada por la Ley 15/2015	322
a) Notario competente.....	326
b) Iniciación y trámites principales del expediente	327
c) Resolución del expediente	337
3. ACTOS, ANTES JUDICIALES, ATRIBUIDOS AHORA A LOS NOTARIOS ¿CONSTITUYEN O NO VERDADERA FUNCIÓN NOTARIAL?	340
3.1.- Fijación del plazo para aceptar o repudiar la herencia: la <i>interpellatio in iure</i>	340
3.2.- Expedientes relativos a los albaceas.....	344
3.2.1.- Notario competente.....	350
3.2.2.- Aceptación, excusa y renuncia del albaceazgo	351
3.2.3.- Prórroga del plazo del albaceazgo	356
3.3.- Expedientes relativos a contadores-partidores dativos	359
3.3.1.- Notario competente	365
3.3.2.- Nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil	366
3.3.3.- Aprobación de la partición efectuada por el contador-partidor dativo.....	375
3.3.4.- Renuncia del contador-partidor nombrado y prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo.....	382
4. OTROS ACTOS SUCESORIOS DE COMPETENCIA NOTARIAL PRETERIDOS POR LA LEY 5/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	384
4.1.- Protocolización de memorias testamentarias	384
4.2.- Protocolización de lo practicado en las informaciones para perpetua memoria si se refiere a hechos de reconocida importancia	387
4.3.- Protocolización de las operaciones de división judicial de la herencia y del auto aprobatorio de las mismas.....	388
4.4.- Acta de notoriedad para determinar los sustitutos no designados nominativamente	389
4.5.- Práctica de inventarios en los Derechos catalán, balear, navarro, aragonés y gallego.....	389
4.5.1.- Cataluña.....	390
a) Aceptación de la herencia a beneficio de inventario	390
b) Toma de inventario del fiduciario	391
c) Inventario para detraer la cuarta trebeliánica.....	391
d) Inventario para detraer la cuarta falcidia.....	391
e) Otros inventarios	392
4.5.2.- Baleares	392
a) Inventario para detraer la cuarta trebeliánica.....	392
b) Toma de inventario del fiduciario	392
c) Inventario para detraer la cuarta falcidia	393

ÍNDICE

4.5.3.- Navarra	393
a) Inventario en el usufructo de fidelidad.....	393
b) Toma de inventario por el fiduciario	393
4.5.4.- Aragón.....	394
a) Inventario del fiduciario	394
b) Inventario del viudo en el usufructo vidual.....	394
4.5.5.- Galicia: inventario en sede de legítimas de los descendientes.....	394
4.6.- Actos de jurisdicción voluntaria notarial en relación con el fideicomiso en Cataluña, Baleares, Navarra y Aragón	394
4.6.1.- Cataluña.....	394
4.6.2.- Baleares	395
4.6.3.- Navarra	395
4.6.4.- Aragón.....	395
4.7.- Procedimiento ante Notario para la partición de la herencia en Derecho civil gallego	396
CONCLUSIONES	399
BIBLIOGRAFÍA	409

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
CcCat.	Código civil de Cataluña
CDCB	Compilación de Derecho Civil de Baleares
CDCFN	Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra
C DFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
cit.	citado
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LArb.	Ley de Arbitraje
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia
LDCV	Ley de Derecho Civil Vasco
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LMed.	Ley de Mediación
LN	Ley del Notariado
p., pp.	página, páginas
Rec.	Recurso
RN	Reglamento Notarial
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La jurisdicción voluntaria notarial se encuentra de plena actualidad. Con la reciente aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se supera una regulación decimonónica, contenida en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, que demandaba desde hace años su profunda revisión y actualización. La Ley de la Jurisdicción Voluntaria, dando por fin cumplimiento al mandato del legislador contenido en la Disposición Final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pretende afrontar de forma decidida la reforma en la materia, reorganizando y modernizando nuestra Justicia civil y, sobre todo, con la vista puesta en la prestación de un mejor servicio al ciudadano, desjudicializando un gran número de competencias, muchas de ellas de extraordinaria importancia en la vida diaria de los particulares. Junto a los Secretarios judiciales, hoy denominados Letrados de la Administración de Justicia, y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios son los operadores jurídicos llamados a asumir las funciones desjudicializadas.

La jurisdicción voluntaria deja de considerarse como categoría unitaria y, en atención a su naturaleza heterogénea, quedan en la órbita judicial todos aquellos expedientes que, sin tener naturaleza estrictamente jurisdiccional, requieren de la especial tutela que otorgan los órganos judiciales, en tanto aquellos en los que predomina su naturaleza administrativa se integran en el campo de actuación propio de Notarios y Registradores, regulándose en su legislación específica. Sin embargo, razones de oportunidad política y utilidad práctica han influido para que esta distribución de competencias, fundamentada en la consideración de cuál sea el profesional óptimo para ejercer cada actuación, en base a su función propia, resulte matizada en determinados expedientes que podrán ser conocidos de forma alternativa, bien en sede judicial, bien extrajudicial, por dos operadores jurídicos distintos.

El objeto de este trabajo es el análisis del papel que el Notariado ha desempeñado en la jurisdicción voluntaria, por qué ha sido tradicionalmente postergado y, en especial, las razones de diversa índole que avalan el protagonismo que la Ley 15/2015 le atribuye, singularmente, en al ámbito sucesorio, campo jurídico donde el Notario es experto.

Por ello, en el primer capítulo nos aproximamos a la institución de la jurisdicción voluntaria, desprovista de cualquier otro condicionamiento. Desde una perspectiva histórica que arranca en la clásica configuración de Marciano, la

evolución de la jurisdicción voluntaria nos pone de manifiesto cómo, a pesar de la tradicional polémica doctrinal sobre su naturaleza jurídica, se ha configurado a lo largo de los siglos como una institución de carácter judicial. Relegada la intervención de los Notarios en la materia, estos profesionales, sin embargo, no son en absoluto ajenos a misma.

Superadas las razones históricas que llevaron en el movimiento codificador del siglo XIX a privar al Notariado de muchas competencias consideradas como de jurisdicción voluntaria y que podrían, sin embargo, haberse adjudicado a su función propia, el Notariado español, integrado en el sistema del Notariado latino, se nos presenta en la actualidad como operador jurídico óptimo para asumirlas.

Su doble carácter de funcionario público y profesional del Derecho le ha hecho situarse, tal como se pone de manifiesto en el capítulo segundo, como sujeto activo de primer orden en nuestro actual sistema de seguridad jurídica preventiva, tanto en su vertiente de seguridad sustantiva como en el de seguridad formal o documental. No en vano, junto al prestigio y la *auctoritas* adquiridos con el paso del tiempo, ese valor añadido que supone la intervención notarial para dotar de seguridad a las relaciones jurídicas entre particulares, constituye el fundamento último para la atribución de muchas de estas nuevas competencias con las que el Notario ve colmada su aspiración en la materia.

Una aspiración de integración de la función notarial que, no obstante, debiera tener límites. Porque, como habrá ocasión de argumentar en el capítulo tercero, el Notario ni puede convertirse en juez preventivo, ni debe invadir la fe pública judicial, de la que son titulares exclusivos los Secretarios judiciales. El respeto a la esencia propia de la función notarial así lo exige. Como también exige que los nuevos expedientes se tramiten y resuelvan por los Notarios con plena autonomía e independencia y con respeto a la técnica documental ya consolidada, aunque sin perjuicio de la posible revisión judicial del juicio notarial que carece de efectos de cosa juzgada.

Ajustándose a ese *statu quo* de la función notarial, el legislador atribuye al Notariado importantes actuaciones, gran parte de ellas en materia de Derecho sucesorio, como se analiza en el capítulo cuarto, que le corresponden por encajar a la perfección en su función propia, en las que el Notario bien formaliza declaraciones de voluntad, bien documenta, califica, legitima u homologa actos y contratos o declara situaciones jurídicas sobre la base de hechos previamente comprobados. Sin embargo, pronto se advierte el propósito del legislador de renovar y actualizar en profundidad la función notarial. Aquel respeto al *statu quo* de la función notarial se matiza y, junto a las anteriores funciones, se asignan a los Notarios otras de carácter decisorio o en las que debe emitir una declaración de voluntad que, claramente, exceden de su función propia, con las que en definitiva

se está judicializando su actuación.

Con un notable refuerzo de la dimensión pública de su función, la forma de proceder de los Notarios va a experimentar un importante cambio tras la nueva configuración de la jurisdicción voluntaria notarial. En el marco de un reciente panorama legislativo que trata de dar respuesta a la situación de congestión que padece nuestra Justicia, haciendo un uso más racional de los recursos públicos de que dispone nuestro sistema jurídico, el Notario resulta un profesional adecuado para asumir, en el ámbito del Derecho privado, otras competencias que tengan como finalidad la normal aplicación del Derecho en las relaciones jurídico-privadas que traten de establecerse o declararse sin contienda judicial, con la consiguiente prevención de la conflictividad. Notario mediador, Notario árbitro, Notario administrador de múltiples y trascendentes expedientes de jurisdicción voluntaria, retos todos ellos a los que la institución notarial habrá de responder con diligencia y responsabilidad, comenzando una andadura que, quizás, con el paso de los años, desemboque en una nueva forma de ser notarial.

CAPÍTULO PRIMERO

EL SENTIDO MODERNO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1.- LA DENOMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL CONTEXTO DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO- JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

El sentido moderno de la jurisdicción voluntaria y su configuración actual son el resultado de la evolución histórica de esta institución cuya denominación, concepto, naturaleza jurídica, contenido y ubicación han sido objeto de polémica doctrinal a lo largo de los siglos.

Sin ignorar las dificultades que conlleva adentrarse en su estudio, sólo examinándola desde esta perspectiva histórica se puede aspirar a conseguir una adecuada comprensión de qué es la jurisdicción voluntaria y qué función está llamada a desempeñar en la actualidad.

Lo primero que llama la atención cuando nos aproximamos a la institución es su denominación, esto es, cómo el uso del lenguaje común nos induce a pensar que estamos ante una actividad jurisdiccional. Esta afirmación inicial a la que nos aboca la expresión “jurisdicción voluntaria” abriga dudas e interrogantes. Prueba de ello es que ha sido criticada y ha generado bastante controversia tanto en la doctrina romanista como en la actual. ¿Es la jurisdicción voluntaria una auténtica manifestación de la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales? ¿Cuál es el verdadero significado del adjetivo “voluntaria”¹ con el que, desde el siglo III d.C, se

¹ Argumenta FERNÁNDEZ DE BUJÁN a favor de la utilización del adjetivo “voluntaria” afirmando que, desde un punto de vista formal, los interesados o promotores de un acto de jurisdicción voluntaria se presentan voluntariamente sin ser requeridos para ello, solicitando que el Magistrado colabore en el nacimiento de una relación jurídica previamente consensuada por ellos o en la que se considera necesaria o preceptiva su intervención. La voluntariedad se predica de la actuación de los interesados no del Magistrado, ya que la intervención de éste último en el proceso, en los casos en que está prevista, constituye un deber, un *officium*. En todos estos casos, el procedimiento a seguir no es el propio de la jurisdicción contenciosa, sino el correspondiente a una tramitación caracterizada por la celeridad, ausencia de formalismos, concentración, etc, notas que han seguido caracterizando el procedimiento de jurisdicción voluntaria hasta nuestros días. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *La Jurisdicción Voluntaria*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 2001, pp.

la viene calificando? ¿Cuáles son sus diferencias con la jurisdicción contenciosa?

1.1.- Derecho romano y medieval

La expresión *iurisdictio voluntaria* aparece utilizada como novedad en el Libro I de las Instituciones de Marciano y su mención se encuentra con posterioridad recogida en el Digesto de Justiniano, D., 1.16.2 pr.:

“Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri”.

“Apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem”².

Según el texto de Marciano, la jurisdicción voluntaria se ejerce por los procónsules o gobernadores provinciales, incluso fuera del ámbito de su jurisdicción, desde el momento en que salen de Roma y hasta que llegan a la provincia de destino. Una vez en su provincia, el procónsul tiene tanto jurisdicción voluntaria como contenciosa.

Más allá de esta expresión, ya en los primeros siglos de existencia de Roma³ existe el sustrato social y jurídico de lo que Marciano, por vez primera en la Historia del Derecho, denomina *iurisdictio voluntaria*. Ésta comprende aquellos supuestos en que el Magistrado dotado de *imperium* interviene ejercitando su

55-56. RAMOS MÉNDEZ, por su parte, entiende que el término voluntaria parece estar invitando a doctrina y legislador a tratar o permitir tratar fuera del ámbito judicial muchas de las actuaciones. Sin embargo, en parte de ellas se da la circunstancia de que necesitan la actuación de la autoridad judicial para existir o producir determinados efectos. A su juicio, por tanto, la voluntariedad no va más allá de lo que significa el término en el ámbito de la propia jurisdicción contenciosa: libertad de acción, sí; pero tutela civilizada ante los tribunales de justicia. Puede verse RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2006, p. 13.

² “Todos los procónsules, una vez que han salido de la ciudad, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, por ejemplo, pueden manumitir, emancipar o adoptar. Ante el legado del procónsul no se puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción”. Traducción tomada de ALBURQUERQUE SACRISTÁN, Juan Miguel, “Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana ‘iurisdictio voluntaria’ -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I -, hasta la actualidad: breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, p. 1286. Existen dudas y discusiones doctrinales sobre el alcance y la posible interpolación del texto de Marciano, tal como se refleja en las apreciaciones de LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Sobre la jurisdicción voluntaria en Derecho histórico español”, *e-legal history review*, núm. 14, 2012, disponible en <http://www.iustel.com>, fecha de última consulta 29 de septiembre de 2014, y de FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª edición, Madrid, Reus, 1999, p. 57. Según el primero no está claro el verdadero alcance de este pasaje, si en efecto debemos esta distinción a Marciano o si estamos ante un texto original del autor al que en un momento posterior se le añadió la expresión “jurisdicción voluntaria”, postura ésta última por la que parece decantarse al afirmar que las claves de la institución deben hallarse más bien en el Derecho medieval europeo; para FERNÁNDEZ DE BUJÁN “el propio hecho de que la clasificación no se encuentre en ningún otro texto de la compilación justiniana avala quizá incluso más la hipótesis de que no se trata de una alteración postclásica o justiniana, que lógicamente podría haberse reflejado en otros textos (...) sino que, por el contrario, la distinción sería obra de MARCIANO”.

³ La Ley de las Doce Tabas (siglo V a.C.) ya menciona el supuesto del nombramiento de tutor de menores no sujetos a patria potestad y el supuesto de nombramiento de curador en los casos de persona con enfermedad mental aguda y en caso de prodigalidad. En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 79, julio-septiembre 2011, p. 187.

actividad *inter volentes*, entre particulares que libre y espontáneamente acuden a él reclamando dicha intervención, previo acuerdo entre ellos sobre el resultado de la misma.

El Magistrado actúa sin que exista litigio, limitándose a ratificar, legitimar o colaborar en la celebración y formalización de un acto o negocio jurídico o en la constitución de una situación jurídica previamente consensuada por los interesados, asesorándolos, en su caso, y haciendo el correspondiente control de legalidad⁴.

Como bien se ha dicho⁵, la denominación jurisdicción voluntaria procede del Derecho romano para denotar la intervención oficial en determinados negocios jurídicos. Ante la falta de otras instituciones aptas para la consecución de dicha finalidad, ésta se encomendaba a los Magistrados.

A estos efectos, las partes entablan un proceso ficticio con una finalidad negocial, no procesal, con la pretensión de documentar el acto o negocio jurídico en forma fehaciente y dotarlo del carácter definitivo, inatacable y vinculante propio de las resoluciones judiciales.

Estos juicios fingidos o aparentes, que son el origen de la atribución a los Jueces de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria, se desenvuelven procedimentalmente a través del instituto de la *in iure cessio*; ésta se desarrolla mediante fórmulas solemnes y simbólicas denominadas *legis actiones* que constituyen el procedimiento más antiguo conocido en Derecho romano, remontándose a la época arcaica y extendiendo su vigencia en el tiempo hasta el año 17 a.C cuando, en virtud de las *Leges Iuliae iudiciorum privatorum*, son sustituidas por el procedimiento formulario⁶.

⁴ Según definición dada por GUTIÉRREZ ALVIZ, la jurisdicción voluntaria o graciosa es aquella “en la que el Magistrado interviene sin litigio o conflicto colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico”. GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, IV edición, Madrid, Reus, 1995, p. 328.

⁵ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1986, p. 177.

⁶ Se pueden distinguir las siguientes fases en la historia del procedimiento en Roma: 1.- *Legis actiones* o procedimiento de las acciones de ley definidas por PANERO GUTIÉRREZ como “declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales impuestos por el ordenamiento jurídico a los particulares para la defensa de sus derechos”; es el procedimiento propio del *ius civile* o derecho del ciudadano romano; siendo la forma más antigua de enjuiciar, se remonta a la época arcaica y se caracteriza por su rigidez y formalismo. A partir de la *Lex Aebutia* (130 a.C.) se inicia su decadencia al reconocerse validez a algunos procesos que venían celebrándose mediante breves escritos o fórmulas. Con la *Lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 a.C.) fueron sustituidas definitivamente por el llamado procedimiento formulario. 2.- Procedimiento formulario o *agere per formulas* vinculado al *ius honorarium* o derecho que crea el pretor para completar o corregir el *ius civile*; recibe su nombre de la fórmula o escrito que de forma breve recoge los términos y la naturaleza del litigio y que el Juez recibirá del Magistrado como pauta para emitir su parecer, opinión o *sententia*. Se puede situar su origen en el año 242 a.C. y continuará vigente hasta su derogación en el año 342 por una Constitución de Constancio y Constante. 3.- *Cognitio extra ordinem*: última fase del procedimiento romano, propio del *ius novum* o derecho imperial; debe su nombre al hecho de que su tramitación se produce al margen de la ordenación de los juicios privados. Se trata de un derecho que descansa en la voluntad del Príncipe a través de sus constituciones y va dominar toda la evolución jurídica de Roma. La aparición de este procedimiento está vinculada tanto al nacimiento del nuevo régimen político del Principado, como, tal como recuerda PANERO GUTIÉRREZ, a las peculiaridades procedimentales existentes en las provincias. No obstante, es llamativo el hecho de que un procedimiento como el de referencia, que llegó a convertirse en época postclásica en ordinario por ser el único

La cesión por derecho es un modo de transmisión del dominio de bienes en virtud del cual se simula una controversia y se ejercita una acción reivindicatoria (*reivindicatio*) en la etapa *in iure* del procedimiento de las acciones de ley. Para ello, previamente de acuerdo, han de concurrir demandante y demandado, adquirente y transmitente, respectivamente, ante el Magistrado, afirmando el primero haber sido desposeído de su propiedad por el demandado, quien en realidad es el actual dueño. Bien el reconocimiento o *confessio in iure*, bien el silencio o allanamiento traslativo del demandado a la pretensión adquisitiva del actor o *cessio in iure*, excluyen la *litis* y dan paso a la vía ejecutiva, otorgando el

sistema procesal en uso, lleve el nombre de extraordinario; esto es debido, según el referido autor, a razones históricas, pues este procedimiento había estado vigente desde tiempos remotos con carácter excepcional “siendo su aplicación más antigua resolver las diferencias surgidas entre los particulares y la comunidad organizada de ciudadanos por contratos celebrados entre ambos”.

Tanto el procedimiento de las *legis actiones* como el procedimiento formulario, que forman el *ordo iudiciorum privatorum*, se dividen en dos partes. La primera, fase *in iure*, se sustancia ante el Magistrado, órgano del Estado investido de *imperium* y titular de la *iurisdictio*, que prepara la cuestión y encauza la tramitación; y la segunda, fase *apud iudicem*, ante el Juez, que no es autoridad ni órgano del Estado, sino un particular o árbitro privado nombrado al efecto por el Magistrado que decide la cuestión emitiendo su *sententia*; al no estar el *Iudex* investido de *imperium* ni tener *iurisdictio* no puede resolver la cuestión dando una orden sino emitiendo un parecer; su función es la *iudicatio* o facultad de emitir una opinión dictando una sentencia que será inapelable, y se basa en el *officium* que, como dice IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, Historia e Instituciones*, 11ª edición revisada con la colaboración de Juan IGLESIAS REDONDO, Barcelona, Ariel, 1993, p. 188, “tiene su apoyo en el juramento hecho a la hora de ser nombrado y por el que promete fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo”.

En la fase *in iure* de la *legis actio* las partes comparecen ante el Magistrado quien, tras exponer el actor su pretensión, puede conceder o denegar la acción. Si la concede, el demandado podrá bien reconocer el derecho alegado por el actor, en cuyo caso estamos ante la *cedit in iure* que pone fin al proceso, bien oponerse al derecho alegado, en cuyo caso el proceso continúa a través de la *litis contestatio*. En este acto formal, las partes actúan ante el Magistrado haciendo, en presencia de testigos, las declaraciones solemnes y gestos rituales propios de la acción de ley de que se trate; estas declaraciones y gestos se entienden como un convenio arbitral ante testigos en el que se fijan los límites del litigio y se designa un Juez, cuya decisión prometen acatar. En el procedimiento formulario, en la fase *in iure*, concedida la acción por el Magistrado y una vez fijadas las posiciones de las partes, se redacta la fórmula dentro de la que se distinguen las siguientes partes: el nombramiento del juez; la *intentio*, en la que se expresa la pretensión del actor o contenido de la demanda; *demonstratio*, que explica la causa por la que se reclama; *condemnatio*, parte que otorga al Juez la facultad de condenar, siempre pecuniariamente, o absolver; *adjudicatio*, que sólo tiene lugar en los juicios divisorios y permite al Juez poner término a la comunidad, adjudicando a cada uno de los litigantes lo que le corresponde; *exceptio*, en la que el demandado hace una alegación que, de ser cierta, puede llegar a paralizar la pretensión del actor; *replicatio* del actor que argumenta contra la *exceptio* del demandado, *duplicatio* del demandado y *triplicatio* de actor; finalmente, la *praescriptio* o parte de la fórmula que limita el objeto del litigio concretando la reclamación y evita los efectos consuntivos de la *litis contestatio*. Finalizada la intervención del Magistrado, tanto en el procedimiento de las acciones de ley como en el formulario, empieza la fase *apud iudicem* ante el Juez; en esta fase las partes se citan recíprocamente para comparecer ante el *Iudex* y proceden a la práctica de la prueba de los hechos alegados. Una vez practicadas las pruebas, el Juez dictará sentencia que podrá ser condenatoria o absolutoria y deberá ajustarse fielmente a los términos de la *legis actio* o fórmula planteada.

A diferencia de los dos procedimientos anteriores, la *cognitio extra ordinem* se caracteriza por sustanciarse en una sola fase ante el llamado Magistrado-Juez, delegado del Príncipe, cuya sentencia sí puede ser recurrida ante el superior jerárquico. La tramitación de este procedimiento está caracterizada por la forma escrita: el actor presenta por escrito el *libellus conventionis* o libelo de emplazamiento y tras ser concedida la acción por el Magistrado-Juez, el demandado entregará el *libellus contradictionis* o libelo de contradicción. Comparecidas ambas partes, se inician los trámites orales en los que se reproducen las alegaciones formuladas en los respectivos libelos. La *litis contestatio* deja de ser un convenio arbitral y se convierte en un momento más del proceso en el que se determina el ámbito y extensión de los derechos que se reconocerán al actor en caso de obtener sentencia favorable. A continuación el Magistrado-Juez practica prueba de los hechos alegados, tras lo cual dicta sentencia, que, al emanar ya de un funcionario, deja de ser la opinión de un particular para convertirse en un acto estatal. La condena, en su caso, no será, como antes, necesariamente pecuniaria sino que se adaptará, en la medida de lo posible a la pretensión del actor. Véase, en cuanto al procedimiento en Roma, PANERO GUTIERREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 153-189.

Magistrado mediante la *addictio* la propiedad de la cosa a su nuevo dueño. En estos supuestos, al no producirse la *litis contestatio*, no se abre la fase *in iudicio* o segunda etapa del procedimiento desarrollada ante el *Iudex*.

Es de destacar la importancia que las ya mencionadas *Leges Iuliae* tienen para la institución de la jurisdicción voluntaria ya que, a pesar de introducir el procedimiento formulario, mantienen la vigencia de las *legis actiones* para dotar de solemnidad o autenticidad a determinados negocios jurídico-privados. De este modo, en la praxis comienzan a distinguirse los actos de *iurisdictio* en sentido estricto o contencioso, que serán sustanciados por el Magistrado mediante fórmulas, de aquellos supuestos en los que éste no interviene más que para autenticar o formalizar determinadas actuaciones voluntarias sin contienda entre las partes y que se siguen tramitando mediante el procedimiento de las acciones de ley a través del expediente de la *in iure cessio*. Estos últimos se corresponden con los que Marciano, por contraposición con los de jurisdicción contenciosa, denomina de *iurisdictio voluntaria*⁷.

Cabe plantearse si tal como se va perfilando y configurando la institución de la jurisdicción voluntaria en Derecho romano es o no auténtica *iurisdictio*. El carácter de la *in iure cessio* es especialmente interesante a estos efectos y debe analizarse de forma paralela al concepto de la *iurisdictio* en las distintas fases del Derecho y del proceso romano.

Se ha oscilado entre defender la jurisdiccionalidad de la *in iure cessio* desde su nacimiento hasta su desaparición en la época justiniana, a mantener por el contrario que nunca ha constituido un proceso, pasando por diversas teorías intermedias que entienden que las formalidades procesales de la *in iure cessio*, de cumplimiento obligatorio originariamente, experimentaron modificaciones a lo largo del tiempo. Lo cierto, no obstante, es que los cambios que sufren en el Derecho clásico las formalidades de la *in iure cessio*, tal como ésta se configura en la época republicana, no implican la pérdida de su naturaleza procesal.

Por tanto cabe afirmar que, aceptada su jurisdiccionalidad en la época republicana, todos aquellos actos que requieren de este expediente para su formalización a través del procedimiento de las acciones de ley quedan encuadrados dentro del concepto de *iurisdictio* en sentido técnico⁸.

⁷ En opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN no cabe duda de que la expresión *legis actio* puede ser aplicada sin discusión a la *iurisdictio* voluntaria. En las fuentes clásicas, salvo las referencias al viejo procedimiento de las acciones de ley, el término *legis actio* se utiliza para calificar el acto o la competencia del Magistrado para intervenir en los supuestos que Marciano denomina de *iurisdictio* voluntaria. La correspondencia entre estas instituciones se pone de manifiesto además por la equivalencia de los supuestos mencionados en las fuentes en relación con ambas. El empleo de este término *legis actio* en vez de *iurisdictio* se debe, a juicio del autor, al deseo de los jurisconsultos de destacar el carácter meramente formal del ejercicio de la *iurisdictio* por el Magistrado en las mencionadas actuaciones de jurisdicción voluntaria. Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., p. 62.

⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., p. 48, considera como argumento fundamental para mantener el carácter jurisdiccional de la *in iure cessio* en las épocas republicana y clásica el hecho de que ésta se concluya mediante una *addictio*, que es un típico pronunciamiento jurisdiccional.

En la época clásica, la relajación de las formalidades procesales de la *in iure cessio* y de la *legis actio*, la difuminación del concepto de *iurisdictio* y el carácter cada vez más negocial de este tipo de actos voluntarios, nos llevan a concluir que estas actuaciones llamadas de jurisdicción voluntaria se entienden comprendidas en la *iurisdictio*, pero entendida ésta en un sentido más amplio o genérico del término, que si bien tiene como objeto común y tradicional la intervención del Magistrado en la controversia, también acoge la regulación de relaciones privadas sin contienda.

El término *iurisdictio* en Derecho romano, que no se puede asimilar de forma absoluta a la jurisdicción tal y como la entendemos en la actualidad, indica el poder de que está investido el Magistrado, la actividad que éste realiza, e incluso la función para cuyo cumplimiento le es atribuido el correspondiente poder⁹. La *iurisdictio* encuentra su fundamento en el *imperium*, que acoge por su parte, según opinión comúnmente admitida por los romanistas, todas las facultades atribuidas a los Magistrados¹⁰; en las referidas épocas republicana y clásica, es competencia

⁹ La doctrina mayoritaria, a la que se adhiere FERNÁNDEZ DE BUJÁN, entiende que la *iurisdictio* está integrada por “un conjunto autónomo de poderes de magistrado, distintos del *imperium* (...), pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento”. Para un estudio detenido del contenido y fundamento de la *iurisdictio* romana, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., pp. 39-44 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 5, diciembre 2005. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 4 de noviembre 2014; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., pp. 39-44.

¹⁰ Durante la república romana, los Cónsules son los Magistrados por excelencia que imparten justicia en virtud del *imperium* de que están investidos. Como punto de inflexión en la evolución de la *iurisdictio*, se ha destacado la creación de la Pretura por las *leges Liciniae* en el año 367 a.C.; es en este momento cuando se atribuye por primera vez a un Magistrado, el Pretor, la *iurisdictio* como competencia específica; y es en este mismo momento en el que se discute si se puede comenzar a hablar en Roma de la llamada *iurisdictio voluntaria*, en base a la disociación de competencias jurisdiccionales entre Cónsules y Pretores, asumiendo estos últimos la competencia en materia de jurisdicción contenciosa y reteniendo los primeros la competencia en materia de jurisdicción voluntaria, lo que quizás resulte excesivo siete siglos antes de su formulación real por Marciano. Entiende FERNÁNDEZ DE BUJÁN que la delimitación de la competencia jurisdiccional entre Cónsules y Pretores no se debe tanto a una prescripción expresa de las *leges Liciniae*, sino a un gradual debilitamiento del poder jurisdiccional de los Cónsules. Añade que parece poco probable que en siglo IV a.C. existiera una categoría unitaria de actos dogmáticamente afines a la *iurisdictio voluntaria*. Parece discutible que los Cónsules queden desprovistos de toda competencia en asuntos contenciosos a partir de las *leges Liciniae*, si bien de lo que no se duda es de que conservan la competencia en determinadas actuaciones que requieren para su validez la realización de una *legis actio*, en las que se finge una *vindicatio* a modo de controversia simulada para adquirir y transmitir un bien.

En la República, además de los Pretores, Magistrados por excelencia a partir del siglo IV a.C., serían competentes dentro de Roma para conocer asuntos de la denominada *iurisdictio* voluntaria los Magistrados provistos de *imperium*: el *Dictator* tenía competencia jurisdiccional en todo el territorio de la comunidad política; también estaban legitimados para ejercer la jurisdicción voluntaria, el *Interrex*, los *Decemviri legibus scribundis* y los *Tribuni militum consulari potestate*; en cuanto a los Censores, los Ediles y los Cuestores, la mayoría de la doctrina sostiene la falta de competencia en esta materia; tampoco fueron competentes en materia de jurisdicción voluntaria los Ediles curules, circunscribiéndose su actividad a los supuestos relacionados con la protección de las costumbres; en relación a los Tribunos de la plebe las fuentes parecen contradictorias sobre si en algún momento tuvieron competencias en materia de jurisdicción voluntaria; lo cierto, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, es que todos aquellos supuestos en que los Tribunos aparecen sustituyendo en sus funciones a los Pretores o a los Cónsules, se encuadran dentro del ámbito del procedimiento contencioso. Al Pretor peregrino le correspondía en la jurisdicción voluntaria la misma competencia que tenía el Pretor urbano, si afirmamos su competencia jurisdiccional sobre los *cives romani*; finalmente, en cuanto al *Praefectus urbi*, sustituto del Pretor cuando éste salía de Roma de forma excepcional, tampoco duda el autor sobre su competencia en los supuestos de la denominada jurisdicción voluntaria.

exclusiva de los mismos. El Juez privado del *ordo iudiciorum privatorum*, constituido tanto por el procedimiento de las *legis actiones* como el procedimiento formulario, no ostenta la *iurisdictio*.

En la época postclásica se desdibuja la naturaleza procesal del instituto de la *in iure cessio* y por ende el de las actuaciones formalizadas a través del mismo; aun siendo idea comúnmente admitida que los referidos actos en los que interviene el Magistrado sin existir controversia no son auténtica jurisdicción sino una derivación de su *imperium*¹¹, la disgregación de los conceptos de proceso y *iurisdictio* y la deformación de este último determinan la inclusión de los mismos en la noción de *iurisdictio*, ahora entendida como cualquier actuación llevada a cabo ante el Magistrado¹². Y es por ello por lo que el llamado Magistrado-Juez, titular de la *iurisdictio* y concedor del nuevo procedimiento *extra ordinem*, a pesar de no estar investido del *imperium* -propio del Magistrado en las épocas republicana y clásica- en el que se han entendido fundadas las competencias en materia de jurisdicción voluntaria, va a seguir conociendo de las mismas.

Además de estos supuestos de *in iure cessio*, característicos de las épocas republicana y clásica, en la época postclásica se incluyen dentro de la categoría de actos de *iurisdictio voluntaria* una serie de actuaciones que requieren, por

Fuera de Roma, se crean las prefecturas para asegurar la justicia a todos los ciudadanos, dada la extensión de los territorios incorporados. Al frente de la Prefectura se encuentran los llamados *Praefecti iure dicundo*, que ejercitan una jurisdicción delegada del Pretor. Las partes pueden someter sus controversias a la jurisdicción del prefecto, por lo que si eran competentes para conocer asuntos de jurisdicción contenciosa, con mayor razón serían competentes para intervenir en una *legis actio* voluntaria, en la que los intervinientes concurrían ante el Magistrado previamente de acuerdo sobre el resultado final de su actuación.

Con posterioridad, ante la ampliación del Imperio, las prefecturas se sustituyen por la institución de los municipios, en los que sus Magistrados no tienen una jurisdicción delegada, sino autónoma e independiente, aunque inferior, de los Pretores de Roma, limitada no sólo en cuanto al territorio, sino también en cuanto a la naturaleza e importancia de las causas. Afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN que los Magistrados municipales sólo pueden intervenir en supuestos de *legis actiones* voluntarias si expresamente les han sido atribuidas competencias en la materia, con la excepción del nombramiento de tutores, competencia que les fue concedida con carácter general a todos los Magistrados municipales. Asimismo puede afirmarse que también tienen competencias en materia de jurisdicción voluntaria los cuatro *iuratores*, de rango consular, nombrados por Adriano, así como los cuatro *iuridici*, de rango pretorio, nombrados por Marco Aurelio, con jurisdicción en las cuatro circunscripciones en que quedaba dividida Italia.

Una nueva etapa tiene lugar con la creación de las provincias cuya justificación está en la necesidad de defensa militar que requiere la ampliación del territorio romano. Tanto los primitivos Pretores provinciales como los posteriores Procónsules y Propretores tienen competencias en aquellos asuntos que se denominarían de *iurisdictio voluntaria* por tratarse de Magistrados provistos de *imperium*.

En el Principado y en el Imperio, las competencias que se les atribuyen a los Cónsules no son de ámbito general, sino específicas para determinadas materias, entre ellas no cabe duda de su colaboración en supuestos de *iurisdictio voluntaria*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdictión Voluntaria en Derecho...*, cit., pp. 59-83.

¹¹ En este sentido FONT BOIX, Vicente, "El Notario y la jurisdicción voluntaria", VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965, *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 684: "la actividad que, en época posterior fue designada con el nombre de jurisdicción voluntaria, y que ya clásicamente ejercía el Magistrado era una derivación de su *imperium*, no de la *iurisdictio*".

¹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN concluye, en esta línea, que la aplicación del concepto *iurisdictio* a los supuestos que Marciano engloba dentro de la *iurisdictio voluntaria* supone una extensión de su uso, pero no una alteración de su significado. Véase a este autor en todo lo referente al carácter clásico y jurisdiccional de la denominada jurisdicción voluntaria. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *La Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., pp. 39-58.

disposición expresa de la ley, la intervención preceptiva de un Magistrado que culmina con un *decretum*¹³ que pone fin al procedimiento¹⁴; en estos casos ya no existe ficción procesal alguna y el Magistrado interviene a los efectos de declarar derechos, constituir relaciones jurídicas o conceder autorizaciones previa comprobación de la legalidad de lo pretendido.

Al final de la época justiniana o imperial, en la que el ámbito de la jurisdicción voluntaria es cada vez más amplio¹⁵, aparecen los que se consideran como precedentes del actual Notario, los *tabelliones*, profesionales dedicados a redactar actos jurídicos de los particulares.

En derecho romano, la figura del Notario tal como hoy la entendemos es desconocida. Los actos jurídicos están caracterizados por un rígido formalismo, los negocios son verbales y el documento excepcional y posterior al acto. Cuando los textos mencionan a los *Notarii*, se refieren a unos simples taquígrafos a las órdenes del Magistrado. Es, como decimos, a final de la época justiniana cuando aparece la figura del *tabellio*. Éstos empiezan a asumir competencias en materia de jurisdicción voluntaria negocial, documentando negocios jurídicos entre particulares, así como en determinados asuntos afines en los que la intervención del Magistrado no resulta preceptiva.

Esta situación se va a prolongar durante toda la Edad Media, en la que se mantiene la denominación romana, si bien se produce una evolución tanto en el contenido de la institución, como en la autoridad que de forma habitual la conoce.

La *iurisdictio voluntaria* comprende no sólo aquellos actos conocidos por los Jueces a instancia de un interesado o de varios *in volentes*, sino que ya en la Alta Edad Media se empiezan a atribuir competencias en la materia a los Notarios por su especial vinculación con los Jueces y Tribunales: primero como profesionales adscritos a los Tribunales laicos y eclesiásticos y posteriormente como titulares de Juzgados, los llamados *iudices chartularii*, que paulatinamente van asumiendo la

¹³ Como nos recuerda FERNÁNDEZ DE BUJÁN, la expresión clásica "*decretum*" es utilizada en la actualidad en algunas legislaciones, como la alemana y la italiana, para referirse a las resoluciones judiciales por las que se pone fin a los expedientes de jurisdicción voluntaria. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 5, diciembre 2005, disponible en <http://www.iustel.com>, fecha de última consulta 4 de noviembre 2014.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria denomina asimismo "decretos" a las resoluciones dictadas por los Secretarios Judiciales, hoy Letrados de la Administración de Justicia, en aquellos asuntos en que se les atribuye competencia (cfr. art. 19 LJV), al amparo de lo dispuesto en el artículo 456.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

¹⁴ Puede afirmarse, con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que en los supuestos de jurisdicción voluntaria negocial se tutelaba un interés privado, en tanto que en los supuestos de intervención preceptiva de un Magistrado se habrían de tutelar intereses públicos. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "El problema de la naturaleza jurídica...", cit. p. 22 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *La Jurisdicción voluntaria*, cit. p. 82.

¹⁵ En opinión de LIÉBANA ORTIZ, "en la época imperial, la llamada jurisdicción voluntaria ya tenía un campo de aplicación enorme, incluyéndose en su concepto: el uso de hacer transcribir por funcionarios públicos investidos del *ius actorum conficiendorum*; los más importantes actos jurídicos en los Registros públicos, como las donaciones o los testamentos; así como la actividad de los *tabelliones*". LIÉBANA ORTIZ, J. R., "Sobre la jurisdicción voluntaria...", cit., p. 6.

función de autorizar contratos entre partes, expidiendo los correspondientes documentos en forma de sentencia, incluso cuando por no existir contienda entre los interesados se ponen de acuerdo sin la presencia del Juez. Esta nueva ficción legal, unida al hecho de que en la Edad Media los escribanos o Notarios tienen la cualidad de “funcionarios públicos fungibles con el juez”¹⁶, permite que se siga hablando de jurisdicción voluntaria para referirse a actos que no implican el ejercicio de actividad jurisdiccional propiamente dicha¹⁷.

Es de destacar cómo en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, en el que se comentan e interpretan los principios del Derecho romano, se atribuyen competencias a los escribanos para redactar documentos en los que se contengan actuaciones referentes, entre otros negocios jurídicos, a manumisiones, adopciones o emancipaciones, considerados dogmáticamente como actos de *voluntariae iurisdictionis*¹⁸, tal como son denominados en el mismo.

Hasta los siglos XI y XII, la ausencia de un Notariado dotado de fe pública se suple con la presencia de un Magistrado que interviene sin litigio colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico para el cual se finge la existencia de un proceso.

Es en ese momento, con el surgimiento del Notariado moderno, cuando se atribuye a estos profesionales del derecho las funciones de formalización y documentación de actos jurídicos entre particulares que hasta entonces, aunque quizás sólo formalmente y a modo de juicios fingidos, eran consideradas como *iurisdictionis*. Estos juicios aparentes se sustituyen por una comparecencia ante el Notario. Los documentos notariales adquieren mediante la cláusula *guarentigia* la

¹⁶ LIÉBANA ORTIZ, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 7.

¹⁷ CHIOVENDA refleja con suma claridad la evolución que fue experimentando la configuración de la jurisdicción voluntaria en Derecho medieval cuando afirma “llamóse con denominación romana *iurisdictionis voluntaria* en la doctrina y en la práctica del proceso italiano medieval al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de más interesados “*in volentes*”, y el nombre se usó también para designar entre tales actos aquellos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios (de los procesos simulados ante el juez pásase a la constitución de instrumento con cláusula de garantía expedida por notarios, llamados por esto *judices chartularii*)”, CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor Jose Casais y Santaló, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1922, p. 384.

¹⁸ Como recuerda LIÉBANA ORTIZ, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 8, las Partidas ya contienen la totalidad de los negocios que en la época se entienden como de jurisdicción voluntaria. Así por ejemplo, en la glosa (nota a) a la ley I, tít. XIII de la Partida Tercera, Paulo y Bartolo tratan del *modum voluntariae iurisdictionis*; en la glosa (nota b) a la ley XCVI, tít. XVIII de la Partida Tercera, se plantea la duda de si para los actos que son de *voluntariae iurisdictionis* puede el tutor nombrar procurador; en la glosa (nota h) a la ley LX, tít. XVIII de la Partida Tercera, se trata del *decretum* judicial para la enajenación de bienes inmuebles de menores. Consultada edición facsímil del BOE de 1774 de Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Majestad, I-VII, Salamanca 1555. Puede verse en este mismo sentido FAIRÉN GUILLÉN quien, con referencia a las Siete Partidas de Alfonso X, afirma que “la línea de evolución del proceso civil español puede decirse que no rebasaba los cauces y pautas marcados por aquella obra”; Y que “si hay una obra fundamental del Derecho que haya tenido gran influencia sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, ésta es la de las llamadas Siete Partidas”. FAIREN GUILLEN, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal. Historia. Teoría general*. Tomo I, Madrid, Tecnos, 1969. p. 29 y el mismo autor en “Adiós a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2000, p. 311 y FAIREN GUILLEN, Víctor, “Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa: (el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 947-949.

misma eficacia que el *praeceptum de solvendo* dictado por el Juez. Nace, así, el instrumento *guarentigia* o documento público.

El Notario encuentra en estas actuaciones de formalización de negocios jurídicos lo que con el paso del tiempo se ha venido considerando una función notarial típica. Queda para el Juez la actividad propiamente jurisdiccional o *ius dicere* en los procesos civiles. No obstante, se mantienen asimismo como competencias judiciales determinadas actuaciones en las que el Magistrado ha intervenido en virtud de su *imperium*, y no como titular de la *iurisdictio*, y que en época romana postclásica, como hemos visto, debido a la ya mencionada deformación del concepto de jurisdicción y a que quizás los Jueces en aquél momento eran los únicos juristas que se encontraban en condiciones de asumirlas con garantías, se llevan al mismo con la denominación de jurisdicción voluntaria. Quizás esta confusión es la que ha permitido que en siglos posteriores se integren dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria actos no típicamente jurisdiccionales, pero que tampoco suponen estrictamente función típica notarial de formalización de negocios jurídicos¹⁹.

1.2.- Derecho moderno y contemporáneo

Con la llegada del Estado moderno se promulgan multitud de disposiciones jurídicas que actualizan el Derecho medieval con el fin de adaptarlo a la nueva época. Así, las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484 encargadas por los Reyes Católicos a Alfonso Díaz de Montalvo; la Nueva Recopilación promulgada bajo el reinado de Felipe II en 1567; y finalmente, la Novísima Recopilación promulgada en una Real Cédula de 1805. La regulación y contenido de la jurisdicción voluntaria no se ve afectada de forma sustancial por la labor recopiladora llevada a cabo a lo largo de los siglos XV a XIX, sino que sigue rigiéndose fundamentalmente por las normas contenidas en las Partidas, aún vigentes al no haber sido derogadas expresamente por ninguna de las recopilaciones²⁰. A pesar del esfuerzo recopilador, la dispersión existente en la regulación de las diferentes instituciones jurídico-procesales demanda, ya a mediados del siglo XIX, una adecuada

¹⁹ A este respecto DE LA CRUZ LAGUNERO, José Manuel, "Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial (Panorama actual de la doctrina notarial española)", Comunicación presentada al Tema II de la IV Jornada Notarial Iberoamericana (Acapulco, México, 1988). *Separata Revista de Derecho Notarial*, núm. CXLI-CXLII, julio-diciembre 1988, pp. 337-338. GÓMEZ-FERREZ SAPIÑA afirma, por su parte, que han sido razones de conveniencia histórica, como el hecho de que en determinadas épocas jurisdicción y administración estaban encomendadas a las mismas personas, las que han hecho que los Jueces asuman muchas de esas competencias consideradas de jurisdicción voluntaria sin ser actividades de carácter estrictamente jurisdiccional. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario", *VI Jornada Notarial Iberoamericana*, Quito, 1993. *Ponencias presentadas por el Notariado Español*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1993, p. 91.

²⁰ Particularmente reveladora resulta la reflexión de DOU Y DE BASSOLS sobre el estado de la ciencia jurídica sobre la jurisdicción voluntaria a principios del siglo XIX: "Voluntaria jurisdicción es la que se administra entre algunos de voluntad, o puro consentimiento de las partes, la qual sólo consiste, en acomodar el juez su autoridad a algunos actos de particulares, que quieren alguna cosa. En este número se cuentan la adopción, la manumisión de esclavos, la emancipación de los hijos, (...) y (...) se ve que no es necesario hacer dichos actos con formalidad de juicio, ni en el mismo tribunal, o sentado *pro tribunali* el juez, ni aun en el mismo territorio: todo esto parece muy conforme a la naturaleza de ellos". DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Vol II, Barcelona, Banchs Editor, 1975. p. 50.

compilación de la normativa vigente inspirada en los principios contenidos en las Siete Partidas²¹.

La denominación “jurisdicción voluntaria” se ha seguido utilizando en Derecho moderno, no sólo en nuestro ordenamiento, sino en gran parte de los ordenamientos civiles y procesales²²; otras legislaciones han intentado sustituirla, con escaso éxito, por expresiones diversas²³. Aunque se revela un tanto imprecisa por la imposibilidad de referir y aunar la totalidad de negocios y procedimientos que se acomodan en su seno, lo cierto es que las dificultades del lenguaje, la heterogeneidad de su contenido y la insuficiencia o falta de conclusión de las teorías propuestas sobre su concepto y naturaleza jurídica ponen de manifiesto la complejidad existente para encontrar una denominación más adecuada. Si a ello unimos el respeto debido a la tradición jurídica y el arraigo adquirido en la mayoría de las legislaciones, tenemos argumentos más que suficientes para mantener el uso de la expresión “jurisdicción voluntaria”²⁴.

La ficción procesal sobre la que nace la jurisdicción voluntaria en Derecho romano va relajándose con el paso del tiempo, si bien gran parte de aquellos actos y negocios que la dotaban de contenido se han consolidado como uno de los cometidos de la Administración de Justicia, lo que explica que se hayan venido regulando en nuestra legislación procesal civil.

La primera ley procesal con vocación general y sistematizadora en Derecho español es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que regula junto a la jurisdicción contenciosa, aunque con una extensión sustancialmente menor, tan sólo 209 artículos, la jurisdicción voluntaria, tanto en su doctrina general como en lo referente a cada uno de los diferentes expedientes. Desde la promulgación de esta Ley procesal civil se van sucediendo diferentes reformas que no prosperan hasta la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, que da lugar a la Ley de Enjuiciamiento Civil

²¹ Para un análisis detallado de la evolución legislativa en materia de jurisdicción voluntaria, véase LIÉBANA ORTIZ, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria...”, cit., pp. 4-15.

²² Como recuerda LIÉBANA ORTIZ, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 4, por influencia del Derecho español la denominación “jurisdicción voluntaria” se utiliza en la mayoría de los Códigos procesales de los países sudamericanos como Argentina, México o Uruguay.

²³ Expresiones como la italiana *Procedimenti in camera di consiglio*, la francesa *Jurisdiction gracieuse*, o la austriaca *Gerichtsbarkeit in Geschäften ausser Streitsachen* o jurisdicción en asuntos no contenciosos han resultado insatisfactorias y no han logrado sustituir, en los países en que se han pretendido introducir, a la denominación clásica *Jurisdiction volontaire*, *Giurisdizione volontaria* y *freiwillige Gerichtsbarkeit* que sigue siendo utilizada en la doctrina francesa, italiana y alemana, respectivamente, y en la propia legislación de dichos países. Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, 1ª edición, Madrid, Lustel, 2007, pp. 22-23.

²⁴ En palabras de CARNELUTTI “la denominación, si no es muy expresiva, tampoco es incorrecta, y, aunque sólo sea por la dificultad de encontrar una mejor, merece ser conservada”. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I, Traducción de la 5ª edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1989, p. 50. Otros autores, como ALCALÁ ZAMORA, discuten la denominación de forma más enérgica; así afirma este último que la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción porque en la variadísima lista de cometidos que la integran, es difícil encontrar uno sólo que satisfaga finalidades jurisdiccionales en sentido estricto y que ni siquiera se puede mantener que sea voluntaria, ya que para los interesados en promover la intervención del Juez, este último se perfila tan necesario como en la jurisdicción contenciosa, o más todavía: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Premisas para determinar la índole de la jurisdicción voluntaria”, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1974, pp. 117-118.

de 3 de febrero de 1881, cuyo Libro III, inspirado en la regulación contenida en su antecesora e integrado por los artículos 1811 a 2181, está dedicado a la jurisdicción voluntaria²⁵ y ha estado en vigor hasta la reciente publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El que las dos Leyes de Enjuiciamiento Civil promulgadas en el siglo XIX contengan una regulación sistemática de la jurisdicción voluntaria merece una valoración positiva, ya que con ello se pretende articular y dotar de coherencia jurídica, por primera vez en nuestra legislación, a una materia caracterizada históricamente por su dispersión y escasez normativa.

No obstante, con el paso del tiempo, el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se ha revelado como un cajón de sastre en el que el Legislador ha ido acomodando expedientes de naturaleza heterogénea por la mera dificultad de encontrar para ellos una sede científica y normativa más adecuada²⁶.

Ambas leyes decimonónicas son continuadoras de la denominación tradicional de “jurisdicción voluntaria” y están caracterizadas por mantener la naturaleza jurisdiccional de la institución.

Puede afirmarse, en consonancia con lo expuesto hasta ahora, que la razón principal por la que se ha venido hablando y se sigue denominando a la institución como “jurisdicción voluntaria” es por ser los Jueces y Tribunales, titulares de la potestad jurisdiccional, los órganos que desde el Derecho romano han tenido depositada casi en exclusiva la competencia en la materia²⁷.

²⁵ Como novedad más importante respecto a la regulación de la Ley Procesal de 1855 en materia de jurisdicción voluntaria, destacan los artículos referentes a los expedientes en materia de negocios de comercio debido, como afirma LIÉBANA, a la unificación del proceso civil y mercantil al suprimirse éste último. El Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 acaba con los Tribunales de Comercio y deroga la Ley de 24 de julio de 1830 de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio: LIÉBANA ORTIZ, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria...”, cit., pp. 12-14.

²⁶ En este sentido manifiesta GUASP que la regulación de la jurisdicción voluntaria en las leyes procesales decimonónicas junto a la jurisdicción contenciosa puede hacer pensar, sobre la base del antagonismo de los conceptos contencioso y voluntario, que estamos ante una dualidad de jurisdicciones. No obstante, en la doctrina y en el derecho positivo, se concibe la regulación de la jurisdicción voluntaria como parte final de la ordenación procesal, a decir de este autor, “quizás porque no tendrían otra sede científica donde desenvolver sus cuestiones fundamentales”. GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil (II), Procesos especiales y Jurisdicción Voluntaria*, 4ª edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese Alonso, Madrid, Civitas, 1998, p. 733.

²⁷ La mayoría de la doctrina está de acuerdo en este criterio “artificial” de oportunidad en base al cual se asignan a los Jueces a lo largo de la historia la competencia en materia de jurisdicción voluntaria. En palabras de GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)*..., cit., pp. 734-738. “sólo pueden alegarse razones de oportunidad en cada país y en cada época para justificar la atribución a jueces y tribunales de las tareas de la jurisdicción voluntaria. (...) cuando las funciones públicas no reconocen ningún otro conjunto de órganos más idóneos para ocuparse de la jurisdicción voluntaria, ésta queda fundada en esa razón, puramente contingente, de la dificultad de encontrar una solución mejor para su regulación. (...) [E]sta es una realidad presente, pero encaminando la reforma a un acercamiento de esta figura a aquellos otros sectores del derecho que verdaderamente asumen una fisonomía extraordinariamente próxima a la jurisdicción voluntaria.” Añade que “la concepción superficial que delimita las actividades del Estado en base a los órganos que las desenvuelven tiene aquí, por lo tanto, una comprobación de raíz simplista, pero inicialmente explicadora de la construcción de este fenómeno”. En este mismo sentido se manifiesta CALAMANDREI quien afirma que la denominación “jurisdicción voluntaria” deriva de la atribución a los Jueces, en otros momentos históricos, de la función de documentar acuerdos entre particulares, *inter volentes*, hoy atribuidos o susceptibles de ser atribuidos a los Notarios. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Según el nuevo Código*, Vol. I,

Esta realidad, que podemos justificar en la tradición, conveniencia, oportunidad, prestigio y seguridad jurídica que produce su intervención o incluso, según las épocas, en la imposibilidad de encontrar otros órganos o profesionales más adecuados, debe matizarse en la actualidad.

Lo cierto es que con la denominación “jurisdicción voluntaria” se refiere un considerable y heterogéneo grupo de negocios o procedimientos, de fines y naturaleza muy diversos, atribuidos o al menos susceptibles de ser conocidos no sólo por los órganos judiciales, sino también por otros operadores jurídicos que desarrollan una función típica estrechamente vinculada con la naturaleza de muchos de aquellos negocios.

La última reflexión en torno a la denominación de la jurisdicción voluntaria nos lleva a afirmar que, en puridad, sólo debieran seguir llamándose actos de jurisdicción voluntaria aquellos que, en la nueva configuración de la institución, vayan a continuar en la órbita judicial. Reservada la denominación tradicional para la llamada jurisdicción voluntaria judicial, la no judicial quedaría integrada nominalmente en la categoría de “expedientes o actuaciones notariales o registrales”²⁸, “competencias notariales o registrales en garantía de derechos” como se ha propuesto²⁹, o, por qué no, en la de “competencias notariales o registrales para la tutela de derechos o relaciones jurídico-privadas sin contienda relevante”. Sin embargo, dando al término “jurisdicción voluntaria” un sentido más amplio, entendemos, sin lugar a dudas, aplicable también a estos nuevos expedientes la denominación de “jurisdicción voluntaria notarial o registral”. El

Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962, p. 192. En la misma línea argumental pueden verse ALLORIO, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal*, Tomo II, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1963, p. 30; y PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios...*, cit., p. 641.

²⁸ A este respecto afirma GIMENO GAMARRA que, al referirse al vasto contenido de la jurisdicción voluntaria, habría que pensar en la conveniencia de reservar la denominación de jurisdicción voluntaria sólo a alguno de los grupos indicados, o bien, dándole un sentido amplio a la denominación y concepto de la jurisdicción voluntaria, hacer las debidas distinciones y examinar como categorías distintas los diferentes actos que conforman su contenido. Si partimos del criterio histórico de qué se entendía por jurisdicción voluntaria en derecho romano, cuyo fin era dar forma y fuerza jurídica a actos y manifestaciones consensuales de voluntad privada, o incluso a actos y manifestaciones unilaterales, a los cuales convenía atribuir sanción jurídica mediante la intervención de la potestad pública, es indudable que la jurisdicción notarial es típicamente jurisdicción voluntaria; ahora bien, sigue argumentando, lo cierto es que en derecho romano, tales actos a los que se quería dar forma y fuerza jurídica se desarrollaban ante el Magistrado ante el cual se seguía un proceso ficticio con el objeto de conseguir para las estipulaciones negociales la fuerza de una sentencia. Si en derecho moderno se sigue utilizando esta denominación es por ser la función jurisdiccional la que habitualmente desempeñan jueces y tribunales, principales concededores de los actos de jurisdicción voluntaria; se añade el calificativo de voluntaria para diferenciarla de la verdadera y auténtica jurisdicción. En sentido estricto, concluye el autor, sólo deberían seguir llamándose actos de jurisdicción voluntaria a los actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contienda y a los de tutela o protección de derechos de los incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuida, también atribuidos a los jueces. GIMENO GAMARRA, Rafael, “Ensayo de una teoría general de la jurisdicción voluntaria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo, 1953, pp. 22-24.

²⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN quien entiende que, no obstante, por razones históricas y de derecho comparado, así como por la asimilación de las actuaciones propias de los diferentes operadores jurídicos en el ámbito exclusivo del pacífico ejercicio de los derechos, puede argumentarse a favor del mantenimiento del término “jurisdicción voluntaria” en relación con estos otros operadores jurídicos. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Notariado y Jurisdicción Voluntaria”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 8, 2007, en <http://iustel.com>. Fecha de última consulta 23 de enero 2015.

peso de la tradición y el valor convencional del lenguaje hacen de ella la opción preferible, a nuestro juicio, por ser la que mejor expresa el contenido y origen de estas nuevas actuaciones que, siendo tradicionalmente judiciales, hoy pueden y deben ser asumidas por estos otros operadores jurídicos.

2.- CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1.- La ausencia de litigio como elemento caracterizador del concepto de jurisdicción voluntaria: el límite de la controversia o contradicción

Con la expresión jurisdicción voluntaria se viene haciendo referencia comúnmente a aquellos procedimientos en los que se solicita la intervención del Juez, o éste interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, sin que exista contienda con otra persona. No obstante, de una somera lectura de los procedimientos específicos regulados en los ya derogados artículos 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, resulta la existencia de un número considerable de supuestos en los que existe un conflicto, si bien no con la entidad suficiente como para ser resuelto en el seno de un proceso contencioso.

Tradicionalmente se ha considerado que la ausencia de litigio es el criterio que delimita de forma sustancial a los actos de jurisdicción voluntaria de los actos de jurisdicción contenciosa, caracterizados por la contradicción existente en la relación jurídica que constituye su objeto³⁰.

Pero no ha sido un criterio exento de polémica, sino más bien al contrario, este aspecto relativo a la ausencia de oposición entre partes conocidas y

³⁰ MANRESA afirma en esta línea que la jurisdicción contenciosa será la que ejercen los Jueces en virtud de su investidura para conocer de las cuestiones, contiendas y litigios que se promueven entre dos o más partes y fallarlos con arreglo a derecho; y jurisdicción voluntaria, la que se ejerce por el Juez en todos los actos en que por su naturaleza, por el estado de las cosas o por voluntad de las partes no hay contienda, cuestión o litigio. Entiende, por tanto, que la diferencia entre una y otra jurisdicción consiste en que la contenciosa se ejerce por el Juez *inter invitos*, es decir, entre personas que, no habiéndose podido poner de acuerdo entre sí, se ven precisadas a deducir sus pretensiones ante los Tribunales, para que interponiendo su pública autoridad, administren justicia con arreglo a las leyes; en tanto que la voluntaria se ejerce, no *inter invitos*, sino *inter volentes*, es decir, a solicitud de una sola parte a quien interesa la práctica de una diligencia judicial, o entre varias personas que, hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan ministerio del Juez para imprimirles un sello de autoridad. Estima el autor que aun cuando en muchos casos puedan encontrarse casualmente en armonía las voluntades e intereses de las partes, no por eso puede decirse que la sentencia o decisión dada en una materia sujeta a litigio, deja de pertenecer a la jurisdicción contenciosa; puesto que existe ésta siempre que hay poder o facultad para obligar a una de las partes a que haga o deje de hacer lo que la otra reclama de ella. Mas no sucede lo mismo, a su juicio, en cuanto a la jurisdicción voluntaria: los actos que son objeto de ésta pueden pasar, y pasan con frecuencia, al dominio de la contenciosa; lo que sucede siempre que se presenta alguno a combatirlos; desde el momento en que esto ocurra, deben sustanciarse con arreglo a los trámites establecidos para el juicio a que correspondan. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de J. Morales, 1856. pp. 2-3.

determinadas es el que más debate ha suscitado en la doctrina y en la legislación en torno al concepto de jurisdicción voluntaria³¹.

Como venimos viendo desde el principio de este capítulo, en Derecho romano el Magistrado interviene en los actos de jurisdicción voluntaria como garante de la observancia del ordenamiento jurídico o como autorizante para dotar de validez al acto o negocio jurídico en cuestión. Originariamente, no se siente la necesidad de distinguir entre *iurisdictio voluntaria* y *iurisdictio contentiosa*; configuradas unitariamente en torno al Magistrado, ambas emanan de su *imperium*. Será con la creación de la magistratura del Pretor cuando paulatina y progresivamente y de forma paralela al debilitamiento de las funciones jurisdiccionales de los Cónsules, se van deslindando ambas esferas, al entender que los actos que requieren de la intervención excluyente de aquél tienen la consideración de *iurisdictio contentiosa* y aquellos asuntos o negocios jurídico-privados en los que no hay contienda y que con el tiempo serán denominados de *iurisdictio voluntaria*, quedan a cargo de los Cónsules u otros Magistrados³². Más tarde, como también hemos visto, se va consolidando en la praxis esta tendencia al mantener las *Leges Iuliae* la vigencia de las *legis actiones* para dotar de solemnidad o autenticidad a determinados negocios jurídico-privados sin contienda entre partes, en tanto los actos de *iurisdictio*, en sentido estricto o contencioso, son sustanciados por el Magistrado mediante el procedimiento formulario.

Formalmente, la contraposición *iurisdictio voluntaria* y *iurisdictio contentiosa* aparece por primera vez en el reproducido texto de Marciano, si bien el término *contentiosus* referido a la *iurisdictio* puede encontrarse en muy pocos textos y todos parecen ser de época postclásica o justiniana.

Si la *iurisdictio voluntaria* es aquella en que el Magistrado interviene ejercitando su actividad *inter volentes*, la *iurisdictio contentiosa*, por el contrario, se refiere a la actividad ejercida por los Magistrados en los procesos civiles, y penales a partir del siglo III d.C., y tiene lugar entre partes litigantes *-inter contendentes-*.

Este criterio delimitador de la existencia o ausencia de conflicto entre partes

³¹ La ausencia de conflicto como criterio determinante de la distinción entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa ha sido resaltada en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, a propósito del juicio de testamentaría. Por todas ellas, STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de julio de 1994 (LA LEY 925/1994, Ponente José Almagro Nosete) "() es lo cierto que el juicio voluntario de testamentaría, como su denominación denota, tiene un origen no contencioso, sino voluntario y ya esta característica establece una inicial barrera de separación entre el ámbito de lo que es contingentemente jurisdiccional y lo que es necesariamente jurisdiccional, como ocurre con el juicio declarativo ordinario". A ello se añade "() "que no se puede negar virtualidad al juicio declarativo incoado, puesto que, sin perjuicio de que la amplitud de las cuestiones que se debaten, escapan del ámbito del juicio de testamentaría en cuanto que desde el momento de iniciado existen discrepancias entre las partes respecto de los bienes que integran la masa hereditaria, es notorio que el juicio declarativo tiene eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretenden de la jurisdicción ordinaria, y como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia".

³² En este sentido puede verse, con las reservas y matices apuntados con anterioridad, ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULÉ, José, *Instituciones de Derecho Procesal, Proceso Civil*, 2ª edición, Madrid, Trivium, 1994, pp. 969-970.

llega indemne hasta nuestra legislación procesal moderna.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que regulaba la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria en sus Libros II y III, respectivamente, definía en su artículo 1811 los actos de jurisdicción voluntaria, en idénticos términos al artículo 1207 de su antecesora de 1855, como “aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”.

Como se ha dicho³³, la definición dada en este artículo 1811 no puede destacarse por expresar con claridad qué es o en qué consiste la jurisdicción voluntaria, pero de ella sí resulta, *a contrario sensu*, lo que debe entenderse por jurisdicción en sentido estricto: aquella en que existen sujetos jurídicos en posiciones contrapuestas, en definitiva, aquella en que existe proceso.

La vieja Ley procesal acoge, siguiendo la tradición histórica de la que venimos hablando, el criterio de la no contradicción o contenciosidad como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, aunque sin contener una regulación general y sistemática al respecto³⁴. El artículo 1817 de la misma Ley Procesal de 1881 completa la previsión legal y regula el paso de un tipo a otro de jurisdicción al afirmar que “[s]i a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente³⁵ sin alterar la situación que tuvieran al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuera objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía”³⁶. Sin referencia a limitación temporal alguna, se entiende que la oposición puede formularse en cualquier momento mientras el procedimiento no haya concluido.

Además de esta regla general, tal como tiene declarado la jurisprudencia del

³³ BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio 1992, p. 23.

³⁴ El artículo 1813 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 puede considerarse como “un reflejo del principio contradictorio” en los expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando dice que “[s]i el que promoviere el acto pidiere que se oiga a alguna otra persona o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el Juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escribanía por un breve término, que fijará el Juez según las circunstancias del caso”. Por tanto, podría afirmarse *a contrario sensu* que, cuando un tercero interesado en un expediente de jurisdicción voluntaria manifieste no un mero interés, sino un derecho subjetivo frente a la solicitud del promotor de dicho expediente, debemos entender formulada una oposición suficiente para que el expediente dé paso al juicio contencioso correspondiente. Véase en este punto a FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *La Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 40-41.

³⁵ FAIRÉN GUILLÉN señala como presupuestos para que pueda llevarse a cabo la transformación del expediente de jurisdicción voluntaria en contencioso los siguientes: la preexistencia de capacidad para ser parte procesal de quien solicita dicha transformación; que dicho solicitante tenga, asimismo, un interés en la transformación; y que la solicitud de transformación vaya fundamentada. FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria...”, cit., pp. 952-953.

³⁶ La referencia que el artículo 1817 hace, en su último inciso, “al juicio que corresponda según su cuantía”, ya se entendía derogada al amparo de la Disposición Derogatoria Única 1. 1ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual “[e]n tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, las referencias al procedimiento contencioso procedente contenidas en el Libro III se entenderán hechas al juicio verbal”.

Tribunal Supremo³⁷, se reconoce a la oposición efectos especiales en determinados expedientes. Así, junto a los supuestos en que la contradicción implica el sobreseimiento del expediente y su transformación en contencioso³⁸, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 prevé otros en que la oposición interrumpe el expediente y determina de forma automática la apertura de la vía contenciosa para sustanciar la oposición³⁹ y otros actos de jurisdicción voluntaria en los que de las disposiciones previstas resulta que la oposición no supone el sobreseimiento ni la interrupción del expediente, sino que éste debe seguir su tramitación por los cauces legales previstos hasta que recaiga la correspondiente resolución, pudiéndose ventilar la oposición en el mismo expediente y quedando a salvo el derecho de los interesados para que lo hagan valer en un posterior proceso contradictorio⁴⁰.

³⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 1950 (1014/1950, Ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas, Repertorio de Jurisprudencia, año 1950, Tomo XVII, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1950), en asunto relativo al depósito de mujer casada, afirma que “a pesar de los términos de generalidad en que está redactado el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su precepto no es de aplicación absoluta a todos los actos de jurisdicción voluntaria comprendidos en el Libro III de dicha Ley, no sólo por lo prevenido en el artículo 1824, en el que se declara que no son extensivas las disposiciones de los artículos que la preceden a los actos regulados expresamente si se oponen a lo que se ordena respecto a ellos, sino también por haber establecido la jurisprudencia de esta Sala otros casos de excepción, habida consideración a la naturaleza del acto y fin que en el mismo se persigue”; es por ello, que tendrá lugar la posposición del juicio contradictorio a la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria cuando la aplicación del artículo 1817 contradiga la naturaleza del acto y el fin que en el mismo se persigue o bien en aquellos casos en que el acto tenga carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor. En este sentido, ha afirmado GIMENO GAMARRA, R., “Ensayo de una teoría general...”, cit. p. 53, que, a pesar de su denominación de “voluntaria”, en determinados actos de jurisdicción voluntaria se ejerce coacción y se cumplen deberes, por lo que la oposición sin más no debe hacer contencioso el expediente. En la misma línea argumental, FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 954, concluye que quedan exceptuados del ámbito del artículo 1817 aquellas cuestiones o asuntos en los que el carácter de *ius cogens* o el carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor imponen *ope legis* su indisponibilidad procedimental en cuanto a su finalización, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir al juicio correspondiente, poniendo como ejemplos la protocolización del testamento verbal o la apertura del testamento cerrado.

³⁸ En estos casos el expediente concluye sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto; pero su transformación en contencioso no se produce de forma automática, sino que es necesario que los interesados, bien el solicitante bien el opositor, formulen nueva demanda promoviendo el juicio declarativo que corresponda, pudiendo entenderse que el procedimiento se reanuda pero convertido ahora en contencioso. GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, “Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 16, 1996 (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción voluntaria / Bienvenido González Poveda (dir.)), pp. 38-39.

³⁹ Bien a través del juicio verbal, como en las oposiciones que se deduzcan en las declaraciones de ausencia (art. 2032 LEC 1881); bien del procedimiento incidental, como ocurre en las cuestiones que se susciten en las habilitaciones para comparecer en juicio de los menores no emancipados (art. 1999 LEC 1881) o en sede tutela o curatela (art. 1873 LEC 1881); bien por los trámites del juicio ordinario que corresponda según la cuantía, como en la aprobación de operaciones particionales (art. 1088 LEC 1881).

⁴⁰ Como ejemplos de estos casos en que el legislador prevé que la oposición no hace contencioso el expediente, encontramos en la Ley procesal de 1881 la protocolización del testamento ológrafo en la que, por ejemplo, puede surgir la oposición de un heredero, diferente del heredero mejorado que solicita la protocolización, alegando la falta de capacidad o la ausencia de libre voluntad del testador; en este caso, “[c]ualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda”, ex artículo 693 del Código Civil; o el caso de la requisa de víveres por el Capitán del buque, regulado en el artículo 2161.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en virtud del cual si los dueños de los mismos no se conforman con que haya existido aquella necesidad o con el precio a que el Capitán quiera pagar los víveres, tanto el uno como los otros, para hacer constar los hechos, podrán promover una información judicial en el primer puerto donde arriben. Prestada la información, el Juez oír a los interesados en una comparecencia, y si en ella no se avinieren respecto al precio a que el Capitán haya de abonar los víveres, dará por terminado el acto, no obstante

Lo que subyace a esta regulación es que el legislador español del siglo XIX ya es perfectamente consciente de que son muchos los actos de jurisdicción voluntaria en los que, de forma implícita o incluso explícita, puede surgir, aunque no con carácter significativo, un conflicto de intereses. Superada la concepción meramente negocial y de ejercicio pacífico de los derechos de la jurisdicción voluntaria, la contradicción no relevante no es ajena a la institución. Piénsese, entre otros, en los deslindes y amojonamientos, el nombramiento y remoción de tutores, nombramiento de defensor judicial, albaceazgo o nombramiento de contadores-partidores dativos en caso de desacuerdo de los herederos. Al mismo tiempo, se advierte en el ámbito de la jurisdicción contenciosa la existencia de procedimientos en que el interés es único o la contradicción no se da, como en el caso del allanamiento o la rebeldía⁴¹.

Aún más, se puede afirmar que si se acude al órgano judicial en muchos casos de jurisdicción voluntaria es precisamente por el desacuerdo existente entre los interesados. Así ocurre en supuestos de derecho de familia en los que es evidente la falta de acuerdo entre los padres sobre el modo de ejercer la patria potestad, o entre los cónyuges sobre el modo de administrar los bienes gananciales⁴². Pero si se opta por el expediente de jurisdicción voluntaria para resolver estos conflictos o si el propio legislador aboca a ello a los interesados, es precisamente en la confianza de poder conseguir de forma eficiente una solución altamente satisfactoria para los titulares de los diferentes intereses en juego y siempre amparada por el ordenamiento jurídico.

En la práctica, por tanto, el principio de que la oposición a un expediente de jurisdicción voluntaria implica su conversión en contencioso, tiene numerosas excepciones. Hasta el punto, como se ha dicho⁴³, de convertirse en principio general el contrario, esto es, que la oposición no esencial no hace contencioso el expediente.

Y ello es así porque en estos supuestos, pese a existir ese cierto grado de

oposición, con reserva a sus dueños de la acción que les corresponda para que la ejerciten en juicio contencioso.

⁴¹ Véase al respecto CHIOVENDA cuando afirma que el proceso puede darse sin contienda, como ocurre en la renuncia del actor o el juicio en rebeldía y que puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión adversaria, como en el allanamiento; al tiempo que la jurisdicción voluntaria a veces reviste la forma de un auténtico proceso contencioso como ocurre por ejemplo en las cuestiones que pueden surgir entre el tutor y el Consejo de Familia, o los desacuerdos entre cónyuges sobre el modo de ejercicio de la patria potestad o sobre la administración o disposición de bienes gananciales. Incluso dice que la coacción es carácter exclusivo del proceso, aunque puede haber resoluciones de jurisdicción voluntaria que tengan ese carácter obligatorio; que puede faltar la declaración irrevocable en el proceso y puede obtenerse esa declaración con actos no procesales como una resolución administrativa. CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., p. 385.

⁴² En este sentido la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria rubrica la Sección 2ª del Capítulo II dedicado a la intervención judicial en relación con la patria potestad como “De la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad” y el Capítulo III “De la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales”.

⁴³ Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)”, *Actualidad civil*, núm. 4, 2001, p. 1284.

litigiosidad⁴⁴, la ley dispone que los efectos jurídicos pretendidos deben alcanzarse mediante el acto de jurisdicción voluntaria inicialmente planteado, por su urgencia, por el carácter atenuado de la contradicción o incluso por el carácter coercitivo que se ejerce sobre la voluntad del opositor.

Atendiendo a estas reflexiones previas, no es de extrañar que la configuración tradicional de la jurisdicción voluntaria, basada en la ausencia de controversia o contradicción, venga exigiendo, desde hace años, una revisión, con la finalidad de adaptarse a la realidad jurídica actual que ha ido reconduciendo a su ámbito otros muchos procedimientos específicos de origen diferente⁴⁵. La heterogeneidad de los actos de jurisdicción voluntaria regulados en nuestro ordenamiento jurídico constituye, en efecto, la mayor dificultad para encontrar un elemento común a todos ellos que nos permita alcanzar conclusiones definitivas⁴⁶.

En aras de la revisión y actualización pretendidas, un sector de la moderna doctrina procesal se ha planteado si la ausencia de contienda puede configurarse en la actualidad como el elemento esencial de la jurisdicción voluntaria y determinante, al tiempo, de su distinción de la jurisdicción contenciosa⁴⁷.

A lo largo del *iter* legislativo que se inicia dando cumplimiento, con incomprensible retraso, al mandato contenido en la Disposición Final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero⁴⁸, se han ido alumbrando

⁴⁴ ALMAGRO NOSETE entiende que el límite de esta doctrina estaría en impedir que la contradictoriedad real no sea cegada definitivamente por un acto de jurisdicción voluntaria, de forma que, aunque se posponga el planteamiento de dicha contradictoriedad real hasta la finalización del acto de jurisdicción voluntaria o se entienda que la causa concreta de oposición deba quedar englobada en una más general de categoría superior, nunca sea sofocado el legítimo ejercicio a la jurisdicción, considerado desde la vertiente del derecho al proceso contencioso con todas las garantías. ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones...*, cit., p. 983.

⁴⁵ Se ha querido ver por algunos una peligrosa ampliación de la jurisdicción voluntaria a costa del ámbito de la jurisdicción contenciosa que, con el pretexto de simplificar procedimientos, puede llegar a enturbiar la distinción entre ambas. *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, "Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa...", cit., pp. 25-26.

⁴⁶ En este sentido se ha manifestado FERNÁNDEZ DE BUJÁN quien insiste en que en las últimas décadas, la institución "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". FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 18, junio 2012, pp. 5-6. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.

⁴⁷ A juicio de ALMAGRO NOSETE la existencia o ausencia de contradicción sería la nota diferencial del proceso y del acto de jurisdicción voluntaria, respectivamente, aunque no concuerde con la realidad. Entiende este autor que "así como la oposición de las partes se institucionaliza como característica esencial del proceso contencioso, hasta el punto que en determinados asuntos esta contradicción, aún inexistente en el plano real, se instituye en categoría jurídica que "finge" la realidad, como presupuesto de la organización estructural del proceso, así también la estereotipada organización no contradictoria del proceso voluntario, que da por inexistente el conflicto, puede encubrir y aún suponer explícitamente auténticas discrepancias entre sujetos a las que la ley no otorga relevancia para erigirlas en causas contenciosas y las conduce a soluciones de jurisdicción voluntaria". ALMAGRO NOSETE, José, "La Jurisdicción Voluntaria (I)", *Derecho Procesal*, Tomo I, (Vol. II), 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 545.

⁴⁸ La Disposición Final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que sustrae de su contenido la materia relativa a la jurisdicción voluntaria, establece que "[e]n el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria".

distintas definiciones legales de la institución en las que se ha dado diferente trato a la ausencia de litigio como elemento caracterizador del concepto de jurisdicción voluntaria.

Prevista expresamente la reforma de la jurisdicción voluntaria en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado por los principales grupos parlamentarios el día 28 de mayo de 2001⁴⁹, en diciembre de 2002, se constituye, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, una Ponencia que elabora una propuesta normativa asumida como Anteproyecto por el Ministerio de Justicia y publicada en su Boletín Informativo en octubre de 2005⁵⁰. El texto del Anteproyecto, en general bien aceptado, tomando en consideración las dudas existentes sobre la ausencia de conflictividad como elemento diferenciador de la jurisdicción voluntaria, se hace eco del nuevo perfil de la institución, que se pone de manifiesto por la existencia de una controversia atenuada en numerosos procedimientos específicos. Dispone en su artículo 1 que “[s]e 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”. El establecimiento de unas garantías procedimentales superiores a las existentes en la legislación anterior y la introducción de un adecuado sistema de recursos lleva a la Ponencia a afirmar en el artículo 18.2 que “[s]alvo 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, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocado o modificado en proceso declarativo promovido por persona legitimada”.

La previsión contenida en la propuesta de Anteproyecto de 2005 supone la desnaturalización de la configuración tradicional de la jurisdicción voluntaria, en la que el elemento básico y diferenciador respecto de la jurisdicción contenciosa pasa por ser la ausencia de contradicción o conflictividad, superando el texto de los artículos 1811 y 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Se propone admitir la oposición a la solicitud inicial con tramitación dentro del expediente, sin sobreseimiento del mismo, con recursos propios y sin declarar contenciosa la cuestión, que, en consecuencia, no se ve abocada a un proceso declarativo.

Revisada la Propuesta de la Ponencia en el Ministerio de Justicia, el Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006 aprueba el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y el 20 de octubre del mismo año aprueba su remisión a las Cortes Generales como Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵¹.

⁴⁹ Disponible en <http://www.uned.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

⁵⁰ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LIX, octubre 2005. Puede consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es>

⁵¹ Proyecto de Ley 121/000109 de 27 de octubre de 2006, de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 109-1 (a). Puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 23 de octubre de 2014.

Este Proyecto que el Gobierno envía a las Cortes respeta lo previsto por la Ponencia en relación al procedimiento general y a los diversos procedimientos especiales, si bien resucita el criterio de la ausencia de contienda como determinante de la jurisdicción voluntaria, con la sola excepción de aquellos expedientes en que estuviera comprometido el interés de un menor o incapaz, suprimiendo, en consecuencia, con algunas salvedades, el sistema de recursos previsto. En este sentido, superado el precedente histórico en virtud del cual se atribuye al Juez casi en exclusiva el conocimiento de todos los expedientes de jurisdicción voluntaria, dispone en su artículo 1 que “[s]e consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario, Registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de Derecho Civil y Mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados”. Completándose el perfil de la jurisdicción voluntaria con la previsión legal contenida en su artículo 7 conforme al cual: “Cuando durante la tramitación del expediente surja una controversia entre los interesados que impida su continuación se procederá a su archivo, excepto los expedientes en que esté comprometido el interés de un menor o incapaz, que continuarán tramitándose hasta su conclusión”.

Esta modificación en la regulación de la contradicción suscita una fuerte resistencia⁵², como se pone de manifiesto en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados donde se introduce una enmienda aprobada por mayoría que modifica en este punto el Proyecto y vuelve a reproducir, ya en el texto del Proyecto aprobado el 27 de julio de 2007⁵³, casi en idénticos términos, la redacción de la Ponencia.

La regulación de la oposición en los expedientes de jurisdicción voluntaria se convierte, pues, en uno de los caballos de batalla de la pretendida reforma. Como vemos, los diferentes textos prelegislativos propuestos pasan por mantener las dos opciones. Junto a la polémica doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, la ampliación de las facultades atribuidas a Notarios y Registradores de la Propiedad y, finalmente, el criterio de la supresión de la intervención de Abogado, esta falta de criterio unívoco acerca de la admisión o no de la contradicción en el procedimiento, es una de las razones técnicas que explican el fracaso de aquel primer intento de dotar a la materia de una regulación

⁵² De la lectura comparativa de ambos textos resultan modificaciones importantes en aspectos diversos que el Gobierno no llega a justificar. Por ello, enviado este Proyecto a las Cortes, encuentra una importante oposición que lo llevan al fracaso en el curso del trámite parlamentario. Como recuerda DE PRADA GONZÁLEZ, la oposición al Proyecto se puso de manifiesto en los informes emitidos tanto por el Consejo General del Poder Judicial, como por los Colegios Profesionales de los Abogados y Secretarios judiciales, quienes han argumentado que la atribución de funciones a los Notarios y Registradores en materia de jurisdicción voluntaria supondría la creación de una “justicia para ricos y otra para pobres”. DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “Reflexiones en torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 20, julio-agosto 2008, pp. 32-33.

⁵³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislatura, 24 de julio 2007, núm. 115 (a). Puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 23 de octubre de 2014.

sistemática y actualizada⁵⁴.

Un procedimiento como el que en su día se dispuso en el Proyecto de Ley de 2006 y como el que debe regular, en definitiva, la jurisdicción voluntaria, ha de estar revestido de las garantías procesales suficientes para que quede justificada la modificación del criterio contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y pueda preverse la concurrencia de una contradicción no relevante en la sustanciación del expediente. En este sentido, deben reforzarse los principios de audiencia, de disposición y de aportación de parte, admitirse la posibilidad de la práctica de todo tipo de pruebas y un adecuado sistema de recursos, así como la previsión de ausencia de cosa juzgada.

Lo contrario supondría aferrarse al viejo y superado esquema de una jurisdicción voluntaria estrictamente negocial. La supresión de la contradicción llevaría consigo importantes inconvenientes⁵⁵, en especial, la dilación en la resolución de las cuestiones planteadas, la pérdida del trabajo llevado a cabo por los operadores jurídicos en sede de jurisdicción voluntaria, así como el previsible menoscabo de la seguridad jurídica. Además, si se mantuviera la paralización o archivo de estos expedientes en caso de contradicción, resultaría inútil la atribución de competencias a otros profesionales del Derecho y no se conseguiría el propósito de la reforma de descargar de trabajo a Juzgados y Tribunales y racionalizar el sistema; en definitiva, se estaría mermando la eficacia de la jurisdicción voluntaria.

Esta situación estaba llamada a sufrir una modificación sustancial. Retirado aquel primer Proyecto por el Gobierno el día 24 de octubre de 2007, ha habido que esperar casi cinco años más para que la maquinaria legislativa se haya puesto de nuevo a funcionar en esta materia. Por Orden de 20 de abril de 2012, se constituye, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección especial destinada a la actualización de la Legislación Procesal Civil y a la regulación de la Jurisdicción Voluntaria⁵⁶. El día 1 de diciembre de 2012, esta Sección especial presenta al Ministerio de Justicia una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que acaba convirtiéndose en el texto del Anteproyecto que aprueba el Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2013⁵⁷, que ha dejado fuera de su ámbito determinados supuestos tradicionalmente considerados como de jurisdicción voluntaria y que, por criterios de racionalidad, oportunidad o utilidad, se han atribuido a otros operadores jurídicos. Casi un año después, el 1 de agosto de 2014, el Consejo de Ministros aprueba y remite a las Cortes Generales el

⁵⁴ Véase, DE PRADA GONZÁLEZ, José María, "Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, noviembre-diciembre 2007, pp. 70-74.

⁵⁵ En opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, suprimir *ex lege* la existencia de contradicción no sólo supone ponerse un velo ante la realidad, manifestada en las frecuentes vicisitudes que suelen producirse en la tramitación de un expediente, sino que menoscaba la propia esencia del procedimiento judicial, cualquiera que sea su objeto. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (II): La Jurisdicción Voluntaria en las Cortes Generales*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 28-31.

⁵⁶ Puede consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es>. Fecha de última consulta 27 de octubre 2014.

⁵⁷ Puede consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es>. Fecha de última consulta 7 de noviembre 2014.

Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, publicado en su Boletín oficial el día 5 de septiembre de 2014⁵⁸. Al igual que el Anteproyecto, considera expedientes de jurisdicción voluntaria en su artículo 1 “[t]odos aquellos que, estando legalmente previstos, requieren la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”. Vuelve a aflorar el criterio mantenido por la Propuesta de Anteproyecto de 2005, acertado a nuestro juicio, de admitir la contradicción en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Superado, ahora sí, con éxito, el trámite de debate y enmiendas en ambas Cámaras Legislativas, el día 3 de julio de 2015 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que admite definitivamente la existencia de contradicción en la materia. Con una redacción prácticamente idéntica a la de ambos textos prelegislativos, dispone en su artículo 1 párrafo 2 que “[s]e consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”⁵⁹. Y añade en su artículo 17.3 párrafo segundo que, salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, estableciendo como novedad, respecto de lo previsto tanto en el Anteproyecto de 2013, como en el Proyecto de 2014, un plazo de cinco días, a contar desde la citación, para que el interesado pueda formular la oposición.

Admitida, por tanto, con carácter general, la premisa de que la formulación de oposición en los expedientes de jurisdicción voluntaria no los convierte en contenciosos de forma automática y aceptado, no obstante, que existen excepciones en las que no se puede obviar la potencial concurrencia de una contradicción no relevante, debemos plantearnos dónde está el límite de la contienda o contradicción y cuáles son sus efectos. O dicho de otra forma, qué clase de oposición es la que puede convertir un expediente de jurisdicción voluntaria en un proceso auténtico, para de este modo saber, como bien se ha afirmado, cuándo debemos abandonar el camino y procedimiento de la jurisdicción voluntaria y pasar a acogernos a un camino y procedimiento de la vía contenciosa⁶⁰. Subyace además la idea de que la esencia de la contradicción existente en un proceso contencioso es distinta de la naturaleza de la oposición que puede suscitarse en un

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 24 de septiembre 2014, núm. 112-1 (a). Puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 9 de noviembre de 2015.

⁵⁹ Una enmienda introducida en el Senado en el texto del artículo 1.2 hace suprimir, desafortunadamente a nuestro juicio, la expresión “estando legalmente previstos” de su tenor literal. Con esta expresión entendemos que el prelegislador había tratado de dotar de la necesaria certidumbre a la tradicional indefinición del contenido de la jurisdicción voluntaria. La motivación de esta enmienda se basa en no limitar la capacidad de Jueces y Tribunales para apreciar la existencia de procedimientos de jurisdicción voluntaria atípicos, con lo que ello supone de incertidumbre e inseguridad jurídica. Véase enmienda 576 firmada por el Grupo Parlamentario Socialista. <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 10 de noviembre 2015.

⁶⁰ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 945.

expediente de jurisdicción voluntaria⁶¹, que nunca puede ser una oposición sustancial o al fondo del asunto que haga perder su legitimidad a la resolución que se dicte.

El contradictor ha de tener interés legítimo para poder formular su oposición que, en todo caso, debe versar sobre el mismo objeto que el expediente de jurisdicción voluntaria y no implicar un conflicto con relevancia jurídica del que derive una auténtica pretensión procesal⁶². Es la existencia de una pretensión o petición jurisdiccional frente o contra otra parte, ejercitada con el fin de subordinar un interés ajeno a uno propio, lo que justificaría el sobreseimiento del expediente y su conversión en contencioso⁶³.

El Tribunal Supremo⁶⁴ tiene declarado que la conversión del expediente en contencioso no supone un juicio distinto del que se ha tramitado por los cauces de la jurisdicción voluntaria, sino su continuación en forma contenciosa; para ello es necesario que se inste nuevo juicio mediante la formulación de la oportuna demanda, pudiendo hacer las veces de demandante tanto el que promovió el expediente de jurisdicción voluntaria, quien por otra parte será el más interesado en que se resuelva la cuestión, como quien formuló la oposición.

A modo de conclusión podemos afirmar que, si bien el sistema tradicional de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 parte de una concepción de la jurisdicción voluntaria basada en la ausencia de contradicción como elemento diferenciador sustancial respecto a la jurisdicción contenciosa, en la actualidad, tal como entiende la moderna doctrina procesal, este principio no puede defenderse por tratarse de una configuración ya superada. Por ello, y a pesar de las vacilaciones mantenidas por el Legislador en el anterior intento frustrado de reforma de la materia, la nueva regulación abandona, definitivamente y de forma acertada, este criterio como elemento delimitador absoluto entre ambas esferas, a fin de dotar de verdadera utilidad a la jurisdicción voluntaria: la contradicción puede estar presente en muchos actos de jurisdicción voluntaria y, siempre que no constituya una pretensión procesal, su formulación por alguno de los interesados no hará

⁶¹ En este sentido afirma CARNELUTTI que en el proceso voluntario pueden aflorar también disentimientos entre los interesados, que el Juez ha de tener debidamente en cuenta, pero no se trata de aquel contraste inmediato de intereses sobre el cual reposa la estructura del proceso contencioso. CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, cit., p. 265.

⁶² FAIRÉN define la pretensión como el acto u omisión por el cual una persona intenta subordinar un interés ajeno a uno propio y mantiene que puede ejercitarse judicialmente, en cuyo caso surge el proceso, o extrajudicialmente, a través de los mecanismos de autocomposición o heterocomposición de intereses (mediación, arbitraje o transacción judicial). FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 23-24.

⁶³ GIMENO GAMARRA afirma en este sentido que, al existir una pretensión contra otra parte, el objeto del expediente ya no es propio de la jurisdicción voluntaria, sino de la jurisdicción contenciosa; en los casos en que la oposición sea de otra naturaleza o se funde en otra causa que no implique la formulación de una pretensión frente a otra parte, el expediente puede continuar su tramitación hasta que recaiga resolución que le ponga fin. GIMENO GAMARRA, R., "Ensayo de una teoría general...", cit., pp. 733-737.

⁶⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 1951, (252/1951, Ponente Felipe Gil Casares, Repertorio de Jurisprudencia, año 1951, en asunto relativo a la protocolización de testamento otorgado en peligro de muerte, tomo XVII, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1951).

contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea.

2.2.- Caracteres esenciales que la diferencian de la jurisdicción contenciosa

Una vez precisados los justos términos en que debe entenderse el principio de la contradicción dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria y superada, por ende, su configuración tradicional, lo cierto es que no se ha podido encontrar otro elemento común y diferenciador de los actos de jurisdicción voluntaria que sea aceptado sin discusión. La diversidad de contenido dificulta profundamente la caracterización de la materia y la enunciación de principios generales sobre la misma.

Los correspondientes Títulos I de las Partes Primera y Segunda del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, referidos, respectivamente, a las Disposiciones Generales y a las Disposiciones Generales de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio parecían anunciar en su rúbrica la regulación de los principios informadores o caracteres de la jurisdicción voluntaria y las reglas generales de procedimiento. Sin embargo, la realidad ha sido bien distinta. De la lectura de los diferentes artículos que integran ambos Títulos se desprende una regulación del procedimiento incompleta y asistemática y que no hace referencia a principio alguno informador en sentido estricto.

Son varios los criterios apuntados como característicos de la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa, entre otros: la irrevocabilidad de las resoluciones o efecto de cosa juzgada en el proceso contencioso frente a la revocabilidad de las decisiones que ponen fin a los expedientes de jurisdicción voluntaria; el mayor o menor formalismo de los procedimientos; la diferencia entre “parte” en un proceso contencioso y “solicitante” o “promotor” en uno de jurisdicción voluntaria; el interés público o social de la jurisdicción contenciosa, frente al interés privado de la jurisdicción voluntaria; el carácter esencialmente preventivo de la jurisdicción voluntaria, frente al generalmente represivo de la contenciosa; el carácter constitutivo de la mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria, frente a la mayor variedad de las actuaciones de jurisdicción contenciosa; el principio de *numerus apertus* que rige en la jurisdicción contenciosa, frente al *numerus clausus* de la jurisdicción voluntaria; o, finalmente, la coacción que, si bien caracteriza de forma general al proceso contencioso, en ocasiones puede apreciarse en determinados supuestos de jurisdicción voluntaria en los que se requiere la preceptiva intervención del Juez para la tutela de derechos y en los que, como bien se ha dicho, el Estado ejerce su poder coactivo⁶⁵.

Estos criterios, lejos de mostrarnos de modo absoluto cuáles son los límites y el concepto de la jurisdicción voluntaria, no han pasado de ser parcialmente

⁶⁵ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, Volumen primero, Parte General, El Proceso Declarativo Ordinario*, 8ª edición, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, pp. 60-61.

válidos e incluso se han revelado, a juicio de algunos, como equívocos⁶⁶.

Entendemos, no obstante, que debe hacerse un esfuerzo por diseñar el perfil de la jurisdicción voluntaria para delimitarla de la jurisdicción contenciosa; y, para ello, tendremos en cuenta los tres criterios que, a nuestro juicio, nos permiten llegar a conclusiones certeras sobre la configuración de la institución: el fin perseguido por los actos de jurisdicción voluntaria, la ausencia de dualidad de partes con intereses contrapuestos y el efecto limitado de la cosa juzgada.

2.2.1.- El fin perseguido por los actos de jurisdicción voluntaria

La consideración al fin perseguido por los actos de jurisdicción voluntaria pasa por ser uno de los criterios decisivos o determinantes para su distinción de la jurisdicción contenciosa. Han sido muchas las opiniones doctrinales vertidas al efecto. Se ha hablado de la finalidad preventiva⁶⁷ de la jurisdicción voluntaria frente a la finalidad represiva de la contenciosa; así como de la finalidad constitutiva⁶⁸ de la jurisdicción voluntaria frente a la mayor variedad de actuaciones de la jurisdicción contenciosa, dentro de la cual, no obstante, también se dictan resoluciones constitutivas.

En efecto, puede afirmarse que la jurisdicción voluntaria tiende con carácter general a la prevención de litigios; como venimos analizando, es perfectamente posible que en el seno de un expediente de jurisdicción voluntaria se suscite una controversia no relevante entre los diferentes intereses en juego; la jurisdicción voluntaria debe tener la vocación de conseguir armonizarlos evitando que sus titulares desistan de este cauce y opten por acudir para resolver sus diferencias al procedimiento contencioso. De esta forma, la jurisdicción voluntaria será la

⁶⁶ Puede verse, por todos, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias...", cit., p. 1283.

⁶⁷ El mayor exponente de esta tesis, que aboga como veremos por la naturaleza jurisdiccional de la institución, es CARNELUTTI. Entiende que el proceso contencioso se caracteriza por la composición o represión de los litigios, haciendo cesar el conflicto actual o ya surgido que le es inmanente; afirma, no obstante, que del proceso o institución procesal se puede hacer uso para fines diversos de aquél que tiende a la justa composición de la *litis*. Por el contrario, el fin específico de la jurisdicción voluntaria es, a juicio del autor, la prevención de la *litis* que se obtiene "regulando con justicia y determinando con certeza las relaciones jurídicas en los casos en que el peligro de la injusticia o de la falta de certeza es más grave". Esta diferencia de finalidad es, según su criterio, la que determina la línea divisoria entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, si bien ambas son auténtica jurisdicción. CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, cit., pp. 44-45. En la doctrina española mantiene esta tesis DEL RÍO FERNÁNDEZ, para quien la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario puede argumentarse sobre la base de la distinción entre conflicto de intereses actual y conflicto de intereses potencial; en la jurisdicción voluntaria aún no existe la contienda y se trata de evitar que pueda llegar a surgir, regulando y determinando con certeza las relaciones jurídicas carentes de ella. Véase, con más detalle, un análisis sobre la finalidad preventiva de la jurisdicción voluntaria y sobre la ausencia de juicio contradictorio en la misma en DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, "El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, p. 1570.

⁶⁸ El fin preventivo de la jurisdicción voluntaria como criterio delimitador respecto de la contenciosa se ha criticado por algunos autores, quienes han afirmado que la referida prevención no es el fin de la misma o, al menos, no lo es exclusivamente, ya que algunos actos de jurisdicción voluntaria tienen finalidad constitutiva (nombramiento tutor o defensor judicial); asimismo, se mantiene que los procesos contenciosos tienen siempre finalidad preventiva en el sentido de que protegen frente a futuras violaciones, además de que en las acciones declarativas o en el embargo preventivo o aseguramiento de bienes litigiosos se produce de forma más específica tal finalidad. En este sentido argumentan GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 61.

herramienta útil y eficaz que pretende ser. Paradigma de esta finalidad preventiva es el expediente de conciliación⁶⁹.

No obstante, el contenido de la jurisdicción voluntaria es heterogéneo y existen otros muchos expedientes en que no se atisba la finalidad preventiva del litigio e incluso más allá, en algún otro, como la habilitación para comparecer en juicio o el nombramiento de defensor judicial, se constituye el estado jurídico necesario para poder intervenir en el mismo.

De otro lado, y por influencia de la doctrina italiana, se ha venido aceptando que la naturaleza constitutiva de los actos de jurisdicción voluntaria, como actividad del Estado dirigida a crear o constituir relaciones jurídicas, es el criterio que la diferencia sustancialmente de la contenciosa⁷⁰. Son muchos los actos de jurisdicción voluntaria que tienen este carácter, bien en cuestiones referentes al estado de las personas (reconocimiento de la filiación no matrimonial, tutela, declaración de ausencia y fallecimiento, adopción, acogimiento, emancipación y beneficio de la mayor edad), bien en cuestiones referentes a sus derechos patrimoniales (curatela y autorizaciones para realizar determinados actos o negocios jurídicos con trascendencia para el patrimonio de la persona afectada).

Vistos los diferentes planteamientos doctrinales, cabe preguntarse cuál es la verdadera finalidad de la jurisdicción voluntaria: lo que pretende esta institución es la tutela de determinados derechos privados⁷¹ y para ello desempeña una pluralidad de funciones dirigidas al desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre particulares⁷².

⁶⁹ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria regula en sus artículos 139 a 148 el expediente de conciliación, máxima expresión de la finalidad preventiva de la jurisdicción voluntaria, que se podrá intentar en los supuestos previstos en la Ley “para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito”; expediente para el que también serán competentes, tal como se prevé en los nuevos Títulos VII y IV bis, respectivamente, de la Ley del Notariado y de la Ley Hipotecaria, los Notarios y los Registradores en su ámbito propio.

⁷⁰ Al respecto, puede verse CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit. pp. 385-386, para quien la finalidad de la jurisdicción voluntaria es siempre constitutiva, tiende a la creación de nuevos estados jurídicos y coopera al desarrollo de los ya existentes; por el contrario, la jurisdicción contenciosa tiende a la actuación de relaciones ya existentes. Frente a quienes le rebaten afirmando que en la jurisdicción contenciosa también se dictan resoluciones constitutivas, arguye que en las sentencias constitutivas se constituye un nuevo estado jurídico en el que un derecho corresponde a un sujeto frente a otro, a diferencia de lo que ocurre en la constitución de estados jurídicos que tiene lugar en la jurisdicción voluntaria, donde no actúa un derecho que corresponde a uno contra el otro por la inexistencia de dos partes enfrentadas. CALAMANDREI añade, no obstante, que a esta actividad de creación de nuevos estados jurídicos le falta el elemento de la sustitución propio de la jurisdicción contenciosa, en la que el Juez suple la voluntad de los particulares cuando éstos no cumplen en primer término; entiende este autor que la actividad jurisdiccional propiamente dicha es un medio subsidiario de actuación del derecho ante la falta de cumplimiento voluntario de las partes. En la jurisdicción voluntaria, afirma CALAMANDREI, la actuación del Juez tiene carácter preceptivo o necesario, ya que la sola intervención de los particulares es insuficiente, por mandato de la ley, para la constitución de la relación o situación jurídica de que se trate. CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., pp. 191-196.

⁷¹ URRUTIA SALAS defiende que los actos de jurisdicción voluntaria no sólo suponen una tutela de derechos privados de los particulares, sino también tutela de derechos públicos de los particulares o de órganos públicos que no pueden actuar ni originar en algunos casos relaciones jurídicas válidas sin la intervención de otra autoridad expresamente señalada en la ley. URRUTIA SALAS, Manuel, “La jurisdicción voluntaria”, *Estudios en memoria del James Goldschmidt*, Tomo II, publicado en *Revista de Derecho Procesal*, 1951, pp. 310-311.

⁷² Incluso CARNELUTTI, que ve la finalidad esencial de la jurisdicción voluntaria en la prevención de la *litis*, afirma que dicha finalidad preventiva se consigue realizando un acto relevante en orden a la tutela de un

A través de los diferentes expedientes de jurisdicción voluntaria se consigue dotar de existencia o efectividad a determinados derechos subjetivos de los particulares en el ámbito del Derecho civil o mercantil; para ello se prevén, bien expedientes de naturaleza constitutiva⁷³, cuando los derechos e intereses que se quieren proteger afectan a menores, personas con capacidad judicialmente modificada o que por distintos motivos no están en condiciones de defender sus derechos por sí mismos; bien expedientes de naturaleza preventiva o de aseguramiento de derechos; así como expedientes en los que se declaran derechos o se dota de certeza, autenticidad o publicidad a determinados actos o hechos jurídicos, como en las actas de notoriedad o en la adveración y protocolización de testamentos, en los que también puede apreciarse cierta finalidad preventiva; en estos últimos, como se ha afirmado, se trata de proteger a terceros ausentes o ignorados frente a los perjuicios que le pudieran causar determinados actos de atribución de derechos o liberación de obligaciones realizadas por otras personas, exigiéndole a éstas el cumplimiento de ciertos requisitos para evitar esta lesión o perjuicio⁷⁴.

Asimismo, se incluyen en el ámbito de la jurisdicción voluntaria otros supuestos en que la tutela de los derechos privados exige dar solución al conflicto o, al menos, al desacuerdo expreso existente; pensemos en los casos de discrepancia entre progenitores sobre el modo de ejercicio de la patria potestad o entre cónyuges sobre el modo de administrar o disponer de los bienes gananciales. Son supuestos en que el legislador por razones de oportunidad, para favorecer su pronta resolución y, en definitiva, por entender que no se trata de conflicto relevante digno de ser conocido en un proceso contencioso, opta por llevarlos al campo de la jurisdicción voluntaria.

Ahora bien, este fin de tutelar los intereses privados de los particulares, característico de la jurisdicción voluntaria, no puede, por sí solo y de forma terminante, diferenciar esta institución de la jurisdicción contenciosa, ya que puede también darse a veces en ésta última, por lo que este criterio del fin perseguido debe complementarse con el principio de inexistencia de partes contrapuestas o enfrentadas.

interés. Si el proceso voluntario tiene por fin un conflicto potencial y no actual de intereses, hay que determinar cuál sea la realidad actual que constituye su materia. A juicio del autor, esta realidad es el negocio o *negotium*, entendido como "interés o grupo de intereses, respecto del cual se plantea, en el conflicto con uno o más intereses ajenos, la exigencia del cumplimiento de un acto para su tutela según el derecho" y que, a diferencia de la *litis*, es unilateral. CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, cit., p. 48.

⁷³ En este sentido estamos de acuerdo con GIMENO GAMARRA, R., "Ensayo de una teoría general...", cit., p. 10, cuando afirma que el fin constitutivo de la jurisdicción voluntaria, esto es, la constitución de nuevos estados o relaciones jurídicas, más que un fin en sí mismo es un medio para la consecución del verdadero fin, cual es la tutela o protección de derechos de los particulares.

⁷⁴ GIMENO GAMARRA afirma en relación con el fin preventivo de los actos de jurisdicción voluntaria que aseguran la certeza, legalidad y publicidad de los hechos o relaciones jurídicas creados, que no es un fin específico de los mismos, sino un fin ulterior o remoto que no puede servir para caracterizarlos. GIMENO GAMARRA, R., "Ensayo de una teoría general...", cit., pp. 10-11.

2.2.2.- Ausencia de dualidad de partes con intereses contrapuestos

Quizás sea éste el criterio que de forma más certera, aunque no aisladamente sino de consuno con los demás analizados, delimita el concepto de jurisdicción voluntaria.

En la jurisdicción voluntaria o bien existe un único interesado o bien varios interesados, solicitantes o peticionantes que actúan de común acuerdo. Con carácter general, salvo excepciones, los sujetos interesados, bien beneficiados, bien afectados, en el expediente de jurisdicción voluntaria no están enfrentados por la existencia de intereses contrapuestos o incompatibles, sino que concurren al mismo en aras de la consecución de un interés común superior. Interés, jurídicamente relevante y digno de protección a juicio del Legislador, que se tutela por el órgano jurisdiccional mediante determinadas formalidades. Y es precisamente esa ausencia de bilateralidad la que permite que se utilicen formas más simplificadas en los procesos de jurisdicción voluntaria.

No obstante, no podemos olvidar, como venimos manteniendo a lo largo de la exposición de acuerdo con la configuración actual de la institución que nos ocupa, la posibilidad de que surja a lo largo de la tramitación una controversia no relevante, o incluso que la misma esté en el origen del expediente. Ahora bien, como también hemos afirmado, lo que esta contienda no puede implicar es que un interesado formule una pretensión procesal contra o frente a otro. En este caso, estaríamos fuera del ámbito propio de la jurisdicción voluntaria. En consecuencia, en la jurisdicción voluntaria nunca habrá partes procesales⁷⁵ en sentido estricto⁷⁶ y de ahí el carácter esencialmente unilateral de los procedimientos voluntarios, frente al carácter bilateral del proceso contencioso. La inexistencia de partes procesales y el carácter unilateral del proceso voluntario no obsta para que, con el fin de evitar que pueda declararse un derecho en perjuicio de tercero, deba darse audiencia a interesados distintos del solicitante quienes podrán valerse de las

⁷⁵ FAIRÉN GUILLÉN entiende que la “parte” en sentido material se identifica por la titularidad de una relación jurídica; en tanto “parte” en sentido procesal, al no constar en el inicio del proceso esta identificación, es la persona que comparece en el juicio en una situación de actora o de demandada. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, cit., pp. 277-278.

⁷⁶ CHIOVENDA ha afirmado que la jurisdicción civil supone pues, en una parte, la expectación de un bien respecto de la otra parte y que es esto lo que falta en la jurisdicción voluntaria: “no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, ni una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que, sin la intervención del Estado, no podría nacer o desarrollarse, o se desarrollaría imperfectamente”. Junto a la calidad de cosa juzgada que lleva consigo la sentencia frente a la resolución de jurisdicción voluntaria como acto de administración, concluye este autor que no es carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradicción sino la falta de dos partes enfrentadas. CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., pp. 386-389. CARNELUTTI, por su parte, afirma que el proceso contencioso se caracteriza por el principio de contradictorio o bilateralidad frente al principio de la unilateralidad del proceso voluntario. Alude, no obstante, a que, en determinados casos particulares, en el proceso voluntario puede operar el contradictorio en el sentido de que el Juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sea a titulares de intereses convergentes, ya lo sean de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien. Incluso llega a decir que el sujeto del proceso voluntario, titular del interés que se tutela, puede continuar llamándose “parte” porque en realidad es siempre componente de una pareja, aunque no se accione frente a esta pareja, que, en ciertos casos, ni siquiera sería fácil de determinar. CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, cit., pp. 263-264.

pruebas pertinentes⁷⁷.

Y es esta característica de la jurisdicción voluntaria la que nos aproxima a la naturaleza de la función que desempeñan los Jueces y Tribunales en tanto son competentes para conocer las cuestiones de jurisdicción voluntaria: cuando en actuaciones ante los Tribunales no hay dos posiciones enfrentadas en el seno de un conflicto de relevancia jurídica, estaremos ante una actividad judicial, pero difícilmente podremos hablar de actividad jurisdiccional propiamente dicha.

2.2.3.- Cosa juzgada: el objeto propio de la jurisdicción⁷⁸

Especialmente valorado, aunque no menos discutido en orden a la delimitación de la jurisdicción voluntaria, se encuentra el principio de la revocabilidad de las resoluciones que ponen fin a sus expedientes.

La cosa juzgada, como institución destinada a proteger las resoluciones judiciales, presenta dos vertientes, la formal y la material. La cosa juzgada formal es la inimpugnabilidad de la resolución dentro del proceso en el que se ha dictado, si no cabe recurso contra ella, si éste ya se ha resuelto, no se ha interpuesto en tiempo y forma o se ha desistido del mismo. Junto a esta variante de la cosa juzgada que despliega sus efectos en el interior del proceso, está la cosa juzgada material como efecto exterior al primer proceso; se trata, en este caso, de la vinculación que la resolución dictada en un proceso produce en otro posterior o en curso por la imposibilidad de volver a conocer y a decidir con firmeza sobre el mismo asunto⁷⁹.

Sin perjuicio de los efectos jurídicos que producen respecto del propio interesado y de los terceros, las decisiones judiciales en sede de jurisdicción voluntaria no producen efecto de cosa juzgada⁸⁰ a diferencia de lo que ocurre con las resoluciones que recaen en el seno de un proceso contencioso⁸¹. Como posteriormente tendremos ocasión de examinar al tratar de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, la ausencia de cosa juzgada en las resoluciones que

⁷⁷ En este sentido la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveía, en el artículo 1813, la posibilidad de que se diera audiencia a extraños a instancia del que promoviere el acto, de quien tenga interés legítimo o por decisión del Juez. En lo relativo a los negocios de comercio, el artículo 2111 en su regla 1ª disponía que “[c]uando hubiere terceras personas a quienes las actuaciones puedan perjudicar, deberán ser citadas para que, si quieren, concurran a su práctica, sin perjuicio de que también pueda acudir a las mismas todo aquél que entienda le interesa el asunto que se ventile”. En el mismo sentido, el artículo 17 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, regula la citación a los interesados distintos del solicitante en el nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial.

⁷⁸ La cosa juzgada es “el objeto propio de la jurisdicción” en palabras de COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal*, 3ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 43.

⁷⁹ Puede verse un análisis detallado de la institución de la cosa juzgada en FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, cit., pp. 515-537.

⁸⁰ Esta provisionalidad no quiere decir, como afirma ALMAGRO NOSETE, que las resoluciones emanadas de un proceso voluntario no produzcan efectos frente a terceros; los producen en tanto el estatus jurídico declarado o constituido en las mismas no resulte removido por una sentencia firme dictada en un proceso contencioso. ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones...*, cit., pp. 973.

⁸¹ No obstante, en algunos supuestos la cosa juzgada no despliega todos sus efectos dentro de la jurisdicción contenciosa o los despliega de forma limitada. GIMENO GAMARRA, R., “Ensayo de una teoría general...”, cit., p. 8, pone como ejemplo los juicios sumarios o las medidas cautelares, cuya eficacia está limitada en el tiempo.

ponen fin a sus expedientes ha sido uno de los argumentos, quizás el más importante, utilizados por quienes abogan por la naturaleza administrativa de la institución.

Con mayor precisión, podemos diferenciar las vertientes, formal y material, de la cosa juzgada.

En efecto, dentro del propio ámbito de la jurisdicción voluntaria, el artículo 1818⁸² de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ya aludía al efecto de la cosa juzgada formal al recoger el principio de la variabilidad de las resoluciones, justificado, como se ha dicho⁸³, por el carácter protector o cautelar de la jurisdicción voluntaria, donde el Juez procede con carácter general conforme a las reglas del buen sentido y de la equidad, e incluso de la oportunidad.

Ahora bien, si se considera el efecto de la cosa juzgada material, se debe precisar que ésta sólo se le puede reconocer a las resoluciones de jurisdicción voluntaria dentro de su propio su ámbito, ya que planteada la misma cuestión ante otro órgano jurisdiccional, como expediente de jurisdicción voluntaria, éste quedará vinculado por la decisión precedente, siempre que la misma tenga carácter definitivo y no haya sido impugnada.

Pero fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria, en ningún caso sus resoluciones comportan efectos de cosa juzgada material; por ello, lo afirmado en el párrafo anterior no obsta para que pueda iniciarse, en el seno de la jurisdicción contenciosa, un proceso declarativo sobre el mismo asunto⁸⁴ y discutirse la situación creada por el pronunciamiento de jurisdicción voluntaria. De esta forma queda garantizado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna.

En la jurisdicción voluntaria, por tanto, hay cosa juzgada, pero su efecto se despliega con carácter limitado al ámbito específico para el que están previstos estos actos⁸⁵. Esta es la postura mantenida por el legislador a lo largo de los

⁸² Artículo 1818: “El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa. No se comprenden en esta disposición, los autos que tengan fuerza de definitivos, y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno”.

⁸³ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios...*, cit., p. 185.

⁸⁴ En este sentido puede verse la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 1959, rec. 1/59 (LA LEY 18/1959, Ponente Joaquín Domínguez de Molina) al afirmar que “cualquiera que sean los efectos que dentro del expediente de jurisdicción voluntaria produzcan las resoluciones en el mismo dictadas, esto no obsta, dada la naturaleza de aquélla, para que en juicio ordinario se planteen cuestiones que puedan afectar a dichas resoluciones”.

⁸⁵ ALLORIO, uno de los autores que más ha profundizado en el estudio de la cosa juzgada a la que considera como característica diferenciadora entre Administración y Jurisdicción, afirma que el procedimiento de jurisdicción voluntaria no es el idóneo para producir el efecto de cosa juzgada, ya que este efecto sólo puede darse en las resoluciones que ponen fin a un proceso de declaración de certeza, porque está dotado de una solemnidad, complejidad y gradualidad que así lo justifica. Y, ahondando en el fondo del asunto, entiende que no se utiliza el procedimiento y no se produce ese efecto de cosa juzgada por ser lo más conveniente a los fines perseguidos por esta institución. ALLORIO, E., *Problemas...*, Tomo II, cit., pp. 27-28. En este sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN aboga por la existencia de dos claros modelos procesales, el primero idóneo y el segundo no para la producción de los efectos de la cosa juzgada; a saber: a) el de los juicios ordinarios de cognición, caracterizados por las mayores garantías en materia de alegaciones, pruebas, recursos, aportación de parte, principio dispositivo, tanto en aquellos casos en que existe controversia, como en aquellos otros en

diferentes textos prelegislativos que se han ido elaborando, desde 2002, para la reforma de la jurisdicción voluntaria⁸⁶, hasta llegar a la actual Ley 15/2015, de 2 de julio. La Ley de la Jurisdicción Voluntaria, su artículo 19, aunque sin utilizar la expresión “cosa juzgada”, se refiere a este efecto cuando afirma, en su párrafo 3, que resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, vinculando lo allí decidido a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél; al tiempo que, en el párrafo 4, dispone que la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

Este carácter provisional y atacable en vía contenciosa puede ser uno de los motivos por los que el ciudadano, en la tesitura de optar entre obtener la tutela de determinados derechos mediante un procedimiento contencioso o uno de jurisdicción voluntaria, elija la primera vía alentado por la anhelada solución definitiva que obtendrá para su “pretensión”⁸⁷.

2.3.- Su contenido heterogéneo

De todo lo analizado hasta este momento podemos concluir que no se puede dar una definición lineal o unitaria de la jurisdicción voluntaria. Su vasto y diverso contenido⁸⁸ y el modo en nada absoluto con el que sus caracteres esenciales

que, planteado un juicio contradictorio, se resuelve sin debate ni controversia; y, b) los juicios de jurisdicción voluntaria, caracterizados por una mayor agilidad, menor formalismo, limitación de determinadas garantías, con preservación de las fundamentales de los procesos contradictorios y mayor economía procesal, que caracterizan aquellos casos en que el Juez, sin que exista pretensión frente a otra parte, ni controversia de especial relevancia, actúa por imperativo legal, en defensa de intereses públicos y sociales o con carácter constitutivo, autorizando y controlando la legalidad de la correspondiente actuación. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general... (I)*, cit. pp. 56-57.

⁸⁶ Así el artículo 18.1 del Anteproyecto de Jurisdicción voluntaria de 2005 disponía que “[l]o resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria no tendrá efectos de cosa juzgada material, pudiendo promoverse sobre el mismo asunto proceso declarativo por el procedimiento que corresponda, en el cual podrá pedirse la confirmación, modificación o revocación de la resolución dictada en el expediente»; y el artículo 2.3 del Proyecto de Ley de 2006, conforme al cual “[l]a resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso judicial posterior con el mismo objeto”. En el mismo sentido, aunque sin mención expresa a la “cosa juzgada”, tanto el texto del Anteproyecto de octubre de 2013, como el del Proyecto de 2014 afirmaban en sus respectivos artículos número 6 lo siguiente: “1. Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél. (...) 2. La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél”.

⁸⁷ En esta línea reflexiona RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2006, p. 15.

⁸⁸ Ya en Derecho romano, clásico y postclásico, existen manifestaciones de *iurisdictio voluntaria* de muy variada índole, entre las que, siguiendo a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, podemos destacar, sin ánimo de ser exhaustivos, las siguientes: manumisiones, adopciones, emancipaciones, consorcio artificial voluntario entre personas que no son hermanos, nombramiento de tutores y curadores, transacción de alimentos, la arrogación ante el Emperador y, en provincias, ante el Gobernador, la “*bonorum possessio*”, la “*insinuatio donationis*”, juicios divisorios y, en materia sucesoria, “*testamentum apud acta conditum*” y “*testamentum principi oblatum*”, en los que el Príncipe o las autoridades citadas colaboran en la perfección del testamento, tanto con su presencia como con su conocimiento de la voluntad del testador. Para un estudio en profundidad del contenido

diseñan o delimitan su concepto, hace que nos encontremos con una institución cargada de matices⁸⁹.

Es por ello que la dispersión normativa y la heterogeneidad de procedimientos y materias han dificultado enormemente la configuración de una categoría única de actos de jurisdicción voluntaria⁹⁰.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ha venido recogiendo, durante más de un siglo, la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria judicial, distinguiendo entre actos de jurisdicción voluntaria de Derecho civil y actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, contenidos, respectivamente, en las Partes Primera y Segunda de su Libro III y que constituyen, como se ha dicho, “un conglomerado de actuaciones heterogéneas, de la más diversa índole, que se han ido acumulando ahí por aluvión y por el estado de la técnica legislativa en la época en que se fueron introduciendo”⁹¹.

Dentro de la Parte Primera se incluían como actos de jurisdicción voluntaria en materia civil: el acogimiento de menores y la adopción; el nombramiento de tutores y curadores y el discernimiento de estos cargos; medidas provisionales en relación con las personas: medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y medidas provisionales en relación con los hijos de familia; el modo de elevar a escritura pública el testamento o codicilo o hecho de palabra; la apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias; las informaciones para dispensa de ley; las habilitaciones para comparecer en juicio; las informaciones para perpetua memoria; la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción

de los actos de jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, puede verse FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., pp. 95-113.

⁸⁹ Son pocas las definiciones doctrinales existentes sobre los actos de jurisdicción voluntaria dada la dificultad de definir una institución de contenido tan heterogéneo como ésta. ALMAGRO afirma que “son asuntos de jurisdicción voluntaria los que decide el órgano jurisdiccional, sin que medie juicio contradictorio y sin que la resolución final produzca efectos de cosa juzgada material, incoados a petición de persona interesada o por iniciativa oficial, previas las audiencias y comprobaciones oportunas, en los supuestos limitados en que su intervención venga establecida por la ley, en garantía de los derechos para constituir o declarar estados o derechos o prevenirlos o asegurarlos o para ordenar la realización de actos de ejecución o proveer a su autenticación o documentación”. ALMAGRO NOSETE, José, “La Jurisdicción Voluntaria (I)”..., cit., p. 545. DE LA OLIVA SANTOS, por su parte, entiende que se denomina jurisdicción voluntaria a “la autoridad y potestad ejercidas por el órgano jurisdiccional en cuya virtud, sin necesidad de proceso contradictorio entre diversos sujetos, se crean, modifican o extinguen estados y situaciones jurídicas, se acredita la existencia de hechos, se pretenden declaraciones a las que se anudan efectos jurídicos, se previene lo que al derecho de los sujetos jurídicos convenga o sea necesario y se llevan a cabo ciertos negocios jurídicos que requieren la intervención del Juez”. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil*, 7ª edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 36.

⁹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general... (I)*, cit., pp. 120-121, hace la siguiente sistematización del contenido de la jurisdicción voluntaria: actos de jurisdicción voluntaria negocial, o aquellos que se inician a solicitud de uno o varios promotores, en los que éstos pretenden que la autoridad jurisdiccional constituya, autorice, homologue, garantice o haga efectivo un derecho o interés legítimo; actos de jurisdicción voluntaria preceptiva, aquellos iniciados de oficio o a instancia del Ministerio Público por afectar a la condición o estado civil de las personas o, en general, a intereses públicos, generales o sociales. Finalmente, el autor incluye dentro del contenido de la jurisdicción voluntaria un reducido número de casos en que, en atención a su urgencia, necesidad o contradicción atenuada, no resulta ineludible que se resuelvan mediante un proceso contencioso.

⁹¹ RAMOS MÉNDEZ, F., “¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria...?”, cit., p. 8.

acerca de sus derechos; la ausencia; las subastas voluntarias judiciales; la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir; el deslinde y amojonamiento y los apeos y prorrates de foros. La Parte Segunda regulaba los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio: el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles; la calificación de las averías y la liquidación de la gruesa y contribución a la misma; la descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles y la fianza de cargamento; la enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y la recomposición de naves; y, finalmente, otros actos de comercio que requieren la intervención judicial perentoria.

Además de los casos de jurisdicción voluntaria contenidos en el Libro III de la Ley procesal decimonónica, otros muchos supuestos de jurisdicción voluntaria judicial y la inmensa mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria no judicial se han venido regulando a lo largo de los años en textos legislativos diversos⁹², a los que, hasta el día 23 de julio de 2015, fecha en que ha entrado en vigor la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, han sido de aplicación tanto las Disposiciones Generales en materia de jurisdicción voluntaria, contenidas en los artículos 1811 a 1824 y aplicables, fundamentalmente, a actos de Derecho civil en materia de personas, cosas, obligaciones, familia y sucesiones, como, en su caso, las

⁹² El catálogo legal es extenso. Entre otros textos en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria, podemos citar los siguientes: - Código Civil, en asuntos relativos al matrimonio civil, la separación, el divorcio, la adopción, la tutela, la emancipación, el testamento ológrafo, disposiciones relativas a la administración judicial de la herencia y la autorización judicial para la repudiación de la herencia por personas jurídicas, etc. - Código de Comercio, en asuntos como el depósito de efectos mercantiles, verificación de la contabilidad de los comerciantes o la denuncia del robo, hurto o extravío de los documentos de crédito. - Ley y Reglamento Hipotecarios, en materias como el expediente de dominio o el expediente de liberación de cargas y gravámenes. - Ley y Reglamento del Registro Civil, en cuanto a la calificación y documentación de actos y hechos relativos al estado civil y en cuanto a expedientes de rectificación de inscripciones. - Ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de autorización judicial para trasplantes de órganos de personas fallecidas en accidentes. - Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito. - Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria número 10. - Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio. - Ley 1/1982, de 5 de mayo sobre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores. - Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela, conforme a la Disposición Adicional que dispone que "los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil (excepto la incapacitación y la declaración de prodigalidad) se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria.- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en supuestos de consignación del importe de una letra de cambio (art. 48), o de medidas judiciales a adoptar en caso de extravío, sustracción o destrucción de cheques o letras (arts. 84 a 87).- Ley Foral de Navarra 5/1987, de 1 de abril, sobre autorización judicial para enajenar o gravar bienes fideicomisarios. - Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento, guarda y adopción. - La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, prevé en su artículo 421-16 la apertura y protocolización notarial (no judicial) del testamento cerrado. - El recientemente derogado artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, introducido por la Ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, regulador de las actas de notoriedad para declarar que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato. - Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. - Ley 3/2005, de 8 de abril de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela, en materia de idoneidad para la adopción.- Ley 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores y - Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Es de destacar como las Disposiciones finales de la Ley 15/2015, de 2 de julio, regulan modificaciones a muchas de estas normas, como el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Contrato de Seguros o la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, entre otras, con la finalidad de adaptar muchos de sus preceptos a las nuevas previsiones contenidas en la Ley.

Disposiciones Generales en materia de negocios de comercio, contenidas en los artículos 2109 a 2118, bien cuando así se prevé expresamente, bien cuando dichas leyes se limitan a regular sustantivamente un acto de jurisdicción voluntaria, sin establecer ninguna regla de procedimiento.

Según la configuración tradicional de la jurisdicción voluntaria plasmada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, quedan integrados en su contenido aquellos supuestos en que una norma prevé la intervención de la autoridad judicial y que afectan a la condición o estado civil de las personas o, con carácter general, a intereses jurídico-públicos, generales o sociales; y aquellos otros en que se solicita del órgano jurisdiccional que constituya, autorice, homologue, garantice o haga efectivo un derecho o interés legítimo.

De esta configuración se pasa en la nueva regulación de la institución, como tendremos ocasión de examinar a lo largo de este trabajo, a una jurisdicción voluntaria en la que quedan diferenciados aquellos supuestos que deben continuar en la órbita judicial, de aquellos otros que son perfectamente atribuibles a otros operadores jurídicos. Razones de diversa índole, presididas por la imparcialidad, independencia y seguridad que caracterizan la actuación de los órganos judiciales, han sido esgrimidas para mantener durante siglos la competencia de la jurisdicción voluntaria en manos de Jueces y Tribunales de forma casi exclusiva. No obstante, desde hace no poco tiempo, se viene planteando la posibilidad atribuir algunas de estas competencias a otros operadores jurídicos. En las sociedades modernas, como la española, existen profesionales del derecho con acreditada capacidad que, por el prestigio adquirido a lo largo de los años y por su especialización jurídica, están en condiciones de asumir, con las debidas garantías, competencias en esta materia a la que funcionalmente se encuentran muy próximos.

Acotado expresamente su ámbito objetivo, ya que la tutela que con ella se pretende ha de venir referida a “cuestiones de derecho civil o mercantil”⁹³, con la expresión jurisdicción voluntaria se hace referencia en la actualidad a un nutrido grupo de supuestos en los que, sin que exista controversia relevante que deba sustanciarse en un proceso contencioso, se solicita la intervención del Juez, o de otro operador jurídico competente, según los casos, para la tutela y eficaz ejercicio de derechos e intereses privados, con el fin de obtener una resolución, generalmente constitutiva, a través de la cual se creen, modifiquen o extingan estados o relaciones jurídicas civiles o mercantiles para las que es insuficiente la sola actuación de los particulares, bien por la trascendencia o naturaleza jurídico-pública del interés en juego, bien por la imposibilidad de contar con el concurso de todas las voluntades individuales precisas, al estar afectados menores, personas con capacidad modificada judicialmente o personas ausentes, desaparecidas o desconocidas; asimismo, se incluyen en su ámbito aquellos supuestos en que se

⁹³ Los primeros, a su vez, se clasifican, según la rama a que pertenezcan, en actos de jurisdicción voluntaria en derecho de personas, de cosas, de obligaciones, de familia y de sucesiones. Los segundos pueden ser actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, comunes o de derecho marítimo.

demanda la intervención de la autoridad competente para la protección de derechos indisponibles o, en general, jurídico-públicos o sociales; también existen expedientes de jurisdicción voluntaria en que se declaran o ejecutan determinados derechos, se previenen litigios y se ejercen funciones de autenticación, homologación y documentación de negocios, actos y hechos jurídicos⁹⁴. Se incluyen finalmente dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el ordenamiento jurídico considera sin la entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso. Se trata de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario justifican la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario.

Esta nueva configuración de la jurisdicción voluntaria, que debe implicar una aproximación a la contenciosa en cuanto a las garantías del procedimiento⁹⁵, parte de una previa revisión de su contenido con la finalidad de determinar de qué procedimientos se puede prescindir, cuáles pueden ser trasladados al ámbito extrajudicial y en definitiva de qué modo debe ordenarse la regulación de los que quedan en la órbita judicial para hacer de ellos procedimientos ágiles, útiles y eficaces.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

3.1.- Planteamiento: posicionamiento jurisdiccionalista, administrativista o intermedio (*tertium genus*)

Como dejamos apuntado al inicio de este capítulo, la denominación de la institución que analizamos nos induce a pensar que estamos ante una forma de jurisdicción, si bien está fuera de duda la prudencia con la que debemos entender la expresión “jurisdicción voluntaria”.

El contenido heterogéneo de la jurisdicción voluntaria dificulta, como venimos viendo, no sólo la delimitación de su concepto y caracteres, sino que

⁹⁴ ALMAGRO propone una clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria especialmente interesante y útil a efectos didácticos. Entiende este autor que los actos de jurisdicción voluntaria pueden ser actos de avenencia; declarativos de derechos (constitutivos o no constitutivos); medidas de prevención y salvaguarda de derechos; actos de autenticación de negocios, actos y hechos jurídicos y mandatos de ejecución. Puede verse en ALMAGRO NOSETE, José, “La Jurisdicción Voluntaria (II)”, *Derecho Procesal*, Tomo I, (Vol. II), 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 561-600.

⁹⁵ A este respecto de la aproximación entre jurisdicción contenciosa y voluntaria en cuanto a garantías procedimentales se refiere, FERNÁNDEZ DE BUJÁN entiende que debe haber una equiparación entre ambas esferas, entre otros aspectos, en lo relativo a días y horas hábiles, plazos cortos y prorrogables, previsión de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previsión de oposición o refuerzo del principio de igualdad de partes. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 8, 2011, p. 137, en <http://e-spacio.uned.es>. Fecha de última consulta 5 de marzo de 2015.

también trasciende a su muy discutida naturaleza jurídica, lo que nos lleva a afirmar que sólo un análisis detallado y casuístico de la jurisdicción voluntaria puede coadyuvar a extraer conclusiones generales en aras de su adecuado tratamiento científico⁹⁶.

Siendo una de las cuestiones que más polémica ha suscitado entre la doctrina europea estudiosa de la materia, se ha sostenido, entre otras posiciones, su naturaleza como actividad jurisdiccional, su naturaleza administrativa, e incluso como categoría autónoma o *tertium genus* entre administración y jurisdicción.

- *Posicionamiento jurisdiccionalista*

Las teorías⁹⁷ que configuran la jurisdicción voluntaria como auténtica jurisdicción, indagan en los caracteres comunes y en las diferencias existentes entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa a fin de construir un concepto unitario de jurisdicción frente a administración⁹⁸. Consideran como criterio suficiente para defender la naturaleza jurisdiccional de la institución, la concepción que delimita los poderes del Estado en base a los órganos que los desenvuelven⁹⁹.

⁹⁶ Esta doctrina de la consideración casuística de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria se ha mantenido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Por todos ellos, la sentencia 13/1981, de 22 de abril, en la que el alto Tribunal vino a afirmar que “las variadas tesis formuladas por la doctrina, de un lado, sobre la naturaleza de esta jurisdicción voluntaria —desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de derecho privado atribuida por razones históricas a órganos judiciales— y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el Libro III de la LEC, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del art. 24 de la Constitución. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional” (FJ 3^a). (STC, Sala Primera, 13/1981, de 22 de abril, rec. 202/1980, LA LEY 6406-JF/0000, Ponente Manuel Díez de Velasco Vallejo). Este argumento ha sido llevado hasta sus últimas consecuencias por MICHELI, en el sentido de llegar a plantearse si puede mantenerse la existencia de la jurisdicción voluntaria como categoría dogmática por sí misma, habida cuenta de las dudas existentes sobre si los elementos considerados comunes a los procedimientos de referencia son o no idóneos para distinguir a este serie de actos provenientes de diversos órganos estatales. MICHELI, Gian Antonio, *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1970, pp. 136-137.

⁹⁷ Mantenedas entre otros por CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, cit., pp. 45-53; SATTA, Salvatore, *Derecho Procesal Civil, El proceso de ejecución. Los procedimientos especiales*. Vol II., Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1971, pp. 242-243; o, en la doctrina española, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 292-297.

⁹⁸ En este sentido, SATTA, S., *Derecho Procesal...*, Vol II, cit., p. 244, afirma que mientras la administración hace valer intereses suyos de carácter público, la jurisdicción voluntaria, lo mismo que la contenciosa, se ejercita siempre en relación a intereses de los sujetos, a situaciones jurídicas subjetivas, cuya protección es asumida por la norma por razones de carácter general, pero que no son la razón y el fin de la providencia concreta. Pone como ejemplo la diferencia entre la autorización dada por el Juez a un menor para ejercer el comercio y la dada por la Administración: en el primer caso se tutela el interés del menor en el segundo el interés de la norma. Según este autor, la diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa está en el modo con el que operan en la realización del ordenamiento jurídico; en tanto la contenciosa afirma el ordenamiento en relación con el interés tutelado, es decir, a un derecho del sujeto, la voluntaria lo afirma en su concretarse en una voluntad del sujeto. MICHELI parte de que la esencia de la actividad jurisdiccional está en la aplicación de la ley, que se da tanto en la jurisdicción voluntaria como en la jurisdicción contenciosa, con la finalidad de obtener la satisfacción de un interés público, cual es el orden jurídico que supone la aplicación de la norma general al caso concreto. En la jurisdicción contenciosa se actúa el derecho para dar la razón a quien la tiene, en la jurisdicción voluntaria para dar cumplimiento a los presupuestos necesarios para la producción de un determinado efecto jurídico. MICHELI, G.A., *Derecho Procesal...*, Tomo IV, cit., pp. 3-35.

⁹⁹ GUASP entiende que la concepción superficial que delimita las actividades del Estado en base a los órganos que las ejercen tiene una comprobación de raíz simplista, pero que inicialmente resulta explicadora de la construcción de este fenómeno, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)...*, cit., p. 734.

Admitir la naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria supone dotar de carácter decisivo, determinante y absoluto al prestigio, autoridad y garantías que rodean a la actuación de Jueces y Tribunales. Dicho de otro modo, el carácter jurisdiccional queda demostrado por su atribución a los Jueces, ya que éstos no pueden proceder más que enjuiciando con absoluta imparcialidad e independencia, donde reside la garantía de su autoridad¹⁰⁰. Éste es el fundamento de los actos de jurisdicción voluntaria para quienes defienden su esencia jurisdiccional.

Estos argumentos, que en otras épocas podían resultar fundados por ser los Jueces los únicos órganos que garantizaban la imparcialidad y el control de legalidad en sus actuaciones, hoy se nos revelan insuficientes para fundamentar la atribución de carácter jurisdiccional a la jurisdicción voluntaria. Los Jueces y Tribunales no son en la actualidad, afortunadamente, los únicos órganos jurídicos dotados de prestigio y que desarrollan el ejercicio de su función con las debidas garantías para los derechos de los ciudadanos¹⁰¹, sino que éstas son cualidades que pueden predicarse también de la actuación de los Secretarios judiciales, hoy denominados Letrados de la Administración de Justicia¹⁰², así como de los Notarios

¹⁰⁰ En este sentido, se ha afirmado que, junto a la potestad jurisdiccional, concurre en la Jurisdicción la *actoritas* como superioridad moral, prestigio o dignidad social que se viene reconociendo desde el Derecho romano. Así, las decisiones del órgano judicial se imponen, pero no sólo por la existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, sino por la autoridad o prestigio del sujeto del que emanan. Puede verse a estos efectos, GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1981, p. 33. En la misma línea de pensamiento, MICHELI eleva la imparcialidad e independencia del Juez a la categoría de criterio distintivo de la jurisdicción. Afirma que hay una unidad de concepción de la jurisdicción contenciosa y voluntaria, que postula siempre una actividad estatal, ejercitada por el Juez, como órgano imparcial e institucionalmente indiferente respecto del efecto jurídico producido por su resolución. MICHELI, G.A., *Derecho Procesal...*, Tomo IV, cit., pp. 126-145.

¹⁰¹ LIÉBANA afirma que aunque está fuera de duda la autoridad y potestad de que está investido el Juez, ésta no es una condición en la que pueda fundamentarse la distinción entre jurisdicción y administración y, por ende, no resulta suficiente para atribuir carácter jurisdiccional a la jurisdicción voluntaria. En su formulación clásica, sigue diciendo el autor, hay que entender por *potestas* el poder legalmente establecido o, en otros términos, la fuerza legítima; y por *actoritas* el prestigio o reconocimiento social que opera por persuasión de la bondad de los dictados y veredictos del que la ostenta. Aunque al tiempo de promulgarse la Ley procesal decimonónica el hecho de que el Juez actuara investido de estas facultades pudo ser definitivo para calificar sus acciones como jurisdiccionales y, por tanto, para delimitar así sus atribuciones competenciales, en la actualidad estas facultades no pueden ser “la clave de bóveda” que separe lo jurisdiccional de lo administrativo. De una parte, queda fuera de toda duda que los Jueces y Magistrados actúan investidos de *actoritas*, pero esa misma facultad se le reconoce hoy a otros profesionales del Derecho como son los Notarios, los Registradores de la Propiedad e, incluso, a los funcionarios de la Administración pública. De otra parte, el Juez actúa investido de *potestas*. Ésta supone, según LIÉBANA, una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza. Sin embargo, esta potestad, atribuida a Jueces y Magistrados por la Constitución en su artículo 117.3, también se atribuye a las Cortes Generales (art. 66 CE) cuando, por ejemplo, dicta una norma general que vincula a todos los ciudadanos y, a la Administración pública (arts. 97, 103 y 106 CE) cuando se atribuye, por ejemplo, fuerza vinculante a los actos administrativos) LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria (a propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de Octubre de 2005)”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 3, 2005, p. 167, disponible en <http://www.unirioja.es>. Fecha de última consulta 29 de septiembre de 2014.

¹⁰² Tras la modificación operada en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el Cuerpo de Secretarios Judiciales pasa a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. De esta forma se da respuesta, como se dice en su Exposición de Motivos, a una demanda histórica del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que considera que esta denominación tradicional conduce a equívocos sobre la función realmente desempeñada. En vigor desde el día 1 de octubre de 2015, a

y Registradores.

Por otra parte, se puede afirmar que cualquier tesis que parta de la exclusiva consideración del órgano o del sujeto puede conducirnos a conclusiones no satisfactorias o incluso erróneas¹⁰³. En este sentido, como bien se ha dicho, la teoría de la separación de Poderes del Estado no debe interpretarse con la rigidez de tiempos pasados¹⁰⁴; lo cierto es que cada uno de los órganos ejerce su función respectiva de forma predominante, si bien, al mismo tiempo, le pueden venir atribuidas ciertas actividades que no se correspondan con la esencia de su función. Una expresión de esta realidad sería la jurisdicción voluntaria en parte de su contenido¹⁰⁵.

En los últimos tiempos, algunos defensores de las tesis jurisdiccionalistas

partir de esta fecha, tal como prevé su Disposición adicional primera, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales, deberán entenderse hechas a Letrados de la Administración de Justicia. Del mismo modo, en este trabajo las múltiples referencias a los Secretarios Judiciales deberán entenderse hechas al nuevo Cuerpo de Letrados, sin perjuicio de que utilicemos ya la nueva terminología en el análisis del actual marco competencial existente en la jurisdicción voluntaria tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

¹⁰³ Esta tesis subjetivista, defendida durante años por la doctrina, es rechazada desde CHIOVENDA para quien la esencia de la jurisdicción no está en el órgano que la tiene atribuida sino en ser una actividad de sustitución. ALLORIO, por su parte, mantiene que estas teorías subjetivistas, “al pretender descubrir una sustancia común a todas las actividades del juez, jurisdiccionales en sentido estricto o voluntarias, negándose a admitir que las segundas le sean atribuidas por el legislador por puras razones de oportunidad contingente, extrañas a la sustancia o eficacia de las actividades mismas, hacen del juez una especie de Midas que con su tacto haría “jurisdiccional” o “procesal” todo aquello sobre lo cual pusiese él su mano, aunque en sí no lo fuese”. ALLORIO, E., *Problemas...*, Tomo II, cit., p. 34.

¹⁰⁴ Entre nuestra mejor doctrina, GÓMEZ ORBANEJA rechaza que la distinción entre la función jurisdiccional y la administrativa puede establecerse orgánicamente. La jurisdicción, como función de la soberanía del Estado moderno, está atribuida exclusivamente a determinados órganos estatales independientes, Jueces y Tribunales, previstos expresamente por el Estado para la actuación de la ley a la que se hallan sometidos; si bien, en su realización más radical, la independencia recíproca de las funciones de la soberanía exige que cada una de ellas sea encomendada a un órgano diferente, entiende el autor que nunca se ha realizado la separación de un modo tan tajante. Cada uno de los órganos ejerce predominantemente su función respectiva; pero al mismo tiempo le vienen atribuidas ciertas actividades que no corresponden en esencia a esa función. Como ejemplo de ello, entre otros, menciona la jurisdicción voluntaria que, estando atribuida a los Jueces, según el criterio del autor, no es función jurisdiccional sino administrativa. Puede verse GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 53. CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., pp. 362-380, argumenta a este respecto que la teoría de la división de poderes, con la rigidez formulada por Montesquieu, debe matizarse; resulta difícil, a su juicio, determinar la distinción entre función ejecutiva o administrativa y función judicial; si bien, el criterio diferenciador en principio puede basarse en los órganos depositarios de cada función, éste no puede ser decisivo para resolver la cuestión. Tampoco, sigue diciendo el autor, las garantías exteriores de la función, tales como independencia, formas procesales, contradictorio, discusión, pertenecen a la esencia de la jurisdicción, pudiendo el acto administrativo en ocasiones rodearse de idénticas garantías. También se ha mantenido como criterio distintivo que el acto jurisdiccional tiene como fin reintegrar derechos subjetivos lesionados, en tanto el acto administrativo tiende a regular relaciones de hecho conforme a la utilidad general. Son caracteres de ambas funciones que, a juicio de CHIOVENDA, pueden concurrir a veces pero no siempre, no siendo rigurosamente exactos. En el mismo sentido afirma CASTÁN que “frente al sentido rígido y mecánico que se dio en algún tiempo a la teoría de la división de los Poderes, entendiéndose que cada órgano no debía tener sino una función y no podía injerirse en la actividad de los otros, ni siquiera para revisarla o corregirla, se admite hoy, de una parte, que a la separación conceptual de las funciones no puede corresponder una separación absoluta de Poderes y, sobre todo, que entre los diversos órganos no debe existir contraposición, sino coordinación”. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946, p. 16.

¹⁰⁵ Este argumento se ha llevado al extremo por URRUTIA SALAS quien afirma que no hay otra actividad del Estado que niegue de forma más evidente la separación absoluta de poderes tal como la concibió Montesquieu, ya que en todos ellos aparece la jurisdicción voluntaria realizando actividades jurídicas y sociales, administrativas, políticas y judiciales, ya de orden privado, ya de orden público. Véase, URRUTIA SALAS, M., “La jurisdicción...”, cit., p. 318.

admiten, incluso, que en la jurisdicción voluntaria no existe una pretensión procesal entre partes ni controversia relevante, por entender que son criterios tradicionales superados como delimitadores del concepto de jurisdicción. Ello supone aceptar un concepto amplio de jurisdicción caracterizado por la tutela de derechos subjetivos, lesionados o no, situaciones jurídicas individualizadas e intereses legítimos privados y, en ocasiones, públicos¹⁰⁶.

En la jurisdicción voluntaria se estaría ante una tutela simplificada y más ágil del ordenamiento jurídico, pero con las garantías de imparcialidad e independencia propias de la intervención del Juez, así como con todas las garantías básicas del procedimiento contencioso.

Y, sin perjuicio de mantener, al menos en aquellos casos en que la intervención del Juez tiene carácter preceptivo o constitutivo, el carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria, se reconoce que hay determinados actos, tradicionalmente considerados como tales y atribuidos al órgano judicial, que pueden desjudicializarse y atribuirse a otros operadores jurídicos, sin que por ello sufra la esencia de la jurisdicción.

- *Posicionamiento administrativista*

Frente al anterior posicionamiento, la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria ha sido defendida por la mayor parte de la doctrina procesalista.

Y dentro de las tesis que mantienen la esencia administrativa de la institución, se han advertido matices o variantes que van desde la defensa de su naturaleza administrativa con carácter general¹⁰⁷, pasando por su consideración como actividad administrativa desarrollada bajo forma jurisdiccional¹⁰⁸, hasta entenderla como actividad situada en una zona intermedia o límite entre la función jurisdiccional y la función administrativa¹⁰⁹, a modo de una administración pública

¹⁰⁶ En este sentido, resalta FERNÁNDEZ DE BUJÁN que el concepto de jurisdicción voluntaria se ha ampliado considerablemente en los últimos años; se hace eco de la confusión existente entre la doctrina europea sobre el concepto de jurisdicción. Así, se habla de proceso tributario o de justicia administrativa, incluso gran parte de la doctrina europea mantiene la posibilidad de ejercicio de la potestad jurisdiccional fuera del proceso. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general... (I)*, cit., pp. 54-57.

¹⁰⁷ Por todos, ALLORIO, E., *Problemas...*, Tomo II, cit., pp. 26 y ss; y CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., pp. 383-388.

¹⁰⁸ Naturaleza sustancialmente administrativa pero formalmente jurisdiccional, en el sentido de que sobre la premisa de la diversidad de función entre administración y jurisdicción, se admite la existencia de elementos estructurales comunes entre jurisdicción voluntaria, como actividad administrativa, y jurisdicción en sentido estricto, tales como la identidad de órganos o la similitud de procedimiento. Defiende esta posición LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. I, 4ª edición, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 27-28.

¹⁰⁹ Mantenido esta posición por CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., pp. 192-196; argumenta el autor que la jurisdicción voluntaria es una función sustancialmente administrativa pero subjetivamente ejercida por órganos judiciales. Por ello afirma que deben calificarse de jurisdicción en atención a los sujetos que la conocen, pero es función administrativa por sus fines y efectos. Mediante la colaboración de los Jueces, el Estado interviene no tanto para garantizar el cumplimiento del derecho, sino para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de intereses mediante el desarrollo de relaciones jurídicas. Por eso dice que la jurisdicción voluntaria entra en la actividad social no en la actividad jurídica del Estado. Y aunque, en principio, entiende que sólo la jurisdicción contenciosa es auténtica jurisdicción, reconoce la extrema dificultad para deslindar la jurisdicción contenciosa de la voluntaria en los supuestos en que ésta última tiene

del derecho privado¹¹⁰. Incluso se ha llegado a defender que estamos ante una compleja actividad jurídica del Estado, múltiple en sus fines, en sus formalidades y en su campo de acción, fuente de actividades tan heterogéneas que han de ser atribuidas y ejercitadas por todos los poderes del Estado¹¹¹.

Se entiende que es una forma de actividad del Estado que pertenece con carácter general a la función administrativa, si bien ello no obsta para que parte de su contenido se atribuya a los órganos judiciales, por tratarse de actos que requieren, para la adecuada consecución del fin que con ellos se persigue, de una especial aptitud y especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían.

En este sentido y, a diferencia de lo que hemos visto en las tesis jurisdiccionalistas, quienes defienden la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria mantienen que las razones de mera oportunidad, que han llevado históricamente a atribuir a Jueces y Tribunales la competencia en esta materia, no alteran su verdadera esencia jurídica.

Dicho de otro modo, no se revela como suficiente la tesis que atribuye naturaleza jurisdiccional a la institución por el simple hecho de que esté en manos de órganos judiciales.

De un lado, porque no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los Jueces, sino que existen diversos supuestos, cuyo conocimiento

finalidad constitutiva de nuevas situaciones jurídicas que, aunque las partes estuvieran de acuerdo, no podrían constituirse sin la intervención del Juez.

¹¹⁰ Este término lo utilizó por primera HAENEL (*Die Verwaltung des Privatrechts* en *DeutschesStaatsrecht*, V. I, Leipzig, 1892, p. 169-192, citado por FONT BOIX, Vicente, "El Notario y la Jurisdicción Voluntaria", *VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965, Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, pp. 688-689); posteriormente se utiliza por CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., p. 114, y en nuestro derecho puede verse, por todos, GUASP que entiende que la jurisdicción voluntaria es actividad típicamente administrativa aunque por el tipo de relaciones jurídicas sobre las que incide se trata de «administración judicial del Derecho privado». GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)...*, cit. p. 25.

¹¹¹ Esta tesis, mantenida por URRUTIA SALAS, parte de una concepción excesivamente amplia de la jurisdicción al extender su influencia no sólo al campo judicial sino también al administrativo y al legislativo. Critica la tesis de la jurisdicción voluntaria como administración pública del derecho privado por incompleta, ya que a su juicio es también administración pública de derecho público e incluso administración privada de derecho público. Así afirma que, por muchas que sean las opiniones, tenemos que convenir que la jurisdicción voluntaria es una institución jurídica cuyas extensas y confusas ramificaciones en el campo del derecho le permiten adentrarse en todos los dominios del Estado, tanto en la esfera judicial y administrativa como en la legislativa y ejecutiva. Para explicarlo, sigue argumentando el autor, es necesario construir gráficamente la figura del Estado y para ello emplea el símil de la pirámide triangular: "Las tres caras de la pirámide se levantan sobre una base que la sostiene; cada una tiene un perímetro o superficie propia, pero cada una está unida con las otras por una arista común que amarra a las superficies para formar el cuerpo geométrico, armónico y homogéneo. Pues bien, el Estado sería la pirámide cuyos tres poderes son las tres caras sostenidas sobre la base que es la sociedad. Como en la pirámide, cuyas caras son inseparables, a menos de querer destruir la figura, en el Estado los tres poderes son también inseparables, porque existen en razón de formar parte de un organismo político y social, constituyendo su conjunto un cuerpo jurídico llamado Nación o Estado (...) La llamada jurisdicción voluntaria no tiene una naturaleza específica que la radique propiamente en alguna de las tres superficies, caras o Poderes del Estado. Es como un líquido escurridizo que vertido sobre la cúspide de la pirámide resbalará por igual en cualquiera de las tres caras, tomando así, las características propias de la superficie en que actúa, como toman los seres vivos o las plantas caracteres propios según el ambiente en que se desarrollan". URRUTIA SALAS, M., "La jurisdicción...", cit., pp. 304-316.

está encomendado o se puede encomendar a órganos administrativos, que son extraordinariamente afines a los que la ley atribuye a los Jueces como de jurisdicción voluntaria¹¹²; es por ello que estas tesis son favorables a atribuir a los Notarios y Registradores gran parte de las competencias en la materia por entender que se trata de actos más propios de la función notarial o registral que de la función judicial.

Y de otra parte, porque los órganos judiciales tienen atribuidos determinados cometidos en los que no desarrollan su potestad jurisdiccional, sino que en estos casos actúan como órganos administrativos, como ocurre, por ejemplo, en los servicios estadísticos, penitenciarios, disciplinarios o electorales de la Jurisdicción¹¹³.

Tratándose de una actividad del Estado perteneciente a la función administrativa pero ejercitada no sólo por órganos administrativos, sino también por Jueces y Tribunales, su naturaleza administrativa está, no obstante, matizada con ciertas características que la diferencian de la actividad administrativa general, sobre todo en lo relativo al régimen jurídico de los órganos judiciales¹¹⁴ y a los fines de tutela de los derechos de los particulares¹¹⁵ perseguidos por la institución.

En este sentido, se habla de la jurisdicción voluntaria como administración pública del derecho privado cuyo fin es la tutela de los derechos particulares en determinados casos en que los interesados no están en condiciones de hacerlo por sí mismos o existe el riesgo de que sean lesionados. Esta administración pública de derecho privado puede también ser ejercida por otras autoridades o funcionarios integrados en la Administración, pero en ocasiones, razones de oportunidad, conveniencia o tradición histórica han determinado su atribución a órganos judiciales.

Estamos de acuerdo en que la jurisdicción voluntaria no puede configurarse

¹¹² En este sentido, puede verse CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., pp. 384-385.

¹¹³ Así, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)...*, cit. p. 734. SERRA DOMÍNGUEZ afirma, a este respecto, que la atribución de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria al órgano jurisdiccional carece de relevancia a efectos de determinar su naturaleza jurídica, ya que éste, “en cuando órgano estatal, tiene carácter administrativo. Los tribunales ordinarios son órganos administrativos que tienen confiadas funciones jurisdiccionales y funciones administrativas. Lo realmente importante es determinar cuándo unas funciones son jurisdiccionales y cuándo son administrativas”. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969, pp. 637-638.

¹¹⁴ En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ afirma que el régimen administrativo sufre alguna modificación, principalmente en cuanto al régimen jurídico del órgano judicial, ya que hay un diferente sistema de recursos, no existe jerarquización, existe obligación de fallar y no puede haber silencio administrativo. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios...*, cit., pp. 639-640. En la misma línea, ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones...*, cit., p. 975 y CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., p. 385. GIMENO GAMARRA, R., “Ensayo de una teoría general...”, cit., pp. 15-19, concluye que, aunque presente ciertos rasgos o características que la diferencian del resto de la actividad administrativa, no hay posibilidad de considerar la jurisdicción voluntaria como una función especial del Estado distinta de la jurisdicción y la administración, sino que ha de ser considerada sin duda como una función administrativa.

¹¹⁵ En opinión de GIMENO GAMARRA la finalidad de proteger los derechos privados es lo que diferencia la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general y si, a veces, protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que sea esa su finalidad específica, como sí lo es de la jurisdicción voluntaria. GIMENO GAMARRA, R., “Ensayo de una teoría general...”, cit., p.30.

como auténtica jurisdicción en tanto no comprende verdaderas actuaciones procesales al no satisfacerse pretensión procesal alguna, sin embargo no compartimos la opinión de quienes llevan la tesis sobre la naturaleza administrativa a sus últimas consecuencias y entienden que con la jurisdicción voluntaria se ha tratado de acoger bajo un concepto unitario todas aquellas funciones que desempeñan los Jueces y Tribunales como sujetos de la Administración, realizando sobre relaciones jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales sino administrativos¹¹⁶. A nuestro juicio, la diversidad de contenido de la institución y la pluralidad de órganos que pueden tener competencia en la materia determina que no pueda hablarse de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria como categoría unitaria sino de cada uno de los actos que la integran.

- *Posicionamiento intermedio: tertium genus*¹¹⁷

Aunque el reconocimiento constitucional de los tres poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, dificulta mantener la tesis de su naturaleza como *tertium genus* o cuarta función del Estado¹¹⁸, hay, finalmente, un sector minoritario de la doctrina que, ante la imposibilidad de encuadrar la jurisdicción voluntaria dentro del esquema típico de la jurisdicción contenciosa y por las diferencias que presenta con la actividad administrativa, ha optado por configurarla como una categoría autónoma a medio camino entre jurisdicción y administración, ya que entiende que participando de la naturaleza de ambas, no encaja a la perfección en ninguna de estas dos funciones del Estado¹¹⁹.

No es jurisdicción porque, prescindiendo del criterio subjetivo que no es determinante y no hace más que poner de manifiesto los criterios de oportunidad política que han llevado a atribuir a los Jueces la competencia en materia de

¹¹⁶ GUASP entiende a este respecto que el concepto de jurisdicción voluntaria viene integrado por las siguientes notas: "presencia de un órgano jurisdiccional y existencia de un objeto jurídico privado, sobre el cual se verifica una tarea que no es procesal sin embargo, sino administrativa". GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)*..., cit., pp. 734-735.

¹¹⁷ Tesis mantenida principalmente por FAZZALARI, Elio, *La giurisdizione volontaria: profilo sistematico*, Padova, Cedam, 1953, pp. 164-181. En nuestra doctrina, FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., p. 235; y, más recientemente, GÓMEZ-FERRER, quien entiende que la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción porque al actuarla el Juez no juzga ni hace ejecutar lo juzgado con eficacia de cosa juzgada material, sino que se despliegan algunas actividades semejantes a la función notarial, véase GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., en "Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria...", cit., pp. 94-104.

¹¹⁸ MICHELI, que rechaza de plano este posicionamiento intermedio, ha afirmado, no obstante, que la crisis que ha afectado a la configuración tradicional de la teoría de la división de poderes de *Montesquieu*, es la que ha llevado a considerar a la jurisdicción voluntaria como actividad estatal autónoma de la jurisdicción y de la administración, intermedia entre ambas. MICHELI, G. A., *Derecho Procesal...*, Tomo IV, cit., p. 130. En este sentido se ha manifestado FAZZALARI, E., *La giurisdizione...*, cit., pp. 164-181, máximo exponente de esta teoría intermedia, quien afirma que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria son el núcleo de una categoría autónoma que se coloca al lado de las otras actividades fundamentales del Estado, pero que tiene su propio espacio; añade que la realidad positiva impone al intérprete la superación de la división clásica tripartita de los poderes del Estado, "en virtud de la geometría ilustrada por la que hasta hace poco la jurisdicción voluntaria se presentaba como un auténtico centauro, mitad administración y mitad jurisdicción".

¹¹⁹ En palabras de ALCALÁ ZAMORA, la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es la de un "posible territorio distinto". ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *"Eficacia de las Providencias de Jurisdicción Voluntaria"*, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, Instituto de investigaciones jurídicas, 1974, p. 185.

jurisdicción voluntaria, no hay lesión de derecho subjetivo, no se actúa una pretensión procesal ni se resuelve una verdadera contienda entre partes, ni sus resoluciones adquieren validez de cosa juzgada; no es función administrativa, por sus diferentes fines, ya que no persigue la satisfacción de intereses públicos sino de intereses privados y por el diferente régimen de jerarquía e impugnación, siendo las resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de revisión o anulación en el ámbito de la jurisdicción ordinaria¹²⁰.

Lo cierto, no obstante, es que a la jurisdicción voluntaria como categoría autónoma, e incluso como actividad reguladora y legitimadora¹²¹, integrada por la función notarial, registral y determinada parcela de la jurisdicción extraprocesal del Juez, no se le puede reconocer entidad suficiente para ser considerada como una cuarta función del Estado¹²².

3.2.- Actividad desarrollada por los Jueces y Tribunales como órganos de jurisdicción voluntaria: ¿estamos ante una auténtica manifestación de su potestad jurisdiccional?

Delimitar la verdadera naturaleza jurídica de esta institución es primordial con el fin de justificar, en aras de su adecuada configuración actual, la atribución de muchas de las funciones tradicionalmente consideradas como de jurisdicción voluntaria a otros operadores jurídicos, en especial a los Notarios.

Porque si constituye auténtica jurisdicción ha de estar atribuida exclusivamente y de forma inequívoca a los Jueces y Tribunales como titulares de la potestad jurisdiccional; si, por el contrario, entendemos que en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria los Jueces desempeñan tareas administrativas o, al menos, que no despliegan su potestad jurisdiccional en sentido propio, lo aconsejable es desjudicializar aquellas competencias y encomendarlas, si quiera en parte, a otros operadores jurídicos.

Para alcanzar conclusiones certeras sobre la naturaleza jurisdiccional o administrativa de la jurisdicción voluntaria, y una vez revisados los diferentes

¹²⁰ Véase en este sentido, FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 688-689.

¹²¹ Doctrina defendida principalmente en el campo del Derecho notarial. De especial interés la defensa que CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., p. 36, hace de esta configuración de la jurisdicción voluntaria como categoría intermedia legitimadora: "La misión del Estado en orden a la realización del Derecho, no sólo supone formular en abstracto la norma jurídica (función legislativa) y declarar el Derecho en concreto en los casos de violación o desconocimiento, o, en general, cuando por iniciativa de una de las partes se pide esa declaración (función jurisdiccional), sino que exige además coadyuvar a la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguren la legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originen. Puede, pues, concebirse una nueva función del Estado, la función legitimadora, y una nueva rama del Derecho, el Derecho legitimador, que comprende aquellas normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son su consecuencia (...) En la actualidad, estas instituciones aparecen diversificadas en una porción de órganos y procedimientos dispersos y fragmentarios, la llamada jurisdicción voluntaria, el Notariado y los Registros públicos en sus diversas especies".

¹²² GIMENO GAMARRA, R., "Ensayo de una teoría general...", cit., pp. 18-19, concluye en este mismo sentido sobre la imposibilidad de considerar a la jurisdicción voluntaria como categoría autónoma o función especial del Estado.

posicionamientos que pueden mantenerse en relación a su naturaleza jurídica, debe analizarse qué es la función jurisdiccional y cómo se diferencia de la administrativa.

Han sido muchas las teorías utilizadas para delimitar jurisdicción y administración¹²³. Desde la que entiende que la esencia de la jurisdicción está en ser ésta una actividad de sustitución del Estado de una voluntad ajena¹²⁴, o en la existencia de litigio o contienda entre las partes¹²⁵, a la que defiende como esencia de la jurisdicción el efecto de cosa juzgada de sus resoluciones¹²⁶, pasando por

¹²³ FAIRÉN expone los que a su juicio son los criterios distintivos entre jurisdicción y administración. Por razón de sus funciones, dice que la administración es función primaria ya que no cabe concebir un Estado Moderno sin administración, frente a la jurisdicción que es actividad sustitutiva o secundaria; en este sentido, mantiene el autor que si todo ser humano ejercitara sus derechos sin extralimitarse y cumpliera exactamente sus obligaciones legales, sobraría el proceso como medio coercitivo de restaurar la paz jurídica. Por los principios que rigen su actividad, afirma que la administración aplica criterios propios, políticos, sociales, económicos, en función de su utilidad pública y su oportunidad, en tanto la jurisdicción sólo aplica el Derecho objetivo. Finalmente, argumenta que los funcionarios de la administración están jerarquizados y, en este sentido, obedecen las instrucciones de sus superiores, a diferencia de los Jueces que son independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, respecto de todos los órganos judiciales y de Gobierno de los Jueces. Si bien los Jueces y Tribunales tienen una organización administrativa, ello no obsta a su independencia cuando actúan en el seno de un proceso, en el que no obedecen sino a la Ley. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, cit., pp. 104-105.

¹²⁴ CHIOVENDA, máximo exponente de esta tesis, afirma que la jurisdicción es una actuación pública en la que el Juez sustituye una actividad privada ajena. Esto falta en la administración. Administrar es una actividad autónoma impuesta directa e inmediatamente por la ley a los órganos públicos, que no actúan en sustitución de nadie. Formula CHIOVENDA del siguiente modo su teoría de la sustitución: "Esta sustitución tiene lugar de dos maneras, correspondientes a los dos estadios del proceso, conocimiento y ejecución: a) En el conocimiento, la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual, no sólo de las partes, sino de todos los ciudadanos, al afirmar existente o no existente una voluntad concreta de ley concerniente a las partes. En la sentencia, el juez se sustituye por siempre a todos al afirmar existente una obligación de pagar, de dar, de hacer o no hacer, al afirmar existente el derecho a la separación personal o la resolución de un contrato (...)" b) En cuanto a la actuación definitiva de la voluntad declarada, (...) cuando se trata de una voluntad de ley que debe cumplirse por la parte litigante, la jurisdicción consiste en la sustitución de la actividad material de los órganos del Estado a la actividad debida (...) En todo caso, hay, pues, una actividad pública desarrollada en lugar de otro". CHIOVENDA, G., *Principios...*, cit., pp. 363-369. De igual modo, SATTA parte de su concepto de jurisdicción como sustitución por el Juez del ordenamiento jurídico del Estado. Entiende que esta sustitución es necesaria no sólo cuando un interés jurídico protegido no consigue su fin, como ocurre en la jurisdicción contenciosa, sino también en cualquier otra crisis del ordenamiento, incluso cuando no puede llegar a formarse dicho interés por defecto de una voluntad, como ocurre en la jurisdicción voluntaria. El ordenamiento jurídico interviene para asegurar su efectividad. Afirma que la jurisdicción aparece cuando la voluntad del sujeto no realiza el ordenamiento y hay que someterla mediante el proceso. SATTA, S., *Derecho Procesal...*, Vol. II, cit., p. 240.

¹²⁵ Tesis clásica que hoy está abandonada por gran parte de la doctrina; se la ha criticado por la existencia de procesos sin contienda, como los declarativos de derechos. Defendida por CARNELUTTI, F., *Instituciones...*, cit., pp. 22-48, que habla de la *giusta composizione della lite* estimada como conflicto de intereses regulado por el derecho. Partiendo de su definición de proceso, como "método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta", admite que se puede aplicar tanto en vía represiva (proceso contencioso), como en vía preventiva (proceso voluntario). Sigue diciendo el autor que del proceso o institución procesal se puede hacer uso para fines diversos que aquel que tiende a la justa composición de la *litis*, en la que el Juez resuelve el conflicto actual o ya surgido calificado por una pretensión resistida; ese otro fin sería la prevención de la *litis* "regulando con justicia y determinando con certeza las relaciones jurídicas en los casos en que el peligro de la injusticia o de la falta de certeza es más grave". Por tanto, a su juicio, la jurisdicción voluntaria es auténtica jurisdicción al igual que la jurisdicción contenciosa, siendo esta diferencia de finalidad y de objeto, conflicto actual y potencial de intereses, en su opinión, la que determina la línea divisoria entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa.

¹²⁶ ALLORIO, E., *Problemas...*, Tomo II, cit., pp. 30-31, defiende como criterio distintivo entre jurisdicción y administración el efecto de cosa juzgada que tienen las resoluciones jurisdiccionales. Entiende que la jurisdicción en sentido propio es inseparable del efecto declarativo o declaración de certeza, que identifica con la cosa juzgada, incompatible con la jurisdicción voluntaria y ausente en la administración a la que, en

aquellas que ven en la jurisdicción una función estatal dirigida a satisfacer pretensiones¹²⁷; finalmente, son de destacar las fórmulas teleológicas que definen los límites de la actividad jurisdiccional y de la administrativa atendiendo a sus fines, de modo que en tanto la jurisdicción es actividad dirigida a la actuación del derecho, esto es, a la aplicación de la norma general al caso concreto en la que se declaran derechos, la Administración Pública, como proclama el artículo 103 de la Constitución Española, sirve con objetividad los intereses generales dentro de los límites del ordenamiento jurídico¹²⁸.

Incompletas o sesgadas si son individualmente consideradas, conjuntamente nos aproximan al concepto y esencia de la jurisdicción. Superada, como hemos visto anteriormente, la tesis subjetivista, en virtud de la cual tendrían naturaleza jurisdiccional todos aquellos actos cuyo conocimiento estuviera atribuido a los Jueces y Tribunales, existe cierto grado de consenso al considerar como característica de la actuación de los órganos judiciales, en relación con los demás funcionarios públicos y profesionales del Derecho, la imparcialidad e independencia con que desempeñan el ejercicio de sus funciones¹²⁹ (cfr. arts.

consecuencia, debe relegarse aquella. Por tanto, aboga claramente por la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria afirmando al respecto que “la jurisdicción voluntaria es actividad administrativa, esto es, desprovista de cosa juzgada, por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero asignada, en cuanto a la competencia, a órganos habitualmente jurisdiccionales, es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de la cosa juzgada”. La posición mantenida por ALLORIO merece la crítica de MICHELI quien afirma que al reducir al efecto de cosa juzgada las diferencias entre una y otra actividad del Estado se excluye de la jurisdicción en sentido técnico el proceso ejecutivo y el proceso cautelar, así como la propia actividad instrumental del Juez instructor. MICHELI, G.A., *Derecho Procesal...*, Tomo IV, cit., p. 126. En nuestra doctrina defiende la cosa juzgada como criterio definidor de la jurisdicción, SERRA DOMINGUEZ, M., *Estudios...*, cit., pp. 640 y ss.

¹²⁷ Teoría mantenida por GUASP DELGADO quien afirma que la jurisdicción es una función pública de actuación de pretensiones, mientras que la administración es una función pública de cumplimiento de interés general, que no requiere la existencia de una pretensión y que, en el caso de existir, no constituye el objeto de su actividad, sino que es examinada y actuada con el fin de cumplir otra función de interés general. GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)...*, cit., pp. 736-737.

¹²⁸ Se afirma que la esencia de la jurisdicción está en la declaración de derechos, en la concreción de la norma general mediante su aplicación al caso concreto; si en el ejercicio de la función administrativa se aplica la ley al caso concreto, no se hace como fin en sí mismo, sino como medio para la consecución de los fines de interés general o social propios de esta función. Utilizan los defensores de esta tesis como argumento la etimología de la palabra jurisdicción. Este *ius dicere*, entienden, se hace efectivo tanto en la jurisdicción contenciosa, en la que se declara el derecho frente a las dos partes en contienda, como en la jurisdicción voluntaria en la que se actúa el derecho, bien homologando, bien controlando o legalizando una situación de hecho, integrando o complementando una capacidad o defendiendo un patrimonio. A esta tesis se le ha criticado, como ha dicho GIMENO GAMARRA, R., “Ensayo de una teoría general...”, cit. pp. 15-16, que en la jurisdicción voluntaria la aplicación o realización del derecho no se hace como fin en sí mismo sino como medio para la consecución de sus fines propios, esto es para la tutela de derechos e intereses privados. Se critica también por centrarse en la fase de la *cognitio* ignorando la fase de la ejecución, también inherente a la jurisdicción. Como defensores de estas tesis que diferencian la función jurisdiccional de la administrativa atendiendo al fin de una y otra, CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., p. 109 y ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II., Milano, Giuffrè, 1938, p. 80, citado por GIMENO GAMARRA, R., “Ensayo de una teoría general...”, cit. p. 15.

¹²⁹ Este criterio fue utilizado por MICHELI como exclusivo o determinante para la distinción entre jurisdicción y administración y en consecuencia para defender la esencia jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria. Afirma este autor que donde hay un proceso e interviene un Juez, como órgano imparcial e institucionalmente indiferente respecto del efecto jurídico, allí hay jurisdicción. Entiende que la contradicción es el fin tradicional de la jurisdicción, pero que no la agota y que la cosa juzgada es un efecto típico unido a una forma de tutela jurisdiccional, pero que no es el único efecto de la jurisdicción. Por tanto, si el Juez que conoce del acto de jurisdicción voluntaria es imparcial e independiente, aunque no haya contienda entre las partes ni

117.1, 124.1 y 127.2 CE). La independencia, entendida como la no sumisión a instancias superiores ni a ningún otro poder del Estado, y la imparcialidad, entendida como ajenidad y posición equidistante respecto de la relación que constituye su objeto, caracterizan a la actividad jurisdiccional frente a la dependencia jerárquica con la que el órgano de la Administración, como sujeto mismo de la relación jurídica sobre la que incide, desempeña su función.

La jurisdicción¹³⁰ o potestad jurisdiccional es aquella función del Estado integrada por la actividad desplegada de forma exclusiva y excluyente por Jueces y Tribunales al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como consecuencia del principio de división de poderes y del derecho de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Esta actividad debe tener lugar o desarrollarse en el seno del proceso, cuyo objeto es satisfacer pretensiones o resolver reclamaciones entre partes¹³¹; en efecto, cualquier conflicto de relevancia jurídica, en el que una persona intente subordinar un interés ajeno o uno propio, en el caso de que las partes no puedan llegar a la autocomposición de sus intereses, debe resolverse a través del cauce procesal adecuado y siempre con las debidas garantías.

Para ello, Jueces y Tribunales aplican el derecho objetivo al caso concreto, con total independencia respecto de cualquier otro órgano del Estado, con imparcialidad ante la existencia de intereses contrapuestos y con estricto sometimiento al imperio de la ley. Esta realización del derecho se hace con la finalidad de resolver la pretensión planteada mediante una resolución que ponga fin al procedimiento con efectos de cosa juzgada.

Aunque tradicionalmente se habla de jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa como si de dos esferas de una misma función se tratara, cuando nos referimos a la “jurisdicción” estamos designando de forma habitual a la llamada

efecto de cosa juzgada, estamos ante verdadera jurisdicción. MICHELI, G.A., *Derecho Procesal...*, Tomo IV, cit., p. 92.

¹³⁰ COUTURE define la jurisdicción como “función pública, realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada eventualmente factibles de ejecución”. COUTURE, E.J., *Fundamentos...*, cit., p. 40. En nuestro derecho, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)...*, cit., p. 105, define la jurisdicción como “función específica estatal por la cual el Poder Público satisface pretensiones”. Es el consagrado en el artículo 117.3 CE, correcto a juicio de FAIRÉN por ser el que emana de las Cortes de Cádiz. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General de Derecho Procesal...*, cit., p. 101.

¹³¹ CAMPO GÜERRI define el proceso como la “serie de actos del órgano judicial y de las partes, ordenados bajo los principios de audiencia, igualdad, dispositivo y aportación de parte, que tienden a la aplicación del Derecho al caso concreto, a la solución de una controversia entre las partes”. CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel, “La competencia notarial en asuntos no contenciosos”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. X, extraordinario 2010, p. 441. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal...*, cit., pp. 23-24, lo define como la pretensión de una persona frente a otra, dirigida a través de un órgano jurisdiccional, resistida por la “pretendida” y abocado por ello el litigio así formado a que el órgano jurisdiccional ya estatuido por la ley dicte una resolución sobre tal cosa vinculante para las partes. GUASP entiende que sólo podemos hablar de auténtico y verdadero proceso en tanto nos encontremos ante el fenómeno jurídico de satisfacción de pretensiones procesales o, dicho de otro modo, cuando nos encontremos ante la resolución de un conflicto o la tutela de un derecho, contra la voluntad del que lo desconoce. GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil (II)...*, cit., p. 733.

contenciosa o auténtica jurisdicción, en cuyo ámbito los Jueces desarrollan su actividad principal. Lo que cabe plantearse, habida cuenta lo difusos que, en ocasiones, son los límites que las separan, es si cuando los Jueces y Tribunales desenvuelven su ministerio en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, están o no desplegando auténtica potestad jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria, que puede acoger en algunos de sus expedientes supuestos de conflictos no relevantes, excluye la contienda¹³² procesal entre partes enfrentadas y cuando aplica el derecho objetivo lo hace con la finalidad de obtener la tutela de determinados derechos e intereses privados; por ello entendemos que, en aquellos supuestos de jurisdicción voluntaria que, en la configuración actual de la institución, han quedado en la órbita judicial, los Jueces no están desempeñando su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que nos encontramos ante funciones judiciales en garantía de derechos distintas de la potestad jurisdiccional¹³³ propiamente dicha.

La jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción; admitida la heterogeneidad de su contenido, si alguna conclusión podemos extraer es que no se debe hablar de forma unitaria de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria sino de las diferentes categorías de actos que la integran. Prueba de ello es que hay muchos supuestos de jurisdicción voluntaria que deben salir, rompiendo definitivamente la tradición histórica, de la órbita judicial, y de cuya naturaleza administrativa no se duda.

3.3.- La naturaleza de la jurisdicción voluntaria en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: su sanción constitucional en el artículo 117 de la Constitución Española

La jurisdicción voluntaria se ha configurado tradicionalmente en nuestro Ordenamiento procesal moderno como una institución de carácter judicial. Atribuida, casi en exclusiva, a Jueces y Tribunales, la tutela de los intereses jurídico-privados que implica, no se ha considerado como actividad administrativa atribuida a aquéllos al modo de un supuesto de colaboración entre los diferentes poderes del Estado, sino que se ha venido entendiendo como ejercicio de la potestad jurisdiccional, interpretada ésta en sentido amplio.

¹³² COUTURE define la contienda como “todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado” COUTURE, E.J., *Fundamentos...*, cit., p. 43.

¹³³ GIMENO SENDRA expone las facultades que, a su juicio, comprende la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Previa a la decisión y para hacer posible el juicio jurisdiccional, existe una potestad ordenatoria que se manifiesta en una serie de actos coercitivos que, como las citaciones o requerimientos, puede dictar el Juez y hacen surgir en los intervinientes en el proceso las oportunas obligaciones procesales a través de las cuales se obtiene su sujeción al mismo. A lo largo del proceso, subsiste una potestad de instrumentación y documentación cuyo objeto lo constituye, junto a la atribución del carácter de documento público a determinados actos procesales, la conservación y custodia de actuaciones procesales, dotándolas de fehabencia y seguridad mediante la protocolización de las actas judiciales. La potestad decisoria se desenvuelve a través de resoluciones judiciales que, a modo de autos y providencias, jalonan el procedimiento hasta llegar a la sentencia, decisión jurisdiccional por excelencia. Para hacerla efectiva, la Jurisdicción detenta, finalmente, la potestad de ejecución. GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal...*, cit. pp. 32-33.

La Constitución Española no hace referencia expresa en su articulado a la jurisdicción voluntaria, por lo que es cuestión debatida a nivel doctrinal y jurisprudencial su incardinación en el párrafo 3 o en el párrafo 4 del artículo 117 de la misma, cuestión directamente relacionada con la naturaleza jurídica que se le atribuya a la misma.

La disyuntiva que nos planteamos y a la que debemos dar respuesta es, en consecuencia, dónde encuentra la jurisdicción voluntaria su sanción constitucional:

- Si la actividad de los Jueces y Tribunales en al ámbito de la jurisdicción voluntaria debe considerarse como potestad jurisdiccional, al amparo del párrafo 3 del artículo 117, que acoge lo que la doctrina denomina principio de exclusividad de la jurisdicción en sentido positivo, y conforme al cual “[e]l ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. En este caso, se estaría afirmando que los Jueces, únicos órganos competentes para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en virtud del principio de división de poderes y del derecho de tutela judicial efectiva, están desplegando su actividad jurisdiccional propiamente dicha, no sólo cuando resuelven pretensiones en el seno del proceso, sino también cuando, por ejemplo, nombran un tutor, constituyen una adopción o aprueban una partición hereditaria.

- O bien, si la jurisdicción voluntaria es una función expresamente atribuida por la Ley a los Jueces y Tribunales en garantía de cualquier derecho, con independencia de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y al amparo del párrafo 4 del mismo artículo 117 de la Constitución que dispone que “[l]os Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho”¹³⁴. Este párrafo 4 contiene el que se denomina principio de exclusividad de la jurisdicción en sentido negativo, ya que de otro modo se estaría desvirtuando la verdadera esencia de la función de los órganos jurisdiccionales.

Aunque también se ha planteado si la función atribuida a Jueces y Tribunales en garantía de cualquier derecho es o no ejercicio de la potestad jurisdiccional, una respuesta positiva nos llevaría a afirmar el carácter jurisdiccional de todos aquellos supuestos de jurisdicción voluntaria enmarcados en la órbita judicial. La

¹³⁴ La única referencia explícita que se contiene en nuestro Ordenamiento jurídico a la función ejercida por los Jueces y Tribunales en garantía de un derecho, está contenida en el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme al cual “[l]os juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho”. Esta omisión de la jurisdicción voluntaria, injustificada a juicio de algunos, se ha utilizado como argumento para defender que no parece haber estado en el ánimo del legislador el incluirla en la categoría genérica de las funciones que “sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”, ni entender que no tenga cabida en la Constitución Española, sino que parece que la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha inspirado en aquellas teorías que defienden la naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria. En este sentido, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general... (I)*, cit., pp.61-66.

contraposición o el diferente trato dado por el Constituyente a una y otra función, nos lleva a concluir que el concepto de potestad jurisdiccional, al menos en sentido estricto, queda circunscrito al párrafo 3 del artículo 117¹³⁵.

El Tribunal Supremo, que tradicionalmente no ha tomado partido en la materia que nos ocupa, se ha pronunciado en una Sentencia de 22 de mayo de 2000¹³⁶ a favor de la naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria y su consideración como potestad jurisdiccional amparada por el artículo 117.3 de la Constitución Española, diciendo en su fundamento de derecho séptimo que “[e]l que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 LEC), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción. Si en estos casos el juez o magistrado denegase su intervención, hemos de convenir que el derecho conculcado sería el contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución al mismo tiempo que se produciría un incumplimiento del deber impuesto a los jueces y tribunales por el artículo 1.7 del Código Civil, de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Las demás funciones, que el artículo 117.4 de la Constitución Española permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos como en los supuestos de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquéllos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere (...)”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, no ha hecho pronunciamientos generales sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, aunque sí se ha pronunciado sobre esta cuestión en referencia a casos particulares en los que ha manifestado que el Juez “no juzga y hace ejecutar lo juzgado”, lo que, dicho de otro

¹³⁵ En esta línea, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general... (I)*, cit., p. 63. En el mismo sentido, puede verse GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria...”, cit., pp. 94-95. También CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., p. 443, quien afirma que, cuando a los Jueces y Tribunales se les confiere la competencia de la denominada jurisdicción voluntaria, ello no implica que a esta área se le atribuya constitucionalmente el carácter de función jurisdiccional de juzgar, sino que más bien parece que se están añadiendo estas competencias, de distinta naturaleza, a las estrictamente jurisdiccionales.

¹³⁶ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 22 de mayo de 2000, rec. 518/1998, por la que se declara nulo de pleno derecho el artículo 1 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario relativos a la calificación registral. (LA LEY 104287/2000, Ponente Jesús Ernesto Peces Morate).

modo, supone abogar por la naturaleza no jurisdiccional de los referidos actos.

Así en una Sentencia de 8 de noviembre de 1983¹³⁷, en un asunto referente a la nulidad de un matrimonio rato y no consumado, dispone que la función encomendada al Juez en este caso no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el artículo 117.4 de la Constitución, puede atribuir la ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho.

Qué duda cabe que la toma de posición del Alto Tribunal, máximo intérprete del Texto Constitucional, constituye un argumento fundamental para defender la naturaleza no jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria y su inclusión en el párrafo 4 del mencionado artículo 117. Y lo cierto es que tanto la doctrina¹³⁸ como la jurisprudencia han considerado, de forma mayoritaria, que la jurisdicción voluntaria debe entenderse incardinada en el ámbito del artículo 117.4 de la Constitución Española, cuando sean competentes para conocer de los expedientes los órganos judiciales, por entender que se trata de supuestos en los que se atribuye competencia a los mismos en garantía de derechos, “en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los

¹³⁷ STC, Sala Primera, 93/1983, de 8 de noviembre, rec. 497/1982 (LA LEY 214-TC/1984, Ponente Rafael Gómez-Ferrer Morant). En idéntico sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional con respecto a los procedimientos de adopción y acogimiento de menores en Sentencia de la Sala Segunda, 124/2002, de 20 de mayo, rec. 4834/2000 (LA LEY 4754/2002, Ponente Tomás Vives Antón).

¹³⁸ Entre los autores que mantienen que la jurisdicción voluntaria encuentra su sanción constitucional en el párrafo 4 del artículo 117, véase ALMAGRO quien afirma que en la Constitución (art. 117.4) junto a la potestad jurisdiccional, *stricto sensu*, se señalan como otras funciones de los Juzgados y Tribunales las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones...*, cit., p. 976. De la misma opinión es BELLOCH, quien defiende que el proceso supone contienda entre partes y constituye el cauce esencial del ejercicio de la verdadera función jurisdiccional del artículo 117.3, en tanto la jurisdicción voluntaria excluye la contienda procesal y en cuanto venga atribuida a Jueces y Tribunales supone el ejercicio de una función judicial no jurisdiccional enmarcada en el artículo 117.4. BELLOCH JULBE, J. A., “Notas en torno al Notariado...”, cit., pp. 31-32.

No obstante también se ha esgrimido la posición contraria. En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Entiende este autor que parece razonable mantener la jurisdiccionalidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria en los supuestos constitutivos de derechos, que tutelan la constitución, modificación y desarrollo del orden jurídico, o bien de preceptiva intervención judicial por tutelar los intereses de menores o incapacitados, a fin de preservar en estos casos las garantías esenciales de imparcialidad, independencia y terceridad del Juez, así como las garantías básicas del procedimiento contencioso; y sin que ello obste a la consecución de la aceleración y disminución del formalismo, y, en general, al logro de una justicia más accesible, ni suponga llevar a la jurisdicción voluntaria más allá de sus posibilidades naturales, por un simple deseo de celeridad. Alude a que en el art. 117.4 de nuestra Constitución no pueden tener cabida actos tan heterogéneos, de contenido tan diverso y de características procesales y finalidad tan diferente y que la exclusión de la jurisdicción voluntaria del elenco de funciones de competencia judicial relacionadas en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pone de manifiesto la intención del legislador de reconocer las teorías que defienden la naturaleza intrínsecamente jurisdiccional de esta institución. Argumenta para ello que la omisión de referencia a esta institución en la mencionada Ley Orgánica tiene por finalidad implícita incluirla en su artículo 2.1 y, por tanto, reconocer su carácter jurisdiccional (*ex art.117.3 CE*). La inclusión de estas funciones en el párrafo 4 del artículo 117 comportaría la posibilidad de su traspaso, en un futuro, a otros operadores jurídicos. Por ello, concluye, que las competencias atribuidas a los Jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, deben incluirse, según la materia de que se trate, en los referidos párrafos tercero o cuarto del artículo 117 de la Constitución. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias...”, cit., p. 69.

asuntos que ante ella se dilucidan”¹³⁹.

Cabe destacar, no obstante, que esta función de garantizar derechos en los casos expresamente previstos en la ley no está reservada exclusivamente en la Constitución a los Jueces, por lo que tiene perfecto amparo constitucional la atribución del conocimiento de parte del contenido de la jurisdicción voluntaria a otros operadores jurídicos, ya formen parte de la Administración de Justicia, como los Secretarios Judiciales, ya sean profesionales del derecho de probada solvencia, como los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

La atribución de competencias en materia de jurisdicción voluntaria a estos profesionales del derecho no incardinados en la organización judicial, no debe suponer su conversión en órganos pseudo-judiciales, sino que implica, de principio, el reconocimiento de que determinadas funciones atribuidas hasta ahora a los Jueces como contenido propio de su potestad jurisdiccional, recaen, en realidad, sobre materias que, por su naturaleza más cercana a la función notarial o registral, pueden ser desarrolladas con mayor propiedad por estos otros operadores jurídicos¹⁴⁰.

3.4.- La naturaleza de la jurisdicción voluntaria en la reciente configuración legal: clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria según su naturaleza jurídica

El legislador ordinario ha puesto de manifiesto sus dudas en relación a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria y, por ende, a su amparo constitucional. La disparidad de criterios que arrojan los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales se reproduce, no solamente a nivel doctrinal, sino también en los distintos textos prelegislativos que, desde el año 2002, han tratado sin éxito de dotar a la jurisdicción voluntaria de una regulación sistemática y actualizada, lo que finalmente se ha hecho realidad con la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

La Ponencia constituida al efecto en el seno de la Comisión General de Codificación en el año 2002 no se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, sino que, al regular los diversos procedimientos, atribuía unos en exclusiva a los Jueces y Tribunales, por entenderlos de estricta naturaleza jurisdiccional, y otros, encomendados hasta entonces a éstos por diversas razones

¹³⁹ Párrafo tercero del apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

¹⁴⁰ Opina CAMPO GÜERRI en este punto que, aunque tradicionalmente han sido criterios de índole histórica y no dogmática los que han venido delimitando el ámbito competencial de la jurisdicción voluntaria, si se considera integrada en el artículo 117.4 de la Constitución tan admisible es atribuir la competencia a Jueces y a Tribunales como a otros operadores jurídicos. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., pp. 443-444. En el mismo sentido afirma BELLOCH que al Juez se ha acudido históricamente por su independencia e imparcialidad y por la garantía que se supone en su actuación, pero no como árbitro o dirimidor de una contienda, sino como sujeto dotado de *auctoritas*; aunque, no obstante, no existe razón conceptual ni constitucional para ello, por lo que puede atribuirse esta competencia a cualquier otro profesional del derecho siempre que concurra en él la misma *auctoritas*. BELLOCH JULBE, J. A., “Notas en torno al Notariado...”, cit., p. 22.

de oportunidad o política legislativa, los asignaba, de forma exclusiva o compartida con los Secretarios Judiciales, a Notarios o Registradores de la Propiedad o Mercantiles, por encajar a la perfección en las funciones propias de estos profesionales del derecho.

Esta propuesta normativa de la Ponencia es la que asume el Ministerio de Justicia como Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en el año 2005. Y, si bien su articulado no contenía ninguna manifestación explícita sobre la naturaleza jurídica de la institución, en la Exposición de Motivos sí se pronunciaba al respecto, afirmando expresamente que la jurisdicción voluntaria quedaba comprendida, conforme al artículo 117.3 de la Constitución Española, dentro de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, interpretado aquel precepto en sentido amplio, abogando, en consecuencia, por su naturaleza jurisdiccional.

En este sentido, se afirmaba que “[n]o es la jurisdicción voluntaria una actividad administrativa, cuya titularidad se atribuye a los Juzgados y Tribunales, conforme a nuestro actual modelo de colaboración entre los poderes del Estado, sino que la protección, gestión o administración de derechos o intereses privados que se atribuye a los Jueces, supone un ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio, en atención al carácter de indisponibles de los derechos o intereses legítimos tutelados, a la interrelación entre intereses particulares con intereses generales o sociales, al carácter tutelar, constitutivo, preventivo, ejecutivo o complementador respecto a la posición de menores, incapacitados, personas con discapacidad o desvalidos, o bien se justifica, en determinados supuestos, en atención a la especial garantía que supone la intervención judicial”.

El Proyecto del Gobierno de octubre de 2006, sin embargo, modificó radicalmente este primer planteamiento de la cuestión, encuadrando expresamente la jurisdicción voluntaria dentro del párrafo 4 del artículo 117 de nuestra Carta Magna, excluyéndola de la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales. En su Memoria Justificativa se afirmaba que “la atribución de competencias a otros operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional-Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles-es una consecuencia directa de la incardinación de la jurisdicción voluntaria en el apartado 4 del artículo 117 de la Constitución.

Obsérvese cómo, mientras el apartado 3 alude al “ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”, el apartado 4 dispone que los Juzgados y Tribunales podrán ejercer las funciones que “expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. Este es precisamente el fundamento de la intervención judicial en los expedientes de jurisdicción voluntaria: la garantía de derechos cuando expresamente se lo encomiende la ley”. En este sentido, se afirmaba con rotundidad en el apartado III, párrafo 2º, de su Exposición de Motivos que “tal como aparece configurada en la presente ley, la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga

el proceso contencioso, claramente amparado en el artículo 117.3”¹⁴¹.

De esta forma, se modificaba en aquel Proyecto la configuración de la jurisdicción voluntaria, pasando de una concepción judicialista a una configuración mixta, con tendencia a administrativizarla¹⁴². La línea marcada por el Proyecto de 2006 tuvo una fuerte oposición desde el ámbito judicial y, aunque fue corregida en trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, no se pudo evitar, como antes se ha apuntado, el fracaso de esta primera tentativa de reforma.

En el reciente y definitivo intento de dotar a la materia de una regulación sistemática y actualizada, el legislador vuelve a abordar, de forma más o menos explícita, el asunto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

Así, la propuesta de Anteproyecto, elaborada por la Sección constituida al efecto en abril de 2012 en el seno de la Comisión General de Codificación, afirma con rotundidad en su Exposición de Motivos que “la jurisdicción voluntaria no constituye, pese a su denominación, una variedad del género jurisdicción, ni implica el ejercicio efectivo de la potestad de juzgar. Los expedientes que la componen, según es unánimemente aceptado, no dan lugar a procesos, por mucho que se tramiten y se decidan ante un órgano jurisdiccional”. Sin embargo, el texto del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado por el Consejo de Ministros el 31 de octubre de 2013, al igual que el Proyecto de Ley de 5 de

¹⁴¹ Argumentaba el legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley a favor de la distinción entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa del siguiente modo: “[e]sta distinción adquiere en la jurisdicción voluntaria una importancia singular, no solo porque ambos procedimientos tienen un campo de aplicación y unas características netamente diferenciadas, sino porque los principios rectores en que cada uno descansa son también distintos. Así, está ausente en la jurisdicción voluntaria el principio de igualdad de partes, dado que los interesados o terceros no están en pie de igualdad con el solicitante. Tampoco tiene lugar el principio contradictorio, toda vez que la existencia de meros interesados en el procedimiento elude de antemano la presencia de partes, configuradas con arreglo a los parámetros que imperan en el proceso contencioso. Finalmente, tampoco se produce en su plenitud el efecto de cosa juzgada de la resolución, puesto que en la intervención del Juez no se ha comprometido jurisdicción”. (...) “Sin embargo, la distinción entre potestad jurisdiccional y administración del derecho privado no debe impedir que existan abundantes puntos de intersección entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa. De tal modo, se ha configurado un procedimiento general y básico para los expedientes administrados por Jueces y Secretarios judiciales, fundamentado en el juicio verbal que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, y se ha previsto la aplicación supletoria de la ley procesal civil en lo no previsto por la que disciplina la jurisdicción voluntaria. Esta proximidad entre ambas esferas de la jurisdicción excede de lo meramente formal y se extiende a la aplicación al procedimiento voluntario de principios que rigen el contencioso, con las adaptaciones que demandan las características que definen a cada uno. Así, se ha considerado apropiado un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial y una aproximación de las posiciones de solicitantes, interesados y terceros”. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 27 de octubre de 2006, núm. 109-1 (a).

¹⁴² En este sentido, criticaba SEOANE CACHARRÓN que la utilización de expresiones como “administradores o gestores de expedientes” o “administración del derecho privado” puede considerarse apropiada en el ámbito notarial o registral, pero inapropiada si nos referimos al órgano judicial, proponiendo como más adecuadas las expresiones “conocimiento del expediente” y “titular encargado del expediente”. SEOANE CACHARRÓN, Jesús, “Breve examen crítico del anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006, pp. 1696-1697. En este mismo orden de cosas, FERNÁNDEZ DE BUJÁN viene entendiendo que la consideración unitaria de todos los titulares de competencia en materia de jurisdicción voluntaria supone “una pretensión indisimulada de administrativizar la jurisdicción voluntaria, que sólo produce confusión, al crear una categoría novedosa y heterogénea, que pone en el mismo plano a operadores jurídicos que no lo están en el marco del ordenamiento”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general...* (II), cit., p.35.

septiembre de 2014 y, finalmente, el texto definitivo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, han dado un paso atrás y no se pronuncian de forma tan explícita sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria ni sobre su sanción constitucional, optando, acertadamente¹⁴³, por un planteamiento mucho más pragmático del estado de la cuestión, incardinado en el proceso de reforma y actualización de la Administración de Justicia.

Queriendo contentar, quizás, al sector judicial, tanto el Gobierno como el legislador se abstienen de hacer un pronunciamiento tajante en contra de la naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria. Con cierta ambigüedad, al hablar de las bondades de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se afirma en la Exposición de Motivos que con ella se contribuirá a “la construcción de un sistema procesal avanzado y homologable al existente en otros países”. Con la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se sigue diciendo, “se da una mayor coherencia sistemática y racionalidad a nuestro ordenamiento jurídico procesal” y entendiendo que su regulación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “como ha ocurrido en España desde 1855, era fruto más bien de la vocación recopiladora de nuestro Derecho histórico que el resultado de la aplicación al ámbito jurídico-procesal de determinadas categorías conceptuales”, opta “por separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, manteniéndose entre ellas las relaciones naturales de especialidad y subsidiariedad que se producen entre normas dentro de cualquier sistema jurídico complejo”.

Parece con estas afirmaciones estar reconociendo, aunque sin olvidar sus múltiples especialidades, que la jurisdicción voluntaria, judicial, queda enmarcada dentro de nuestro sistema jurídico-procesal, como también lo pone de manifiesto cuando reconoce el particular cuidado que se ha tomado en “adaptar la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria a los principios, preceptos y normas generales contenidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, cuya aplicación supletoria se prevé en el artículo 8.

Pero no entra a valorar si la jurisdicción voluntaria es o no una manifestación más de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado encomendada a los Jueces, ni si encuentra amparo constitucional en el párrafo 3 ó 4 del artículo 117 de la Constitución Española, sino que se limita a reconocer “la autonomía conceptual de la jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídico-públicas legalmente atribuidas a los tribunales de justicia”, afrontando de forma decidida la modernización de un “sector de nuestro Derecho que no ha merecido tan detenida atención por el legislador o los autores como otros ámbitos de la actividad judicial, pero en el que están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas”.

La nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, reconociendo la dispersión legal

¹⁴³ A nuestro juicio, no era necesario hacer un pronunciamiento expreso sobre estas cuestiones. Esta misma opinión manifiesta DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “La urgencia de publicar una Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 25, mayo-junio 2009, p.17.

existente en la materia y la heterogeneidad de sus procedimientos con contenidos de diversa naturaleza, revisa estos procedimientos y opta por mantener sólo una parte de los mismos en el ámbito de la Administración de Justicia, reservando para ellos la denominación “jurisdicción voluntaria”.

Y una vez delimitados claramente cuáles son los procedimientos que deben mantenerse dentro del ámbito judicial, por ser éstos exclusivamente los que constituyen el objeto de la Ley, configura una jurisdicción voluntaria judicial en las que los Jueces y Tribunales intervienen con carácter preceptivo para la tutela de derechos e intereses en materia civil y mercantil, no considerada como función jurisdiccional *stricto sensu*, pero tampoco administrativa, sino más bien a modo de actividad jurisdiccional entendida en sentido amplio, debiendo, en consecuencia, preservarse las garantías básicas del procedimiento contencioso, sin perjuicio de la mayor agilidad y brevedad en los trámites y menor formalismo caracterizadores de la jurisdicción voluntaria.

Seguidamente, al tiempo que reconoce que la máxima garantía de derechos para el ciudadano viene dada por la intervención de los Jueces y Tribunales, manifiesta sin ambages que “la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados”. Finalmente, afirma que esta solución legal es “acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores”, como tendremos ocasión de argumentar en el Capítulo tercero.

De este modo, la jurisdicción voluntaria, tal como se ha venido entendiendo hasta ahora, queda desdoblada en dos categorías: la jurisdicción voluntaria, que podríamos llamar judicial, integrada exclusivamente por los expedientes que continúan en sede judicial, de los que conocerán Jueces y Secretarios Judiciales; y la jurisdicción voluntaria notarial o registral, integrada por todos aquellos expedientes o actuaciones notariales y registrales, que se encomiendan a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles por su cualificación, experiencia y cercanía a determinadas materias y que pasan a regularse en su legislación específica¹⁴⁴. Se reconoce la confianza que tanto el legislador como la sociedad civil deposita en estos operadores jurídicos considerándolos idóneos para asumir nuevas competencias en la materia.

Si tradicionalmente se ha atribuido la competencia sobre la jurisdicción voluntaria a los Jueces y Tribunales es porque históricamente no existían otros órganos que pudieran dotar a la jurisdicción voluntaria de las garantías necesarias. Con el paso del tiempo, se pone de manifiesto que muchos de estos actos tienen una naturaleza predominantemente administrativa por lo que no sólo no existe

¹⁴⁴ La distribución de competencias, según CAMPO GÜERRI, ha de discurrir por el cauce enmarcado de un lado por la Constitución Española y de otro lado por la propia naturaleza de la función notarial o registral, teniendo además presente la oportunidad social de cada actuación concreta. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., p. 467.

inconveniente alguno, sino que resulta aconsejable, y constitucionalmente admisible, su atribución a otros operadores jurídicos no judiciales. No obstante, existe una parte del contenido de la jurisdicción voluntaria que debe continuar bajo el conocimiento y control judicial. Si bien ello no obedece a la naturaleza estrictamente jurisdiccional de estos actos, sino más bien a que la naturaleza o especial relevancia u objeto del derecho o interés que se tutela requiere su amparo por las especiales garantías que conlleva la intervención judicial; los Jueces y Tribunales al conocer de estos actos no están desarrollando su actividad jurisdiccional propia al amparo del artículo 117.3 de la Constitución Española, sino que, conforme al párrafo 4 de este artículo 117, despliegan una actividad judicial en garantía de determinados derechos.

Podemos concluir el estudio hecho sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria afirmando que no se puede hablar de la esencia jurídica de la institución como categoría unitaria y homogénea, sino que debe hacerse una previa clasificación de los actos que integran su contenido para hablar de la naturaleza jurídica de cada uno de ellos¹⁴⁵. A estos efectos, puede delimitarse del siguiente modo el contenido de la jurisdicción voluntaria¹⁴⁶:

- En primer lugar, aquellos supuestos que son constitutivos de derechos, que tutelan la constitución, modificación y desarrollo del orden jurídico o bien tutelan los intereses de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. Todos ellos requieren la preceptiva intervención del Juez, pero no porque tengan naturaleza jurisdiccional en sentido estricto, sino por la especial trascendencia de estos actos y de los fines con ellos pretendidos, así como el carácter jurídico público o indisponible de los derechos sobre los que versan. Por todo ello, resulta conveniente mantenerlos en la órbita judicial, dado que las garantías de imparcialidad e independencia concurren en el Juez mejor que en ningún otro operador jurídico. En estos casos estamos ante supuestos de naturaleza judicial aunque no estrictamente jurisdiccional¹⁴⁷.

¹⁴⁵ A este respecto de la dificultad para encontrar un nexo que unifique la categoría de la jurisdicción voluntaria y la consiguiente necesidad de hacer una clasificación previa de su contenido a fin de determinar la naturaleza de los diferentes actos que la integran, se ha manifestado de forma prácticamente unánime la doctrina. Por todos, puede verse GIMENO GAMARRA, R., "Ensayo de una teoría general...", cit., pp. 21-22 y GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 63-64.

¹⁴⁶ BELLOCH JULBE hace una interesante clasificación para deslindar aquellas competencias que deben quedar en la órbita judicial de aquellas otras que pueden ser atribuidas a otros operadores jurídicos. Para ello, parte del criterio objetivo y preciso ofrecido por el artículo 53 de la Constitución Española. Y en base a ello entiende que, siempre que a través de un proceso voluntario se trate de amparar cautelarmente alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª, capítulo segundo, título I de la Constitución, toda vez que el texto constitucional ha previsto un mecanismo de plus protección, lo razonable es seguir manteniendo tales procedimientos dentro del ámbito judicial. Siempre que se trate de los restantes derechos y deberes de los ciudadanos previstos sección 2ª, parece también razonable desjudicializarlos teniendo en cuenta que el derecho de la tutela judicial efectiva quedaría garantizado cuando se conozca del asunto en el correspondiente proceso contencioso. En consecuencia, quedarían como competencias de los Jueces: derechos de la personalidad, cuestiones relativas a incapacitación, mecanismos de guarda y protección de la persona y bienes de menores e incapacitados; y se podrían desjudicializar asuntos referentes a propiedad privada, sucesiones, formas de matrimonio y su disolución y en general aquellos de contenido y trascendencia exclusivamente patrimonial. BELLOCH JULBE, J. A., "Notas en torno al Notariado...", cit., pp. 35-38.

¹⁴⁷ En estos casos, a juicio de SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios...*, cit., pp. 634-635, hay una "instintiva" desconfianza del legislador a atribuir competencia sobre los mismos a funcionarios diversos de los Jueces.

- En segundo lugar, actos de jurisdicción voluntaria que implican una declaración de derechos o relaciones jurídicas; son supuestos en los que se trata de salvaguardar derechos de terceros ausentes o ignorados de los posibles perjuicios que pudieran ocasionarles ciertos actos de atribución de derechos o liberación de obligaciones realizados por quienes promueven tales actos. En estos casos, hasta ahora de competencia judicial, el Juez no ejerce funciones jurisdiccionales, sino que, como bien se ha dicho¹⁴⁸, actúa como funcionario público para dotarlos de autenticidad o hacer el correspondiente control de legalidad; su intervención, que se viene requiriendo por el Legislador por razones de mera oportunidad política-legislativa y por el mayor prestigio y garantía que implica la actuación judicial, es, en estos casos, administrativa.

Por ello, en la actualidad deben salir de la órbita judicial y encomendarse a otros operadores jurídicos que puedan tramitarlos de forma adecuada y resolverlos sin merma de garantías para los interesados y para los posibles terceros afectados. La Dirección General de los Registros y del Notariado, ya desde una Resolución de 8 de mayo de 1995¹⁴⁹, entiende, en este sentido, que determinadas actuaciones de jurisdicción voluntaria tienen una función de administración del derecho al afirmar que “[l]as actas notariales de notoriedad reguladas en el Reglamento Notarial, entre las que se encuentran las de declaración de herederos, pertenecen a la esfera de la jurisdicción voluntaria, caracterizada por la ausencia de contienda u oposición, que hace según la opinión ampliamente mayoritaria que esta esfera no constituya una verdadera jurisdicción, sino una cierta función de administración del derecho, realizada por órganos judiciales o no, encaminada a tutelar el orden jurídico, mediante la constitución, aseguramiento y modificación de estados y relaciones jurídicas”.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN entiende, sin embargo, que estos casos son de estricta naturaleza jurisdiccional; afirma que parece “razonable mantener la jurisdiccionalidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria en aquellos supuestos indicados, de carácter constitutivo o preceptiva intervención judicial, a fin de preservar en estos casos las garantías esenciales de imparcialidad, independencia y terceridad del Juez, así como las garantías básicas del procedimiento contencioso, sin que ello obste a la consecución de la aceleración y disminución del formalismo, y, en general, al logro de una justicia más accesible, ni suponga llevar a la jurisdicción voluntaria más allá de sus posibilidades naturales, por un simple deseo de celeridad”. Como consecuencia lógica, afirma el profesor, su reserva jurisdiccional, esto es, estos supuestos quedarían en todo caso bajo la tutela y conocimiento judicial, al margen de cualquier criterio de política legislativa. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias...”, cit., pp. 1298-1300; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general... (I)*, cit. pp. 48 y ss.

En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del año 2013 entiende que “no es del todo acertado mantener que la fundamentación de la JV se asienta única y exclusivamente en el apartado 4 del art. 117 CE, sino que, al menos algunos procedimientos de JV, deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional ex art. 117.3 CE. Así pues, a la hora de fundamentar la regulación ahora en proyecto, tal vez sería más adecuado echar mano no sólo del apartado 4 del art. 117 CE, sino también del apartado 3 de ese mismo precepto constitucional, dejando claro que el mantenimiento en la órbita de los órganos judiciales de una serie de expedientes de JV obedece al hecho insoslayable de que la Constitución obliga a respetar un núcleo mínimo de competencia judicial, en atención al carácter jurisdiccional del expediente”. Puede consultarse el Informe en <http://www.poderjudicial.es>. Fecha de última consulta 2 de febrero 2015.

¹⁴⁸ Véase SERRA DOMÍNGUEZ quien afirma que, en estos supuestos, es necesaria la intervención de un funcionario para garantizar el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley, pero este funcionario no tiene por qué ser un Juez: SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios...*, cit., pp. 634-635.

¹⁴⁹ LA LEY 13276/1995.

- Junto a ellos, en tercer lugar, debemos destacar aquellos supuestos que consisten en la calificación, autenticación, legalización y registro de documentos, que cumplen una función legitimadora o de publicidad jurídica. En estos casos prevalece la naturaleza administrativa, siendo los Notarios y Registradores los profesionales más apropiados para conocer de los mismos, pues es de esencia de su función esa labor documental y autenticadora.

4.- CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: PRINCIPIOS QUE HAN INFORMADO LA NUEVA REGULACIÓN

La configuración moderna de la jurisdicción voluntaria pasa por una profunda actualización de la institución que consiga hacer de ella un instrumento útil y eficaz, de forma que, con la mayor celeridad, se pueda obtener una respuesta satisfactoria para el ciudadano con respeto de todos los derechos e intereses en juego y sin merma alguna de la seguridad jurídica¹⁵⁰.

Para ello es imprescindible dotar a la materia de una regulación sistemática, completa y adecuada a la realidad social y jurídica que constituye su contenido actual. Como se ha venido denunciando en los últimos años¹⁵¹, resultaba inadmisibles la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación centenaria y obsoleta con un contenido que se revelaba en ocasiones de escasa o nula aplicación práctica¹⁵².

Y, en consecuencia, enmarcada en la más profunda revisión que se demandaba de la Justicia civil, era urgente afrontar de forma definitiva la

¹⁵⁰ Por su especial novedad e interés debemos hacer referencia a la propuesta hecha por MEZQUITA DEL CACHO de crear un sistema cautelar o de garantías, diferente del derecho procesal y del derecho administrativo, que permita no sobrecargar el aparato judicial, y que debería tener por finalidad exclusiva la garantía de cualquier derecho en el ámbito del derecho privado. Dentro de este sistema cautelar incluye el autor la denominada jurisdicción voluntaria. La intervención judicial estaría justificada dentro de este sistema cautelar por la existencia de situaciones de riesgo especial a pesar de la inexistencia de controversia, excluyendo tal competencia cuando se trate de acciones preventivas cuyo objetivo sea cubrir situaciones normales de riesgo, sin que ninguno de los sujetos aparezca frente a los demás en una situación de inferioridad. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada*, 2. Sistema español de Derecho cautelar, Parte General y Apéndice eurocomunitario, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 1989.

¹⁵¹ PRIETO-CASTRO, ya en la década de los ochenta, hacía la siguiente afirmación sobre el estado de la legislación en materia de jurisdicción voluntaria: "Es una situación legislativa penosa (...), realmente inexplicable, porque son demasiados los años transcurridos hasta el día sin que haya existido una decisión política de recomponer tan importante sector del orden jurídico nacional". PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho concursal, procedimientos sucesorios...*, cit., p. 182.

¹⁵² En este sentido, cuando RAMOS MÉNDEZ habla sobre la profunda revisión que exige en la actualidad el contenido de la jurisdicción voluntaria para determinar de qué procedimientos se puede prescindir, afirma, en relación con aquellos de escasa o nula aplicación, que "su mera desaparición no provocaría ningún desajuste en el ordenamiento jurídico, de la misma manera que cuando se corta la rama seca de un árbol" RAMOS MÉNDEZ, F., "¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria...?", cit., p. 17.

actualización y modernización de la institución mediante la aprobación de una Ley de Jurisdicción Voluntaria que, finalmente, ha visto la luz el día 3 de julio de 2015, fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Con la vista puesta en la racionalización del sistema, los principios básicos que han informado la tramitación de la norma son los siguientes: la desregulación de procedimientos obsoletos, la redistribución entre Jueces y Secretarios judiciales de los cometidos que quedan en la órbita judicial y la desjudicialización de competencias que, si bien, a finales del siglo XIX, cuando se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, están, por razones de diversa índole, encomendadas a los Jueces, hoy pueden y deben ser atribuidas a otros operadores jurídicos.

Nos son bien conocidas las dudas existentes desde el Derecho romano sobre la absoluta naturaleza jurisdiccional de la institución, naturaleza jurisdiccional también mantenida en nuestro moderno Derecho procesal que, desde el año 1855, viene regulando la jurisdicción voluntaria en la legislación procesal civil. No resulta por ello baladí, a la luz de la experiencia histórica, volver a plantearse, como por otra parte se viene haciendo desde hace décadas, si esta institución debe mantenerse exclusivamente en la esfera judicial o si, por el contrario, sería más conveniente atribuir su conocimiento, al menos parcial, a otros órganos y funcionarios públicos.

Admitidas como premisas de un lado, que no puede hablarse de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria como categoría unitaria y homogénea, sino de la naturaleza de las diferentes categorías de actos que la integran, y de otro, que la jurisdicción voluntaria, en tanto venga atribuida a Jueces y Tribunales, supone, al amparo del artículo 117.4 de la Constitución Española, el ejercicio de una función judicial en garantía de derechos y no el desempeño de la potestad jurisdiccional propiamente dicha, en materia de desjudicialización debe pasarse, como se ha afirmado, del campo de lo conceptual y lo constitucional al más modesto de la conveniencia y utilidad¹⁵³.

Existen determinados supuestos en que la naturaleza o trascendencia del interés o derecho afectado requiere la actuación del Juez por la imparcialidad e independencia que se garantizan con su intervención¹⁵⁴. Piénsese, como ya hemos dejado apuntado, en supuestos en que están afectados menores de edad, personas con capacidad modificada judicialmente, ausentes o, en general, personas que requieran de una especial protección; así como casos en que puedan estar afectados derechos y libertades fundamentales, derechos indisponibles o intereses generales, públicos o sociales. Estos expedientes de jurisdicción voluntaria no implican en sentido estricto juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, como

¹⁵³ BELLOCH JULBE, J. A., "Notas en torno al Notariado...", cit., pp. 31-32.

¹⁵⁴ A juicio de ALMAGRO NOSETE se acude a los Jueces cuando la resolución del acto de jurisdicción voluntaria requiere no sólo una mera comprobación o calificación de hechos, sino también el establecimiento de un juicio de autoridad, valorando las situaciones con criterios que no sean de mera calificación jurídica, sino también introductivos de juicios de oportunidad, conveniencia o aplicaciones de equidad. ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones...*, cit., p. 976.

supuestos de actividad judicial, podrían incluirse dentro de la potestad jurisdiccional entendida en sentido amplio. Por otra parte, existen otros muchos casos, tradicional y dogmáticamente considerados como de jurisdicción voluntaria, en los que predomina su naturaleza administrativa y que, por no afectar a los anteriores derechos o intereses, pueden ser encomendados, con rigor y sin merma de garantías, a otros operadores jurídicos, en especial los Notarios.

Resulta obvia, a nuestro juicio, la necesidad de racionalizar el sistema, dotándolo de mayor coherencia y, como bien se ha dicho, tratando de buscar “la optimización de los recursos públicos disponibles”, (...) ya que “hoy han perdido vigencia algunas de las razones que justificaron históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los Jueces; pues junto a ellos, las sociedades avanzadas cuentan en la actualidad con otras opciones viables para la efectividad de los derechos privados, cuando para ello se requiera la intervención o mediación de órganos públicos”¹⁵⁵.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, como máxima expresión de la necesidad de desjudicialización que demanda nuestra sociedad, debe conseguir el objetivo planteado: de un lado, se trata de aliviar, en la medida de lo posible, el colapso en el que se encuentra sumida actualmente la Administración de Justicia, al tiempo que el legislador deposita su confianza en el resto de los operadores jurídicos designados en atención a su especialización y cualificación jurídicas, así como a su competencia funcional; de otro, se consigue racionalizar el sistema de dicha Administración de Justicia, redistribuyendo competencias, tal como se viene reclamando desde una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986¹⁵⁶. De este modo, Jueces y Tribunales conocerán, si no de forma exclusiva, sí, al menos, muy principalmente, de asuntos de naturaleza estrictamente jurisdiccional, de tal forma que nuestra Justicia civil será más eficaz y eficiente.

La redistribución de funciones entre Jueces y Secretarios judiciales supone, en la línea marcada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, reforzar el cometido y misión de éstos últimos en la Administración de Justicia; se trata de materializar así la previsión contenida en el artículo 456.3.b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, hoy artículo 456.6 b), según redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que les atribuye a los ahora denominados Letrados de la Administración de Justicia, competencias en materia de jurisdicción

¹⁵⁵ Apartado V, párrafos segundo y último, de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

¹⁵⁶ La Recomendación número R. (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (16-9-1986) que ya contiene los principios informadores de la reforma, se refiere a “ciertas medidas dirigidas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales”, entre ellas, la de “prever, con estímulos apropiados los procedimientos de conciliación, confiar al Juez, entre sus tareas principales, la búsqueda de una solución amigable del litigio entre las partes, evitar el aumento de tareas no jurisdiccionales confiadas a los Jueces y disminuirlas progresivamente confiándolas a otras personas u órganos”. Puede consultarse en <https://wcd.coe.int>. Fecha de última consulta 9 de febrero 2015.

voluntaria, cuando así lo prevean las leyes procesales, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer¹⁵⁷. No obstante, la Ley 15/2015, de 2 de julio, no otorga a los Secretarios Judiciales el papel relevante que, a juicio de la doctrina mayoritaria y los operadores jurídicos afectados, estaban llamados a cumplir en la nueva configuración de la jurisdicción voluntaria; a lo largo de su articulado, si bien se opta por otorgar el impulso y la dirección de los expedientes a los mismos, atribuye, en la mayoría de los casos, al Juez la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos.

El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria judicial está caracterizado por un acercamiento a la jurisdicción contenciosa, de la que se diferencia sustancialmente por la inexistencia de controversia relevante y de lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos y por la ausencia de efectos de cosa juzgada material fuera su ámbito propio. Su mayor eficacia y agilidad no pueden ni deben suponer, en ningún caso, una disminución de garantías procedimentales¹⁵⁸ y, menos aún, una merma de la garantía constitucional de la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos, que queda asegurada en la medida que la resolución que pone fin a un expediente puede atacarse de forma eficaz en el seno de un proceso contencioso¹⁵⁹.

La atribución a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de funciones en materia de jurisdicción voluntaria implica, en primer lugar, reconocer a estos profesionales del derecho un protagonismo del que habían gozado en otros momentos históricos y, en segundo término, atribuirles una competencia que, en puridad, les corresponde por su propia naturaleza, en atención a su especialización jurídica, dadas las funciones de autenticación, notificación y documentación que desempeñan, y a la seguridad jurídica preventiva que implica su actuación como garantes del control de legalidad de

¹⁵⁷ De esta forma se da respuesta a la recomendación contenida en diversos documentos oficiales. Junto a la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, el Libro Blanco de la Justicia elaborado en el seno del Consejo General del Poder Judicial en 1997 o el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por los principales grupos parlamentarios el 28 de mayo de 2001.

¹⁵⁸ A este respecto afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN que “hay que articular un procedimiento general con todas las garantías inherentes a cualquier actuación judicial, entre las que cabe destacar, que la oposición no impida continuar la tramitación del expediente, salvo que la Ley disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir en apelación el auto definitivo del juez o en revisión el decreto del secretario judicial y el mantenimiento, salvo las excepciones previstas en la Ley, del carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado y la representación del procurador, junto con la previsión del beneficio de justicia gratuita, frente a la actual identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial efectiva”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley*, N^o 8273, Sección Doctrina, 18 Mar. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, disponible en <http://diariolaley.laley.es>. Fecha de última consulta 29 de septiembre de 2014.

¹⁵⁹ En este sentido, como afirma LIÉBANA, nuestro Tribunal Constitucional ha llegado a considerar desde bien temprano que la regulación procedimental de los actos de jurisdicción voluntaria, incluíbles en el art. 117.4 de la Constitución Española, no desconoce la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del mismo Texto Constitucional, al haber previsto el legislador un cauce procesal «para el supuesto de oposición que permita la efectividad del mencionado derecho fundamental» (STC 93/1983, de 8 de noviembre [F] 3^o), antes mencionada). No se trata en estos casos de que las funciones de jurisdicción voluntaria no contengan el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva; lo que ocurre es que dicha tutela queda postergada a un ulterior momento, en que se da la posibilidad de un proceso contradictorio donde el Juez sí actúe juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. LIÉBANA ORTIZ, J. R., “Notas para el estudio de la naturaleza jurídica...”, cit. p. 178.

todos los actos o negocios jurídicos en que intervienen y de los derechos de los intervinientes y de los terceros que, en su caso, puedan verse afectados.

De forma simultánea o paralela a esta labor de redistribución y desjudicialización de competencias, el legislador realiza una revisión y actualización del contenido de la jurisdicción voluntaria, utilizando criterios unitarios y categorías generales, con la finalidad de adaptarlo a la realidad social y jurídica del siglo XXI.

En este punto, merece ser destacada la existencia de determinados expedientes, quizás configurados como de jurisdicción voluntaria para eludir la excesiva dilación del proceso civil ordinario, pero que, en atención a su verdadera naturaleza jurídica, debieran trasladarse al ámbito de lo contencioso, como ocurre con el procedimiento para el retorno de menores en los casos de sustracción internacional¹⁶⁰. No podemos olvidar, además, que la permeabilidad de ambas esferas ha supuesto, a lo largo de la historia, que, por razones de oportunidad político-legislativa o de organización o estructura de los diferentes poderes del Estado y sus competencias, procedimientos configurados en un determinado momento como de jurisdicción voluntaria, fueran transvasados con posterioridad a la jurisdicción contenciosa y viceversa.

Debe, por tanto, el legislador ser prudente al respecto y encontrar un racional equilibrio entre evitar que pueda llegar a desnaturalizarse la jurisdicción voluntaria extendiéndose fuera de su propio ámbito a supuestos en que los que exista un conflicto de relevancia jurídica y, al propio tiempo, trabajar con el firme propósito de desjudicializar aquellos conflictos no relevantes que puedan encontrar fuera del sistema judicial una solución menos gravosa para los diversos intereses implicados.

La desjudicialización es una necesidad cada vez más demandada desde diversos sectores de nuestra sociedad. La imprescindible reducción de carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, unida a los más que loables deseos ciudadanos de efectividad y celeridad en la resolución de sus conflictos, exigen una reflexión.

La fuerte tendencia judicializadora que ha venido caracterizando nuestro sistema jurídico debería, por tanto, modificar su rumbo. No se trata de despojar a Jueces y Tribunales de las funciones que le son propias, ni, en modo alguno, de conculcar el principio de tutela judicial efectiva, sino de reconocer y amparar la existencia de otros mecanismos de tutela. Una sociedad democrática suficientemente desarrollada no debe, ni puede permitirse, abocar en primera instancia a sus ciudadanos a la resolución judicial de sus conflictos.

¹⁶⁰ La Disposición final tercera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en su apartado Diez, añade un Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, integrado por los nuevos artículos 778 *bis* a 778 *quater*, donde se aborda la regulación de la sustracción internacional de menores, no ya como un expediente de jurisdicción voluntaria, sino como un proceso especial y con sustantividad propia, con el fin de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos.

La Administración de Justicia está ahí y siempre que demandemos su amparo, debidamente justificado, lo obtendremos. Pero debemos saber, o más bien, nos lo tienen que hacer saber con la adecuada publicidad institucional, que hay otras alternativas que, a día de hoy, bien por desconocimiento, bien por desconfianza, no son suficientemente utilizadas.

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria nace con esa vocación: ser máxima expresión de esta necesaria desjudicialización¹⁶¹. Junto a ella, los sistemas de resolución alternativa de conflictos o *Alternative Dispute Resolution* (ADRs) que surgen con la finalidad de agilizar y facilitar la resolución de litigios entre particulares sin merma de las garantías esenciales para el ciudadano. En efecto, los conflictos, tanto los menos relevantes como los más cualificados por la existencia de dos pretensiones contrapuestas, son susceptibles de ser resueltos por diversos cauces. Los sistemas de autocomposición y heterocomposición¹⁶² de intereses, como la mediación y el arbitraje, que poco a poco se van ganando el respeto y la confianza de los ciudadanos, están llamados a desempeñar un papel fundamental en las sociedades democráticas y civilizadas del siglo XXI.

Prueba de ello son las actuaciones legislativas llevadas a cabo en los últimos años al respecto. El arbitraje está regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia que ha llevado, asimismo, a la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, llenándose el vacío normativo existente en esta última materia. En uno y otro caso, arbitraje y mediación, los Notarios van a ocupar un papel prioritario, tal como analizaremos en el capítulo siguiente. Su probada capacidad técnica, su función asesora y la imparcialidad que rige su actuación le aproximan al estatuto que debe predicarse de quien está llamado a resolver conflictos ajenos.

Estos nuevos retos, junto al que supone su configuración como sujeto

¹⁶¹ Prueba de la importancia que la desjudicialización pueda tener en la actualidad para mejorar y racionalizar nuestro sistema judicial, es el documento de la *Comisión de trabajo de asesoramiento sobre la desjudicialización en el ámbito civil* elaborado en el seno del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. De extraordinaria importancia, por tratarse de un documento de consenso elaborado con la colaboración de representantes de los diferentes operadores jurídicos afectados, reflexiona y analiza los cambios a introducir para la mejora de nuestro sistema judicial así como el necesario impulso que debe darse a los medios de solución alternativa de conflictos a fin de potenciar la autocomposición de las divergencias entre particulares. Puede verse el texto completo en *La Notaria, Revista del Colegio Notarial de Cataluña*, número 2, 2010, pp. 30-52.

¹⁶² GIMENO SENDRA ha diferenciado entre mecanismos de autotutela, autocomposición y heterocomposición. Mediante la autotutela, una de las partes impone a la otra, por su fuerza propia, la solución del litigio; constituye, como afirma el autor, un instrumento peligroso para la resolución de conflictos y, en este sentido, el Derecho positivo reacciona prohibiendo la realización arbitraria del propio derecho y consagrando constitucionalmente el acceso efectivo a los Tribunales de Justicia. En la autocomposición de intereses, la solución al litigio planteado, sigue diciendo el autor, no se impone coactivamente por la parte más fuerte, sino que se alcanza por el acuerdo de voluntades de las partes o la resignación de una de ellas; puede intervenir un tercero, pero nunca impone su decisión a las partes. Como supuestos de autocomposición distingue los unilaterales, como el allanamiento o la renuncia, o los bilaterales, como la conciliación, la mediación o la transacción. Finalmente, en la heterocomposición de intereses, como ocurre en el arbitraje y en el proceso, el conflicto se resuelve de forma vinculante por un tercero al que las partes reputan imparcial. GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal...*, cit., pp. 22-24.

depositario de un gran número de nuevas competencias en sede de jurisdicción voluntaria, le convierten, aún más si cabe, en pieza clave de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

1.- EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

La seguridad jurídica y, en especial, la seguridad jurídica preventiva extrajudicial, de la que son principales garantes en nuestro Derecho los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y gracias a lo cual estos funcionarios-profesionales están capacitados y en disposición de asumir nuevos retos y competencias en la actualidad, es uno de los valores que deben presidir e informar todo sistema jurídico, por ser fundamental para el progreso, el desarrollo económico y la paz social en las sociedades democráticas del XXI¹.

En nuestro ordenamiento, el principio de seguridad jurídica aparece consagrado en el artículo 9.3 de la Carta Magna²: “La Constitución garantiza el

¹ A este respecto, afirma BOLÁS ALFONSO que la seguridad jurídica es un valor social propio de toda sociedad democrática y que, aunque el fin supremo del Derecho es la realización de la Justicia, “la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico y, en consecuencia, sin seguridad no hay derecho”. BOLÁS ALFONSO, Juan, “La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 24, octubre-diciembre 1997, pp. 41-42. En el mismo orden de cosas, MEZQUITA DEL CACHO afirma que la Justicia y la Seguridad se ordenan a la paz social y entiende que “la Seguridad jurídica constituye una necesidad social fundamental más perentoria que la Justicia, más inmediata, porque en el propio origen de toda sociedad está el pacto social al que los hombres convergen motivados ante todo por un deseo de hallar seguridad para sus personas y sus pertenencias”. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “La función notarial y la seguridad jurídica”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 4 de abril de 1984), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, pp. 84-85.

² Son muchas las Sentencias en las que el Tribunal Constitucional configura su doctrina sobre el principio de seguridad jurídica. Por todas ellas, pueden verse las siguientes: STC, Pleno, 27/1981, de 20 de julio, rec. 38/1981, LA LEY 216/1981, Ponente Plácido Fernández Viagas: “Los principios constitucionales (...) que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la

principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”³.

La seguridad jurídica consagrada en la Constitución Española de 1978 es tanto seguridad jurídico-pública, que también podríamos denominar seguridad objetiva⁴, referente a la certidumbre acerca del sistema normativo, su creación, publicación y jerarquía, como seguridad jurídico-privada o seguridad en sentido subjetivo, referente a la certidumbre de su aplicación en el tráfico jurídico entre particulares.

En efecto, la seguridad que un Estado de Derecho⁵ debe brindar a sus ciudadanos tiene diversas manifestaciones⁶.

arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”; y STC, Pleno, 46/1990, de 15 de marzo, rec. 573/1988, LA LEY 1458-TC/1990, Ponente Vicente Gimeno Sendra: “La exigencia del art. 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...) Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas”. En este mismo sentido se manifiesta el Consejo de Estado en su Memoria del año 1992 cuando afirma que “[l]a Constitución -dice su artículo 9.3- garantiza la seguridad jurídica, uno de cuyos aspectos fundamentales es el de que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse; lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Estas dos circunstancias -certeza y estabilidad de las normas- son muy importantes en un Estado de Derecho”. Contenido completo de la Memoria disponible en <http://www.consejo-estado.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

³ No sólo nuestro alto Tribunal, sino que también son muchos los autores que han interpretado el contenido de la seguridad jurídica consagrada en el citado artículo 9.3 de la Constitución Española. RODRÍGUEZ ADRADOS se refiere con claridad al contenido del “principio único de seguridad jurídica que la Constitución garantiza”: seguridad jurídica o certeza del Derecho objetivo: principio de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones; seguridad jurídica en la aplicación de las normas y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y, subsidiariamente, responsabilidad, esto es, seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica”: RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “La función notarial y los principios y valores constitucionales”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXX, abril-junio 1983, pp. 475-476. SIMÓ SANTONJA, por su parte, afirma que “el principio de seguridad jurídica sancionado por dicho artículo [9.3 CE] se exterioriza fundamentalmente: por una parte, en la existencia de leyes claras y suficientes; por otra, en un sistema judicial ágil y eficaz”, SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis, “El Notario y los Derechos Fundamentales”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 28, octubre-diciembre 1998, p. 304.

⁴ En opinión de BOLÁS ALFONSO, la seguridad jurídica objetiva presupone la existencia de normas jurídicas que se promulguen debidamente y sean suficientes y claras, de manera que no existan lagunas ni sean necesarios grandes esfuerzos para su interpretación: BOLÁS ALFONSO, J., “La función notarial como factor...”, cit., pp. 41-42.

⁵ Conviene recordar con SIMÓ SANTONJA que el Estado de Derecho es aquel cuya actividad y poder vienen regulados y controlados por la ley, con el fin de establecer “la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos integran la nación”. La voluntad de nuestro constituyente en 1978 se manifiesta con claridad en el Preámbulo del texto constitucional cuando se propone “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular (...) y garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”. SIMÓ SANTONJA, V. L., “El Notario y los Derechos...”, cit., pp. 131-133.

⁶ A diferencia de lo que ocurre en los Estados de Derecho, desde diversas ideologías socio-políticas de dudosa calidad democrática, la importancia del valor de la seguridad jurídica a veces se ha minusvalorado o, al menos, se ha entendido y querido llevar a la práctica a través de cauces diferentes. Interesante, a este respecto,

En primer lugar, la certeza de la norma o derecho objetivo aplicable, lo que implica conocer tanto los supuestos de hecho a los que se dirige, como las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación. A este fin, debe legislarse con suficiente claridad y con vocación de estabilidad, compatible con la necesaria adaptación del Derecho a la realidad social y jurídica.

El ciudadano debe saber, por tanto, a qué atenerse, cuáles son sus derechos y obligaciones y qué expectativas puede tener respecto de la contraparte en una relación jurídica. Y una vez conocido o, al menos, susceptible de ser conocido el derecho objetivo aplicable y los requisitos que, en cada caso, se exigen por el ordenamiento para la válida celebración de actos y contratos⁷, necesita tener garantías de que, ajustándose en sus comportamientos al derecho positivo vigente, éstos serán protegidos, sus relaciones jurídicas serán válidas y eficaces y los derechos que a su favor se deriven de las mismas serán tutelados y respetados con carácter general.

Finalmente, para que la seguridad jurídica exista, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, es preciso contar con unos Jueces y Tribunales eficaces que velen por que se respete su cumplimiento, amparando los derechos de los ciudadanos en caso de que sean conculcados. Y ésta además es la mayor y última seguridad que el ciudadano puede obtener de un Estado de Derecho. Pero esta seguridad jurídica de la que podríamos llamar fase contenciosa que, en caso de infracción del Derecho objetivo o lesión del subjetivo, garantiza la sanción o resarcimiento correspondiente conforme al principio de tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, no es suficiente⁸. Para la consecución de la seguridad del tráfico jurídico, un Estado de Derecho debe ir más allá, arbitrando junto a un adecuado sistema judicial de resolución de conflictos, de

resulta la reflexión de CUENCA ANAYA, cuando afirma que “[e]l menosprecio [a la seguridad jurídica] viene de dos campos, en apariencia enemigos, pero en muchos aspectos, coincidentes: el fascismo y el marxismo. El primero ha profesado, o más bien predicado, como lema, el vivir en peligro: lo que supone la exaltación del riesgo, del heroísmo y el desprecio hacia una vida segura; vida ofrecida como sacrificio en aras a valores como la grandeza de la Patria, de la raza, del espíritu nacional, etc. (...) El marxismo atacará también a la Seguridad por estimar que es el valor fundamental de la clase burguesa”, si bien, como sigue diciendo el autor “en realidad puede haber un concepto burgués de la Seguridad como expresión de una manera de concebir la existencia, orientada, ante todo, hacia la comodidad. Pero esta dimensión objetiva no nos interesa (...) nos interesa la Seguridad en su relación con el Derecho; por tanto, en su dimensión de valor social, pues de este aspecto es, precisamente, del que se ocupa el Derecho”. CUENCA ANAYA, Francisco, “El Notario y los fines del derecho”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 22 de marzo de 1984), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, pp. 20-22.

⁷ Como tendremos ocasión de examinar a lo largo de este capítulo, el Notario, con el asesoramiento prestado a sus clientes, colabora a la divulgación de la normativa aplicable, reduciendo paulatinamente la ignorancia del Derecho. En esta línea, SIMÓ SANTONJA, V. L., “El Notario y los Derechos...”, cit., pp. 97-105, hace interesantes reflexiones y llega a afirmar que “la máxima seguridad para el particular y para el propio Estado, no radica en leyes minuciosas, sino en juristas -notarios en este caso- que sepan hacerlas cumplir conforme a su espíritu”.

⁸ MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “La función notarial...”, cit., p. 94, incluso va más allá y entiende que la intervención de Jueces y Tribunales que, sin duda, son dispositivo último de la Seguridad jurídica, debe ser un remedio excepcional. En este mismo orden de cosas, afirma FONT BOIX que “[l]a aspiración del Estado perfecto está precisamente en conseguir que sea habitual la actuación conforme a derecho, en reducir al máximo la conducta antijurídica. Lo ideal es que el mecanismo sancionador se ponga en marcha solamente en supuestos excepcionales”. FONT BOIX, Vicente, “La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 26 de abril de 1984), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, p. 153.

carácter paliativo y sancionador, un sistema dirigido a prevenirlos en la medida de lo posible o a facilitar su resolución en el caso de que surjan⁹.

Porque podríamos decir que la verdadera seguridad a la que aspiran los ciudadanos es a aquella que les permite desenvolver sus conductas y relaciones jurídicas en libertad¹⁰, con respeto a la autonomía de su voluntad y siempre al amparo de la ley, obteniendo en consecuencia la protección del ordenamiento jurídico sin necesidad de la intervención de los Jueces.

Y cabe preguntarse cómo confiere el Estado esta seguridad preventiva o *ab initio*. Descartada la intervención estatal directa por lo que supondría de restricción a la libertad individual¹¹, el ordenamiento jurídico ha de poner a disposición de los ciudadanos los mecanismos que les permitan adecuar su voluntad a la legalidad y en consecuencia dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas, limitando los conflictos y favoreciendo la paz social. En definitiva, para garantizar la consecución de la seguridad jurídica, los poderes públicos deben procurar que en el momento mismo del nacimiento de las relaciones jurídicas, cuando las partes están comenzando a formar su voluntad, se den las mejores condiciones para que puedan proceder en libertad e igualdad y con información suficiente sobre qué cauces jurídicos seguir y cuáles serán sus consecuencias. Y que, una vez decidido el cauce más conveniente, quede la relación jurídico-privada constituida con todas las garantías y formalidades para su plena validez y eficacia¹².

Es lo que denominamos sistema de seguridad jurídica privada o preventiva que ampara los derechos de los ciudadanos en la fase de aplicación normal y extrajudicial del Derecho, en ámbitos tan importantes para la vida de las personas como el Derecho de familia, de sucesiones, el contractual, el societario o el

⁹ MEZQUITA DEL CACHO lo tiene claro: “en las sociedades evolucionadas es necesario que los Ordenamientos provean al tratamiento preventivo de la seguridad jurídica en las relaciones privadas no sólo sin recurrir para ello al Proceso, (...) sino procurando además que el entramado normativo e institucional que desplieguen a tal fin sirva además por su propia eficacia para ahorrar conflictividad procesal, cuya inflación es socialmente muy inconveniente”. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1. Teoría de la seguridad jurídica*, Barcelona, Bosch, 1989, p. 353.

¹⁰ La estrecha relación entre libertad y seguridad se constata, como refiere CAMPO GÜERRI, en el Preámbulo de nuestra Constitución cuando declara que la nación española desea establecer la justicia, la libertad y la seguridad de cuantos la integran. CAMPO GÜERRI, M. A., “La competencia notarial...”, cit., p. 534.

¹¹ En cuanto a la seguridad desde el Estado, opina CUENCA ANAYA que, en este caso, “[l]a seguridad jurídica sería una necesidad más del individuo, a cuya satisfacción, como a la de tantas otras necesidades, habría de atender el Estado, garante del bienestar, (...) pero no olvidemos que la demanda al Estado de todo lo que los hombres consideran necesario para su bienestar, con pérdida de lo que en la persona hay de iniciativa, de responsabilidad, de libertad, y la tendencia del Estado a cubrir bajo el manto del servicio público todas esas demandas de la sociedad, llevan, al unísono, a la masificación de ésta y al monstruoso crecimiento de aquél. La progresión en esta línea conduce al totalitarismo”, concluye el autor. Véase CUENCA ANAYA, F., “El Notario y los fines...”, cit., p. 31.

¹² Con todo ello, el Estado no ha hecho más que dar respuesta a esta pregunta asumiendo como propias las conclusiones a las que la sociedad ha llegado de forma natural y espontánea. Y así en palabras de MEZQUITA DEL CACHO “en estos sistemas funcionales que el Sistema [cautelar] total ha tomado ya operantes de la experiencia social, limitándose a constatarlos y positivarlos y a reforzar desde la ley su natural efecto cautelar y de certeza (...), el Ordenamiento ha de tender a adecuarse a los parámetros que le vienen marcados por la naturaleza de las cosas”. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2,...*, cit., p. 16.

patrimonial. Sistema al que sirve de forma principal y decisiva la función notarial¹³.

El sistema de seguridad jurídica preventiva¹⁴ español, que viene funcionando de forma razonablemente eficaz desde la segunda mitad del siglo XIX, cuando se aprueban la Ley Hipotecaria y la Ley del Notariado, descansa sobre las instituciones del Notariado y de los Registros Públicos, fundamentalmente los de la Propiedad y Mercantiles. En aquel momento, el Estado ya advierte que el interés general de la sociedad exige en determinados ámbitos que el tráfico jurídico entre particulares esté garantizado por los poderes públicos. Pero, como hemos dicho antes, no a modo de una intervención estatal directa, sino mediante la actuación de determinados representantes del mismo Estado a quienes se les encomienda un control preventivo de la legalidad que dificulte su infracción y reduzca en consecuencia la conflictividad.

El sistema establecido en nuestro ordenamiento jurídico está basado en fuertes presunciones. Presunción de legalidad, autenticidad de forma y fondo e integridad del contenido de los documentos notariales, y presunción de legalidad, exactitud e integridad del contenido de los asientos registrales. Presunciones que sólo pueden ser desvirtuadas por los Jueces y Tribunales mediante la declaración de nulidad o falsedad de unos y otros, documentos y asientos, en los procesos contradictorios correspondientes y que pueden operar porque tanto Notarios

¹³ Función notarial que realiza en palabras de CAVALLÉ CRUZ una “callada función de mantenimiento de la paz en las familias, en los negocios y en general en la sociedad”. CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, “El Notario como garante de los derechos de la persona”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. X, extraordinario 2010, p. 154. En este punto, resulta clarificador y de especial interés, aunque algo exagerado, el siguiente párrafo extraído de la obra de JOAQUÍN COSTA que concluye con la muy conocida y no menos mencionada expresión “Notaría abierta, Juzgado cerrado”. Afirma el autor que “si a esto se añade que el fedatario sea jurisconsulto al propio tiempo, y reciba de la ley el encargo de ilustrar a las partes acerca de sus derechos y de traducir la expresión de sus voluntades en un lenguaje claro, preciso, ordenado, previniendo deficiencias y ambigüedades que pudieran servir de causa o de pretexto a litigios de buena o mala fe, y encima de eso que sea hombre probo y celoso de su deber, que haya tomado su oficio en serio, como si fuera un sacerdocio, y lo desempeña en persona, con la conciencia presente en todos los instantes, sin dejar que la fe pública, de la que es depositario, degenerare en una ficción y la firma en una estampilla puesta mecánicamente al pie de los documentos redactados sobre fórmulas generales por auxiliares legos e irresponsables, como pudieran máquinas de fonografiar, se comprenderá que el documento auténtico sea la prueba antilitigiosa por excelencia. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, Notaría abierta, Juzgado cerrado”. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Zaragoza, Guara, 1984, p. 231.

¹⁴ La seguridad jurídica preventiva fue definida por el Tribunal Supremo para diferenciarla de la seguridad técnica de la firma electrónica avanzada. STS de 2 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, rec. 378/1999, LA LEY 6044/2001, Ponente Oscar González González, en la que el Consejo General del Notariado (contra Administración del Estado y Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda) impugna los artículos 2 y 3.1 del R.D. 1290/99, que desarrolla el art. 81 de la Ley 66/97, en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos con las Administraciones Públicas y, por conexión, arts. 4, 5, 9, 10, 11 y los puntos 1 y 3 del Anexo. Funda su pretensión impugnatoria en que el Real Decreto 1.290/1999 se ha extralimitado respecto al marco legal que le impone el artículo 81 de la Ley 66/1997. Afirma que la seguridad que proporciona la certificación electrónica “no puede comprender lo que es propio de la seguridad jurídica contractual, que afecta al proceso de formación del contrato, a la prestación del consentimiento y a la producción de sus efectos. Estos aspectos dependen de las partes contractuales y la seguridad en ellos se obtiene con la intervención de las personas que tienen encomendada en nuestro Derecho la seguridad preventiva, entendida como la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y alcance”(…)”a través de este servicio [el de certificación electrónica] ni se pretende acreditar la capacidad de los intervinientes, ni asesorar sobre el contenido, legalidad o forma del documento” y concluye “así entendida la norma impugnada (...) para nada roza las funciones que son propias de los Notarios”.

como Registradores, a través de los cuales actúa el Estado, tienen el carácter de funcionarios públicos¹⁵.

La sociedad ha depositado su confianza en el Notariado, si bien ello no ha ocurrido de forma espontánea. Desde su nacimiento por la necesidad de encontrar al margen de Jueces y Tribunales una institución que dotara de certeza a las relaciones jurídico-privadas en las que no existía contienda relevante, el prestigio del que hoy gozan los Notarios se ha ido consolidando con el paso del tiempo y de su buen hacer¹⁶. La inexistencia o mal funcionamiento de un Notariado, tal como está configurado en la actualidad en nuestro sistema, llevaría aparejada, como ya ha ocurrido en algunos sistemas históricos de seguridad jurídica, pensemos en la *in iure cessio* romana, la necesidad del particular de acudir permanentemente a los órganos jurisdiccionales para dotar, aunque en forma de procesos fingidos, de certeza a sus relaciones jurídicas¹⁷.

La seguridad jurídica que proporciona el Notario se manifiesta, en una primera aproximación a la materia, como seguridad documental o seguridad derivada de la autenticidad o eficacia del instrumento público¹⁸. Sin embargo, esta seguridad formal no puede hacernos olvidar que antes de la ‘composición’ del documento público, hay una seguridad previa, sustancial, sin la cual aquélla perdería absolutamente todo su valor¹⁹.

La intervención notarial aporta, de principio, a los otorgantes la garantía de saberse convenientemente informados y asesorados con imparcialidad sobre los cauces jurídicos más idóneos para celebrar sus negocios. Seguridad sustancial, por tanto, es la que garantiza, gracias al control de legalidad ejercido por el Notario, la

¹⁵ Entendemos con MARÍN SÁNCHEZ que el Estado garantiza la seguridad jurídica preventiva con escaso coste, ya que, si bien Notarios y Registradores son funcionarios, lo son de carácter especial y su retribución se realiza en ambos casos mediante arancel. MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, “Seguridad jurídica preventiva: valoración”, Jornada sobre la seguridad jurídica: conferencias y mesa de debate celebrada en Madrid el 3 de febrero de 2014 organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en colaboración con el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Disponible en <https://sic.notariado.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹⁶ En palabras de RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, “Jurisdicción civil y Notariado”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre 2004, p. 197, sus “pareceres [los del Notario] suelen ser aceptados precisamente por venir de persona que no ha sido impuesta y por la equidad que los inspira”.

¹⁷ Lo que a juicio de MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “El Notariado español y su papel en las estructuras del Estado y Sociedad”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIII, enero-marzo 1984, p. 380, “desprestigia la función judicial cuya misión es deshacer ficciones y simulaciones y no suministrarles escenario”.

¹⁸ En este sentido, cabe recordar con MARTÍNEZ PÉREZ que “uno de los principales mecanismos ofrecidos por los Estados para obtener la garantía de seguridad jurídica (del tráfico jurídico) es la creación de formas jurídicas que sean reconocidas por sí solas como el documento público autorizado por notario”. MARTÍNEZ PÉREZ, Delfín, “El principio constitucional de seguridad jurídica. La seguridad jurídica preventiva y paliativa”, Jornada sobre la seguridad jurídica: conferencias y mesa de debate celebrada en Madrid el 3 de febrero de 2014 organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en colaboración con el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Disponible en <https://sic.notariado.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹⁹ MARTÍNEZ DÍE es tajante en este sentido al entender que “la seguridad jurídica sería vana si se funda en unas apariencias perfectas que fueran portadoras de negocios viciados”. MARTÍNEZ DÍE, Rafael, “Seguridad jurídica y función notarial (Aproximación al párrafo 2 del art. 24 de la Ley del Notariado)”, *El Notario y la reforma de la fe pública*, Monográficos La Notaría, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 98.

existencia de negocios válidos, eficaces, adecuados al ordenamiento jurídico y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes y, en consecuencia, aptos para las finalidades perseguidas por aquéllos y justos²⁰, con lo que se eliminan gran número de potenciales controversias. A consecuencia de lo anterior, la actuación del Notario debe culminar con la formalización de la voluntad particular, de forma precisa y sin errores, en un documento, el instrumento público, que, por sus especiales requisitos y su eficacia privilegiada, evita o previene el conflicto o, al menos, facilita y agiliza su resolución en el caso de que llegare a surgir.

La función notarial por tanto coadyuva al logro de la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 de nuestra Constitución²¹. Está fuera de toda duda, y así lo demuestran diversos estudios²², su eficacia en orden a la consecución de la seguridad jurídica preventiva. El ciudadano que decide acudir al Notario para hacer testamento, formalizar una compraventa, una donación, constituir una sociedad o partir una herencia, lo hace con la certeza de que va a recibir un consejo profesional, jurídico e imparcial y de que sus actos y contratos se ajustarán a su voluntad y al ordenamiento jurídico, llegarán a buen fin y en muy contadas ocasiones serán discutidos ante los Tribunales.

Junto al Notariado, el segundo pilar sobre el que se asienta nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva son los Registros Públicos, en especial de la Propiedad y Mercantiles.

Esa misma necesidad de seguridad en las relaciones entre particulares, en especial en lo concerniente al tráfico jurídico de fincas, cada vez más creciente a

²⁰ Si bien, no se trata, claro está, de que el Notario imparta Justicia, en efecto, como afirma RODRÍGUEZ ADRADOS, la función notarial no se agota en esa colaboración formal y sustancial a la seguridad jurídica, sino que debe procurar la justicia del acto o contrato contenido en el documento, ante todo por razones de seguridad; si el contrato se realiza con justicia, sigue diciendo el autor, la contradicción de intereses entre las partes será improbable que derive en un contencioso y el documento habrá cumplido su misión anticonflictiva. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "La función notarial...", cit., pp. 479-480. En idénticos términos, SIMÓ SANTONJA, V.L., "El Notario y los Derechos...", cit., pp. 346-348. MEZQUITA DEL CACHO, por el contrario, entiende que en estas actividades la función es exclusivamente de seguridad, no de justicia. A su juicio "el juego de las instituciones formales de objetivo cautelar no produce nunca injusticia real, pero tampoco justicia de por sí (...) Pues entre la Justicia y la Seguridad preventiva (...) habrá siempre la última y decisiva diferencia de que tan sólo el pronunciamiento firme de la Justicia produce seguridad definitiva (cosa juzgada); y entonces, ya es Justicia, aunque no lo fuera más que en sentido formal; mientras que la seguridad que proveen las instituciones de garantía formal es sólo y siempre 'seguridad provisional', revisable". MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1...*, cit. pp. 388-396.

²¹ Merece destacar que no se puede obviar el valor económico de la seguridad jurídica preventiva, en especial, la seguridad prestada por la función notarial. A este respecto, BOLÁS ALFONSO, J., "La función notarial como factor...", cit., p.45, entiende que, "en una sociedad desarrollada, las transacciones se multiplican y todos los instrumentos que reduzcan los costes de transacción tienen un futuro prometedor; en este punto, dice el autor, es en el que entran en juego los mecanismos de seguridad jurídica preventiva, y, especialmente, la función notarial".

²² PASTOR PRIETO publica en 1995 un interesante estudio editado nuevamente en el año 2000 donde realiza una comprobación empírica sobre la relación inversa existente entre la tasa de intervención notarial y la de litigiosidad civil, en el que, entre otras conclusiones, afirma que "[l]a tasa de litigiosidad, esto es, el porcentaje que representan los litigios en relación a los instrumentos totales ha ido decreciendo paulatinamente, desde el 25% en 1960 al 12% en 1989. Más aún, dicha tasa de litigiosidad desciende a medida que aumenta la actividad notarial a lo largo del citado período. La litigiosidad civil ha crecido más en las materias no intervenidas por los notarios que en aquellas otras donde sí intervienen". PASTOR PRIETO, Santos, *Intervención notarial y litigiosidad civil*, 2ª edición, Madrid, Consejo General del Notariado, 2000, p. 76.

consecuencia de las Leyes desamortizadoras y de abolición de mayorazgos, fue la que hizo necesario, en la España de mediados del siglo XIX, el establecimiento de una institución, el Registro de la Propiedad²³, que completara la seguridad ofrecida por los títulos públicos notariales en los que se documentaban las transacciones, reflejando el contenido de aquéllos en sus libros después de la correspondiente calificación. Así se completaba el sistema de seguridad jurídico-privada: de un lado, ofreciendo información sobre el estado de titularidad y cargas de las fincas objeto de un contrato y de otro lado, protegiendo a los terceros que contrataban en el tráfico confiando en el contenido publicado por Libros del Registro, limitando la eficacia de determinados instrumentos públicos que siendo inscribibles no eran inscritos.

No podemos olvidar, finalmente, que junto al protagonismo histórico que ha tenido el Notariado como garante de la seguridad jurídica preventiva, los Jueces y Magistrados también conservaron otra parcela de esa seguridad: pues la seguridad jurídica subjetiva o de los derechos subjetivos también se obtiene, además de con la intervención de Notarios y Registradores, con la actuación desplegada por los Jueces en muchos actos de jurisdicción voluntaria, una parte de los cuales va a revertir, precisamente, en aquéllos como principales garantes la misma²⁴.

Son muchas las voces que reclaman en la actualidad una revisión de nuestro sistema de Seguridad Jurídica Preventiva²⁵. No es necesario a nuestro juicio la

²³ Como recuerda CASTRO-GIRONA, estos funcionarios fueron creados *ad hoc* en la Ley Hipotecaria, que tuvo que definir con claridad sus funciones “por ser éstas nuevas y extrañas a la evolución histórica”. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Juan Ignacio, “La seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. X, extraordinario 2010, pp. 18-19.

A propósito del origen del Registro y prescindiendo de manifestaciones más antiguas, puede afirmarse que fue una institución desconocida para el Derecho romano, comenzando la historia de la verdadera institución registral en el Derecho bajomedieval alemán. En este sentido, se manifiesta MEZQUITA al decir que “es un hecho cierto que en el Derecho germánico se inició el hábito de conservar en registros (unos, municipales; otros, judiciales y algunos, encomendados a organizaciones eclesiales) los documentos relativos a las ceremonias judiciales de la *Auflassung*; y, sobre estos precedentes, se inició, en determinadas ciudades desarrolladas de la Alemania medieval, la costumbre jurídica de registrar las transmisiones y constituciones de derechos, que acabó cristalizando en la conciencia popular como requisito preciso para la eficacia privilegiante de aquellas formalidades que primeramente fueron judiciales y más tarde, con el crecimiento y generalización territorial del tráfico inmobiliario, derivarían a simplemente *cartulares*”. En el Derecho histórico español el precedente de los Registros se puede encontrar, como afirma MEZQUITA, en los archivos judiciales “donde quedaba constancia de las roboraciones y en sus índices respectivos”. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., pp.25-26.

²⁴ En este orden de cosas, afirma MEZQUITA DEL CACHO que “las ideas sobre prevención, como tipo específico de acción jurídica para la tutela de los derechos, y la homogeneidad de este enfoque preventivo en la acción institucional llevada a cabo por las estructuras notarial y registral y hasta por la judicial cuando desempeña la función tradicional y equívocamente conocida como jurisdicción voluntaria, vienen ya de lejos aunque no hayan frugado nunca en una propuesta sistemática completa ni se hayan formulado sobre bases suficientes de teoría general o de filosofía política del Derecho”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., p. 61.

²⁵ MEZQUITA DEL CACHO propone la creación de un Derecho Preventivo o Cautelar, disciplina, de la que a su juicio carece nuestro sistema, que “intente explicar bajo principios unitarios y coherentes el conjunto de medidas y garantías con que el Ordenamiento intenta preservar, resguardar, proteger, preventiva o cautelarmente, los derechos subjetivos y ponerlos en condiciones de superar ventajosamente los riesgos del conflicto. A la faceta privada de este campo, con la mayor parte de los mecanismos de la jurisdicción voluntaria y con los Registros jurídicos en general, corresponde la acción de la institución notarial”. MEZQUITA DEL

elaboración de una Ley *ad hoc*²⁶. Contamos, por suerte, con unas sólidas bases normativas, pero cierto es que deben ser renovadas y actualizadas para recibir un nuevo impulso. En tiempos de crisis y profundos cambios socio-económicos, como los que estamos viviendo en los últimos años, la seguridad jurídica preventiva pasa por ser el acicate que toda sociedad moderna necesita para seguir avanzando y progresando.

2.- LA NECESIDAD SOCIAL DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA A LO LARGO DE LA HISTORIA: PAPEL DESEMPEÑADO POR EL NOTARIO Y EL DOCUMENTO NOTARIAL

Con carácter general, podemos afirmar que, en todos los ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas, existe el empeño de proporcionar a éstas y a sus ciudadanos los mecanismos adecuados para garantizar la legalidad y la seguridad en las relaciones jurídico-privadas. De esta forma, al dotar de certeza a las transacciones, en especial a las inmobiliarias²⁷, se está contribuyendo de manera decisiva al progreso económico.

La seguridad jurídica es y ha sido una necesidad y una preocupación en la mayoría de los pueblos que se han ido sucediendo a lo largo de la Historia, convirtiéndose en un valor de vital importancia a medida que el desarrollo socioeconómico y la frecuencia de los intercambios han ido en aumento²⁸. A pesar

CACHO, J.L., "El Notariado español y su papel...", cit., p. 366; puede verse también MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "La función notarial...", cit., pp. 83-84.

²⁶ De esta opinión es SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Seguridad jurídica y seguridad jurídica preventiva", *La Notaría*, núm. 3, 2012, pp. 3-4, cuando afirma que "s[í] de seguridad jurídica preventiva se trata, también debe quedar claro qué es lo que se quiere y cómo se quiere, y no parece que tenga que ser una ley *ad hoc*, imprescindiblemente. Ya existen dos magníficos pilares-otra cosa es que necesiten remozamiento-, la Ley Hipotecaria y la Ley del Notariado". La seguridad jurídica preventiva, sigue diciendo, "también puede conseguirse modificando leyes que inciden directamente en el quehacer diario de los cuerpos notarial y registral y no modificando de un plumazo lo que se haya acreditado como eficiente y seguro". No se manifiesta del todo contrario BELLOCH JULBE, José-Félix, "Ley de Seguridad Jurídica Preventiva: hoy más necesaria que nunca", *La Notaría*, núm. 3, 2010, p. 16; a su juicio, una Ley de Seguridad Jurídica preventiva no haría más que "confirmar, perfeccionándolo y actualizándolo, nuestro actual sistema, que es técnicamente depurado, jurídicamente eficaz, socialmente útil y económicamente eficiente".

²⁷ En este orden de cosas, dice MEZQUITA DEL CACHO que "en las sociedades humanas, el problema de la seguridad jurídica se plantea por grados, a medida que avanza su evolución y desarrollo. En un primer momento, sólo interesa la seguridad jurídica estática, destinada a mantener el *statu quo* de situaciones previamente establecidas, como medida primaria de paz social". Más adelante, sigue diciendo el autor, "aparece la necesidad extendida a un nivel dinámico, a fin de garantizar el tráfico jurídico", lo que a su vez se concreta "en una primera subfase, a lo mobiliario, a fin de impulsar el comercio como inicial motor del progreso económico, pero en otra ulterior ha de extenderse a lo inmobiliario, dada la trascendencia de este sector para el asentamiento humano, tanto en términos de hábitat como de organización de los medios de producción económica". MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "El Notariado español y su papel...", cit., p. 366.

²⁸ A este respecto se muestra muy claro MEZQUITA DEL CACHO: "Los Ordenamientos correspondientes a aquellos pueblos que a lo largo de la Historia se orientaron hacia el rápido progreso material, se preocuparon pronto de instituir mecanismos que procuraran eficazmente esa seguridad, en tanto que aquellos otros cuya

de la dificultad que supone adentrarse en el análisis de la organización social y jurídica de las diferentes civilizaciones antiguas por la falta de noticias exactas y precisas sobre la materia, puede advertirse la existencia de personas que dotan de un valor superior o, al menos, diferente o especial, a los documentos que redactan o a los negocios en que intervienen. Ya en los tiempos del antiguo Egipto, Palestina y Grecia²⁹, encontramos, bajo la denominación de escriba, al antecedente del *tabellio* romano.

2.1.- La seguridad jurídica en Roma. Especial referencia al *tabellio* como antecedente remoto del actual Notario

A lo largo de todos los siglos que dura su existencia, Roma experimenta un importante nivel de desarrollo económico y prueba de ello es el surgimiento de diversas estructuras dirigidas a la consecución de la seguridad jurídica.

En primer término, los Jueces y Tribunales, que no sólo ejercen la *iurisdictio* propiamente dicha, sino que actúan sin que exista litigio colaborando en la celebración y formalización de determinados actos o negocios jurídicos y en la constitución de situaciones jurídicas previamente consensuadas por las partes, asesorándolas, en su caso, y haciendo el correspondiente control de legalidad. Ante la falta de otras instituciones aptas para la consecución de dicha finalidad, los particulares tienen que acudir frecuentemente a los órganos jurisdiccionales para dotar, aunque en forma de procesos fingidos, de certeza a sus relaciones jurídicas. Estos juicios fingidos o aparentes, como bien sabemos, son el origen de la atribución a los Jueces de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria, pudiendo entenderse que constituyen, asimismo, “el punto de partida de la evolución histórica institucional que desemboca en la categoría del instrumento público notarial”³⁰.

En segundo lugar, como garantes, en cierto modo, de la seguridad del tráfico jurídico, los jurisconsultos romanos se encargan de explicar y aconsejar sobre

filosofía de existencia les llevó hacia fórmulas de organización social y de economía menos dinámicas o inspiradas en aspiraciones de simple subsistencia, este tipo de seguridad jurídica nunca fue planteado como necesidad”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “La función notarial...”, cit., p. 86.

²⁹ No parece ofrecer duda la existencia entre los hebreos de varias clases de *scribae*, escribas del Rey, de la Ley, escribas del pueblo y del Estado. En relación a los que estaban agregados a persona de autoridad, suele afirmarse que ejercían la fe pública y daban autoridad a los actos que suscribían, aunque esta fe fuera prestada no de un modo material y con la propia autoridad del sello del escribano, sino por la fe que dimanaba, sin delegación en el *scriba*, de la persona de quien éste dependía. En Egipto, puede afirmarse que existía un Notariado sacerdotal cuyas funciones se asemejaban al Notariado-profesional o Notario-Letrado, encargado de la correcta redacción de los contratos. Junto a ellos, el Magistrado, al que competía la función autenticadora mediante la imposición del propio sello, en virtud de la cual el documento, hasta entonces privado, se convertía en público. Se admite asimismo la existencia de funcionarios o particulares con funciones notariales. En Grecia existían oficiales públicos encargados de redactar contratos entre particulares. Destacan entre ellos, *Singraphos*, considerados como verdaderos notarios, y *Mnemon*, encargados de formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos privados. Véase en cuanto a los antecedentes del *tabellio* en los pueblos primitivos, GIMENEZ ARNAU, Enrique, “Apuntes para la historia del Notariado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 180, año XIX, mayo 1943, pp. 291-293 y GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial Español*, Vol.I, Pamplona, Universidad de Navarra, 1964, pp. 66-69.

³⁰ MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada*, 2..., cit., p. 19.

cuestiones de Derecho, dando lugar con sus respuestas, a veces inspiradas en la equidad y la razón y no tanto en el rigor de la letra de la ley, a la jurisprudencia cautelar, con la que se trata de superar la incertidumbre en la interpretación de las leyes y de conducir a los ciudadanos por los cauces de la normalidad en sus relaciones jurídicas³¹.

La figura del Notario, tal como hoy la entendemos, es desconocida en Derecho romano. Cuando los textos mencionan a los *Notarii*, se refieren a una especie de taquígrafos que desempeñan su función al servicio de abogados u otros oficios públicos, limitándose a tomar nota de sus discursos o trabajos. Posteriormente, también como taquígrafos, los *Notarii* se constituyen en un cuerpo de funcionarios al servicio de los Magistrados, desempeñando tareas que hoy se podrían asemejar a algunas de las desarrolladas por los Secretarios Judiciales. Poco a poco pasan con similares funciones a depender del mismo Emperador³². Entre sus funciones no está, sin embargo, la documentación de relaciones jurídicas entre particulares, presididas en Derecho romano arcaico y clásico por un rígido formalismo verbal.

La prueba es oral y el documento excepcional y posterior al acto³³. Es en el Derecho postclásico y por influencia helenística, cuando comienza a desarrollarse la escritura y la sociedad demanda la existencia de unos profesionales que se encarguen de la documentación por escrito de sus relaciones jurídicas³⁴.

³¹ En relación con los jurisconsultos romanos y sus funciones, puede verse MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “La función notarial...”, cit., p. 86.

³² Fruto de un proceso de general burocratización en la época postclásica, parte de aquellos *Notarii* republicanos y clásicos acaban convirtiéndose en funcionarios de rango elevado en la Cancillería del Emperador. Y es en esta consideración de funcionario público del notario imperial romano, como afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “donde se produce un elemento de coincidencia con el actual notario latino, al que se le reconoce una función certificante y autorizante, en el ejercicio de un oficio público”; por otra parte, sigue diciendo el autor, “alguno de estos notarios republicanos se habría especializado en la confección de testamentos, y de ahí el nombre de *testamentarii*, con lo que ello supone también de conexión con el Notariado latino y la relevancia de su especialización en materia testamentaria”. Salvo estos puntos de coincidencia entre el notario romano y el moderno, puede afirmarse con FERNÁNDEZ DE BUJÁN que si bien los Notarios de hoy derivan su nombre de aquellos *notarii* romanos, la función notarial, tal y como se entiende esta actividad desde la Edad Media, la cumplían en Roma los *tabelliones*. Aunque lo cierto, siguiendo también al citado autor, es que la variada terminología utilizada en las fuentes ha inducido a confusión, tanto por la similitud existente entre las diferentes denominaciones (*tabellarii*, *tabularii*, *tabelliones*), como por la extensión ocasional del término *notarii* a los *tabelliones*, así como por la circunstancia de que, en la parte Oriental del Imperio, la denominación *tabularius* fuera equivalente a la de *notarius*. Será en la Edad Media cuando el término *notarii* sustituya, de forma general, al de *tabelliones*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “A propósito del oficio de *tabellio* como jurista práctico en la experiencia jurídica romana”, *Liber Amicorum Juan Miquel, Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, Colección Ágora, núm. 3, Universidad Pompeu Fabra, 2006, p. 307, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 4, junio 2005, pp. 9-11. Disponible en <http://www.iustel.com>, fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.

³³ En Roma, a diferencia de lo que ocurría en Grecia, donde se concede gran importancia a la documentación de los negocios y a los profesionales que desempeñan esa función documentadora, “la tardanza en aparecer la figura del notario se habría debido al carácter oral de la primitiva negociación, en donde el testamento primitivo, la *stipulatio* y la *mancipatio* que constituyen las principales fórmulas de negocio, tienen un carácter verbal”. Véase, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Documentación y notariado en Derecho Romano”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 3, diciembre 2004, p.3. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.

³⁴ Recuerda BONO HUERTA, en este sentido, que la sustitución de la oralidad por la escrituración y el consecuente auge de la actividad documentadora de los *tabelliones* responde a una necesidad social surgida con la “provincialización del tráfico jurídico” y la creciente burocratización administrativa y judicial. BONO

A final de la época justiniana o imperial³⁵, la seguridad jurídica ofrecida tanto por los jurisconsultos como por los Jueces y Tribunales, se completa con la seguridad proporcionada por el *tabellio*³⁶, profesional que se considera como el precedente más remoto del actual Notario y que se dedica fundamentalmente a redactar actos jurídicos que documentan las relaciones entre particulares, en especial contratos y testamentos. Así surge el tabelionato, institución de origen privado que se desarrolla de forma espontánea en las costumbres sociales por la propia necesidad que tiene la sociedad de contar con profesionales de estas características.

El *tabellio* no tiene en ningún momento la consideración de funcionario público, ni va a gozar del *ius actorum conficiendorum*, ni, en consecuencia, de fe pública³⁷. No obstante su carácter de profesional libre, sí se reconoce utilidad pública a su función que, inicial y principalmente, consiste, como ha quedado

HUERTA, José, "Sobre la esencia y función del Notariado Románico hasta la Codificación", *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio 1984, p. 13.

³⁵ Aunque la realidad debe ser más antigua y de hecho existen algunas fuentes que demuestran la existencia de *scriptores* dedicados a la escrituración de testamentos en el período clásico, es en el período postclásico cuando surgen con carácter profesional los *scriptores* documentales denominados *tabelliones*. La primera referencia escrita que puede encontrarse del *tabellio*, con funciones semejantes a las que hoy ejerce un Notario, se contiene en un fragmento de Ulpiano (D.48.19.9.4-7, consultado El Digesto de Justiniano, Tomo III, Libros 37-50, Versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuentesecca, M.García-Garrido y J.Burillo, con la ayuda del C.S.I.C., Pamplona, Aranzadi, 1975, pp. 732-733) en el que distingue dentro de las profesiones jurídicas a los *iuris studiosi, advocatis, tabelliones y pragmatici*; hace mención de las funciones que como profesionales desarrollan los *tabelliones*: redactan instrumentos, escriben instancias judiciales, sellan testimonios y autorizan y suscriben testamentos; y asimismo señala los lugares públicos en los que el *tabellio*, al igual que sucede con su antecesor griego, ejerce su actividad, a saber, en el foro y en los archivos públicos. Además, los textos legales romanos permiten hablar según las épocas de una multitud de personas a quienes de modo parcial está encomendada la misión notarial. Se habla de "*tabellio, tabullarius, notarius, cursor, amanuensis o Emanuensis, grafarios, librarius, scriuarius, cognitor, actuarius, charlatarius, exceptor, libelense, censuale, refedendarius o refrendaris, scriba, conciliarius, cancelarius, logographis, numerarius, cornicularius, diastoleos, epistolares y argentarios*". Variedad de nomenclatura que pone de manifiesto que la función notarial está dispersa y "atribuida a multitud de variados oficiales públicos y privados, sin que originariamente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona". Puede verse en cuanto al origen del *tabellio* y otras figuras más o menos afines, GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho Notarial...*, cit., p. 69 y GIMENEZ ARNAU, E., "Apuntes para la historia...", cit., p. 293; BONO HUERTA, J., "Sobre la esencia y función...", cit., p. 13; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Documentación y notariado...", cit., pp. 1-4 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Testigos y documentos...", cit., p.18.

³⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., p. 87, citando a AMELOTTI (*Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, p. 5), afirma con él que los *tabelliones* "constituyen una clase profesional de redactores privados de documentos, laboriosamente configurada desde una precedente caótica actividad de escribanos, más o menos competentes o incompetentes, entre los que no han faltado los propios *notarii* o estenógrafos".

³⁷ Como recuerda, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en Roma la *publica fides en materia de Derecho privado*, garante de la seguridad jurídica, puede ser ya judicial o extrajudicial, si bien esta última estaba reservada en Occidente, ya desde los tiempos del emperador Constantino, a las autoridades que poseían el *ius actorum conficiendorum* (correspondía a los gobernadores de las provincias; a los magistrados municipales; a los magistrados superiores como el *magister census* en Roma y Constantinopla y el *iuridicus* de Alejandría; y a los obispos). Este derecho confería a sus titulares la facultad de formar y autorizar expedientes en las actuaciones y procedimientos que ante ellas tenían lugar y cuyo contenido manifestado en las copias auténticas que libraban tenía *publica fides* y gozaban de pleno valor probatorio respecto de todas las autoridades del Estado y, por tanto, también ante los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de que pudiera darse prueba en contrario sobre el contenido de los mismos. En este sentido, puede verse FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., p. 87; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "El problema de la naturaleza jurídica...", cit., pp. 26-32; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Documentación y notariado...", cit., pp. 5-7 y BONO HUERTA, José, *Historia del Derecho Notarial Español, I. La Edad Media. 1. Introducción, Preliminar y Fuentes*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1979, pp. 45-53.

dicho, en la redacción de documentos entre particulares; complementariamente, se ocupa de conservar estos documentos, así como de documentar y conservar testamentos e incluso llega a asesorar a particulares y asistir a Jueces y Tribunales mediante la redacción de declaraciones de testigos e instancias dirigidas a los mismos. Además, como sabemos, empiezan a asumir competencias en materia de jurisdicción voluntaria negocial, así como en asuntos afines en los que la intervención del Magistrado no resulta preceptiva.

El documento emanado del *tabellio* carece de fuerza legal, no es eficaz por sí mismo y no goza de *publica fides*³⁸. Dentro de las categorías documentales existentes en Roma, el documento tabeliónico recibe la denominación de *instrumenta publice confecta*³⁹. Para producir plena *fides* en juicio, los *instrumenta publice confecta* confeccionados por los *tabelliones* requieren bien el juramento del *tabellio*, bien ser corroborados por la prueba testimonial o la verificación de las escrituras, bien la *insinuatio*⁴⁰ o depósito de tales documentos en los Archivos o Registros Públicos, previo cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades gracias a los cuales el documento adquiere la condición de público y plena credibilidad⁴¹. También alcanza el documento del *tabellio* valor probatorio pleno

³⁸ Como dice FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Testigos y documentos...”, cit., p. 23, “la atribución de *plena fides* a los documentos confeccionados por los *tabelliones* bajo ciertas condiciones del forma, habría sido incompatible con su permanente posición como profesionales privados”.

³⁹ Con la *Constitutio Antoniniana* del año 212 penetraron en la práctica romana de Occidente las concepciones helenísticas de la escrituración, con lo que existían, en derecho postclásico, cuatro categorías de documentos, a saber, las escrituras suscritas sólo por las partes o con intervención de testigos hechas privadamente (*instrumenta privata*); las que contenían la suscripción de tres testigos o más, rogados e idóneos (*instrumenta quasi publice confecta*); las extendidas por los escribas profesionales, *tabelliones* en Occidente, *notarii-tabularii* en Oriente, *instrumenta publice confecta*; y los documentos que eran registrados en las actas o registros oficiales del *praeses provinciae* o de la curia municipal (*instrumenta publica*).

El documento tabeliónico no se puede calificar ni de documento privado ni de documento público, si bien, su régimen jurídico es más próximo a éste, como queda demostrado con la denominación recibida de *instrumenta publice confecta* que hace referencia a la eficacia procesal atribuida a los mismos. La denominación *instrumenta publice confecta* se utiliza por primera vez, como nos recuerda FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en una Constitución del Emperador León, en el año 472, a propósito de su contraposición con las escrituras privadas, estableciéndose la preferencia de los primeros documentos aunque fueran de fecha posterior. Sí queda claro en las fuentes la superior fuerza probatoria de aquéllos a los documentos privados, que sólo daban fe o tenían fuerza probatoria cuando se reconocían como verdaderos por la persona a quien podían perjudicar y superior también a los *instrumenta quasi publice confecta*, que hacían fe siempre que hubieran sido suscritos por tres testigos de buena e íntegra reputación; pero inferior, finalmente, a los *instrumenta publica* o documentos auténticos, que producían fe pública por sí mismos y tenían fuerza probatoria plena. Pueden verse, en cuanto al documento tabeliónico, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “El problema de la naturaleza jurídica...”, cit., pp. 26-32; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., p. 88; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “A propósito del oficio...” cit., pp. 310-313; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Testigos y documentos...”, cit., pp. 16-18; así como BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 47-54.

⁴⁰ Con carácter general, la insinuación de los documentos en los Archivos Públicos era voluntaria, convirtiéndose en un trámite frecuente en aquellos documentos que no producían fe plena en juicio y mediante la insinuación se convertían en documentos públicos, lo que suponía de refuerzo a la seguridad jurídica. De forma excepcional, se estableció el carácter obligatorio de la insinuación en determinados casos más importantes, como, por ejemplo, los testamentos solemnes después de la muerte del testador y donaciones de mayor valor y las realizadas entre cónyuges. A este respecto, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “El problema de la naturaleza jurídica...”, cit., p. 30; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho...*, cit., p. 91 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “A propósito del oficio...” cit., pp. 310-313.

⁴¹ El documento elaborado por el *tabellio* había de ser declarado *completum* (autorización del *tabellio*) y *absolutum* (entrega del documento por el *tabellio* al destinatario una vez dado por conforme por las partes)

mediante un procedimiento judicial llamado *allegatio apud acta*, en virtud del cual presentado por el actor el documento en la curia pidiendo a la parte demandada que lo impugnase o lo aceptase, si ésta lo aceptaba o se allanaba, las copias de estas actuaciones judiciales tenían plena eficacia probatoria.

A pesar de la importante función social desempeñada por el *tabellio* romano y de ser considerado el antecedente de nuestro Notario, no pudo servir a la seguridad jurídica preventiva al modo que lo hace el Notariado en la actualidad. Pero, lo cierto, es que el reconocimiento de la utilidad pública de su función supuso no sólo que su actuación quedara sometida a determinados controles del Estado, sino que se les atribuyera cierto control de legalidad en la elaboración del documento y la asunción de responsabilidad en el ejercicio de su actividad.

El prestigio y la autoridad que de forma paulatina va alcanzando a lo largo de la época postclásica, culmina con una precisa regulación de su oficio en la legislación justiniana, donde queda consagrado su carácter profesional⁴². El documento escrito y el profesional experto en su redacción que, como decimos, va ganando en competencias y prestigio social, son ya un valor en alza.

2.2.- La seguridad jurídica a partir de la Edad Media: el surgimiento y desarrollo de los diferentes sistemas de seguridad jurídica privada o preventiva

Los *tabelliones* sobreviven a la caída del Imperio romano de Occidente⁴³ y continúan, durante los siglos que restan hasta llegar a la Alta Edad Media, con su actividad profesional de documentación de negocios entre particulares⁴⁴, tanto a lo largo del dominio ostrogodo como con la dominación bizantina, época en la que esta institución alcanza su mayor reconocimiento⁴⁵, y en la que coexisten, junto al

por él para que pudiera derivarse algún derecho a favor de las partes. Esta declaración del *tabellio*, *complevi et absolvi*, aseverando al final del documento que el mismo estaba hecho y concluido previa la conformidad dada por las partes, era llamada fórmula de perfección y constituye el origen de la cláusula de autorización del *notarius publicus* medieval. Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Documentación y notariado...”, cit., p. 13; y BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 48-50.

⁴² El emperador Justiniano regula ciertos aspectos de la organización de la institución, algunos de los derechos y obligaciones de los *tabelliones* y el documento tabeliónico en el Código IV-21-17, en las Novelas XLIV (537) y XLVII (537) y en la Novela LXXIII (538). BONO HUERTA recuerda, a este respecto, que ya en el último tercio del siglo V se entiende que el *tabellio* desempeña una actividad profesional, “pues se le exige el conocimiento de las leyes para discernir los contratos lícitos de los prohibidos, incurriendo en responsabilidad si formalizaba estos últimos”. BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., p. 13.

⁴³ En cuanto a la continuidad en el tiempo de la figura del *tabellio* y su evolución durante la dominación bárbara, puede verse a VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, “Orígenes del Notariado Latino en Italia y en España”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 47, julio-septiembre 2003, pp. 305-306.

⁴⁴ Al respecto, afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN que, al igual que había sucedido con los *tabelliones* romanos, “[l]os Notarios medievales intervienen tanto en la documentación privada, autorizando negocios, testamentos, declaraciones testificales, como en la actividad judicial, confeccionando escrituras procesales por mandato de los jueces, hasta el punto de ser considerados los principales colaboradores de éstos”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Documentación y notariado...”, cit., p. 14.

⁴⁵ Esta elevada posición jurídica se manifiesta, en palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en el hecho de que se les sitúa como responsables de una de las cuatro secciones de los Archivos Públicos en los que se insinúan los documentos, así como en la “elogiosa distinción” que Justiniano hace de los mismos como “los más eficaces colaboradores de su actuación legislativa”. Incluso parece, como reconoce el autor, que en alguna Constitución de Justiniano se pretende asimilar el documento tabeliónico y el documento público, pretensión quizás

tabellio, tanto los Notarios de la Iglesia, como unos *scriptores* profesionales herederos de la tradición romana⁴⁶.

El gran desarrollo experimentado en Roma por la ciencia del Derecho, contrasta con las escasas aportaciones jurídicas de los pueblos bárbaros que invaden Europa a partir del año 476. No obstante, en lo que al aspecto notarial concierne, debe reconocerse que en la mayoría de los pueblos europeos ya existe una demanda social tendente a reforzar la función de los escribanos como garantes del tráfico jurídico⁴⁷.

El establecimiento de los longobardos en el Norte de Italia en el siglo VI, lleva consigo una creciente actividad económica que se traduce, entre otros aspectos, en el aumento de las transmisiones de la propiedad inmobiliaria en las que participan tanto la aristocracia como la nueva clase media de artesanos y comerciantes y la Iglesia, cuya influencia es creciente. Si bien, esta última se vale de los propios Notarios eclesiásticos para documentar sus transmisiones, la sociedad laica, obligada a acudir ante los Jueces para la documentación de negocios con fuerza legal, reclama la existencia de un oficio encargado de redactar conforme a la ley y con mayor agilidad los contratos entre particulares⁴⁸; esta demanda social trae consigo en los siglos VII y VIII el nacimiento de una categoría de *scriptores* que desarrollan su función como *scribae publici* y que, aunque con características propias, se acogen al sistema de documentación romano, están desprovistos de fe pública y sus documentos no gozan de eficacia ni de autenticidad. No obstante, no se les puede considerar los sucesores de los *tabelliones*, ya que el origen de aquéllos está en el propio desenvolvimiento del oficio de *scriptor* en el reino longobardo.

Estos *notarii* o *scribae publici* longobardos⁴⁹ ejercen su profesión libremente,

excesiva y, en todo caso, incompatible, como ya hemos referido antes, con su permanente consideración en Roma de profesionales privados. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "El problema de la naturaleza jurídica...", cit., pp. 31-32.

⁴⁶ En este sentido, puede verse BONO HUERTA quien afirma que, a lo largo del dominio bizantino, junto a los *tabelliones* de Roma y Ravena, surgen, con actividad similar, los *notarii scriniarii ecclesiae Romanae* y los *notarii* de la Iglesia ravenatense así como *scriptores* profesionales varios en distintas localidades, todos ellos herederos de la referida tradición romana. BONO HUERTA, J., "Sobre la esencia y función...", cit., p. 15.

⁴⁷ GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho Notarial...*, cit., p. 75.

⁴⁸ En este orden de cosas, afirma TAMAYO CLARES que los terratenientes seculares [longobardos] tenían que acudir al Juez, único que en ese momento podía expedir documentos con fuerza legal. Por la necesidad de agilizar este procedimiento, lento y costoso, y de obtener documentos que constituyeran prueba fehaciente y garantizaran la eficacia de las transacciones, al margen de los judiciales, se recurre a los *scriptores*, escribas laicos que no tenían ninguna vinculación con el desaparecido *tabellio*". TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 9ª edición, Granada, Publicaciones de la Academia granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2011, pp. 34-35. En la misma línea, FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 231-232, afirma que la aristocracia laica longobarda, que absorbe las grandes propiedades de la aristocracia romana y bizantina, promueve el renacer de una especie de *escribas* o *notarios*, desprovistos de fe pública, que redactaban documentos a instancias de particulares. Algunos de estos notarios incluso abarcaban entre sus funciones la de Juez, llegándose a considerar el oficio de notario como un primer grado en el oficio de juez.

⁴⁹ Un importante sector de la doctrina italiana ve el germen del Notariado moderno en estos escribas laicos que surgen en el Norte de Italia en los territorios dominados por los longobardos. TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., pp. 34-35, recuerda que, desde SCHIAPARELLI, gran parte de la doctrina italiana ha considerado al Notariado longobardo precedente del moderno Notariado italiano. Por todos ellos puede mencionarse a PETRUCCI, Armando, "Il Notariato italiano dalle origini al secolo XIV", *Revista del Notariato*, Giuffrè, 1958, p.

sin organización colegial alguna ni regulación específica, pero con conocimientos técnico-jurídicos suficientes para la escrituración de los negocios jurídico-privados⁵⁰. Junto a ellos, y con cometidos similares como profesionales dedicados a la escrituración, surgen por designación del Rey, los llamados *notarii regiae potestatis*⁵¹ que suponen el punto de partida de “la concepción del notario como persona investida de un título acreditativo de su cargo”⁵².

Con la conquista del reino longobardo por el rey franco Carlomagno⁵³, a finales del siglo VIII, la institución de los *notarii* de designación real recibe un nuevo impulso y sus rasgos esenciales van quedando definidos⁵⁴.

El inicio de la nueva época feudal hacia los siglos X y XI, tras la desaparición del imperio carolingio, determina el nacimiento de un nuevo orden político, social y económico en el Occidente europeo⁵⁵. El Notario ya es consciente del carácter jurídico de su *officium*, y su labor documentadora, que comienza a unificarse en su

547, (citado por FONT BOIX, V., en “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 231-232), quien reagrupa del siguiente modo las tesis mantenidas sobre el nacimiento del moderno Notariado italiano: tesis que ven su origen en los *tabelliones*, a las que se le critica el sobrevalorar la sobrevivencia del tabelionato en la Edad Media e infravalorar al Notariado longobardo; tesis que sitúan su nacimiento en la época franca, a las que se le critica que adelanta el nacimiento del Notariado al siglo IX y no lo data en los siglos XI y XII, cuando adquiere fe pública; finalmente las tesis que tienen más adeptos, y que el propio PETRUCCI sigue, que consideran como punto de partida del Notariado moderno al Notario longobardo.

⁵⁰ BONO HUERTA recuerda que a estos nuevos escribas laicos “se les exige conocer las leyes personales de los otorgantes o rehusar la escrituración si no lograban saber de ellas, aunque podían realizarla si las partes renunciaban a su ley personal”. BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., pp. 17-19.

⁵¹ A los *scriptores* longobardos se refiere también VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Orígenes del Notariado Latino...”, cit., pp. 305-306, precisando, como hemos dicho que, junto a ellos, aparecieron los *notarii regiae potestatis*, designados por el Rey, que cumplen los mismos cometidos, y los *notarii ecclesiae*, de designación episcopal.

⁵² Así lo pone de manifiesto BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., p. 17.

⁵³ Los longobardos se habían mantenido firmes frente al poder jurídico westfránico, en cuyos territorios existe una clase de *scriptores* profesionales, los *cancellarii*, incardinados en los tribunales, que se ocupaban no sólo de la escrituración procesal sino también de la de los negocios privados, cuyos documentos no gozan de *fides publica*, aunque sí tienen un valor cualificado superior a los documentos elaborados por los *scriptores* privados también existentes en la época. Se establece para el documento del *cancellarius* un especial sistema de adverbación, no admitido para los documentos de los simples *scriptores*. Si se impugnaba un documento y el *cancellarius* había fallecido, éste quedaba adverbado mediante su colación o comparación con otros dos documentos del mismo *cancellarius* (*collatio scripturarum*); si éste vivía, el documento quedaba convalidado con el juramento del mismo junto al de un número de cojuradores igual al número de testigos que hubieran intervenido en el documento. Véase, BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., pp. 18-20.

⁵⁴ La ordenación carolingia se completa para el Reino de Italia por los capitulares de Lotario I con una regulación en la que, en palabras de BONO HUERTA, “empiezan a delinearse los rasgos esenciales y funcionales de la institución notarial. La esencia del notario queda definida: es una persona oficial, pues precisa de una nominación que le diferencia del simple *scriptor* privado y ostenta un determinado *officium* con una competencia demarcada territorialmente”. Estos notarios coexisten con los notarios de la Iglesia de designación episcopal, que en su ámbito asumen iguales funciones, y con los *scriptores* privados. Concluye el autor diciendo que “[s]urge así una profesión cuyos rasgos esenciales proceden de la institución de los *cancellarii* westfránicos, pero no los funcionales, que enlazan directamente con la institución de los *notarii* longobardos”. BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., pp. 20-21.

⁵⁵ Como afirma BONO HUERTA, en los países de tradición franca se experimenta una decadencia del documento y los *scriptores* profesionales, en tanto en los países de tradición romana, entre los que se encuentran España e Italia, se produce el fenómeno contrario, renovándose la importancia de la *scriptura romana*, así como de los profesionales que la configuran. BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., pp. 22-27.

forma y requisitos⁵⁶, va adaptándose a las nuevas necesidades del creciente tráfico jurídico en las ciudades medievales.

En este momento histórico, con la organización de las ciudades, la agrupación de los gremios y, en general, con la reactivación de una nueva forma de entender la economía y las relaciones comerciales, es cuando la necesidad de seguridad en las relaciones privadas se hace sentir de forma más evidente. Y es también, precisamente, en ese momento, cuando una diferente forma de entender la construcción jurídica y política de los incipientes Estados modernos determina la separación entre los dos sistemas jurídicos que hasta nuestros días coexisten en el Occidente europeo: el sistema germánico-latino y el sistema anglosajón⁵⁷.

2.2.1.- Sistema germánico-latino

En los territorios continentales, herederos de la Romanía, la estructura judicial, que aún estuvo durante largo tiempo bajo la influencia de la nobleza, tarda en convertirse en un poder regio independiente y no ofrece al pueblo la suficiente seguridad para ser garante de sus derechos privados. En un primer momento, para dotar de cierta seguridad al tráfico jurídico se acude al Notariado canónico y pronto arraiga la idea de que la manera más adecuada de conseguir esta certeza en las relaciones jurídicas, pasa por aunar una forma escrita que permita acreditar la existencia de los negocios de relevancia jurídico-económica, tanto en juicio como fuera de él, con la intervención de la persona adecuada para crear esa forma documental⁵⁸. El sujeto que por el prestigio⁵⁹, la autoridad y la probada capacidad

⁵⁶ Gracias a la doctrina de glosadores y canonistas, el documento elaborado por el notario pasa de ser *instrumenta publice confecta* a ser *instrumenta publica*. En la nueva ciencia jurídica que comienza a desarrollarse en Bolonia se distinguen dos tipos de documentos: *instrumentum publicum* que gozan de plena eficacia probatoria, y que además de los judiciales son los documentos *per manum tabellionis in publica forma factum*, o documento notarial, e *instrumentum publicum authentico sigillo signatum* o documentos sellados por Reyes, señores territoriales, el Papa y los Obispos, y representantes de los municipios con el fin de dotarles de validación externa o autenticidad formal o incluso material; e *instrumentum privatum* o *scriptura privata*, la suscrita por las partes o con testigos, ocultamente o en secreto y probablemente la *scriptura quasi publice confecta*, cuando los testigos habían fallecido. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, Antonio, FONT BOIX, Vicente, MADRIDEJOS SARASOLA, José y SIMO SANTONJA, Vicente Luis, "Sistemas jurídicos y documento: la forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas", *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIII, enero-marzo 1984, p. 91.

⁵⁷ Junto al sistema de Notariado latino y el anglosajón se reconoce también el sistema de Notariado estatal o administrativo como sistema de seguridad en el tráfico jurídico. Propio de países socialistas, el Notario no es un profesional, sino un empleado público, al servicio del Estado, con cierta formación jurídica y con el carácter de fedatario. Al tratarse de un simple funcionario al servicio de la Administración, carece de independencia en el ejercicio de su función, una de las características esenciales del sistema latino. En estos sistemas, como afirma MEZQUITA, se costrañe el aparato judicial "sólo a los procesos contenciosos, con la atribución de todas las competencias documentadotas, registrales e incluso verificadoras y habilitantes, del orden de la tradicional jurisdicción voluntaria, a órganos extrajudiciales (...) Ahora bien, al asignar estas funciones a funcionarios del Poder Ejecutivo, con una subordinación de facto del arbitrio judicial a sus calificaciones administrativas, se subvierte todo el esquema de la seguridad jurídica de los Estados democráticos, basado en la garantía de la revisibilidad judicial de la actuación de la Administración" MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada*, 2..., cit., p.30.

⁵⁸ Establecido el precedente canónico, esta idea no se desarraigó ya en la fase histórica siguiente; otros notarios civiles, nombrados por municipios o funcionarios reales, sucedieron en la misma función a los eclesiásticos. Ante esta tradición histórica, el poder real consagró definitivamente la institución con la investidura de la prerrogativa autenticadora de la fe oficial. A este respecto, puede verse MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "La función notarial...", cit., pp. 89-90.

técnica adquirida a lo largo de los siglos, y gracias a su generalización, se encuentra en disposición de cumplir estas exigencias, no es otro que el Notario.

Los *scriptores* medievales se han convertido ya en Notarios⁶⁰ y requieren una expresa nominación o nombramiento por el poder público⁶¹, por lo que son considerados *publica persona*, atribuyéndoseles de hecho, como se ha dicho, un *publicum officium*⁶² que justifica que sus documentos tengan por sí mismos autenticidad y certeza, empezando a consolidarse la idea de que la eficacia del documento notarial se debe precisamente a la intervención del Notario, sin necesidad de su verificación posterior ante Tribunal alguno, ni de la confirmación de testigos o depósito en un registro público⁶³.

Las nuevas y más complejas necesidades del tráfico jurídico exigen unos tipos documentales también más complejos que requieren de una técnica más depurada. Ante la insuficiencia de las obras jurídicas existentes hasta ese momento, empieza a surgir una literatura especializada al efecto, el llamado *Ars notariae*, cuyo máximo esplendor se lo debemos a la Escuela de Bolonia⁶⁴.

⁵⁹ En relación a la *auctoritas* que de forma paulatina va alcanzando el Notario, afirma MARTÍNEZ SARRIÓN que “la fe en el Notariado es el producto acumulado en la fe en los Notarios, más aún, en el Notario en singular. Las gentes en la Edad Media van en busca del Notario como los escolares no dudan en ir viajando para recoger las enseñanzas de los maestros. Es el prestigio del hombre el que da la seguridad, no la mera suscripción del documento”. MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “Línea evolutiva de la actividad notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CVIII, abril-junio 1980, p. 132.

⁶⁰ La figura del notario románico queda integrada, en palabras de BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., p. 27, “en la del nuevo *notarius publicus* que surge, ya como pública *persona*, con el Renacimiento legal boloñés”. TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., pp. 34-35, opina, por su parte, que la gran variedad de escribas existentes en la Alta Edad Media en el norte de Italia para atender las necesidades documentales del momento, con sus diferentes denominaciones, “no permiten saber con certeza cómo se pasa de esos modestos redactores de documentos a los prestigiosos Notarios de la Italia del los siglos XII-XIII, ni cuál de ellos es su antecesor inmediato”; y concluye en este punto sobre el origen del Notariado moderno afirmando que “las necesidades de una sociedad en profunda evolución, y no la Ley, que sólo lo reconoció y reguló, ha inventado el Notario”.

⁶¹ Por ello, como indica BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., p. 32, desde el siglo XIII no falta nunca en la intitulación notarial la indicación *ex auctoritate: N publicus notarius auctoritate imperiali [-regia, -apostolica, -episcopi, -ducis, -comitis, -communis, etc.]*”

⁶² El Notario está investido de su condición por quien ejerce el poder, ya fuera el Rey o la Iglesia. Como recuerda TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., pp. 36-37, en España, el nombramiento de los Escribanos correspondió en un primer momento al Rey; con el tiempo, los pueblos se arrogaron el derecho a nombrarlos, surgiendo Notarios de Corte, de Reinos, Señoríos, Ciudades y Villas, entre otros. También la Iglesia trató de seguir ejerciendo la función notarial respecto a los particulares. Esta condición pública dota a los documentos de ellos emanados de *plena fides* y de presunción de legalidad al negocio que se documenta. Perfectamente extensible esta afirmación al momento actual en el que el Notario ejerce función pública, ya que el título que ostenta es expedido por el Ministerio de Justicia en nombre del Rey (cfr. art. 22 RN). El documento notarial emana de quien ejerce función pública y de ahí sus especiales efectos sustantivos, probatorios y ejecutivos, así como las presunciones de validez o legalidad, veracidad e integridad tanto del documento como del negocio que documenta.

⁶³ A este respecto afirma BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., pp. 28-29, que “[l]a prestigiosa profesionalidad de los notarios en los siglos XI y XII había acreditado en los tribunales y en las cancellerías el documento notarial como documento fidedigno y adecuado a la ley, por lo que este había ya alcanzado, en la estimación de los jueces, la misma validez que el documento sigilado de cancellería o curial. El documento notarial se estima ahora como *publica scriptura con plena fides* cuando está formalmente ultimado *in publica forma*”. Puede verse también BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 51 y ss.

⁶⁴ Los tipos documentales de la Alta Edad Media no eran numerosos. Con la literatura del *Ars notariae*, que desarrolla una amplia y especializada tipología, se produce un cambio radical desde las primeras décadas del siglo XIII, de modo que, como afirma BONO HUERTA, “cada modalidad negocial halla su propia expresión

Los juristas boloñeses⁶⁵ elaboran a largo de los siglos XII y XIII las bases científicas del Notariado, imbuidos por el estudio de los textos romanos del *Corpus Iuris* relativos al *tabellio*⁶⁶. El *Ars notariae*, precedido de los llamados *Formularia tabellionum*⁶⁷, se inicia propiamente a mediados del siglo XIII con la obra de Rainero de Perugia⁶⁸ seguida por la de Salatiel⁶⁹.

De especial importancia es la labor de Rolandino Passagerio, Notario de Bolonia y profesor de notaría en el año 1234, nacido a principios del siglo XIII, gran concededor del Derecho civil de la época y autor de diversas obras en la materia, entre las que cabe destacar la *Summa artis notariae*⁷⁰ a través la cual coadyuva de forma decisiva a la difusión y definitiva implantación de la función notarial por toda Europa.

Al término de la Edad Media, gracias al movimiento científico desarrollado en Bolonia, el sistema documental moderno queda conformado y la institución notarial aparece perfectamente configurada e integrada por unos profesionales que gozan ya de gran prestigio social, retribuidos por los particulares que requieren sus servicios, con sólida formación jurídica⁷¹ al tiempo que

documental. Esta progresiva ampliación de la temática documental demuestra el esfuerzo de los nuevos notarios para satisfacer las renovadas necesidades del tráfico jurídico, adaptando las formas tradicionales mediante la inserción de nuevas fórmulas". Por ello, puede afirmarse con el autor que "salvadas deficiencias individuales, los documentos notariales de la tardía Edad Media muestran una hábil formulación, una correcta redacción latina y una cuidada presentación externa, comparables con los documentos de las cancellerías reales. Un análisis de estos documentos muestra también, en ocasiones, un preciso tecnicismo jurídico y una propiedad terminológica, no inferiores a los de la literatura jurídica coetánea". BONO HUERTA, J., "Sobre la esencia y función...", cit., pp. 35-40.

⁶⁵ Recuerda GIMENEZ ARNAU, E., "Apuntes para la Historia...", cit., pp. 300-301, que fue el ilustre jurista Félix María Falguera quien dio a conocer en España el trabajo de la Escuela de Bolonia.

⁶⁶ Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, siguiendo en este punto a ANKUM, "el renacimiento del estudio del Derecho Romano en Bolonia, a partir del siglo XII, supuso que los numerosos fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* consagrados a los *tabelliones* fueran estudiados en todas las Universidades europeas y fueron numerosas las normas romanas relativas a los *tabelliones* que influyeron en la reglamentación y en la práctica notarial de la época". FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Documentación y notariado...", cit., p.15.

⁶⁷ Puede verse una exposición detallada de la iniciación del *Ars notariae* con expresa referencia a los *Formularia tabellionum*, como el de Irnerio, Corradino o Ventura di S. Floriano, en BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 208 y ss.

⁶⁸ En palabras de VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "Orígenes del Notariado Latino...", cit., p. 308, "Rainero de Perugia, *magister artis notariae* y profesor en Bolonia, tras su *Liber formularius* de 1214, publicaría entre 1224 a 1234 su *Ars notariae*, donde afirma la *scientia* notarial como estudio de *iure* especializado en el derecho material de la escrituración de contratos y últimas voluntades".

⁶⁹ También *magister artis notariae*, profesor y doctor *notariae*, autor de su *Ars notariae*, superior en su conjunto al de Rainero y con sensible modernización de su formulario. Es la primera vez que en la literatura notarial se afirma el carácter público de la institución notarial. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "Orígenes del Notariado Latino...", cit., p. 308.

⁷⁰ Junto a la *Summa Artis Notariae* en la que se pretende corregir y mejorar las fórmulas notariales hasta entonces usadas, son obras de Rolandino: *Tractatus de notulis*, también llamado *Tractatus Notularum*, que es una introducción a la ciencia de notaría, en la que, aparte el Derecho Notarial formal, hay un estudio de cuantos aspectos de Derecho sustantivo interesan al Notario; *Flos ultimarum voluntatum* o *Flos testamentorum*; *De officio Tabellionatus in villis vel castris* constituye una serie de lecciones prácticas y consejos a los Notarios que hoy llamaríamos rurales y *Apparatus super Summa notariae*, conocida como Aurora, contiene un comentario a la *Summa*. Esta última quedó inacabada y fue adicionada y concluida por Pedro de Unzola. En cuanto a la obra de Rolandino, véase BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 216-220 y GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho Notarial...*, cit., p. 79.

⁷¹ En este sentido, es de destacar con MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "La función notarial...", cit. p. 98, que "la reputación técnica y científica alcanzada por el Notario en el cultivo del Derecho recibido, en un momento en el

caracterizados por tener un *publicum officium*.

Ha nacido el Notariado público y su obra, el documento auténtico⁷², gracias a la legitimación que el Notario recibe del poder público para ejercer su potestad de formalizar documentos referentes a actos y negocios jurídicos en forma pública o fehaciente, esto es, con *plena fides*⁷³. La función notarial está dirigida ya, en este momento, a dotar de seguridad a las relaciones e intereses jurídico-privados⁷⁴.

Estos Notarios constituyen el origen de lo que se conoce como Notariado latino⁷⁵.

La creciente necesidad de seguridad jurídica en las relaciones entre particulares, que tiene su primer antecedente histórico en el *tabellio* romano, continúa con el Notario medieval y se consagra por la Escuela de Bolonia en el siglo XIII, queda plasmada legislativamente en nuestro país en la figura del escribano público que, en principio, no surge como funcionario sino sólo como profesional considerado como *publica persona* por desempeñar su oficio *ad publicam utilitatem*.

De forma coetánea a la expansión de las enseñanzas de la Escuela de Bolonia sobre la ciencia notarial por el resto de los países europeos, España, o, más bien, sus diferentes reinos se encuentran inmersos en un importante movimiento

que la mayor parte de las demás profesiones de especialidad jurídica seguían enfrascadas en el de las costumbres y fueros locales, mayoritariamente de origen o influencia germánica”, hizo que quedara desequilibrada a favor del estamento notarial “la concurrencia con otras profesiones *iusprivativistas*, originándose el hábito social del recurso a ese estamento notarial para el consejo en todo cuanto hubiere de ser públicamente documentado o conviniere especialmente que lo fuere”.

⁷² La función del Notario, que es una *publica persona* porque desempeña su *officium ad publicam utilitatem pertinens*, comprende la autorización de los documentos, ya sean judiciales, por mandato del Juez, ya sean extrajudiciales, a petición de las partes; unos y otros son ya *instrumenta publica* y no simplemente *instrumenta publice confecta*; el documento público tiene, como objeto que es de una función pública, una forma reglada de producción y por ello requiere para su validez ser *in publicam formam confectum*. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, A., FONT BOIX, V., MADRIDEJOS SARASOLA, J. y SIMO SANTONJA, V.L., “Sistemas jurídicos y documento...”, cit., pp. 166-169.

⁷³ Gracias a los glosadores, quedan implantados dos principios esenciales para el moderno Derecho notarial: junto a la matricidad, que luego se verá, el principio de fehaciencia del Notario, en virtud del cual éste tiene la facultad de conferir *plena fides* al documento en cuya formalización interviene, *fides* que descansa, por tanto, en la misma aseveración del Notario implícita en su suscripción. El valor del documento radica ahora, en palabras de BONO HUERTA, “en la sola actuación legitimadora del notario”. BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 180-181.

⁷⁴ No sólo en el contratar o en el testar, también, como dice BONO HUERTA, en el litigar, ya que “la actividad profesional de los notarios tiene ahora un especial desenvolvimiento en la escrituración procesal puesto que a partir del siglo XIII el nuevo proceso romano-canónico, cuyas características dominantes son la escrituralidad y una rígida tecnicidad, exige la continuada intervención del notario”. BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., pp. 37-38.

⁷⁵ El Notariado Latino nació, en palabras de MARTÍNEZ SARRIÓN, A., “Línea evolutiva...”, cit., pp. 141-143, “para servir a la libertad de los hombres en momentos en que roto el equilibrio que había supuesto el Imperio romano, aparecía atacada por todas partes. Para hacer frente pacíficamente a estas amenazas se dio como respuesta el Notariado”. En efecto, el Notariado Latino es el resultado de la implantación del Derecho romano común, de donde deriva su denominación, y se expande no sólo por Europa (en Alemania se regula por la *Reichsnotarordnung* del emperador Maximiliano I en 1512), sino que ya, a lo largo del siglo XV, España llevó el Notariado latino a la América española, como también hicieron Portugal a Brasil y Francia a Lousiana y Quebec, hasta llegar, ya en el siglo XX, a difundirse por países de culturas bien distintas, como Turquía o Japón. En este sentido, véase también, RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, “Sobre las consecuencias de una funcionalización de los Notarios”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CIV, abril-junio 1979, p. 376.

legislativo⁷⁶, precursor, podríamos decir, del movimiento legislativo europeo de la época.

En Castilla, el Fuero Real y las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio⁷⁷ regulan la figura del Notario como un oficio o servicio público, reconociendo la utilidad pública de su función y otorgándole fe pública. En este último cuerpo legal, que pone definitivamente de manifiesto que el Notario configurado por los juristas de Bolonia está asentado en nuestro país y forma parte de nuestra realidad jurídica, encontramos bases suficientes para elaborar un concepto descriptivo de escribano público, denominación tradicionalmente utilizada en la Edad Media y en parte de la Edad Moderna para designar al Notario en España⁷⁸: su aptitud e integridad moral, su carácter de persona pública, la autenticidad de sus documentos y su retribución por los particulares.

En Aragón, el Fuero General de Jaca confirmó obligatoriedad a la función notarial y otorgó al instrumento suscrito por el Notario la máxima autoridad.

En Cataluña, se dictaron algunas disposiciones importantes sobre la organización notarial, siendo fundamentales, ya en el siglo XIV, las provisiones de Pedro III y Alfonso III en las que se regula una organización caracterizada por la tendencia a la autonomía corporativa y a la diferenciación de funciones mediante la separación de la fe pública judicial de la extrajudicial, con algunos matices según los diferentes Colegios Notariales. En Valencia y Aragón, en la primera mitad del siglo XIII, se crearon legislativamente los Colegios Notariales y se promulgaron diversas disposiciones sobre el Notariado a partir de las cuales se desarrollará posteriormente la institución.

La función notarial se consolida al final de la Edad Media, quedando consagrada en España, al igual que en la mayoría de los países europeos, la figura

⁷⁶ Véase en cuanto a este movimiento legislativo en los diferentes reinos españoles, GIMENEZ ARNAU, E., "Apuntes para la Historia...", cit., pp. 298-299 y 301-303 y BONO HUERTA, J., *Historia del Derecho Notarial Español, I...*, cit., pp. 231 y ss.

⁷⁷ Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Documentación y notariado...", cit., p.15, quien afirma en relación a las Partidas que "[c]onstituye las más completa formulación y ordenación notarial del Occidente europeo y uno de los hitos del Derecho notarial español, junto con la Pragmática de Alcalá de 1503 y la Ley del Notariado de 1862". En la ley 3ª, título 8º, libro I del Fuero Real de Castilla se afirma que el oficio de escribano es "*público e comunal para todos*" (Consultada edición facsímil del Fuero Real del rey Don Alfonso el Sabio, copiado del código del Escorial, señalado ij.z.-8, y cotejado con varios códigos de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia, Madrid en la Imprenta Real, año 1836, Valladolid, Lex Nova, 1979) y, posteriormente, la ley 2, título 19 de la Partida tercera exige a los escribanos de la Corte del Rey ser leales y buenos entendidos y a los escribanos públicos, puestos en las ciudades o en las villas, ser hombres libres y cristianos de buena fama y sabedores en escribir bien y entendidos del arte de la escribanía (Consultada edición facsímil del BOE de 1774 de las Siete Partidas del rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de su Majestad, I-VII, Salamanca 1555, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1974).

⁷⁸ La denominación "notario" comienza a consolidarse en el siglo XIX. En este sentido, dice MORGIONE que "el término que ha sobrevivido para indicar la figura y su necesidad, es aquel de *notarius* y no el de *tabellio* o *tabularius*, es decir, la acepción que pone el acento en la persona y en su profesionalidad, y no en el medio utilizado (*tabellae, tabulae*)". MORGIONE, Federica, "Notarii - tabelliones: materiales para el estudio de la aparición en la antigüedad de la figura del notario y de su necesidad en la actualidad", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, 2011, p. 5. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.

del Escribano o Notario como cargo público.

La relevancia de la institución notarial y el consiguiente aumento del número de Notarios para poder hacer frente a las demandas de un cada vez más complejo tráfico jurídico, llevan consigo, en las primeras décadas del siglo XVI, la proliferación de nuevas regulaciones normativas en la materia, que tratan la institución notarial con mayor detalle que en la Edad Media. En Castilla, la Pragmática de Alcalá de 1503, que constituye uno de los momentos decisivos en la historia del moderno Notariado español, regula la autorización del documento público y crea el Protocolo con originales o matrices.

Esta seguridad jurídica privada, a la que desde el siglo XI venían coadyuvando decisivamente los Notarios, se completa ya en la época moderna con una seguridad jurídica pública que trata de superar la incertidumbre existente hasta entonces en la época feudal sobre las fuentes del Derecho. A ello contribuyen tanto la recepción del Derecho romano en las Universidades, como la llegada de las Monarquías absolutas en las que se impone una total reserva de legislar a favor del Rey⁷⁹. Será con la caída de estos regímenes absolutistas de los Estados Modernos y el nacimiento de los nuevos Estados Constitucionales, cuando esa necesidad histórica de seguridad jurídica se transforme en seguridad jurídica como valor superior informador de los ordenamientos jurídicos⁸⁰.

A lo largo de estos siglos XVII y XVIII, una cierta deformación de la institución notarial, debida a la gran variedad de designaciones y de oficios notariales y a su carácter enajenable y hereditario, así como las desigualdades territoriales existentes, imponen una profunda reforma y el perfeccionamiento del Notariado inspirados en la construcción de la Escuela de Bolonia. Ello se consigue en nuestro ordenamiento jurídico, gracias a la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 que, con el precedente de la francesa Ley Ventoso de 16 de marzo de 1803, suprime los oficios enajenados y regula al Notario como funcionario público.

La configuración del Notariado moderno titular de la fe pública, como institución que garantiza la seguridad del tráfico jurídico entre particulares, en la

⁷⁹ En este orden de cosas, resulta de especial interés la aportación de MEZQUITA DEL CACHO cuando recuerda cómo en ninguna de las grandes etapas en que puede dividirse la historia del Derecho se llega a elaborar una teoría especial del principio-valor de la seguridad, debiéndose su primera formulación doctrinal a los teóricos del contrato social, principalmente a Hobbes. Véase a este autor en cuanto a las primeras y todavía vagas referencias al valor de la seguridad en Derecho romano y visigodo y en la Edad Media, así como en general en cuanto a la evolución histórica, formación y consolidación de la noción y valor de la seguridad jurídica en los ordenamientos y sociedades actuales. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1...*, cit. pp. 17-60.

⁸⁰ Aunque en los dos siglos anteriores la seguridad jurídica ya despierta la curiosidad doctrinal, la elaboración científica sobre este principio comienza a gestarse en el siglo XVIII, llegando a plasmarse como noción jurídica fundamental en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento fundamental de la Revolución Francesa. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Fecha de última consulta 15 de octubre 2014. No obstante, algunos juristas se mostraron cautelosos ante la importancia que el constitucionalismo decimonónico reconocía al principio de seguridad jurídica, intuyendo que pudiera utilizarse no tanto al servicio de la sociedad y los ciudadanos, sino más bien al servicio del Estado. En este sentido, AHRENS, Heinrich, *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, traducción española de R. Navarro Zamorano, Madrid, Boix, 1841, citado por MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1...*, cit. p. 27.

que confluye el doble carácter de función pública y ejercicio privado y profesional del Derecho y de la que emana el documento público notarial dotado de eficacia sustantiva, probatoria y ejecutiva, se ha ido forjando como vemos, no sin dificultades, con el devenir de los siglos. A lo largo de este siglo XIX, el Notariado va a lograr el prestigio y la independencia o autonomía funcional que le acompañan hasta nuestros días, pudiéndose afirmar que la función notarial latina ha quedado definitivamente consolidada⁸¹.

Junto a nuestro sistema germánico-latino, cuyos soportes básicos son el instrumento público auténtico y su autor, y que está presente en la inmensa mayoría de los países en la actualidad, otras sociedades han configurado su sistema de seguridad jurídico privada o preventiva de forma diversa.

2.2.2.- Sistema anglosajón

No se pueden entender las peculiaridades de este sistema de seguridad jurídico-privada, sin tener en cuenta la tradición judicial inglesa y el papel que desde el siglo XIV han desempeñado en el ordenamiento inglés sus Jueces y Tribunales, considerados como la máxima garantía de justicia, libertad y seguridad⁸².

A diferencia de lo que había ocurrido en la Europa continental, donde la institución judicial tardó más tiempo en organizarse como un poder político dependiente directamente de la Corona, en Inglaterra, ante la nueva coyuntura económica que comenzaba a abrirse paso en las postrimerías del feudalismo, se configura una estructura judicial fuerte con el firme propósito de proteger a los ciudadanos de los excesos cometidos por la nobleza⁸³. Amparada en el poder real o de la Iglesia, esta institución judicial fue el pilar en el que se asentó el sistema de seguridad jurídico privada inglés, resultando innecesaria la configuración de un Notariado al estilo latino, lo que, por otra parte se hubiera entendido, en especial referencia a la fehaciencia documental, como una injerencia en el libre arbitrio de Jueces y Tribunales. Es precisamente esa total libertad en la apreciación judicial de la prueba, la que los ciudadanos entendían y entienden como máxima garantía

⁸¹ Son muchos los autores que han entendido que el Notariado latino es el único tipo de Notariado que existe. Así, MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, "El Notariado en la Baja Romanidad", (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1978), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXII, fascículo 1, 1980, p. 19, afirma que "[c]onceptualmente *latino* ha dejado de ser adjetivo para integrar la esencia propia de la institución, de manera tal que, si las leyes gramaticales lo posibilitaran, vendría a ser una sola palabra, escrita como tal, sin mediar siquiera separación, por cuanto *Notariado latino* es una realidad objetiva y perfectamente delimitada".

⁸² El Notariado de tipo anglosajón existe en Inglaterra, Estados Unidos (excepto en el estado de Louisiana), Canadá (excepto en la provincia de Quebec), Suecia, Noruega y Dinamarca. DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel, "El Notariado Latino y su función", *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXVI, abril-junio 1972, p. 70.

⁸³ De esta opinión es MEZQUITA DEL CACHO quien destaca, en este orden de cosas, el papel determinante ejercido por la Magistratura inglesa desde el siglo XIV como enlace entre la Corona y el pueblo y en defensa de los derechos de éste frente a los abusos de las clases dominantes y de la propia Administración del Estado. Esta tradición no existe en la Judicatura continental europea que tardó mucho más en emanciparse de la dependencia señorial y en organizarse como instrumento de la Justicia regia. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "El Notariado español y su papel...", cit., p. 375.

para sus derechos privados⁸⁴.

El sistema anglosajón no dispone, por tanto, de un verdadero Notariado⁸⁵ y desconoce el documento auténtico y su eficacia, en especial su valor de prueba legal preconstituida o prueba plena en juicio. Estas son las diferencias más importantes entre este sistema y el germánico-latino.

Los llamados *Notaries* en derecho anglosajón son exclusivamente profesionales privados⁸⁶ que, en ningún caso, confieren autenticidad a los negocios en que intervienen, limitándose a legitimar firmas puestas en determinados documentos que hayan de surtir efectos en el extranjero.

Desde el siglo XVII, con el *Statute of Frauds* de 1677, se exige, no obstante, la documentación obligatoria de los actos y contratos de mayor trascendencia en el tráfico jurídico (*conveyance*), como transmisiones de inmuebles o créditos hipotecarios, así como la intervención en los mismos, según los casos, de determinados miembros de la *legal profession*, fundamentalmente los juristas llamados *solicitors*⁸⁷, que normalmente son también *Notaries* y que, aun careciendo

⁸⁴ A modo de prueba de esa absoluta confianza que la sociedad tenía en la Magistratura como garante de los derechos privados, es oportuno recordar que las propias instituciones judiciales se encargaron incluso, mediante juicios fingidos, en forma que recuerda al antiguo sistema romano de la *in iure cessio*, de la formalización pública de determinados negocios entre particulares. Esta práctica, tal como nos recuerda MEZQUITA DEL CACHO, perduró hasta fines del siglo XIX, momento en que fue superada gracias a la organización del Registro de la Propiedad que, no obstante, fue también imbricado en la estructura judicial. Puede verse este autor en cuanto al origen del sistema de seguridad jurídica en el mundo anglosajón. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "La función notarial...", cit., pp. 87-90.

⁸⁵ Como excepción, cabe destacar a los *Scriveners Notaries* de la *City* londinense que conservan ciertos aspectos del Notariado latino y cuyo desarrollo se justifica precisamente en el intento de facilitar las relaciones internacionales entre Inglaterra y la mayoría de los países de la Europa continental donde rige aquel sistema. Son nombrados por el Arzobispo de *Canterbury* y redactan determinados documentos, como poderes, protestos y documentos análogos, conforme a los requisitos formales y sustanciales exigidos por la legislación del país donde el documento debe surtir efectos. De manera que, en palabras de RODRIGUEZ ADRADOS, A., "Sobre las consecuencias...", cit., pp. 385-387, "más que Notarios ingleses para el exterior podría decirse que son Notarios extranjeros en Londres, hasta Notarios latinos en Londres, porque se ha llegado a sostener que sus documentos, que carecen de fe pública en Inglaterra, la tienen en el país extranjero a que están destinados". La *Society of Scriveners Notaries* es Notariado miembro de la Unión Internacional del Notariado Latino desde 1998. Véase también, TAMAYO CLARES M., *Temas...*, cit., p. 32.

En este orden de cosas, resulta de gran interés el siguiente pasaje de MEZQUITA donde esquematiza con claridad cómo el pragmático ordenamiento inglés concilia el principio de absoluta libertad en la formación del criterio judicial, con el reconocimiento de la función notarial y del instrumento público en las legislaciones extranjeras donde están institucionalizadas. Afirma el autor que: "a) En virtud del sistema de Derecho internacional privado, acepta (...) los efectos de fehaciencia señalados por las legislaciones extranjeras al instrumento público y demás formas autenticadoras, cuando con arreglo a tal sistema de conflictos sean aquéllas aplicables a la relación jurídica de que se trate; b) tiene además establecido un Notariado de características paralelas a las de los eurocontinentales, a cuyos documentos, en reciprocidad, les es debido en los Estados de organización latino-germánica el mismo efecto autenticador que a los propios, ya que la misma normativa inglesa les atribuye esa competencia de efectos exteriores". MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., pp. 31-32.

⁸⁶ A pesar de su denominación, el "*Notary*" se encuentra bastante alejado de la figura del Notariado latino. En cuanto a su organización, no hay colegiación forzosa dado el carácter libre de la profesión, aunque existan algunas corporaciones voluntarias de Notarios. En este sentido, GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 132-135.

⁸⁷ Los profesionales que en el orden interno inglés más se asemejan a la figura del Notariado latino son los *solicitors*, profesión liberal meramente privada que, entre otras, tienen una función de documentación atribuida por la ley. En palabras de RODRIGUEZ ADRADOS, A., "Sobre las consecuencias...", cit., pp. 385-387, "casi podríamos decir que estamos ante el tabellión romano, documentador sin fe pública, en un estado altamente desarrollado como consejero jurídico, pero, paradójicamente, embrionario como tal documentador,

de fe pública, realizan una labor de asesoramiento, redacción y supervisión o control de legalidad evitando los riesgos de potenciales conflictos, condicionando, asimismo, el acceso a vías procesales privilegiadas o ejecutivas.

Lo cierto es que la intervención de estos profesionales en ningún caso convierte a los documentos intervenidos en públicos. En cierta medida, dispensa seguridad a las partes de un negocio, pero sólo en cierta medida, porque el documento intervenido, desde la óptica judicial, es tan privado como cualquier otro que no lo esté⁸⁸.

Frente a la seguridad jurídica proporcionada por el sistema latino, el sistema anglosajón, en el que existe además un riguroso sistema de sanciones, proporciona seguridad económica, de carácter subsidiario. Esta seguridad no actúa en la fase de aplicación ordinaria y extrajudicial del derecho en la que se formalizan actos y contratos y se adquieren derechos. Esta seguridad despliega sus efectos en un momento posterior cuando el contrato, cuya certeza no está garantizada, ya se ha incumplido o los derechos ya se han vulnerado, protegiendo al ciudadano de las consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento. La forma de llevar a efecto esta protección es mediante una indemnización o compensación económica que repare el daño causado⁸⁹.

Como variante del sistema anglosajón, hemos de referirnos brevemente al sistema norteamericano que, con carácter general, sigue el sistema inglés en la mayor parte de los Estados. Caracterizado por la ausencia de formalismos⁹⁰, de asesoramiento profesional y de mecanismos registrales, carece en la práctica de sistema alguno de seguridad jurídico-privada.

Existe, no obstante, una suerte de función notarial, la del llamado *Public*

porque no asume en el documento mismo su paternidad o autoría". El Registro, en cambio, sí es una institución pública, "que produce efectos protectores de energía similar, si bien [como ya hemos dejado dicho] es una institución judicial". Puede verse al respecto, MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1...*, cit., pp. 324-325.

⁸⁸ A este respecto, manifiesta MEZQUITA DEL CACHO que "esta forma-requisito, de cuyo cumplimiento depende la utilizabilidad de las vías procesales más ventajosas y expeditivas, no goza en sí de un valor privilegiado alguno a efectos probatorios"; por lo que "[e]l documento intervenido podrá ser un requisito de seguridad, pero nunca un elemento de decisión especial establecido por el Ordenamiento para la formación del criterio judicial, que será siempre rigurosamente libre". Véase, MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., p.31 y MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "La función notarial...", cit., pp. 90-91.

⁸⁹ En palabras de MEZQUITA DEL CACHO, en los sistemas angloamericanos existe además "una vía de amparo, la de la *Equity* en la que el propio Poder Judicial, que atiende a la reparación compensatoria de las violaciones de derechos subjetivos ya producidas, cubre además la necesidad de prevención de violaciones todavía no producidas, pero en trance o riesgo acreditables de producirse, remediándola en términos anticipatorios (...); teniendo la *Court of Chancery* como competencias típicas "la parte más importante de los asuntos considerados en el Continente como de jurisdicción voluntaria y los llamados preventivos por un sector de la doctrina procesalista". MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., pp. 54-55.

⁹⁰ Aunque, como recuerda MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "El Notariado español y su papel...", cit., pp. 369-370, este sistema, por influencia del inglés, fue en sus orígenes formalista desde el punto de vista documental, poco a poco fue experimentando una relajación total de las formas.

*Notary*⁹¹ que, carente de especial formación jurídica, ni asesora ni redacta. Se limita a legitimar firmas puestas en documentos privados, previa identificación de las personas, del hecho de que firman y de la fecha. Su intervención tiene, por tanto, cierta eficacia probatoria, pero en ningún caso de su contenido. Es por ello que en Estados Unidos el sistema de seguridad jurídica preventiva se sustituye por el sistema de seguridad económica subsidiaria del seguro de títulos.

Este sistema de seguros de titulación⁹², que no es un verdadero sistema de seguridad jurídica preventiva, no trata de eliminar controversias o conflictos, sino de compensar económicamente al ciudadano perjudicado en el caso, altamente probable, de que el conflicto surja. Con él, pueden llegar a satisfacerse pretensiones económicas, pero difícilmente se satisfarán las pretensiones jurídicas de las partes.

A pesar del propósito común que se puede predicar de ambos sistemas, en tanto tratan de organizar para la sociedad unos esquemas o mecanismos de seguridad en el tráfico jurídico entre particulares, comparando el sistema notarial latino con el sistema anglosajón, tanto en su versión inglesa como norteamericana, aquél resulta, además de menos costoso económica y socialmente⁹³, mucho más conveniente en aras de la consecución de la seguridad jurídica preventiva, pues al dotar de legalidad y certeza a los contratos, se evitan en gran medida los potenciales litigios.

3.- EL NOTARIADO ESPAÑOL COMO SUJETO ACTIVO DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA EN LA ACTUALIDAD

Para saber si un sistema de seguridad jurídica privada o preventiva es óptimo, debe valorarse el nivel de adhesión social de que disfruta. Y es precisamente esa

⁹¹ En palabras de MEZQUITA DEL CACHO tienen la “misión de certificar testificalmente sobre reconocimientos de identidades y de firmas solicitados por los otorgantes de la contratación privada, testificación concebida como una función auxiliar de la Justicia que facilita o agiliza las reglas del proceso, no existiendo noción alguna de preconstitución o de valoración de medios de prueba”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “El Notariado español y su papel...”, cit., pp. 369-370.

⁹² Mediante la fórmula del contrato de “seguro de títulos” la empresa aseguradora se obliga, a cambio del pago de cierta prima, a abonar al adquirente de un inmueble o de un derecho real inmobiliario una indemnización dineraria para el caso de pérdida total o parcial del derecho, por evicción debida a vicios de su título. A este respecto, RODRIGUEZ ADRADOS, A., “Sobre las consecuencias...”, cit., pp. 387.

⁹³ El sistema de seguro de titulación es un sistema caro, por el costo económico del seguro, que además presenta otros graves inconvenientes como “el riesgo de insolvencia del asegurador, la limitación de los riesgos cubiertos y las indemnizaciones, la complejidad y oscuridad de la póliza”, frente al sistema de notariado latino que, al otorgar certidumbre y seguridad a los contratos, evita los “gastos de pleitos, tiempo e investigaciones, propios del seguro de titulación con un costo social notablemente mayor”. El valor añadido de la escritura notarial, concluye BOLÁS ALFONSO, “es su efecto de certeza y fiabilidad, la eliminación de la incertidumbre y del riesgo, lo cual supone un enorme ahorro en los costos de transacción, ya que una vez que se determina notarialmente una relación jurídica, no hay forma de destruirla, salvo a través de un proceso”. BOLÁS ALFONSO, J., “La función notarial como factor...”, cit., pp. 44-46.

confianza que los ciudadanos han ido depositando en el Notariado latino a lo largo de los siglos, la que ha permitido que el mismo se consagre como una pieza básica de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, finalidad a la que, por otra parte, tiende nuestro sistema notarial germánico-latino ofreciendo más seguridad con menores costes de transacción⁹⁴.

En la actualidad, el sistema del Notariado latino se encuentra presente en la mayor parte de los Estados europeos, habiéndose implantado también de forma generalizada en países de culturas jurídicas diversas, por lo que puede afirmarse, sin temor a errar, que se trata del modelo de Notariado mayoritario en el mundo.

En el año 1948 se creó la Unión Internacional del Notariado Latino, organización internacional no gubernamental que tiene la finalidad de desarrollar y coordinar la función notarial latina extendida, como decimos, a gran parte de la población mundial⁹⁵.

Su denominación, 'Notariado Latino', no deja de tener, no obstante, un valor convencional, ya que en la actualidad no guarda relación estricta con los países que lo integran, sino que responde más bien al origen del sistema, surgido en el siglo XIII en el Norte de Italia a consecuencia de la recepción del Derecho romano común y la interpretación hecha de éste por los juristas de la Escuela de Bolonia.

El Notario español, integrado en el sistema de Notariado latino, está caracterizado en su función por las siguientes notas:

Es profesional del Derecho con formación jurídica cualificada en Derecho privado, ejerce su profesión sometido a cierto régimen de competencia y es libremente elegido por los clientes, que son quienes le retribuyen con arreglo al sistema de arancel⁹⁶. La exigencia de formación técnica es congruente con la actividad de asesoramiento y control de legalidad que debe realizar el Notario y la

⁹⁴ MARTÍNEZ SARRIÓN, no sin exagerada poesía, afirma sobre la seguridad jurídica que proporciona el Notario latino: "Para mí el quehacer notarial esencialmente seguirá siendo el mismo, porque se basa en la confianza de los hombres y mientras el hombre siga siendo tal, mientras el estigma del pecado original siga pesando sobre nuestros hombros y espaldas, mientras la duda alimente nuestro pensamiento y la soledad campee en nuestros sentimientos, siempre se necesitará una persona en quien confiar". Véase MARTÍNEZ SARRIÓN, A., "El Notariado en la Baja...", cit., pp. 110-111.

⁹⁵ Integrada por 19 países con ocasión de su fundación en 1948, entre ellos España, a la misma se han ido adhiriendo más Estados, contando, según informa su página web oficial, con 86 países miembros a fecha 31 de diciembre de 2013. Tal como se reconoce por el Consejo General del Notariado Español (<http://www.notariado.org>), en la Unión Internacional del se integran la mayoría de los países de la Unión Europea y Latinoamérica, todos los países del Este de Europa y otros tan lejanos a nuestra cultura como Japón y muchos de Asia y África. En concreto, forman parte del Notariado latino: Albania, Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Armenia, Austria, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, Chad, Chile, China, Colombia, Congo, Corea, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Kosovo, Letonia, Lituania, la ciudad de Londres, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Quebec, República Centroafricana, República Checa, República Dominicana, República de San Marino, Rumanía, Rusia, Senegal, Suiza, Togo, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Vaticano, Venezuela y Vietnam. Puede verse en <http://www.uinl.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

⁹⁶ Reciben sus retribuciones de los particulares ajustadas al Arancel aprobado por el Gobierno en virtud de Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, modificado por Real Decreto 1612/2011, de 14 noviembre.

consiguiente eficacia sustantiva, probatoria y ejecutiva del instrumento público cuya redacción, sin duda, debe emanar de un jurista con alta cualificación.

Es también funcionario público ya que ejerce, por delegación del Estado, una función de indudable interés público: la dación de fe en relación con determinados hechos, actos o negocios jurídicos.

A consecuencia de este doble carácter de la actuación notarial, el Notario goza de plena autonomía e independencia en el ejercicio de su función. El interés profesional aconseja una organización corporativa, que se traduce en la existencia de Colegios Notariales regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los Notarios de su respectivo territorio⁹⁷; al tiempo que su carácter público exige el nombramiento, control y vigilancia por parte del Estado, al que se encuentra sometido jerárquicamente, dependiendo directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ahora bien, en ningún caso un Notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro Notario⁹⁸.

Esta especial configuración del Notariado latino, como profesional del Derecho que ejerce, además, una función pública, lo convierte, como venimos defendiendo, en instrumento óptimo para la consecución de la seguridad jurídica preventiva en nuestro ordenamiento jurídico, frente a otros sistemas que optan por la contratación de seguros y la intervención judicial una vez surgido el conflicto. La solución existente en el sistema latino, si bien no es perfecta, es una solución equilibrada⁹⁹.

El XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas reconoce, en su Resolución final adoptada el día 5 de octubre de 2001, como fin primordial de los Notariados nacionales y de la Unión Internacional del Notariado Latino el de “servir a la prevención de los conflictos y litigios, a la descongestión de la Jurisdicción del Estado y a la salvaguarda de la paz jurídica y social”, a la par que solicita a los legisladores nacionales e internacionales, a cualquier otra instancia competente de los Estados y a los Consejos Notariales nacionales, que lo

⁹⁷ Cfr. arts. 41 a 44 LN y arts. 307 y ss. RN.

⁹⁸ Cfr. art. 1 RN. Además del sometimiento jerárquico que deriva de su condición de funcionario, el Estado interviene en diversos aspectos que quedan amparados en la reserva de competencia contenida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución española relativa a la ordenación de los registros e instrumentos públicos. GIMÉNEZ ARNAU, en este orden de cosas, entiende que corresponde al Estado: “asegurar las condiciones profesionales y técnicas de los nombrados, señalar la competencia territorial recíproca de los Notarios, fijar las normas generales para garantizar el resultado de la función y las generales del Derecho adjetivo a que debe sujetarse el documento notarial”. GIMÉNEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., p. 111.

⁹⁹ Según PAZ-ARES, nos hallamos ante el mejor ajuste o equilibrio institucional posible, aunque no está exento de problemas. Así, afirma el autor, “[e]n la medida en que está enganchado al Estado, el Notariado obtiene ciertas rentas de monopolio; en la medida en que tiene un pie en el mercado, corre ciertos riesgos de relajar la disciplina del servicio público”. PAZ-ARES, Cándido, “Seguridad jurídica y sistema notarial (Una aproximación económica)”, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994, en *La fe pública*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1994, pp. 144-146.

promuevan¹⁰⁰.

3.1.- Doble carácter de la función notarial: el Notario funcionario público y el Notario profesional del Derecho¹⁰¹

Como se ha dejado dicho más arriba, el Notario no nace siendo funcionario público. Cuando en el siglo XIII, los juristas boloñeses configuran, inspirados en la heredada tradición romana, las bases del Notariado moderno, no le atribuyen esta condición¹⁰².

El Notario es entonces un profesional con sólida formación jurídica considerado como *publica persona* por desempeñar su *officium ad publicam utilitatem pertinens*.

A principios del siglo XIX, coincidiendo con el inicio del movimiento codificador en Europa, se pone en marcha un necesario proceso de reforma y perfeccionamiento de la institución inspirado en aquellos principios de la Escuela de Bolonia, que culminará en nuestro país con la aprobación el 28 de mayo de 1862 de la Ley Orgánica del Notariado que, con el precedente de la francesa Ley Ventoso de 16 de marzo de 1803, que introduce la noción de *fonctionnaire public*, califica al Notario como funcionario público¹⁰³, iniciándose así, como se ha dicho,

¹⁰⁰ Puede verse en <http://www.uinl.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹⁰¹ En palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", *Revista de Derecho Notarial*, núm. CVII, enero-marzo 1980, p. 263: "En la función notarial hay, pues, un *officium publicum*, una función certificante o autorizante; pero hay también un *officium civile*, una profesión jurídica de naturaleza privada, de pericia legal, de consejo o de adecuación".

Por su parte, MARTÍNEZ SARRIÓN, A., "El Notariado en la Baja...", cit., pp. 104-105, hace una feroz crítica de este doble carácter del moderno Notariado: "El Notario no es ni más ni menos que un profesional del derecho que por su acción continuada ha hecho de su actividad profesional una función pública. Esto es la verdad que nos suministra la historia, al menos, hasta que una serie de sucesos concatenados, vienen a proclamar algo que ni como entelequia es aceptable: profesionalidad y funcionarismo. El punto de partida viene a ser paralelo al de la Codificación para los países latinos: la Ley francesa del 25 ventoso del año XI, de la que salieron la italiana de 25 de julio de 1875, la española de 28 de mayo de 1862 y la holandesa de 9 de julio de 1842. De aquí arranca un lamentable acontecimiento que ha constituido una de las fuentes más continuadas de males para el Notariado en sí, por cuanto, se ha pretendido con generosidad, engarzar algo que de suyo resulta imposible, una doble actividad, que no existe, porque el notario no deja de ser profesional del derecho para vestirse con el uniforme de funcionario, ni ambas facetas tienen más vigencia que la que unos preceptos le confieren". "Pienso", concluye el autor, "que el notario no es más que un profesional del derecho investido de una función pública".

¹⁰² Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a plantearse si encontramos argumentos suficientes para fundamentar la moderna configuración del notario como funcionario. Si en las fuentes romanas y en la doctrina notarial de los glosadores ya aparece la calificación del notario como *publica persona*, debería determinarse cuál es el sentido y alcance del calificativo *publicus* referido al mismo. Según DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., FONT BOIX, V., MADRIDEJOS SARASOLA, J., y SIMO SANTONJA, V.L., "Sistemas jurídicos y documento...", cit., pp. 88-90, probablemente sean dos los significados que se le han dado: bien como ejerciente o delegado de la autoridad pública, que pudiera entenderse como algo equivalente al moderno término de funcionario, o bien, la interpretación que se entiende más congruente con la propia evolución histórica de la institución, entendiéndose que el notario era denominado *notarius* o *scriba publicus* por razón de su *officium* dirigido a la *publica utilitas*.

¹⁰³ Tampoco queda claro el sentido que en 1862 tenía calificar al Notario como funcionario público. Se ha dicho que el régimen jurídico al que el Notario queda sometido en esa ley no resulta en modo alguno homologable al de los funcionarios de la época y que la calificación del Notario como funcionario público se debió a la influencia de la mencionada Ley Ventoso; calificación que entiende alguna doctrina no era correcta en España ni tampoco en Francia, donde fue rectificadas por la de '*officier public*'; y no lo era, según estos autores, a no ser que se diese al concepto de funcionario público un sentido amplio, comprensivo de todas las

“la etapa contemporánea de nuestra disciplina”¹⁰⁴.

El Notario, tal como dispone el artículo 1 de la referida Ley del Notariado, “es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Aunque no sólo es funcionario público¹⁰⁵, el Notario es también, tal como recoge el artículo 1 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, profesional del Derecho especialmente cualificado que colabora a la correcta formación del negocio.

Ambos caracteres son inescindibles y definen a la institución, configurándola como pieza esencial de nuestro sistema de seguridad jurídico-privada¹⁰⁶.

personas que ejercían alguna función pública, ya que los Notarios no fueron encuadrados en la Administración como funcionarios, ni fueron sometidos a un principio de obediencia jerárquica, ni fueron retribuidos con cargo a los Presupuestos del Estado. Es cierto que ese doble carácter público y privado que califica a la función notarial determina que la situación de los Notarios fuera entonces y siga siendo ahora sustancialmente diferente a la de los funcionarios públicos en sentido estricto. Véase en este sentido, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y SAINZ MORENO, Fernando, *El Notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1989, pp. 28-33.

¹⁰⁴ BONO HUERTA, J., “Sobre la esencia y función...”, cit., p. 51.

¹⁰⁵ De ser sólo un mero funcionario público, ello, en palabras de GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., p. 107, “obligaría a mecanizar su función y convertirlo en un amanuense oficial del Estado, hacerle autenticador en serie de actos y contratos sin otra facultad que la de rehusar su intervención en los actos ilícitos, inmorales o contrarios a las Leyes”.

¹⁰⁶ Esta complejidad de la función notarial se recoge en la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 26 de enero de 1996, rec. 6902/1992, LA LEY 2827/1996, Ponente Ángel Rodríguez García, en cuyo Fundamento Tercero dispone lo siguiente: “El art. 1 de la Ley de 28 de mayo de 1862 dispone que “el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Ahora bien, este precepto que atribuye al Notario la condición de funcionario público, es por sí solo insuficiente para caracterizarle como tal y desde luego para obtener un concepto exacto de la función notarial. Nada se dice en él de la función asesora, que está presente en la Ley de 1862 y en su Reglamento y tampoco hace referencia alguna al carácter profesional del Notario. De aquí que se haya llegado a decir, por un sector de la doctrina, que el art. 1 de la mencionada Ley en realidad no define al Notario, sino que delimita el campo de su actuación funcional, en razón de las circunstancias históricas que motivaron la reforma de 1862 (separación entre la fe pública judicial y extrajudicial hasta entonces a cargo de los Escribanos). Junto a la función pública -dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales-, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley, el primero, en cuanto preceptúa que “los Notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas” y, el segundo, al disponer que “el Notario redactará escrituras matrices...”. Por otro lado, el reconocimiento conjunto de la doble función notarial, pública y profesional, aparece ya en el art. 1 del Reglamento Notarial de 1935 que dispuso que “los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”, texto que se conserva literalmente en el art. 1 del Reglamento de 2 de junio de 1944 y que se desarrolla al decir que “como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclamen su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar” y “como funcionarios ejercen la fe pública notarial”. Y no es éste el único precepto que el Reglamento dedica a la función profesional del Notario, también esa función está presente en el art. 147, que en su redacción actual es una muestra evidente de la función asesora y de adecuación que corresponde al Notario al prescribir que “redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”, obligación que incluso se extiende a “los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado”. En definitiva, el Notario en nuestro ordenamiento ejerce una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régimen de profesión liberal, sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran, por su relación con el caso, la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que pueda cometer -art. 347 del Reglamento- en el ejercicio de su actividad pública. Todo ello nos lleva a la conclusión de que no existe relación de servicio entre el Notario y la Administración, que su figura no responde a la definición del funcionario público contenida en el art. 1 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, ya que el Notario no está integrado en las estructuras administrativas como profesional independiente que es, aunque ejerza una profesión oficial, una función pública en régimen de profesión liberal (...).”.

Como funcionario público, el Notario ejerce la fe pública notarial en aquellas relaciones jurídico-privadas en las que interviene¹⁰⁷. En efecto, la función notarial encuentra su esencia en la dación de fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, que el Estado delega en ellos como titulares de una función pública¹⁰⁸.

La fe pública notarial comprende un doble contenido. En la esfera de los hechos, el Notario da fe de la exactitud de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos. En la esfera de los derechos, da fe de la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes recogidas en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Este aspecto público o funcional del Notario se ha visto reforzado tras las reformas operadas en la normativa notarial por las Leyes 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, así como por el R.D. 45/2007, de 19 de enero, tal como se pone de manifiesto en la redacción misma del artículo 1 del Reglamento Notarial donde se antepone el aspecto de funcionario al de profesional, alterando el orden existente hasta ese momento¹⁰⁹.

Pero el sistema de fe pública es eficaz en la medida que va precedido de una pluralidad de actividades dirigidas a la autorización del instrumento público en las que encuentra su apoyo. En este sentido, y ahora como profesionales del Derecho, los Notarios deben aconsejar¹¹⁰ y asesorar con imparcialidad a los otorgantes, sin perjuicio, en su caso, de la protección al más débil, y adecuar al ordenamiento jurídico, indagando, interpretando y completando, si necesario fuere, su voluntad.

Conforme a esa voluntad o conjunto de voluntades ha de dar forma al negocio acomodándolo a Derecho, esto es, controlando su legalidad. No sólo el negocio ha de ser conforme a Derecho, también lo ha de ser el documento, del que el Notario debe asimismo controlar su legalidad asegurándose de que cumple todos los requisitos necesarios para gozar de su máxima eficacia jurídica: la fe pública.

Gracias a toda esta actividad, pública y privada, dación de fe pública y función cautelar asesora, el Notario cumple con su función social de coadyuvar de forma

¹⁰⁷ El artículo 2 del Reglamento notarial así lo afirma: "Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial".

¹⁰⁸ Cfr. art. 17 bis 2 a) LN.

¹⁰⁹ A este respecto, concluye MAGARIÑOS BLANCO, "que las reformas legislativas han supuesto una clarificación del concepto de notario como realizador de una función pública cuya finalidad es obtener la mayor seguridad jurídica preventiva en el ámbito privado, que permiten calificar al notario como funcionario público al servicio de la seguridad cautelar privada". MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, "La función notarial a la luz de las últimas reformas legislativas", *Escritos Jurídicos*, Tomo I, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, p. 538.

¹¹⁰ Esta facultad de consejo del Notario es, en palabras de MARTÍNEZ SARRIÓN, "la cúspide de la confianza" y "¡cuánto trabajo paciente, silencioso, constante y gratuito no se ha acumulado a lo largo de los siglos!" para llegar hasta esa confianza. Porque, concluye, "el consejo no se busca sólo en la ciencia, sino en la conducta, no sólo en la lógica sino en la ética, no en el razonamiento sino en el convencimiento". MARTÍNEZ SARRIÓN, A., "Línea evolutiva...", cit., pp. 144-145.

decisiva a que las relaciones jurídicas privadas se desarrollen con normalidad y en justo equilibrio, favoreciendo el cumplimiento de los contratos y la protección de los derechos, no sólo de las partes sino también de determinados terceros, evitando, en consecuencia, el recurso a las soluciones judiciales.

Cuando los ciudadanos acuden al Notario, la primera garantía que esperan es la seguridad sustancial, esto es, que el negocio que han celebrado sea válido y eficaz por ser conforme a Derecho y que los derechos adquiridos en virtud del mismo sean respetados por todos, derechos, por otra parte, que podrán hacer valer utilizando en el tráfico, como título de legitimación, el instrumento público en el que ha quedado aquel negocio formalizado. En un segundo estadio, lo que las partes esperan de la intervención del Notario es que el documento que autoriza les aporte, en su caso, la prueba del acuerdo celebrado y permita la ejecución del mismo acuerdo de forma eficaz y sin ningún otro requisito previo.

Las dos manifestaciones de seguridad jurídica que proporciona la intervención del Notario se corresponden en definitiva con los dos cometidos, privado y público, que se distinguen en el ejercicio de la función notarial.

3.2.- Seguridad sustancial

La primera manifestación de la seguridad jurídica proporcionada por el Notario es, como hemos dicho, la llamada seguridad sustancial. La intervención del Notario en las relaciones jurídico-privadas, gracias al asesoramiento y control de legalidad ejercido, garantiza negocios válidos, eficaces, adecuados al ordenamiento jurídico y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes.

3.2.1.- Asesoramiento y consejo imparcial

Para prevenir litigios, hay que asesorar conductas, incluso, en no pocas ocasiones, orientarlas hacia los medios o cauces adecuados para evitar en la mayor medida posible los riesgos de una potencial conflictividad.

Cuando una persona acude a una Notaría es posible que sepa con precisión lo que quiere y así lo exprese con la debida claridad, pero es probable que sólo de forma muy genérica sepa a dónde quiere llegar, qué efecto jurídico pretende conseguir o, incluso, que simplemente sea consciente de que tiene un problema que no sabe cómo resolver¹¹¹.

Si a ello añadimos el hecho de que, en la mayoría de los casos, no es una, sino que son varias las partes que, con intereses diversos, se ven implicadas en un

¹¹¹ En este orden de cosas y en palabras de CUENCA ANAYA: "Hay ocasiones en que quien acude al Notario trae su voluntad clara e informada sobre la decisión que quiere tomar. A veces, quien busca al Notario quiere una información detallada para tomar su decisión y manifestar su voluntad en uno u otro sentido. Otras veces las cosas no ocurren de esa manera, quien busca al Notario lo hace para que decida él mismo, para eso son Notarios y saben mejor que el cliente lo que debe de hacerse. La decisión está tomada de antes: hacer lo que diga el Notario. La decisión del otorgante es un acto de fe, no de conocimiento". CUENCA ANAYA, F., "El Notario y los fines...", cit., p. 36.

asunto jurídico, pronto se advierte lo esencial¹¹² del asesoramiento notarial, del que se ha llegado a decir que representa “una auténtica cultura de la prevención de los conflictos y de los litigios¹¹³”.

Como máxima expresión de su condición de jurista, desde la fase misma de la formación de los negocios, el Notario debe prestar el asesoramiento legal necesario hasta llegar al convencimiento de que sus clientes están suficientemente informados sobre todos los aspectos de la situación jurídica planteada y se encuentran en disposición de manifestar libremente y sin vicios del consentimiento su verdadera voluntad.

El asesoramiento y consejo notarial abarca múltiples aspectos¹¹⁴: informar sobre el sentido y el alcance de las normas que puedan resultar aplicables y, en especial, sobre las consecuencias jurídicas del negocio que se pretende realizar, así como sobre el necesario, previo o simultáneo, cumplimiento de determinados requisitos legales; advertir de la existencia de trabas o dificultades que deban ser resueltas y el modo de hacerlo; ofrecer las diferentes soluciones legales posibles; proponer, lo que ya entraría más en la función de consejo, la figura jurídica que mejor se adapte al caso concreto; e incluso sugerir la conveniencia de otra figura diversa de la propuesta por las partes, por ser más adecuada para el logro de los fines perseguidos, que puede llegar a ser incluso una figura jurídica nueva, anticipándose, de este modo, el Notario, a muchos aspectos susceptibles de crear conflictos; informar sobre los trámites posteriores a la autorización del instrumento público, fundamentalmente registrales y fiscales y, en última instancia, puede desaconsejar la celebración del contrato, cuando los inconvenientes de la celebración superen con exceso a las ventajas.

A diferencia de lo que ocurre con otros profesionales del Derecho que asisten solamente a una de las partes implicadas en un asunto jurídico, el Notario, precisamente por el doble carácter público y privado de su función, ha de asesorar a todos los otorgantes y, lo que es más importante, debe hacerlo con absoluta imparcialidad, conciliando y equilibrando sus intereses. Porque lo cierto es que el asesoramiento y consejo notarial no sólo previene conflictos, sino que puede llegar también a resolverlos o disolverlos en esta fase extrajudicial previa a la contenciosa en la que aún permanecen latentes u ocultos.

¹¹² BOLÁS ALFONSO destaca ese carácter fundamental del asesoramiento notarial que pone de manifiesto su condición de jurista: “el notario es fedatario y es un documentador, pero no simplemente redacta escrituras, porque el notario es, además y ante todo, un jurista que asesora a las partes, adapta su verdadera voluntad a la Ley, y da fe del otorgamiento de la escritura, y se es tanto o más notario cuando con motivo de su asesoramiento las partes desisten de firmar el contrato o cuando el notario deniega la autorización de la escritura porque su contenido no se ajusta a la Ley. En estos casos, no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo, hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida”. BOLÁS ALFONSO, J., “La función notarial como factor...”, cit., pp. 49-50.

¹¹³ Véase Resolución final adoptada en el XXIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas en relación con el tema nº 1 “La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos”. Disponible en <http://www.uinl.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹¹⁴ Cfr. art. 1.3 RN.

La imparcialidad es esencial a la actuación notarial¹¹⁵, tal como se recoge en el artículo 147 del Reglamento Notarial, a la que contribuye en gran medida el principio de libre elección del Notario¹¹⁶. Sólo siendo imparcial se puede aconsejar lo que sea más justo, lo más conveniente para conseguir el equilibrio entre los diferentes intereses en juego.

No se trata de una imparcialidad formal al modo de la imparcialidad judicial. La imparcialidad notarial¹¹⁷ no implica hacer prevalecer un interés sobre otro, sino que ha de permitir al Notario dar a cada uno de los otorgantes el asesoramiento que precise, que no tiene por qué ser el mismo, para conseguir de este modo situarlos en una posición de equilibrio real en el momento de formar su voluntad y prestar su consentimiento, buscando la fórmula jurídica que garantice los derechos de ambos en pie de igualdad. A esta labor equilibradora, especialmente importante en relación a la tutela de consumidores y usuarios en el marco de la contratación en masa, es a lo que se refiere el referido artículo 147 del Reglamento Notarial al afirmar en su párrafo 5 que “[s]in mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a cada una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”¹¹⁸. Esto es, asumirá la tutela

¹¹⁵ La imparcialidad está en efecto estrechamente ligada al carácter público de la función notarial, debiendo recordarse que la Constitución española exige en su artículo 103.3 que dicha imparcialidad, a través de las leyes, sea garantizada en el ejercicio de toda función pública. En este sentido se ha afirmado que la imparcialidad no es sólo una obligación del Notario, “sino que es una condición objetiva, un elemento constitutivo de su actuación. Se puede hablar de imparcialidad funcional, porque forma parte de su misma función”. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, Antonio, MADRIDEJOS SARASOLA, José y SIMO SANTONJA, Vicente. L., “Características del Notariado en el mundo de hoy”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio 1984, p. 134.

¹¹⁶ Consagrado este principio en el artículo 126 del mismo Reglamento Notarial. El derecho de libre elección del Notario, en palabras de SIMÓ SANTONJA “tiene extraordinaria importancia para la persona si se tiene en cuenta la índole privada, familiar e íntima de los asuntos en que el notario interviene y es una garantía indispensable para el normal desenvolvimiento de las restantes libertades”, SIMÓ SANTONJA, V.L., “El Notario y los Derechos...”, cit., pp. 286-287.

¹¹⁷ En cuanto al carácter de la imparcialidad del Notario, afirma GARRIDO CHAMORRO que “no se trata de la independencia puramente formal, pasiva, del juez, cuando tiene que decidir en relación con un conflicto jurídico planteado por dos personas, sino de una imparcialidad activa, que exigirá una positiva conducta indagatoria para ayudar a las partes a alcanzar un equilibrio contractual que satisfaga adecuadamente los intereses materiales concretos de ambas”. GARRIDO CHAMORRO, Pedro, “La función notarial, sus costes y beneficios”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 37, enero-marzo 2001, pp. 60-61. En este sentido, FERNÁNDEZ, T.R., y SAINZ MORENO, F., *El Notario, la función notarial...*, cit., pp. 84-85, para quienes la independencia e imparcialidad de los notarios y la de los jueces no son equiparables, ya que no son equiparables “ni su función ni su posición institucional”, al igual que “el documento notarial no es semejante a una sentencia, ni la presunción de veracidad de que goza lo es a la presunción de cosa juzgada de una sentencia”. SIMÓ SANTONJA, por su parte, entiende en la misma línea que “la imparcialidad del notario no se trata de una imparcialidad simplemente formal, que ante una desigualdad profunda de las partes podría significar en el fondo una verdadera parcialidad, tiene y debe ser una imparcialidad sustantiva, tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil en la línea del artículo 9.2 CE”. SIMÓ SANTONJA, V.L., “El Notario y los Derechos...”, cit., p. 348.

¹¹⁸ La protección de consumidores y usuarios en el marco de la contratación en masa está configurada en muchos ordenamientos jurídicos como principio constitucional, como ocurre en el artículo 51 de nuestra Constitución. En palabras de DE LA CÁMARA, “[a]nte todo y sobre todo, el Notario debe guardar su independencia frente a la gran Empresa. Ser Notario del Banco Z o de la Constructora H, sólo es admisible en

de la parte más débil, sin que ello lo convierta en su abogado, ni le lleve a tomar posición a favor de sus intereses.

La tendencia en el futuro debería pasar por intensificar la función preventiva del Notario en la protección del consumidor en el tráfico en masa. Su asesoramiento en las fases más iniciales de la formación de la voluntad contractual es el único medio que puede garantizar un verdadero equilibrio entre las partes contratantes que, habitualmente en estos casos, se encuentran en posiciones de gran desigualdad. De este modo, podrían evitarse en mayor medida precipitaciones o tomas de decisión no suficientemente meditadas favorecidas por circunstancias acuciantes en muchos casos.

El Notariado es, en definitiva, el mecanismo de que se vale el Estado para procurar en condiciones de igualdad a los ciudadanos un asesoramiento de calidad en el normal desenvolvimiento de sus relaciones jurídico-privadas.

Esta labor de asesoramiento y consejo debería extenderse, como hemos visto, más allá de la autorización del documento público, con el fin de que las pretensiones de las partes puedan alcanzar todos los efectos jurídicos perseguidos.

3.2.2.- Interpretación y adecuación de la voluntad al ordenamiento jurídico: el control de legalidad

El Notario deberá redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, que habrá de expresarse en su presencia y que previamente habrá indagado, interpretado y adecuado al ordenamiento jurídico. Especial importancia tiene la función notarial de prevención de conflictos cuando se trata de conciliar dos o más voluntades no coincidentes: el Notario en esta labor de indagar, interpretar y adecuar las voluntades a la legalidad vigente habrá de cuidar al mismo tiempo y con imparcialidad de los intereses de una y otra parte¹¹⁹.

Una vez haya asesorado a sus clientes, el Notario, en aras de la seguridad jurídica, deberá llegar, a veces no sin pocas dificultades, al convencimiento de cuál sea su verdadera voluntad¹²⁰, advirtiéndolo, si necesario fuere, de los errores de

tanto en cuanto el Notario advierta que es al mismo tiempo el Notario de la persona que contrata con aquellas entidades. El gran peligro que la contratación en masa entraña para la función notarial es, sobre todo, la influencia nociva que puede ejercer sobre uno de los deberes que sobre él pesan: el deber de imparcialidad". DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "El Notariado Latino...", cit., p. 215.

¹¹⁹ Ya que, en otro caso, y en palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El documento notarial y la seguridad jurídica", (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 29 de marzo de 1983), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, p. 70, "el conflicto, momentáneamente apagado, volvería a surgir, al no tener el documento eficacia de cosa juzgada; la seguridad jurídica extrajudicial habría naufragado".

¹²⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS se refiere a las dificultades que puede encontrar el Notario cuando indaga cuál sea la verdadera voluntad de los otorgantes que, en ocasiones, es tan defectuosa que el documento que se limitara a recogerla sería fuente de innumerables conflictos y afirma que, "en resumen, habrá de indagar la voluntad empírica de las partes, que con frecuencia es una voluntad no informada, una decisión tomada sin la información legal indispensable para que pueda ser jurídicamente sancionada, una voluntad deformada incluso por prejuicios y falsos conocimientos jurídicos; es, también muchas veces una voluntad errónea, por ignorancia, de hecho o de derecho, de la situación preexistente o de las normas aplicables, incluso las dispositivas e integrativas; una voluntad incompleta, que sólo regula los aspectos fundamentales e inmediatos; una voluntad imprevisora, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo y menos aún los acaecimientos

hecho o de derecho, lagunas o contradicciones que observe y que debieran salvarse para que el negocio pueda llegar a buen fin; incluso, en ocasiones, ayudará a crear esa voluntad, a fin de dotarla del adecuado ropaje jurídico para la consecución de todos los efectos pretendidos por las partes y amparados por el Derecho, lo que puede llevarle, ante la dificultad de encajar la voluntad manifestada en los tipos negociales ya existentes, a la creación, dentro de la ley, de nuevas figuras jurídicas¹²¹.

Íntimamente ligado con el asesoramiento y la búsqueda de la verdadera voluntad de los otorgantes, está el control de legalidad ejercido por el Notario.

Para que haya seguridad en el tráfico jurídico privado, deben circular negocios válidos y eficaces que reúnan todos sus requisitos personales, reales y formales.

La intervención notarial y los instrumentos públicos que elabora el Notario son la máxima garantía para ello. El documento notarial sólo puede tener por objeto actos y contratos ajustados a Derecho. Por ello, el Notario ha de asegurarse de que el acto jurídico que se quiera celebrar reúne todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez, debiendo negar la autorización cuando no se cumplan las normas legales¹²². Porque, como dice el artículo 1 de la Ley del Notariado, el Notario está autorizado para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, pero siempre conforme a las leyes. La labor del Notariado latino está siempre inspirada por el principio de legalidad, por lo que la seguridad jurídica preventiva que proporciona con su intervención se basa en su estricta aplicación del Derecho.

Especial importancia adquiere, con el fin de evitar potenciales conflictos y dotar de seguridad a las relaciones jurídicas, el control de legalidad que debe realizar el Notario tanto en orden a la identificación de las personas que sean parte en un negocio como a la de las fincas objeto del mismo¹²³.

El Notario debe asegurarse de la identidad de los otorgantes y de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, así como de la suficiencia, en su caso, de las facultades representativas. De todo lo cual, como veremos, deberá dar fe en el

que pueden sobrevenir o interferirse; una voluntad ilegal, que choca en todo o en parte con el Ordenamiento". RODRIGUEZ ADRADOS, A., "Jurisdicción civil...", cit., pp. 196-197 y RODRIGUEZ ADRADOS, A., "El documento notarial...", cit., p. 69.

¹²¹ Por eso, dice CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J.L., "La seguridad jurídica en el tráfico...", cit., pp. 27-28, muchas figuras jurídicas hoy existentes han tenido su origen en el Notariado, así la propiedad horizontal, los protocolos familiares, diferentes formas societarias o el patrimonio protegido. Porque, como afirma MEQUITA DEL CACHO, "el Notario es testigo excepcional de los primeros atisbos de nuevas necesidades socioeconómicas que de inmediato demandan un cauce regulador; en esta coyuntura, sin Ley dictada ni costumbre aun formada ni jurisprudencia establecida sobre la proyección de los Principios Generales, es el Notario quien a través del consejo jurídico contractual abre una huella que acabará por cristalizar en costumbre y una vez establecida ésta la jurisprudencia podrá pronunciarse tomándola como norma supletoria, ajustarla a los principios generales y proclamar un Derecho que el legislador acaba por recoger en normas legales". MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "La función notarial...", cit., pp. 100-102.

¹²² En este sentido el artículo 3.4 del Reglamento Notarial afirma que "[l]a prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida".

¹²³ Cfr. arts 23 y 24 LN y 156 a 169 RN.

momento de la autorización.

Tratándose de personas físicas, su identificación con la fijación del nombre y apellidos, edad, nacionalidad, vecindad civil, domicilio, profesión y número de documento nacional de identidad es fundamental para evitar suplantaciones de personalidad que podrían abocar al negocio a su ineficacia por falta de consentimiento. La mención del estado civil y régimen económico matrimonial, en su caso, cobra especial importancia en aquellos negocios que requieren el consentimiento del cónyuge para su válida celebración. Cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una persona jurídica, se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, datos de inscripción y número de identificación fiscal en su caso, e indicando los datos del título del cual resulte la expresada representación.

La legitimación o especial relación que vincula a un sujeto con un objeto o un interés determinado se aprecia, tratándose de bienes inmuebles, no sólo por lo que resulte del título que le sea exhibido al Notario, sino también por la consulta al Registro de la Propiedad.

Ha de comprobar también el Notario la suficiencia de las facultades representativas de los comparecientes que intervengan como representantes legales, voluntarios u orgánicos e insertará en la escritura una reseña identificativa del documento que se le haya aportado para acreditar la representación alegada¹²⁴.

El Notario, gracias a su actividad previa de asesoramiento y de indagación de la verdadera voluntad de los otorgantes, deberá asegurarse asimismo de que el consentimiento ha sido prestado sin errores, libre y voluntariamente¹²⁵.

Por lo que se refiere a la fincas objeto del negocio que se va a formalizar, el Notario comprobará su situación de titularidad y cargas¹²⁶. A este fin, no sólo recabará de las partes la exhibición de los títulos previos que estime convenientes, sino que también habrá de obtener al efecto la correspondiente información registral.

Además, el Notario deberá calificar el acto; por tanto, según el negocio de que trate, el control de legalidad asimismo pasará por la comprobación de que se han

¹²⁴ Esta reseña y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente por sí solas de la representación acreditada, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo párrafo segundo ha recibido nueva redacción por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

¹²⁵ No obstante, cabe afirmar que la actuación notarial no evita absolutamente la posibilidad de vicios del consentimiento, si bien la disminuye sustancialmente; salvo prueba en contrario, debe prevalecer el consentimiento prestado al contenido de la escritura frente a posteriores alegaciones de error, dolo o coacción. Véase en este sentido, PÉREZ HERESA, Juan, "La formación del contrato: el problema de la nulidad y su prevención (una reflexión sobre el sistema de seguridad jurídica preventiva)", *El Notario del Siglo XXI 2R*, Revista Científica online, publicado el 19 de diciembre 2013. Disponible en <http://elnotario.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹²⁶ Cfr. art. 175 RN y concordantes de la legislación hipotecaria.

obtenido y son aportados las certificaciones, autorizaciones, licencias y demás títulos o documentación expresamente exigidos por la específica legislación vigente¹²⁷. Esta preocupación por obtener la máxima seguridad jurídica en relación al objeto del negocio se ha puesto de manifiesto tanto en la legislación urbanística como en las normas de coordinación del Catastro y el Registro de la Propiedad¹²⁸, coordinación a cuya consecución se dirige, entre otros fines y objetivos, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

Finalmente destacamos por su especial importancia en aras de la seguridad jurídica y la prevención de blanqueo de capitales, que en las escrituras públicas que documenten actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se identificarán, cuando la contraprestación consista, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes¹²⁹.

El artículo 24 de la Ley del Notariado, en su párrafo 2, es claro en cuanto al control de legalidad que debe realizar el Notario¹³⁰ al afirmar que “[l]os notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”.

En definitiva, gracias a la adecuación del documento a la verdadera voluntad de las partes y a ese simultáneo control de legalidad de fondo y de forma, tanto las partes como los terceros, incluso las autoridades administrativas y judiciales, tienen la seguridad y, aún más, la convicción de que el documento notarial y el negocio que en él se formaliza gozan de presunción de legalidad y autenticidad. La sociedad confía en que el Notario no autoriza negocios ilegales¹³¹.

¹²⁷ En este sentido, con la finalidad de conseguir la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario se exige en la compraventa de inmuebles la aportación del recibo que acredite hallarse al corriente del pago de los gastos de la comunidad y el justificante que acredite el pago del impuesto de bienes inmuebles del año en curso.

¹²⁸ A este respecto, puede verse PÉREZ HERESA, J., “La formación del contrato...”, cit.

¹²⁹ Cfr. art. 24.4 LN, conforme al cual la identificación del medio de pago implica manifestar “si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria”.

¹³⁰ A este artículo 24.2 se ha referido MARTÍNEZ DÍE, R., “Seguridad jurídica...”, cit., pp. 99-100, como norma sintetizadora de las funciones que ha de cumplir la seguridad jurídica emanada del Notario.

¹³¹ Y es por ello necesario, como dice CUEVAS CASTAÑO, José Javier, “Futuro de la seguridad jurídica preventiva”, *La Notaría*, núm. 3, 2012, p. 10, que el control de legalidad se despliegue no sólo en su “modalidad de control-reserva o advertencia, sino también en su modalidad de control-rechazo”, esto es, “denegando la prestación de nuestro ministerio”.

3.3.- Seguridad documental o formal: el documento notarial, sus requisitos y efectos

La segunda manifestación de la seguridad jurídica proporcionada por el Notario es la seguridad formal o documental, que deriva de la autenticidad y eficacia privilegiada del instrumento público.

Aunque el documento notarial nace con una incuestionable finalidad probatoria¹³², su desarrollo a lo largo del tiempo pone de manifiesto cómo se ha superado este inicial propósito y el documento notarial despliega otros efectos de similar trascendencia. Además de probar su existencia, el instrumento público da forma a los negocios, forma que incluso a veces será constitutiva de los mismos, y los dota de eficacia o validez. Derivados de estos efectos principales, surgen los demás: el documento notarial es título ejecutivo, *traditorio* y legitimador en el tráfico jurídico. En el fondo de todas estas finalidades o efectos, subyace su propósito de contribuir a la normal y extrajudicial realización del Derecho, reduciendo la conflictividad en las relaciones jurídicas entre particulares.

Esta eficacia privilegiada de los documentos notariales en los que se formalizan negocios válidos, que en el sistema del Notariado latino deriva directamente del valor que el ordenamiento jurídico otorga a la intervención de su autor, es la más importante herramienta de la que dispone el Notariado para garantizar la seguridad del tráfico jurídico.

Por ello, la configuración de nuestro Notariado como sujeto activo del sistema de seguridad jurídica preventiva no puede desvincularse del documento notarial, su esencia y su eficacia¹³³.

3.3.1.- Requisitos del documento público notarial: redacción, lectura, autorización y firma. Breve referencia al Protocolo Notarial como instrumento de seguridad jurídica

Son documentos públicos, conforme al artículo 1216 del Código Civil¹³⁴, “los

¹³² A este respecto, resulta interesante la siguiente reflexión de GIMENEZ ARNAU: “La fijación del hecho controvertido como elemento imprescindible de la decisión judicial es tan antigua como la sociedad humana, porque constituye un elemento lógico del que no se puede prescindir en cuanto se discute la existencia o inexistencia de un derecho; por esta razón, en cuanto el hombre tiene conciencia de lo que es su derecho surge la necesidad de arbitrar medios para hacerlo aplicable cuando sea discutido”. GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., p. 249.

¹³³ Aunque, como afirma TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., p. 33, el origen del Notariado no es coincidente con el origen del documento, lo cierto es que “el análisis de la historia del notariado no puede comprenderse sin sobreponer ésta última a la historia del documento y la documentación”. MORGIONE, F., “Notarii – tabelliones...”, cit., pp. 3-4.

¹³⁴ La separación del Notario del resto de los empleados públicos que hace el artículo 1216 del Código Civil, se debe a las características especiales que tiene la condición de funcionario del Notario. Por ello, el artículo 1217 del mismo Cuerpo legal se remite a la legislación propia, la notarial, en cuanto a la regulación de los documentos en que intervengan Notarios, con la especialidad contenida en el párrafo 2 del artículo 143 del Reglamento Notarial en lo relativo a actos sucesorios (“Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, teniendo ésta el carácter de norma supletoria de aquélla”). En este orden de cosas, afirma SIMÓ SANTONJA que el Código Civil separa al Notario del empleado público porque el Notario es funcionario

autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Definición que comprende los tres caracteres que diferencian al documento público del documento privado: la intervención de un Notario o funcionario público que preste autenticidad; la competencia de aquél y la concurrencia en el documento de las solemnidades o formalidades exigidas por la ley.

Son documentos notariales o instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea en original, en certificado, copia o testimonio. Ahora bien, por tener como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos en general, el documento notarial con cuya autorización el Notario consigue mayor seguridad jurídica preventiva es con las escrituras públicas¹³⁵.

Presupuesta la existencia del Notario competente, para que los documentos notariales produzcan su eficacia privilegiada han de cumplir una serie de requisitos y solemnidades sin los cuales perderían su condición de instrumentos públicos.

Una vez asesoradas las partes y aconsejado el medio jurídico más adecuado para el logro de los fines lícitos que pretendan alcanzar, el Notario procede, previo control de su legalidad, a la formalización del negocio, mediante la redacción del instrumento público, en la que va a desplegar una importante actividad preventiva. De este modo, el Notario asegura no sólo la validez del negocio, sino también la del documento, alejando la posibilidad de que surja un conflicto entre las partes.

Qué duda cabe que la seguridad del tráfico jurídico aumenta cuando los documentos que se ponen en circulación están redactados correctamente, de modo que con claridad y precisión, sin ambigüedades ni contradicciones, se sistematiza la verdadera voluntad de las partes. El Notario deberá redactar los documentos empleando en ellos un estilo claro, puro, preciso; sin contradicciones ni lagunas; sin frases ni términos oscuros ni ambiguos y observando la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma¹³⁶. Ello está garantizado con

público pero no funcionario de la Administración, lo mismo que los instrumentos públicos no son actos administrativos; por otro lado, en cuando a la competencia exigida al Notario o empleado público autor del documento, sigue diciendo el autor, ha de ser competente en varios sentidos: competencia funcional genérica para autorizar documentos públicos, dentro de la cual ha de tener competencia funcional específica para la clase de documento de que se trate y finalmente, competencia por razón del territorio. SIMÓ SANTONJA, V.L., “El Notario y los Derechos...”, cit., pp. 281-282.

¹³⁵ Cfr. art. 17 LN y 144 RN. Este último también contiene, en sus párrafos 3, 4 y 5, la referencia al contenido de los demás documentos notariales: “Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental. Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones. Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna”.

¹³⁶ Cfr. art. 25 LN y art. 148 RN.

la intervención del Notario, jurista que dispone de la adecuada técnica jurídica al efecto.

En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de la contratación¹³⁷. La redacción del documento debe hacerla el Notario respetando las distintas partes en que éste, según su clase, debe quedar estructurado¹³⁸.

Después de redactar el documento, debe procederse a su lectura. No se trata o, al menos, no se debe tratar de una lectura mecánica, sino que en íntima conexión con la labor de asesoramiento e indagación de la voluntad negocial, la lectura implica que el consentimiento prestado por los otorgantes lo es en relación a un contenido concreto, conocido y aceptado por ellos, y que es expresión de aquella voluntad. A estos efectos, el Notario habrá de informar a los otorgantes del valor, sentido, alcance y consecuencias legales de la redacción.

Por tanto, debe asegurarse de que los otorgantes entienden el contenido íntegro de la escritura y que es conforme a su voluntad manifestada, teniendo además aquéllos el derecho de leerla por sí mismos a fin de constatar que la lectura hecha por el Notario coincide con lo que figura escrito en el documento.

Finalmente, el Notario procede a la autorización del instrumento público, haciendo de palabra las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras Leyes especiales que resulten de aplicación al caso concreto¹³⁹.

El Notario dará fe de haber leído la escritura íntegra a las partes y a los testigos instrumentales y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. Igualmente dará fe de que, después de la lectura, los comparecientes han manifestado haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento¹⁴⁰.

La autorización o intervención, en su caso, implica, asimismo, su deber de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. art. 147.3 RN.

¹³⁸ Así tratándose de escrituras matrices, los artículos 156 a 196 del Reglamento Notarial regulan la comparecencia, exposición, estipulación, otorgamiento y autorización. Los artículos 197 a 197 *quater* regulan los requisitos específicos de las pólizas y el artículo 198, todos del mismo Reglamento, contiene los requisitos generales de las actas notariales.

¹³⁹ Cfr. art. 194 RN.

¹⁴⁰ Cfr. arts. 25 LN y 193 RN.

¹⁴¹ Cfr. arts. 17 bis LN y 145 RN.

La escritura matriz será firmada por los otorgantes y los testigos, en su caso, y el Notario, a continuación de estas firmas, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando, debiendo estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría¹⁴².

El instrumento público, para poder ser el título de legitimación en el tráfico que es, además de todos los requisitos y solemnidades vistas hasta ahora que configuran su eficacia privilegiada, debe tener un soporte válido, con signos exteriores que hagan de él un tipo de documento reconocible y seguro. A estos efectos, y con respeto a unos márgenes, número de líneas y sílabas, los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos extendiéndolos en papel timbrado de uso exclusivo notarial, elaborado por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre con importantes garantías para evitar falsificaciones. Finalmente, las copias autorizadas y testimonios, al ir dirigidas al tráfico, deberán además llevar el sello de seguridad creado al efecto por el Consejo General del Notariado¹⁴³.

No sólo el negocio, sino también el documento habrá quedado adecuado a la legalidad vigente¹⁴⁴.

Una vez autorizado el instrumento público, el Notario continúa de alguna manera su labor como profesional y garante de la seguridad jurídica, con el asesoramiento a las partes para la realización de todos los trámites o gestiones posteriores a fin de que el negocio formalizado produzca todos sus efectos, en especial los registrales¹⁴⁵ y fiscales.

Pero la labor típica y principal del Notario tras el otorgamiento pasa por la expedición de copias autorizadas y la custodia del Protocolo, en el que se incorporan los documentos originales o matrices.

En lo concerniente, en fin, al Protocolo notarial como instrumento de seguridad jurídica, no estaría de más recordar cómo el documento firmado por las

¹⁴² Cfr. art. 195 RN.

¹⁴³ Cfr. arts. 19 LN y 195 y 241 RN.

¹⁴⁴ A este respecto, en cuanto al cumplimiento de las formalidades legales en la configuración del instrumento público, puede distinguirse entre *actum* y *dictum*. El Notario debe cumplir todas las formalidades (*actum*), pero no tiene que manifestar expresamente que se han cumplido una a una (*dictum*), bastando para algunas de estas solemnidades la utilización de expresiones genéricas que de forma implícita reconocen su cumplimiento. En este sentido, se utilizan fórmulas como “doy fe de haberse cumplido todas las formalidades legales” o la más general “doy fe de todo lo contenido en este instrumento público”. Véase en este orden de cosas, DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, A., FONT BOIX, V., MADRIDEJOS SARASOLA, J. y SIMO SANTONJA, V.L., “Sistemas jurídicos y documento...”, cit., p. 102.

¹⁴⁵ Especial importancia en cuanto la consecución de la máxima seguridad jurídico preventiva en el tráfico jurídico tiene lo dispuesto en el artículo 196 del Reglamento Notarial: “Salvo indicación expresa en contrario de los interesados, los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes muebles podrán ser presentados en éstos por vía telemática y con firma electrónica reconocida del notario autorizante, interviniente o responsable del protocolo. El notario deberá inexcusablemente remitir tal documento a través del Sistema de Información central del Consejo General del Notariado debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. El notario deberá dejar constancia de ello en la matriz así como, en su caso, de la correspondiente comunicación del registro destinatario. Esta regla será de aplicación respecto de los documentos susceptibles de inscripción en otros Registros Públicos con efectos jurídicos cuando sus Sistemas de Información estén debidamente conectados con el del Consejo General del Notariado”.

partes y los testigos instrumentales o de conocimiento, en su caso, y firmado y signado por el Notario constituye el original o matriz que quedará debidamente incorporado al Protocolo notarial, entregándose a los interesados el traslado de la escritura matriz o copia autorizada del mismo, siendo éste el documento que circula en el tráfico jurídico.

Desde el siglo XI se implanta la ‘imbreviatura’ o anotación que hace el Notario en una hoja aparte que se conserva y que viene a sustituir el sistema anterior de noticia o anotación previa a la extensión documental en el mismo pergamino¹⁴⁶. Más adelante, gracias a los glosadores, queda implantado el principio de matricidad o doble redacción, en virtud del cual siempre se conservará una base permanente del negocio jurídico escriturado. De esta forma, se da un especial valor al documento, pues es posible tanto su renovación como su verificación mediante el cotejo con la matriz.

Creado en 1503 por la Pragmática de Alcalá, el Protocolo notarial¹⁴⁷ también constituye un importante medio de aportar seguridad a las relaciones jurídicas entre particulares, ya que quienes hayan formalizado un negocio ante Notario tienen la garantía de que en cualquier momento, en caso de pérdida, extravío o desperfecto de su copia, puede obtenerse otra nueva¹⁴⁸; se evita, asimismo, la manipulación de las matrices u originales en las que, por otra parte, queda constancia de las copias expedidas y de la persona a cuyo favor se expiden, así como de las ratificaciones, revocaciones o modificaciones, con lo que todo ello supone para el refuerzo de la seguridad del tráfico jurídico.

3.3.2.- Efectos

Toda la actividad desplegada por el Notario concluye con la elaboración del instrumento público de eficacia privilegiada, la mejor herramienta, como ya se ha dicho, de la que dispone el Notariado para garantizar la seguridad del tráfico jurídico entre particulares.

a) Valor probatorio

Con la finalidad de acreditar las circunstancias en las que se celebran los negocios jurídicos, desde hace siglos se reconoce la importancia de constituir

¹⁴⁶ En este orden de cosas recuerda RODRÍGUEZ ADRADOS que los problemas de la pérdida y falsificación de la *scriptura* “no empiezan a encontrar adecuada solución hasta que las noticias dorsales dan paso a la doble redacción del documento (nota y carta), y no la reciben completa, sino con la creación del protocolo”. RODRIGUEZ ADRADOS, A., “El documento notarial...”, cit., p. 46.

¹⁴⁷ Se entiende por protocolo, conforme al artículo 17.1 párrafo 9, de la Ley del Notariado “la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso”. Desde el 1 de octubre del año 2000, fecha en que entra en vigor el Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, los Notarios han de llevar, además del Protocolo, un Libro-Registro en el que, tal como dispone el referido artículo, el notario “conservará el original de la póliza” y “figurarán por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en que hubiesen intervenido”.

¹⁴⁸ La expedición de nuevas copias está regulada en el Título III de la Ley del Notariado sobre el “Protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público”. Véase también arts. 221a 249 RN.

pruebas que, en caso de discrepancias futuras, faciliten el descubrimiento de la verdad. Si bien en las sociedades primitivas, y hasta en el Derecho romano arcaico y clásico, la prueba es preferentemente oral¹⁴⁹, ya en Grecia y Roma se encuentran determinados elementos diferenciadores de una suerte de documento auténtico, siendo, sin lugar a dudas, al final de la Edad Media cuando quedan claramente definidos los caracteres esenciales del documento público notarial.

En la época postclásica, el emperador Constantino equipara, a los efectos de prueba en juicio, el documento escrito con la tradicional prueba de testigos, llegando a reconocer el carácter obligatorio o constitutivo de la forma escrita para determinados negocios importantes como la venta de inmuebles o donaciones relevantes¹⁵⁰. No obstante, aún existen dificultades para la consideración del instrumento como prueba plena en juicio, exigiéndose su verificación. Es el *imponere fidem* que puede llevarse a cabo por diversos medios: la *comparatio litterarum* o cotejo con otros documentos escritos por la misma persona, la prueba de testigos, el que se trate de un documento redactado por un *tabellio* o, finalmente, mediante la *insinuatío* o registro ante la curia municipal, mecanismo a través del cual el documento deviene en público.

Gracias a la doctrina de glosadores y canonistas, el documento notarial, ya considerado como *scriptura publica*, comienza a tener valor probatorio pleno por sí mismo, en virtud de la propia intervención del Notario, y a consecuencia de ello se asienta en la sociedad la idea de que la forma documental que emana del Notario es la óptima para dar seguridad en el tráfico jurídico.

En nuestro Derecho, hay que atribuir a las Partidas, que habían tratado de introducir el principio formalista romano, la consagración de la superioridad de la prueba escrita, especialmente la del documento público, sobre el juramento y la prueba testifical. El Ordenamiento de Alcalá en 1348 rompe con esta tradición formalista, que desde Roma se había extendido por el derecho español visigótico e indígena, e impone con claridad el principio consensualista.

A pesar de la consagración de este principio, aún vigente, en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵¹, existen importantes excepciones en las que se exige la forma, habitualmente la escritura pública, siempre con valor probatorio y en múltiples ocasiones también como requisito de existencia, validez y eficacia frente

¹⁴⁹ Históricamente, el medio de prueba por excelencia, en juicio y fuera de él, han sido los testigos. Los testigos incluso originariamente habían llegado a constituir requisito constitutivo o esencial para determinados negocios, tanto verbales, como el caso del testamento nuncupativo, como escritos, en el supuesto del testamento pretorio. A este respecto, AMELOTTI, Mario, "Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIX, 1990, p. 142.

¹⁵⁰ Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Testigos y documentos...", cit., pp. 13-16 y AMELOTTI, M., "Negocio, documento...", cit., pp. 142-145.

¹⁵¹ La uniformidad de la corriente espiritualista sólo la rompen el Código de Comercio de 1829 y el Proyecto de Código Civil de 1851, cuyo criterio formalista fue rectificado nuevamente por el Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1889 que reintegran en sus artículos 51 y 1278, respectivamente, el principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá. Véase como más detalle en cuanto a la historia de la forma del negocio jurídico en nuestro Derecho, GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 261-290.

a terceros de determinados negocios¹⁵².

Por ello, existe una *communis opinio* asentada en nuestra sociedad desde hace siglos, como antes ha quedado dicho, basada en que una forma adecuada en el discurrir del tráfico jurídico, entendida en la mayoría de los casos como forma pública notarial, que acredite la existencia de una voluntad libremente manifestada y dirigida a la consecución de determinados fines jurídicos lícitos, es la mejor garantía que las sociedades modernas tienen para reducir al máximo su conflictividad social¹⁵³.

El documento notarial constituye un medio de prueba legal y plena¹⁵⁴. Plena porque hace prueba por sí mismo, sin necesidad, como históricamente ha ocurrido, de verificación alguna. Legal, porque el valor probatorio del documento notarial está consagrado y reconocido expresamente por nuestra vigente legislación. Ante la existencia de un documento notarial, resulta más fácil predecir un fallo. Ello empuja a las partes a cumplir y las hace desistir de iniciar un pleito.

El documento notarial constituye, asimismo, un medio de prueba tanto judicial como extrajudicial. Lo cierto es que en el ámbito extrajudicial, que funciona casi exclusivamente a base de documentos¹⁵⁵, su eficacia probatoria y la seguridad jurídica derivada de la misma son mayores. En el ámbito procesal, el documento

¹⁵² Además de los supuestos mencionados en el artículo 1280 del Código Civil, pueden tenerse en cuenta, entre otros, como supuestos en que se exige la forma pública para la configuración de determinados actos o negocios jurídicos: el artículo 317 (emancipación por quienes ejerzan la patria potestad); 633 (donación de bienes inmuebles); 694 y siguientes (testamento abierto); 706 y siguientes (testamento cerrado); 1327 (capitulaciones matrimoniales); 1628 (censo enfiteúutico); 1667 (sociedad civil a la que se aportan bienes inmuebles o derechos reales); 1875 (constitución de hipoteca); y en el ámbito mercantil, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud del cual la constitución de estas sociedades exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

¹⁵³ En este orden de cosas, para MEZQUITA DEL CACHO la forma es la noción-nervio del sistema de Derecho cautelar que él propugna y “no corresponde [tanto] a la acepción genérica del mismo vocablo, carente de virtualidad diferenciadora, puesto que también hay forma en la actuación administrativa o en la procesal. En sentido estricto, la noción-eje invocada sólo puede ser la que hace referencia a las Formas de Garantía”. Idea que, según recuerda el autor, fue percibida por GONZÁLEZ PALOMINO quien propuso la noción de forma pública “como plataforma conceptual unitaria, capaz de englobar las actividades judiciales de jurisdicción voluntaria, las notariales y las registrales”. GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo I, Madrid, Reus, 1948, p. 81. A juicio de MEZQUITA DEL CACHO, no obstante, la idea quedó apuntada pero sin desarrollar, debiendo haber aplicado GONZÁLEZ PALOMINO “a estas tres áreas indicadas la noción de acción preventiva que el autor sólo manejó de pasada a propósito de la función notarial”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1...*, cit. pp. 355-356.

¹⁵⁴ SIMÓ SANTONJA, V.L., “El Notario y los Derechos...”, cit., p. 306, caracteriza del siguiente modo al documento notarial como medio de prueba: “el documento notarial es un medio de prueba real y objetiva, porque es una cosa y no una persona la que sirve de medio de prueba; es un medio de prueba preconstruida, porque se ha formado con anterioridad al proceso en que se utiliza; el instrumento público es un medio de prueba en juicio y fuera de él; el documento notarial es un medio de prueba autosuficiente en el sentido de que despliega sus efectos probatorios sin necesidad de previa verificación; los documentos públicos constituyen un medio de prueba legal precisamente por razones de seguridad jurídica”.

¹⁵⁵ Y en particular a base de documentos públicos. Está fuera de toda duda la eficacia superior del documento público respecto del privado, tanto por su autor, como por las especiales solemnidades que se observan en su elaboración. En palabras de RODRIGUEZ ADRADOS, “el documento privado en principio es la nada documental; produce desde luego los efectos negociales correspondientes, pero documentalmente no producirá efectos probatorios, ni entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes, hasta que no haya sido reconocido legalmente, como dispone el artículo 1225 del Código Civil”. RODRIGUEZ ADRADOS, A., “El documento notarial...”, cit., p. 51.

coexiste con los restantes medios de prueba que pueden llegar a desvirtuarlo al ser objeto todos ellos de apreciación o valoración conjunta. En esta esfera procesal, con carácter general, los medios de prueba serán valorados por los Jueces y Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica, si bien de forma excepcional, como ocurre con los documentos notariales, es la ley la que atribuye directamente su valor al medio de prueba.

La eficacia privilegiada del instrumento público, que no tiene otra razón de ser que la confianza que a lo largo de los siglos la sociedad ha ido depositando en el Notario y en los documentos que elabora, y que la ley se ha limitado a reconocer, está prevista en los artículos 1216 a 1224 del Código Civil, en especial en el artículo 1218¹⁵⁶, conforme al cual, los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste; y también harán prueba contra los contratantes o sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros. Esta regulación se completa con la contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, según la cual, a efectos de prueba en el proceso, son considerados documentos públicos los autorizados por Notario con arreglo a Derecho¹⁵⁷, y harán prueba plena “del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”, tal como dispone el artículo 319.1 del referido Cuerpo legal¹⁵⁸.

Debemos precisar, no obstante, que no todas las afirmaciones contenidas en el documento notarial gozan de la misma eficacia extrajudicial o hacen la misma prueba en juicio.

Cabría distinguir, de un lado, los hechos que el Notario ha percibido por sus sentidos, que junto a la fecha y a las afirmaciones que hace sobre la actividad que él mismo ha desplegado en el documento, como su autoría, su lectura o las advertencias legales hechas a los otorgantes, gozan de fe plena. Ello no quiere decir que no puedan ser impugnadas. De hecho, perderán su eficacia si se declara su falsedad en el juicio correspondiente.

¹⁵⁶ A pesar de estar estos artículos encuadrados en el Capítulo V del Libro IV, de las obligaciones y contratos, su aplicación no es exclusiva a la materia de obligaciones, ya que la inclusión en el citado Libro obedece a la influencia del Código Napoleónico. A este respecto, RODRIGUEZ ADRADOS, A., “El documento notarial...”, cit., p. 50.

A juicio de SIMÓ SANTONJA, V.L., “El Notario y los Derechos...”, cit., p. 306, aunque el artículo 1218 del Código Civil se presenta como una regla de carácter probatorio general para todos los documentos públicos, quizá esté pensando, por la terminología empleada, sólo en los documentos notariales, ya que hace referencia a ‘otorgamiento’, ‘contratantes y sus causahabientes’.

¹⁵⁷ Cfr. art. 317.2 LEC 2000. Deben también incluirse los mencionados en el párrafo 3 del mismo artículo 317, a saber “[l]os intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados [hoy Notarios] y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho”.

¹⁵⁸ Debido a la dicotomía matriz-copia, tanto el Código Civil (arts. 1220 y 1221) como la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 320, 321 y 322) contienen normas que regulan, en caso de impugnación del valor probatorio del documento público, el necesario cotejo o comprobación de las copias con el original, así como la forma en que harán prueba en juicio los documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación y las reglas a tener en cuenta en caso de desaparición del protocolo, la matriz o los expedientes originales.

De otro lado, están aquellos hechos que el Notario no ha percibido directamente por sus sentidos, pero que las partes le han hecho saber y en base a los cuales él mismo les ha ayudado a formar sus declaraciones negociales. Junto a ellos, determinados juicios que el Notario hace, como el de capacidad o legitimación de los otorgantes, así como aquellos en los que asegura haber cumplido los demás requisitos legales; todos ellos gozan de presunción *iuris tantum* de autenticidad susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Finalmente, están las afirmaciones de las partes, pero no aquellas que sean constitutivas de su voluntad negocial, sino afirmaciones previas en las que manifiestan determinadas circunstancias o hechos precedentes que de algún modo ayudan a la adecuada comprensión de la configuración del negocio documentado. Es auténtico que se han hecho esas afirmaciones, quién las ha hecho y que las ha manifestado tal como han quedado escritas en el documento, pero no es auténtico su contenido. El Notario no puede dar fe de que lo que dicen los otorgantes es verdad, por ello podrá desvirtuarse por los medios de prueba ordinarios en el juicio declarativo correspondiente¹⁵⁹.

b) Valor legitimador en el tráfico

El documento notarial es también título de legitimación para el tráfico jurídico extrajudicial. Acredita la existencia de titularidades y la autenticidad de las declaraciones de voluntad, siendo título apto para el válido ejercicio de los derechos en él adquiridos, que gozan frente a terceros de presunción *iuris tantum* de veracidad e integridad, así como para la exigencia de las obligaciones derivadas del negocio escriturado.

De especial importancia, en cuanto a la eficacia legitimadora en el tráfico del documento notarial, es la escritura de apoderamiento, en la que la seguridad jurídica que proporciona la intervención notarial alcanza sus más altas cotas. Por ello, cuando uno de los otorgantes interviene en representación de otro, el Notario, como hemos visto con anterioridad, debe apreciar su legitimación y juzgar la suficiencia de sus facultades representativas. Este juicio de suficiencia del Notario es el que garantiza al poderdante que, en todos aquellos actos y contratos que requieran la intervención notarial, el apoderado hará un buen uso del poder, sin extralimitación del mismo.

No obstante, la seguridad jurídica tiene en este ámbito una importante brecha a la que se le debe poner límite. Nos referimos al caso de la revocación de los poderes, o dicho de otro modo, a la utilización fraudulenta, frente a terceros de buena fe, del poder revocado, amparada precisamente en el carácter de título de legitimación que tiene documento notarial.

¹⁵⁹ Puede verse en cuanto al diferente valor de las afirmaciones del Notario y manifestaciones de las partes contenidas en el instrumento público a RODRIGUEZ ADRADOS, A., "El documento notarial...", cit. pp. 72-75. A este respecto también, BOLÁS ALFONSO, J., "La función notarial como factor...", cit. pp. 63-64.

Conforme al artículo 1219 del Código Civil, el Notario que autorice la escritura de revocación de un poder debe remitir un oficio al Notario en cuyo protocolo obre la matriz de la escritura de poder revocada, a fin de que éste extienda en ella la correspondiente nota de revocación; de este modo, éste último, al expedir nuevas copias del poder revocado al apoderado que, en caso de estar facultado, acudiera a solicitarlas, hará constar en ellas la nota de revocación. No serían por ello copias aptas para el tráfico, con ellas el apoderado no podría vincular ya a quien fue su poderdante. Lo que sí puede hacer, no obstante, el apoderado de un poder revocado es continuar operando en el tráfico jurídico con la copia de la escritura que ya obra en su poder; y, precisamente por ese carácter de título de legitimación del documento notarial, podría hacerlo además con plenos efectos respecto de los terceros de buena fe¹⁶⁰.

Un sistema de seguridad jurídica preventiva óptimo debería disponer de los mecanismos adecuados para evitar estas situaciones que, si bien no son muy frecuentes, qué duda cabe que pueden producirse.

A este fin, el Consejo General del Notariado creó el fallido Archivo de Revocación de Poderes de consulta obligada para los Notarios en aquellos documentos notariales en que interviniera un apoderado. Este archivo tuvo acogida normativa en el Reglamento Notarial, si bien el Tribunal Supremo anuló tanto el párrafo II del artículo 164, referido a la obligatoria consulta del Archivo, como el artículo 178 *in fine*, que se refería a la obligatoria constancia de la revocación en el referido Archivo, por un planteamiento técnico erróneo que cuestionaba el valor legitimador en el tráfico de la copia autorizada¹⁶¹. En un nuevo intento, el día 23 de mayo de 2014, se ha firmado un convenio entre el Consejo General del Notariado y el Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas a fin de crear un Registro Electrónico de Apoderamientos en el referido Ministerio para agilizar y dar mayor seguridad al ciudadano en la gestión de trámites ante la Administración en los que se requiera la aportación de poderes de representación o de escrituras públicas de constitución de sociedades¹⁶². En efecto, se cubre en

¹⁶⁰ Una brecha en el sistema de seguridad jurídica preventiva que aumenta con interpretaciones como la que hace la STS de 22 de enero de 2015 en la que nuestro Tribunal Supremo en el caso de un poder que el apoderado sabía que estaba revocado, ya que se le había notificado notarialmente, y aún así sigue utilizando frente a un tercero de buena fe, ya que en la copia no había nota de revocación. En este supuesto, el Alto Tribunal entiende que el tercer adquirente de buena fe pierde sus derechos, quedando afectado por la revocación, invocando para ello el artículo 1738 del Código Civil, de modo que sólo si el apoderado hubiera ignorado la revocación, ésta no le hubiera sido oponible. La protección que el precepto otorga a los terceros de buena fe que contrataron con el mandatario requiere que éste también actuase de buena fe. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 4/2015 de 22 Ene. 2015, Rec. 2334/2013, Ponente Eduardo Baena Ruiz (LA LEY 198062/2014).

¹⁶¹ STS de 20 Mayo 2008, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, rec. 63/2007, LA LEY 39222/2008, Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

¹⁶² El Consejo General del Notariado, a través de Ancert (Agencia Notarial de Certificación), informará al Registro Electrónico de Apoderamientos, previa solicitud de la Administración General del Estado, de la existencia o revocación de un poder notarial. Para ello se remitirá una copia electrónica de la escritura de poder, acompañada de una ficha con determinada información relevante al respecto, en la que se incluirá un código seguro de verificación para que cualquier organismo de la Administración pueda acceder al sistema de consulta y conocer si el poder sigue vigente y no ha sido revocado. De esta forma, el ciudadano en nombre de otras personas, físicas o jurídicas, podrá iniciar un procedimiento administrativo, de manera electrónica o

gran medida con este nuevo Registro Público el defecto de seguridad jurídica que produce el hecho de que puedan circular en el tráfico copias de poderes revocados. Pero su eficacia seguirá siendo limitada, en tanto sólo puedan tener acceso al mismo Notarios y Administraciones Públicas.

En definitiva, entendemos que, sin ser una tarea fácil en cuanto al modo de configurarlo con las debidas garantías, debería arbitrarse un sistema telemático con acceso generalizado, tanto para Notarios, Registradores y Administraciones Públicas, como para entidades bancarias y particulares, que proporcionara seguridad y certeza sobre la vigencia de los poderes contenidos en las escrituras públicas que circulan en el tráfico jurídico. No se trata de mermar la eficacia legitimadora del documento notarial sino, más bien al contrario, de reforzarla completando la seguridad jurídica proporcionada por la intervención notarial¹⁶³, que, en determinados casos, no puede entenderse absoluta.

c) Eficacia registral

La seguridad jurídica preventiva proporcionada por el Notario se completa, como hemos visto, con la seguridad prestada por los Registros públicos, en especial por el de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad nace con la finalidad de completar la seguridad proporcionada por los documentos públicos, fundamentalmente en dos aspectos: para poder garantizar en las transmisiones de inmuebles la titularidad del transferente; y, en segundo lugar, para limitar su eficacia u oponibilidad frente a determinados terceros.

c.1) Garantía de información en las transmisiones

El documento notarial tiene acceso directo al Registro de la Propiedad, tal como resulta del artículo 3 de la Ley Hipotecaria. El principio de titulación pública viene también recogido en el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil y 81 del Reglamento del Registro Civil.

Y la garantía que ofrecen los Registros públicos deriva precisamente del carácter de los títulos que pueden acceder a ellos que, en el momento de quedar perfeccionados, han contado con el adecuado control de legalidad. De este modo,

presencial, sin necesidad de aportar una copia auténtica de la escritura de apoderamiento, sino proporcionando el referido código seguro de verificación asociado al documento notarial mediante el cual la Administración podrá acceder a la copia digitalizada del poder, a la vez que se asegura en tiempo real la subsistencia del poder otorgado. Puede verse el detalle de la noticia en <https://sic.notariado.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹⁶³ Algunos autores han propuesto soluciones al respecto. TENA ARREGUI y MADRIDEJOS FERNÁNDEZ entienden que la solución pasa por el uso de las nuevas tecnologías y la decidida implantación de la copia electrónica autorizada, como nueva forma de expedición del título con pleno valor legitimador, ideando en la red un sistema o plataforma al que accedan todas las copias electrónicas de las escritura de poder, quedando eliminadas de esta plataforma digital aquellas copias de escrituras de poder que vayan siendo revocadas. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, "La copia notarial electrónica", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLVII, 2009, pp. 429-600; en el mismo sentido, TENA ARREGUI, Rodrigo, "Archivo de Revocación de Poderes. ¿Una pérdida irreparable?", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto 2009. Disponible en <http://elnotario.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

se va conformando el contenido de los Libros Registrales.

El mayor servicio que los Registros prestan, pues, a la seguridad del tráfico jurídico consiste en proporcionar información suficiente antes del otorgamiento de un determinado instrumento público. Sobre el estado de la titularidad y cargas de los bienes objeto de un negocio, en el caso del Registro de la Propiedad. Tratándose del Registro Mercantil es fundamental asimismo la información para cerciorarse de la existencia de una sociedad o de la vigencia del nombramiento de sus cargos o representantes; y en el caso del Registro Civil, la información proporcionada se refiere a circunstancias personales tan importantes y determinantes a la hora de celebrar un negocio como la vecindad, estado civil o el régimen económico matrimonial, circunstancias que a día de hoy, en los documentos notariales, sólo resultan de las manifestaciones de los otorgantes.

En este punto, no obstante, nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva podría mejorar.

En la actualidad, a pesar del avance de las nuevas tecnologías, el Notariado no tiene acceso telemático a los libros de los Registros Públicos¹⁶⁴, con la ventaja que ello supondría en cuanto a la inmediatez de la información, reduciendo al máximo el tiempo entre la recepción de la información, la firma de la escritura y su presentación al Registro de la Propiedad, Mercantil o Civil, según los casos, reforzándose así la seguridad jurídica.

En cuanto al Registro de la Propiedad, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o constitución de derechos reales sobre los mismos, el Notario deberá comprobar la titularidad y el estado de cargas de aquéllos. La información a la que tiene acceso el Notario se contiene en una nota simple de información continuada remitida habitualmente por telefax¹⁶⁵, aunque de forma reciente se vienen remitiendo en ocasiones por medios telemáticos. En el Registro Mercantil y Registro Civil no existe un sistema de remisión de información equivalente. En las notarías se suelen consultar los datos registrales de las sociedades, así como la vigencia del nombramiento de sus cargos o apoderados o depósito de cuentas mediante el acceso por internet al servicio ofrecido por el Registro Mercantil Central, si bien su valor jurídico no pasa de ser el de una nota simple informativa.

¹⁶⁴ A pesar de estar aprobada esta medida en cuanto al Registro de la Propiedad por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificada y ampliada por la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. El acceso telemático al Registro Civil, previsto por la ley 20/2011 del Registro Civil, de 21 de julio, cuya entrada en vigor se ha prorrogado hasta el 30 de junio de 2017, tampoco es de momento efectivo.

¹⁶⁵ Cfr. arts. 175 RN y 222 y ss LH y 354a RH. Dicho acceso sólo podrá efectuarse en el cumplimiento estricto de las funciones que la legislación vigente atribuye al Notario, quien testimoniará e incorporará a la matriz el contenido del acceso telemático, indicando el día y la hora de éste. En estos casos, si se empleara telefax o cualquier otro medio escrito, el otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral, si bien, en tal caso, el Notario advertirá a las partes de la posible existencia de discordancia entre la información registral y los Libros del Registro, al no producirse el acceso telemático a éstos en el momento de la autorización.

Una mayor colaboración entre Notarías, Registros de la Propiedad, Mercantil y Civil y demás Registros y Administraciones Públicas ayudaría a que el Notario, en ejercicio de su control de legalidad y en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, pudiera ofrecer información más precisa y actualizada sobre las circunstancias de los otorgantes, personas físicas o jurídicas, y sobre la situación urbanística, cargas reales o fiscales de los bienes objeto del negocio a formalizar.

c.2) Eficacia frente a terceros

En segundo lugar, hay que referirse a cómo el Registro de la Propiedad protege a determinados terceros frente a una potencial eficacia ilimitada del documento notarial.

Como venimos viendo, el documento notarial no produce efectos exclusivamente entre las partes. Sus efectos se despliegan también frente a terceros¹⁶⁶.

De un lado, en un sentido positivo, porque les beneficia. La seguridad jurídica que proporciona el documento notarial no sólo se despliega a favor de las partes, sino también en el de terceras personas que puedan utilizarlo fundando sus derechos en el contenido mismo del documento; lo que supone, en definitiva, un beneficio para el tráfico jurídico en general.

De otro lado, en un sentido negativo, porque les puede perjudicar. En aras de la seguridad jurídica no puede pretenderse que la eficacia del documento público sea ilimitada frente a determinados terceros. Con carácter general, los instrumentos públicos son oponibles a los terceros y ahí radica también en gran parte la seguridad que dimana de los mismos. Las partes que han formalizado un contrato ante Notario saben que, no sólo tiene plena validez entre ellos, sino que lo podrán hacer valer en cualquier momento frente a terceros, lo que se conoce como la oponibilidad. Esta eficacia ilimitada sería motivo de inseguridad. Y precisamente, como hemos visto, fue una de las razones por las que se desarrolló en el siglo XIX la institución del Registro de la Propiedad¹⁶⁷.

La Ley Hipotecaria vino por tanto a consagrar la inscripción obligatoria de ciertos documentos públicos como requisito para su oponibilidad a determinados terceros. De esta manera, se dispuso, *a contrario sensu*, la inoponibilidad de estos documentos inscribibles y no inscritos frente a los terceros protegidos por el sistema registral: terceros que, de buena fe, adquieran a título oneroso derechos de

¹⁶⁶ Cuando hablamos de tercero, en principio debemos entender, como dice, RODRÍGUEZ ADRADOS, un concepto intermedio del mismo (al que según el citado autor se refieren los artículos 1218 y 1219 del Código Civil): no serían los absolutamente extraños, pero tampoco el tercer adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; habrían de entenderse todos los que tengan un interés legítimo, aunque sea en virtud de un derecho de carácter personal, o aquellos a quienes la ley atribuye un derecho o una facultad, frente al negocio ajeno, así como también a los que tienen que basar en el negocio ajeno el suyo propio. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El documento notarial...", cit., p. 65.

¹⁶⁷ En palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El documento notarial...", cit., p. 64, "es un fenómeno curioso; los Registros públicos no surgieron para suplir un defecto de eficacia de los documentos notariales, sino para corregir un exceso de eficacia, perjudicial para el tráfico".

personas que en el Registro aparezcan con facultades para transmitirlos y que inscriban después el derecho adquirido¹⁶⁸.

d) Valor ejecutivo

La escritura pública lleva aparejada ejecución por sí misma, sin necesidad de ningún documento complementario, ni de ninguna actuación ni verificación previa. Conforme al artículo 517.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, las escrituras públicas llevan aparejada ejecución, “con tal que sea primera copia, o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”¹⁶⁹.

La fuerza ejecutiva del documento notarial incentiva a las partes al cumplimiento de las obligaciones asumidas.

e) Valor traditorio

La escritura pública es título traslativo. Conforme al artículo 1462.2 del Código Civil, el otorgamiento de la escritura pública equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. Por tanto, el documento notarial, como *traditio* instrumental, tiene eficacia *traditoria* sustitutiva de la entrega física de los inmuebles, ella misma es título y modo y por sí sola transmite la propiedad.

f) Preferencia en la prelación de créditos

Finalmente, los créditos que consten en escritura pública gozan para su cobro de la preferencia que les atribuye el artículo 1924.3º A) del Código Civil, preferencia escrituraria que adquiere singular relevancia en tiempos de crisis en que proliferan los concursos de acreedores¹⁷⁰.

La eficacia privilegiada que nuestro Derecho reconoce al instrumento público, en la que radica la esencial contribución del Notariado a la consecución de la seguridad jurídica preventiva, es consecuencia directa del proceso de elaboración

¹⁶⁸ Cfr. arts. 32 y 34 LH. El Código Civil, en el artículo 1219, también regula la inoponibilidad frente a terceros de las escrituras hechas para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados, salvo que el contenido de aquellas hubiera sido anotado en el Registro público competente o al margen de la matriz o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero.

¹⁶⁹ Se completa su contenido con el artículo 17.1.4 de la Ley del Notariado en cuanto que se considerará como título ejecutivo a los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, “aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter”.

Además de las escrituras públicas, es de tener en cuenta que también llevarán aparejada ejecución, conforme al artículo 517.2.5º: “[l]as pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado [hoy Notario] que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos”. Se completa su contenido con el artículo 17.1.7 del Reglamento Notarial en cuanto a lo que se considera como título ejecutivo: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo el testimonio expedido por el Notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañada de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de la citada Ley”.

¹⁷⁰ Cfr. arts. 89 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

del documento, en definitiva, de la intervención notarial, de los principios que la inspiran, tal como está configurada en el sistema latino, y de la valoración que la misma ha ido atesorando a lo largo de la Historia: asesoramiento y consejo imparcial desde la fase inicial de formación del contrato, indagación de la verdadera voluntad de las partes, control de legalidad tanto del negocio como del documento que lo contiene y cumplimiento, en definitiva, de todos los requisitos y solemnidades exigidos por el ordenamiento jurídico en cada caso. Cumplidos con rigor todos estos requisitos, el documento autorizado o intervenido por Notario goza de fe pública¹⁷¹, se presume legal y auténtico¹⁷² y su contenido veraz e íntegro¹⁷³. Los efectos privilegiados¹⁷⁴, como se ha dicho, “fluyen con naturalidad, la ley no hace más que reconocer una eficacia que la sociedad ya había concedido”¹⁷⁵.

3.4.- Conclusiones. La responsabilidad del Notario

El nacimiento y desarrollo de la ciencia notarial en la Escuela de Bolonia y el consiguiente prestigio que, como jurista especializado, fue adquiriendo el Notario, unido tanto al reconocimiento oficial que a partir del siglo XIV el Estado moderno empieza a hacerle invistiéndole de su función pública autenticadora, como a la exigencia del documento notarial como requisito constitutivo de las relaciones jurídicas más importantes, explican que esta institución haya contribuido y siga contribuyendo de forma decisiva a la seguridad del tráfico jurídico en su doble vertiente de seguridad jurídica sustancial y documental.

Permitiendo el acceso del negocio documentado al Registro público correspondiente, facilitando su prueba en caso de litigio, posibilitando su ejecución sin necesidad de ningún otro requisito, la intervención notarial aumenta sustancialmente la certeza en cuanto a que el resultado que se pretende al formalizar un contrato tiene las máximas probabilidades de producirse con plenitud de efectos.

No obstante, la verdadera esencia de la función notarial, donde radica su función social, consiste no tanto en preconstituir medios de prueba o títulos ejecutivos de cara a un eventual proceso, sino en evitar que ese proceso se produzca. De ahí que los Notarios, en su doble condición pública, como

¹⁷¹ Cfr. arts. 17 bis 2 b) LN y 143.3 RN.

¹⁷² Según BOLÁS ALFONSO, J., “La función notarial como factor...”, cit., p.63, la autenticidad contempla tres aspectos: “autenticidad subjetiva, de autoría; autenticidad corporal, que ampara la identidad de la copia con su original o matriz y autenticidad ideológica, respecto de las manifestaciones recogidas en el documento”.

¹⁷³ La integridad de la fe pública debe entenderse limitada al contenido del documento. Esto tiene importantes consecuencias, por ejemplo, en cuanto a la prueba del dominio y demás derechos reales inmobiliarios. La escritura prueba el negocio adquisitivo, pero no que el transmitente sea titular. Por ello, como venimos viendo, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, el documento notarial debe ser completado con el Registro de Propiedad, en especial con los artículos 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Véase en este sentido, RODRIGUEZ ADRADOS, A., “El documento notarial...”, cit., pp. 65-66.

¹⁷⁴ Esos efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial, tal como dispone el artículo 143.4 del Reglamento Notarial, “sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”.

¹⁷⁵ RODRIGUEZ ADRADOS, A., “El documento notarial...”, cit., p. 79.

funcionarios, y privada, como profesionales del Derecho, tengan atribuida la función no sólo de dar fe, sino también de examinar la legalidad del contenido de los actos y negocios que autorizan y del documento que los contiene, creando el instrumento público y eliminando, de este modo, gran número de potenciales conflictos y controversias. En la misma medida que la intervención notarial, en un clima de paz social y jurídica, dé lugar a negocios y documentos técnicamente correctos, sin errores ni defectos, se disminuirá la posibilidad de que los mismos negocios y documentos generen conflictos¹⁷⁶.

Finalmente, la seguridad jurídica preventiva que proporciona la intervención del Notario se completa con una seguridad económica que cubre los daños y perjuicios causados a los otorgantes, de los que aquél responderá civilmente cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. No obstante, si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura, el Notario lo hará a su costa y no vendrá obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados. A estos efectos, los Notarios deberán obligatoriamente contratar un seguro de responsabilidad civil que tendrá por objeto cubrir las responsabilidades de dicha índole en que pudieran incurrir en el ejercicio de su cargo¹⁷⁷.

El Notario puede incurrir, asimismo, en responsabilidad disciplinaria, pero dada la especialidad de su condición de funcionario público, el régimen de la misma está previsto en la legislación notarial¹⁷⁸ y se separa del sistema de recursos contra los actos de los funcionarios del Estado, como lo prueba el hecho de que la impugnación de los documentos notariales por falta de autenticidad de las declaraciones contenidas en los mismos, se hace ante los Tribunales civiles ordinarios y no ante los contenciosos-administrativos.

¹⁷⁶ Ahora bien, como afirma PASTOR PRIETO, el papel sustitutivo de la litigiosidad sólo es predicable de algunos instrumentos notariales; entre otros, contratos, herencias y actos societarios. También lo es de ciertas actividades conexas con los actos principales, como el asesoramiento de las partes, y con carácter general, de su función como valedores de la legalidad. No es predicable sin embargo de otra parte de la actividad notarial, bien porque ésta obedece precisamente a una motivación judicial, como ocurre con los poderes para pleitos, protestos o porque mantiene una escasa relación con los litigios. PASTOR PRIETO, S., *Intervención notarial...cit.*, pp. 75-76.

¹⁷⁷ En este sentido, quien se crea perjudicado por la actividad ejercida por el Notario podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial correspondiente, que, si considera evidentes los daños y perjuicios acreditados, hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto. Cfr. arts. 24, 25 y 146 RN.

¹⁷⁸ El Título VI del Reglamento Notarial (artículos 346 a 364, ambos inclusive) regula las infracciones, muy graves, graves y leves, que pueden cometer los Notarios en el ejercicio de su actividad pública y el régimen de sanciones aplicables, así como el procedimiento disciplinario que habrá de seguirse al efecto y los órganos competentes para conocerlos que, según los casos, serán las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Ministro de Justicia. Finalmente, como funcionarios públicos podrán también incurrir en determinados delitos tipificados en el Código Penal como la falsedad en documento público y la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, regulados respectivamente en los artículos 390 a 394, ambos inclusive, y 413 a 418, ambos inclusive, de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

4.- LOS NUEVOS RETOS DEL NOTARIADO COMO PRINCIPAL GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: MEDIACION, ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El análisis de los retos que se le plantean al Notariado en el desempeño de nuevas competencias, tanto en cuanto a su intervención en los medios de resolución extrajudicial de conflictos, como en la asunción de funciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, debe conectarse inexcusablemente con la situación de congestión que padece nuestra Justicia, pues es precisamente esta situación la que desde hace años viene demandando una profunda reforma de nuestro sistema judicial que, racionalizando y desjudicializando competencias, permita a Jueces y Tribunales desempeñar de la manera más efectiva posible su función propia, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Si bien puede afirmarse que la excesiva carga de trabajo que pesa sobre los órganos jurisdiccionales se debe, amén de la insuficiencia de medios técnicos y humanos, a la extraordinaria confianza que la sociedad deposita en ellos como garantes últimos de la tutela y reparación de sus derechos, no es menos cierto que, de igual modo, influye en esta situación la desconfianza que, por el contrario, aún existe entre los particulares hacia los medios alternativos de resolución de conflictos.

El legislador y los poderes públicos en general, conscientes de este sentir social y de la necesidad de invertirlo, se han venido planteando la conveniencia de fomentar algunos de esos medios¹⁷⁹. Como prueba de ello, el 20 de mayo de 2011 se publica la Ley 11/2011, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, y unos meses más tarde, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁸⁰, como alternativas al proceso judicial ofrecidas a los ciudadanos con la finalidad de agilizar y facilitar la resolución de litigios.

Lo cierto es que estos medios alternativos de resolución de conflictos se basan en una cultura jurídica y social nueva¹⁸¹ que, en caso de controversia, no aboca a los ciudadanos directamente ante los Tribunales de Justicia, sino que, en primer lugar, los remite a sí mismos y a su capacidad para resolver de forma, podríamos

¹⁷⁹ El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia afirma en su número 19 *in fine*: "Asimismo se potenciará la evitación de conflictos desarrollando e impulsando fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación". Disponible en <http://www.uned.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹⁸⁰ Este texto es el resultado de la tramitación como ley ordinaria y por el procedimiento de urgencia del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, e incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁸¹ A esta nueva concepción social sobre el modo de afrontar *prima facie* en una sociedad la resolución de litigios ya se refería en 2001 el XXIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas, antes referido.

decir, amistosa, sus diferencias. A medida que esta nueva concepción sobre la solución de controversias en las relaciones jurídico-privadas vaya calando en la sociedad española, y al tiempo que otras importantes iniciativas están siendo adoptadas por el legislador en esta dirección, como ha sido atribuir a Notarios y Registradores competencias en materia de jurisdicción voluntaria, se conseguirá descongestionar nuestra Justicia y ésta devendrá más ágil y eficaz.

Lo que debemos plantearnos es si el Notariado, omitido a este respecto en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, puede colaborar a ese gran reto al que se enfrentan nuestras instituciones.

El Notariado que, como sabemos, nació como una creación social y ha sido depositario de la confianza de los ciudadanos y del poder público a lo largo de los siglos, goza en la actualidad de una *auctoritas*¹⁸² que lo convierte en garante de la legalidad de todos aquellos actos y contratos en los que interviene¹⁸³ y, en consecuencia, de la seguridad del tráfico jurídico.

Por la propia configuración compleja de la función notarial, como función pública y privada, cautelar o antilitigiosa, el Notario resulta un profesional adecuado para asumir, en el ámbito del Derecho privado, otras competencias que tengan como finalidad la normal aplicación del Derecho en las relaciones jurídico-privadas que traten de establecerse o declararse sin contienda judicial¹⁸⁴ y la consiguiente prevención de la conflictividad. Su probada capacidad técnica y la imparcialidad e independencia que rigen su actuación a la hora de asesorar y conformar jurídicamente la verdadera voluntad de las partes, con especial tutela del contratante más débil, así lo demuestran.

4.1.- Mediación

El vacío normativo existente en la materia se llena en el año 2012 con la referida Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El proceso de expansión de este método, no es uniforme en los diferentes ordenamientos jurídicos¹⁸⁵. Con la nueva legislación, se pretende potenciar en España su uso entre particulares y empresas, que si bien está ganando cada vez más fuerza, necesita de una mayor labor de divulgación por parte de los poderes

¹⁸² En palabras de VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, Miguel, "La Reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 38, julio-agosto 2011, p.22, "[e]l notario participa si no de la *potestas* sí al menos de la *auctoritas* por su carácter de funcionario y su reconocimiento social".

¹⁸³ En este orden de cosas, la moderna doctrina se ha referido al Notario como un *gatekeeper*, "guardián que controla los negocios jurídicos en el momento de su nacimiento, disminuyendo las posibilidades de que salgan viciados". Véase, MARTÍNEZ PÉREZ, D., "El principio constitucional de seguridad jurídica...", cit.

¹⁸⁴ Cfr. art. 2 RN.

¹⁸⁵ Su mayor desarrollo lo han tenido en Estados Unidos y Reino Unido. En Europa el proceso ha sido más lento, si bien hay una aceleración en Francia y en Holanda. En Bélgica, Alemania y Austria también están teniendo cada vez mayor expansión. Véase SÁNCHEZ-PEDREÑO, Antonio, "La Mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 38, julio-agosto 2011, p. 32, e información ofrecida por la Fundación Signum a través de su página web: <http://www.fundacionsignum.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

públicos, tanto en lo concerniente a informar en qué consiste el procedimiento, como en advertir de sus múltiples ventajas en cuanto a la reducción de costes sociales e incluso económicos¹⁸⁶.

Se entiende por mediación¹⁸⁷ aquel cauce para la solución de conflictos o controversias de carácter civil o mercantil, en virtud del cual dos o más partes intentan voluntariamente, con la intervención de un tercero, neutral e independiente, alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la finalidad de evitar el recurso al arbitraje o al proceso judicial. La firma del acuerdo es voluntaria para las partes, pero una vez firmado por ambas es vinculante para ellas. El mediador organiza, coordina, dirige e impulsa el procedimiento y fomenta la consecución del acuerdo.

La Ley de Mediación, al regular el estatuto del mediador, se limita a enunciar criterios generales afirmando que pueden serlo “las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión” (...) debiendo estar en “posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional¹⁸⁸”.

Acotada objetivamente la institución al recaer exclusivamente sobre cuestiones disponibles en materia civil o mercantil, se configura un modelo de mediación inspirado en los principios de voluntariedad, igualdad de las partes e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad de los mediadores. Voluntariedad tanto en cuanto al acceso a la mediación como al desistimiento de la misma, ya que nadie está obligado a mantenerse en el proceso de mediación ni a concluir un acuerdo. Los mediadores, desde la imparcialidad, habrán de garantizar que las partes intervienen en el proceso con igualdad de oportunidades y que sus intereses serán respetados y mantenidos en todo momento en una posición de equilibrio. Los mediadores coadyuvarán, facilitando la comunicación y el acercamiento entre las partes y procurándoles la información y el asesoramiento¹⁸⁹ suficientes, a fin de que las mismas alcancen por sí solas un

¹⁸⁶ A este respecto, entiende TORRES ESCÁMEZ que la solución mediante acuerdo de los conflictos presenta ventajas tanto desde el punto de vista individual, ya que las partes conocen mejor que el Juez o el árbitro sus verdaderos intereses y el límite de sus pretensiones, como social, puesto que favorece la paz social y la cohesión de la comunidad, frente al trauma que supone toda resolución decisoria. TORRES ESCÁMEZ, Salvador, “Actualidad de la mediación”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 25, mayo-junio 2009, p. 24. En este mismo orden de cosas, el XXIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas en el año 2001 y anteriormente referido, afirma entre sus conclusiones que la mediación tiene como fin primordial, junto a la evitación de los litigios, la salvaguarda de los intereses jurídicos, sociales, psicológicos y personales de las partes.

¹⁸⁷ Cfr. art. 1 LMed.

¹⁸⁸ Cfr. art. 11 LMed.

¹⁸⁹ Este asesoramiento no tiene por qué provenir de un asesor externo, sino que siendo jurista el mediador, lo óptimo sería que él mismo proporcionara a las partes el adecuado asesoramiento. Según VARA GONZÁLEZ, además, a diferencia de lo que ocurre en el mundo anglosajón, donde se distingue entre la *evaluative mediation*

acuerdo; de esta forma, el mediador mantiene su neutralidad, él no dicta ninguna solución, sino que la misma será acordada por las partes. Finalmente, el procedimiento de mediación, la información que se hubiera podido obtener derivada del mismo y la documentación utilizada es confidencial, de modo que ni los mediadores ni las partes intervinientes están obligados a declarar o a aportar, con determinadas excepciones, documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de una mediación¹⁹⁰.

Estos principios que han de informar la actividad de los mediadores coinciden, con carácter general, con los que inspiran la actuación notarial. El Notario, libremente elegido, salvo excepciones, por las partes, habrá de asesorarlas con imparcialidad, conciliando y equilibrando intereses, con la finalidad de buscar la fórmula jurídica más adecuada para la consecución de los fines que se pretendan alcanzar. No solamente se evitan litigios por la configuración de relaciones jurídicas sanas y sin irregularidades, sino que la misma intervención del Notario en la fase inicial del contrato, podríamos decir, en las negociaciones previas, es en muchas ocasiones decisiva para evitar el conflicto. Es este punto, precisamente, donde más destaca su labor de mediación como actividad propia de su función típica.

Tan importante como valorar esos principios en cuanto a la consideración del Notario como mediador óptimo, lo es que, gracias a la especial configuración de su función, el Notario no sólo sea un jurista cualificado, sino que además esté investido de una función pública. Porque quizás, una de las razones por las que los medios alternativos de resolución de conflictos aún no gozan de la suficiente confianza ciudadana, sea el carácter privado del árbitro o mediador, frente al poder público del que están investidos Jueces y Tribunales.

El Notario, experto en redacción de escrituras y demás documentos notariales, tiene además la formación adecuada para la redacción del acuerdo de mediación. En efecto, al margen del papel que pueda desempeñar el Notario como mediador¹⁹¹, la Ley de Mediación lo sitúa en una posición de bastante importancia

y la *facilitative mediation* (según que el mediador proponga soluciones al conflicto o que sólo facilite la comunicación entre las partes, modalidades en las que, a efectos jurídicos, la línea divisoria hay que buscarla en la concurrencia del componente de asesoramiento como inherente a la mediación o como extraño a él), la Ley de Mediación no sólo no excluye la posibilidad del asesoramiento, sino que lo considera, incluido el asesoramiento jurídico, como un posible ingrediente institucional de la mediación; este es el sentido, a su juicio, de que el artículo 11.2 del texto legal final haya resucitado la exigencia de titulación universitaria o formación profesional superior además de una formación específica cuyo contenido mínimo se remite al desarrollo reglamentario, exigencia que carecería de sentido si el mediador no pudiera aplicar dichos conocimientos en interés del buen fin de la mediación. VARA GONZÁLEZ, José Manuel, "Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 82, abril-junio 2012, pp. 442-443.

¹⁹⁰ Cfr. arts. 6 a 9 y 13 LMed.

¹⁹¹ El Notariado se ha interesado por la mediación en los últimos años por entender, como dice TORRES ESCÁMEZ, que es un nuevo campo de actividad profesional especialmente indicado, dado las tradicionales características de imparcialidad, rigor profesional y preparación jurídica de las que siempre se consideró investido el Notario. Fue objeto científico del XXIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas en el año 2001, cuyo tema número 1 se denominaba "La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos" (<http://www.uinl.org>), y desde entonces ha aparecido en multitud de Jornadas y Seminarios. TORRES

en el ejercicio de su función típica; de un lado, por la elevación a escritura pública del acuerdo, a instancia de las partes, al objeto de configurarlo como título ejecutivo¹⁹², y de otro, por el necesario control de legalidad que habrá de llevar a cabo para elevar a escritura pública el acuerdo de mediación, verificando que su contenido no es contrario a Derecho y que se han cumplido todos los requisitos exigidos en la Ley¹⁹³. Como se ha dicho, “el notario tiene, pues, la facultad especial de ofrecer con su única intervención todos los servicios relativos a la mediación jurídica y a su ejecución definitiva”¹⁹⁴.

Pero el hecho de que el Notario, por los principios que inspiran su actuación, esté en especiales condiciones para asumir la tramitación de un procedimiento de mediación, no es óbice para que se le deba exigir, como a cualquier otro jurista, la formación específica en la técnica de la mediación¹⁹⁵, que le dote de las herramientas necesarias para mantener y fomentar una negociación, ayudando a las partes a formular ofertas y contraofertas, evitando bloqueos de la situación y facilitando en definitiva que las mismas puedan obtener un acuerdo satisfactorio para todas ellas¹⁹⁶.

ESCÁMEZ, S., “Actualidad...”, cit., p. 23. Por otra parte, y en la línea de las recomendaciones que las conclusiones del referido Congreso les hacían, algunos Colegios Notariales, seguros de que la atribución de la mediación a la institución notarial traerá numerosas ventajas para los particulares, están fomentando el uso de la mediación, publicitando sus ventajas y formando a los Notarios interesados en esta ‘nueva’ competencia. Así, el Colegio Notarial de Madrid ha constituido la Fundación Signum, véase en <http://www.fundacionssignum.org> y, como recuerda MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, “La mediación y el Notariado”, *La Notaría*, núm. 3, 2012, pp. 11-12, el Colegio Notarial de Cataluña ha participado junto a uno de los Centros de Mediación más importantes del mundo, el CEDR británico, en un proyecto dirigido a la formación de formadores de mediadores, financiado por la Unión Europea. Además, este último Colegio se ha incorporado, junto con otras corporaciones y profesiones, al denominado ‘Punto Neutro de encuentro de profesionales jurídicos para el desarrollo de la Mediación en el ámbito civil, comercial y mercantil en España’ auspiciado por el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.

¹⁹² Cfr. art. 23.3.2 LMed. En este sentido, esta Ley ha dado nueva redacción al artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se encarga de enumerar los títulos ejecutivos, e incluye en su regla 2ª junto al laudo o las resoluciones arbitrales, “los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. Quizás se trate de una redacción confusa por parecer que lo que lleva aparejada ejecución es el acuerdo y no la escritura que lo contiene. Por ello entendemos que hubiera sido más acertado, como también opina VARA GONZÁLEZ, “no tocar este párrafo 2 respetando la originaria alusión exclusiva al laudo arbitral, puesto que la escritura como título ejecutivo ya está recogida con carácter general en el párrafo 4 o bien añadir dentro de éste último un inciso relativo a las escrituras que documenten acuerdos de mediación tramitados con arreglo a la ley especial”. VARA GONZÁLEZ, J.M., “Aspectos notariales...”, cit., pp. 461-462.

La configuración de la escritura pública como título ejecutivo del acuerdo de mediación supone una novedad respecto a los textos prelegislativos. El proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en su artículo 26 preveía la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación, introduciendo, como afirma VARA GONZÁLEZ, J.M., “Aspectos notariales...”, cit., p. 454, una importante fisura en el sistema pues resultaba ejecutivo el documento privado realizado con intervención de un mediador que no tiene por qué tener formación jurídica; a juicio del autor, el acuerdo no puede ser ejecutivo sin control de legalidad y si de lo que se trata es de evitar de forma efectiva los conflictos y la sobrecarga de los Tribunales, resultaría muy conveniente que ese control fuera notarial.

¹⁹³ Cfr. art. 25 LMed.

¹⁹⁴ Conclusiones al Tema I: La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos, XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas (Grecia), Octubre 2001, disponible en <http://www.uinl.org>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

¹⁹⁵ En palabras de MARÍN SÁNCHEZ, J.A., “La mediación...”, cit., p. 12, “este es uno de los retos que tiene que asumir el Notariado: alcanzar en la mediación el mismo nivel de excelencia que desarrolla en su quehacer diario como fedatario.”

¹⁹⁶ No cabe duda, no obstante, que, junto a los Notarios, dentro de los profesionales jurídicos, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, profesores de Universidad, Jueces y Magistrados jubilados o en excedencia,

4.2.- Arbitraje

Con la modificación de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, se supera el criterio mantenido desde la Ley 36/1988, de 5 de diciembre¹⁹⁷, ampliando el abanico de profesionales con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trate de un arbitraje de Derecho, al permitir que un jurista y no sólo un abogado en ejercicio, como en el primitivo texto, pueda ejercer de árbitro. En este sentido, “pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión” y, aquí viene la novedad, “salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal”¹⁹⁸.

La introducción del concepto de jurista ofrece al Notariado la oportunidad de prestar una función extraordinaria, aunque no del todo ajena, y con alta probabilidad de éxito¹⁹⁹.

A diferencia de lo que ocurre en la mediación, donde son las partes, tratando de evitar que la contienda se resuelva en sede arbitral o judicial, quienes han de llegar al acuerdo que acabe con sus diferencias, en el arbitraje es una tercera persona imparcial, el árbitro, el que va a resolver el conflicto a solicitud de las partes.

Última etapa en la prevención del conflicto, la institución del arbitraje es vieja conocida en nuestro Derecho²⁰⁰ y va ganándose la confianza de la sociedad española; resulta utilizada con frecuencia en ciertas áreas, sobre todo mercantiles, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Sin embargo, en otros

abogados o procuradores, están, previa la especialización correspondiente en materia de mediación, perfectamente cualificados para ser mediadores. Por su parte, las instituciones de mediación podrán ofrecer servicios de mediación multidisciplinarios, mediante la intervención coordinada de profesionales de los campos de la psicología o del trabajo social con juristas a efectos de la regularización jurídica del acuerdo, que se encuentren vinculados a la propia institución y ajenos a la dinámica contenciosa de los tribunales. Véase, VARA GONZÁLEZ, J. M., “Aspectos notariales...”, cit., p. 459.

¹⁹⁷ La Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1988 excluía indirectamente a los Notarios de la condición de árbitros, en su artículo 12.3, al afirmar que tampoco pueden actuar como árbitros “los jueces, magistrados y fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel”. Consecuencia similar, aunque sin recoger una prohibición taxativa, se derivaba de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, en cuyo artículo 15 limitaba la capacidad para ser árbitros en los arbitrajes de Derecho a los abogados en ejercicio, norma que no regía, no obstante, ni para el arbitraje internacional ni para el interno cuando las partes de común acuerdo hubieran designado un árbitro que no reuniera tal condición.

¹⁹⁸ Cfr. arts. 13 y 15.1 LArb.

¹⁹⁹ El levantamiento de la prohibición al Notario para ser árbitro ha sido valorado muy positivamente desde la doctrina notarial. Así VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M., “La Reforma...”, cit., p. 23, afirma que estamos ante la “reparación de una injusticia, oportunidad y reto para prestar una valiosa función”; y SÁNCHEZ PRAT, Ildelfonso, “El Notario en el arbitraje: un camino reabierto”, *La Notaría*, núm. 2, 2011, p. 23, entiende que “tal despilfarro de capacidad ha venido a rectificarse en la reciente modificación de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”.

²⁰⁰ La primera regulación en la materia en nuestra legislación se contiene en la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado.

campos, como conflictos entre herederos²⁰¹ y, en general, otros ámbitos propios del Derecho civil ha tenido escaso desarrollo y sus beneficios están aún por descubrir. Sería conveniente, al igual que en la mediación, una adecuada política y publicidad institucional por parte de los poderes públicos²⁰².

La actividad del Notario se desenvuelve en un ámbito, el de las relaciones jurídico-privadas, en el que frecuentemente los intereses de las partes, lejos de confluir, se muestran claramente divergentes u opuestos y sin una adecuada labor conciliadora del Notario podrían derivar en un auténtico conflicto. Incluso más allá, los Notarios, en ocasiones, se convierten en depositarios de una suerte de poder decisorio con la finalidad de equilibrar posiciones, alcanzar la solución más justa y darle forma jurídica. Cuando las partes acuden al Notario conscientes de que existen aspectos pendientes de negociar en los que saben que sus intereses no son confluyentes, lo hacen con la convicción de que las diferencias existentes pueden llegar a resolverse gracias a su asesoramiento y consejo equilibrador. La probada cualificación jurídica de los Notarios en el ámbito del Derecho mercantil y civil, en el que ocupa un lugar preferente el Derecho de sucesiones, unida a los principios que inspiran la función notarial, lo hacen un jurista óptimo para ejercer la función de árbitro.

El interés del Notario en el arbitraje excede, como también vimos en la mediación, del papel que el mismo pueda desempeñar como árbitro. Se trata de cómo interviene el Notario en el ejercicio propio de su función en el procedimiento arbitral. De un lado, puede intervenir en la elaboración del convenio arbitral, que

²⁰¹ Por la especial cualificación que el Notariado tiene en Derecho de sucesiones, mención separada merece el arbitraje testamentario. Como hemos dicho más arriba, la institución arbitral no tiene arraigo en el Derecho de sucesiones, donde, no obstante, podría tener bastantes beneficios. En este sentido, afirma GOMÁ LANZÓN que no es frecuente aún encontrar en los testamentos cláusulas en las que se instituya el arbitraje testamentario, pero sí lo ha sido incluir disposiciones en las que se prohíbe la intervención judicial en la herencia estableciendo privación de derechos sucesorios en la parte disponible si no se atendía a dicho mandato, o simplemente prohibiendo la partición judicial acompañada de nombramiento de albacea que interpretara el testamento y un contador partidario que realizara la partición. Pero tal cosa, sigue diciendo el autor, “no es equivalente al arbitraje, sino un simple deseo del testador de evitar que sus herederos se enzarzen en disputas interminables poniendo en peligro su patrimonio y sus relaciones personales”. Regulado en el artículo 5 de la Ley de arbitraje de derecho privado de 1953, de donde pasó con pocas modificaciones al art 7 de la ley 36/1988, de 5 de diciembre (puede verse al respecto CAPILLA RONCERO, Francisco, “Comentario al art. 7 de la Ley de Arbitraje”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 36/1988, 5 de diciembre*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 75-95) y finalmente al actual art 10 de la vigente ley de arbitraje de 23 de diciembre de 2003, conforme al cual: “También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”. La referencia a los herederos no forzosos o legatarios no debe entenderse restrictiva en cuanto que el arbitraje pueda también imponerse, con el único límite de las legítimas, para resolver los conflictos que puedan surgir entre los herederos entre sí, legatarios entre sí, entre herederos y albaceas o incluso entre éstos últimos en caso de ser varios; y no sólo en cuanto a distribución o administración de la herencia, sino que, con el referido límite de las legítimas en cuanto materia indisponible, puede entenderse que el ámbito de actuación de los árbitros se extiende al mismo ámbito de la libertad dispositiva del testador. Véase, GOMÁ LANZÓN, Ignacio, “El arbitraje en el Derecho sucesorio. El arbitraje testamentario”, *El Notario del siglo XXI 2R, Revista científica online*, publicado el 16 de julio de 2013. Disponible en <http://www.elnotario.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

²⁰² Alguna doctrina favorable a que el Notariado desempeñe un papel importante en el arbitraje, ha manifestado que la adecuada promoción del arbitraje institucional pasaría porque los Colegios Notariales crearan sus propias Cortes Arbitrales. VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M., “La Reforma...”, cit., p. 22. En este sentido, puede destacarse la corte de Arbitraje de la Fundación Notarial Signum, creada por el Colegio Notarial de Madrid.

no requiere forma pública²⁰³, bastando el mero acuerdo de las partes al respecto, asesorando, controlando su legalidad y desplegando su actividad documentadora; de otro, en la elaboración y protocolización del laudo, que, no olvidemos tendrá eficacia de cosa juzgada, primero asesorando en su redacción de manera que contenga todos los requisitos previstos en la Ley, así como haciendo también el correspondiente control de legalidad sobre su contenido, y finalmente, dándole forma pública mediante su protocolización, en caso de que cualquiera de las partes a su costa, antes de la notificación, inste a los árbitros para ello²⁰⁴.

Sin poner en duda la capacitación del Notario para ser árbitro de Derecho, lo cierto es que el arbitraje excede, a diferencia de lo que ocurría con la mediación, de su función típica. Cuando un asunto se somete a arbitraje, ya está bloqueado. Y en situaciones de bloqueo y conflicto declarado es improbable que las partes acudan a un Notario. Salvo, claro está, cuando se acude al Notario para preconstituir una prueba de cara a un probable juicio futuro, como un acta de manifestaciones o de protocolización de fotografías, por ejemplo, o cuando ante un juicio ya en ciernes, se acude a otorgar el correspondiente poder de pleitos; pero en estos casos no acuden las dos partes, sino sólo una de ellas.

El arbitraje es, por tanto, una actividad extraordinaria para el Notariado²⁰⁵, que sirve a la seguridad jurídica preventiva en el campo de la aplicación normal del derecho previniendo los conflictos²⁰⁶, aunque no por ello, como hemos visto, completamente ajena, sino compatible y, en cierto modo, conectada con la misma²⁰⁷.

²⁰³ Conforme al artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje, “[e]l convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”.

²⁰⁴ El artículo 33 de la Ley de 1988 establecía en el apartado 2 que “el laudo se protocolizará notarialmente y será notificado de modo fehaciente a las partes”. La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre cambió el criterio que hoy mantiene en su artículo 37.8, no modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, entendiéndose que el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo es desconocido prácticamente en todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente para sus intereses.

²⁰⁵ Esta diferencia entre arbitraje y función notarial queda claramente expresada en la siguiente reflexión de GARRIDO CHAMORRO: “El arbitraje actúa a posteriori para resolver los problemas de interpretación y ejecución de un convenio previo, ya formulado y consentido, mientras que el notario actúa *a priori*, mediante la búsqueda de fórmulas jurídicas concretas para encauzar y dar solución al problema fáctico de los otorgantes”. GARRIDO CHAMORRO, P., “La función notarial...”, cit. p. 117.

²⁰⁶ En palabras de MEZQUITA DEL CACHO, “[e]l Notario no se siente realizado plenamente más que evitando litigios; no dirimiéndolos en un proceso arbitral, subrogado del proceso judicial por voluntad de los interesados; su inclinación no es la de tener que resolver a favor de una razón, sino la de procurar la avenencia de todas las razones”, e insiste “es ideal común del Notario: el del equilibrio de los intereses en juego y la resistencia sistemática a aceptar el predominio absoluto de unas razones sobre otras”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “La función notarial...”, cit. pp. 103-104.

²⁰⁷ En este sentido, el Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino de Atenas de 2001, al que nos venimos refiriendo, consagró la legitimidad del Notario para el arbitraje si bien definió su intervención en el mismo no como función notarial suplementaria, sino como actividad extraordinaria, compatible en la mayor parte de los casos con otras actividades notariales y asociado a las funciones habituales, que permanecen destinadas prioritariamente al consejo y a la mediación notariales, formando el sistema de la “Justicia Amistosa”, y al espíritu de la prevención de conflictos y litigios, fin principal de la profesión de notario. Al igual que se hizo en materia de mediación, también en cuanto al arbitraje las conclusiones del referido Congreso recomendaron a los Colegios Notariales nacionales promover el arbitraje institucional mediante la creación de

4.3.- Jurisdicción voluntaria

El reto más importante en cuanto a la asunción de nuevas competencias, lo tiene el Notariado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, donde, en el marco de su nueva configuración, como pasamos a examinar en el próximo capítulo, va a desempeñar un papel protagonista.

No hay duda de que, sobre la base de los principios que inspiran su función y de la seguridad jurídica preventiva que aportan a las relaciones jurídicas entre particulares²⁰⁸, los Notarios pueden asumir, con efectividad y sin merma de garantías, determinados actos de jurisdicción voluntaria que, en definitiva, como se ha dicho, encajan en las relaciones de Derecho privado que tratan de establecerse o declararse sin contienda judicial a las que se refiere el artículo 2 del Reglamento Notarial²⁰⁹. Sin embargo, como tendremos ocasión de analizar, el legislador, en aras de un mejor uso de los recursos públicos disponibles, viene apostando, en la atribución de nuevas funciones al Notariado, por una actualización de su función que, en ocasiones, al igual que ocurre con el arbitraje, supone franquear ciertos límites que acotan su contenido propio y tradicional, lo que implicará un cambio o, cuando menos, una necesaria adaptación, en su forma de proceder.

sus propias Cortes arbitrales y el fomento de las experiencias combinadas de la mediación notarial con la práctica del arbitraje.

²⁰⁸ En palabras de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Visión notarial de la jurisdicción voluntaria", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 70, abril-junio 2009, pp.120:"Una nota tiene en común la función pública respectivamente desempeñada por notarios, registradores, secretarios y demás funcionarios y jueces en funciones de jurisdicción voluntaria: el logro de la seguridad jurídica".

²⁰⁹ Véase, FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria...", cit., pp. 155-156.

CAPÍTULO TERCERO

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1.- DESJUDICIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NUEVO MARCO COMPETENCIAL

1.1.- Una visión de los principios generales y de los diferentes sujetos depositarios

La nueva configuración de la jurisdicción voluntaria es, por fin, una realidad. El día 23 de julio de 2015 ha entrado en vigor, con algunas excepciones previstas en su Disposición final vigésima primera, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Su aprobación y vigencia ha supuesto la derogación definitiva de la Ley procesal decimonónica, cuyo Libro III se había mantenido provisionalmente en vigor tras la actualización que la Ley 1/2000, de 7 de enero, hizo de nuestra legislación procesal civil hace ya más de una década.

Con una regulación actualizada y con vocación de permanencia, se supera la antigua concepción de la jurisdicción voluntaria como categoría residual carente de especiales garantías frente a la jurisdicción contenciosa.

La jurisdicción voluntaria, que podíamos llamar *negocial*, se ha convertido, con el paso del tiempo, en una institución de contenido mucho más diverso y complejo en la que se tutelan derechos e intereses de variada naturaleza, mereciendo especial atención aquellos en que se ven afectados menores o personas con capacidad modificada judicialmente y en la que, en no pocas ocasiones, existe ab initio o puede llegar a existir un conflicto no relevante de intereses¹. En efecto, a pesar de ser una materia tradicionalmente relegada,

¹ En este orden de cosas, se manifiesta con claridad FERNÁNDEZ DE BUJÁN, cuando afirma que “la actual jurisdicción voluntaria va más allá del ejercicio pacífico de los derechos y la tutela de las relaciones jurídico privadas para incardinarse en el más amplio de la protección de intereses generales, públicos y sociales, en la medida en que una parte importante de sus disposiciones afecta a menores, personas incapacitadas, incapaces de hecho, personas con discapacidad, ausentes y desvalidos”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “La Jurisdicción Voluntaria en el plató”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero 2012, p. 25.

estamos ante una institución que afecta a derechos e intereses de especial importancia en el ámbito personal, familiar y patrimonial de los ciudadanos, siempre relativos al Derecho civil y mercantil: adopción y acogimiento, reconocimiento de filiación no matrimonial, intervención en caso de desacuerdos conyugales o en el ejercicio de la patria potestad, protección de personas con capacidad limitada, declaración de herederos, protocolización de testamentos, aceptación de herencias, conciliación, deslindes de fincas no inscritas, consignación de deudas dinerarias, convocatorias de juntas generales de sociedades, disolución judicial de éstas, etc., supuestos todos ellos de gran importancia y trascendencia práctica integrados, como se ha dicho, en esta “parcela imprescindible de la realidad social”².

La actualización de una regulación a menudo defectuosa y tremendamente condicionada por el paso del tiempo; la necesidad de dotar a la materia de mayor seguridad jurídica; la simplificación de los trámites en los asuntos en que no existe controversia relevante, sin merma, no obstante, de las garantías procedimentales básicas; la desjudicialización de determinadas competencias aprovechando la capacidad y experiencia de otros operadores jurídicos y, en definitiva, la racionalización de un sistema que permita dinamizar y hacer más efectiva nuestra Justicia civil, han inspirado la labor del legislador en la nueva configuración de la institución³.

En la línea de la ya mencionada Recomendación nº R (86) 12 del Comité de Ministros de Consejo de Europa, el que se podría considerar objetivo prioritario del legislador⁴ a la hora de abordar una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria es la desjudicialización o, dicho con otras palabras, la descarga de los Jueces y Tribunales de gran parte de las competencias que tienen atribuidas en esta materia y que no son de naturaleza estrictamente jurisdiccional.

La desjudicialización no es, sin embargo, un fenómeno desconocido en nuestro sistema. Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cuya Exposición de Motivos se refiere a la referida Recomendación, es buen ejemplo de ello. Reconoce que el “orden civil tiene hoy en día atribuido el

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte...”, cit., p.15.

³ En palabras de LIÉBANA, “se trata de una reforma integral de la jurisdicción voluntaria que viene a modernizar este sector del ordenamiento jurídico-procesal con el objetivo último de acabar con la endémica lentitud de nuestra Justicia civil a través de dos vías complementarias: desjudicializando muchos asuntos que hasta ahora resolvían en exclusiva los Jueces, e instaurando un procedimiento ordinario de jurisdicción voluntaria que dotará de la necesaria agilidad y certeza jurídica al cauce procesal del que disponen los ciudadanos para la satisfacción de multitud de sus derechos e intereses; acabando por fin con el laberinto procesal en que se había convertido la regulación decimonónica de jurisdicción voluntaria”. LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Principales novedades de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria”, disponible en www.legaltoday.com. Publicado el 22 de junio de 2015. Fecha de última consulta 22 de octubre de 2015.

⁴ Ya en el propio Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2013 se afirma que si “hubiera que destacar el elemento principal que sirve a caracterizar la regulación proyectada, éste sería la desjudicialización de la materia, que no significa que –conforme al Anteproyecto– los Jueces vayan a quedar privados de toda competencia en materia de Jurisdicción Voluntaria, sino que pasan a compartir esa competencia con otros operadores, lo cual hace que deba hablarse más bien de una desjudicialización parcial”. Puede consultarse el Informe en <http://www.poderjudicial.es>. Fecha de última consulta 2 de febrero 2015.

conocimiento de asuntos no jurisdiccionales cuya residencia en sede jurisdiccional dista de ser obligada. Esa atribución tenía sentido en épocas en las que el tráfico jurídico era mucho menor, la judicialización de la vida social menos intensa y las garantías ofrecidas por otras instancias nulas”. Por lo que concluye que, en una situación como la actual, “carece de sentido seguir atribuyendo a los órganos judiciales la realización de tareas no jurisdiccionales; tal cosa no repercute más que en disfunciones para la Administración de Justicia -que se debe primordialmente al desarrollo de su función propiamente jurisdiccional- y para los interesados, que ven como un asunto que podría tramitarse fácil y económicamente en otra sede ha de esperar, para una resolución, el orden de tramitación propio de los órganos jurisdiccionales”⁵. En esta línea, se regula una modalidad de la obtención de la declaración de herederos mediante acta de notoriedad, tramitada ante Notario, y se extraen del ámbito judicial determinadas operaciones de legalización de libros. Junto a esta norma, podemos destacar también como buen ejemplo, y sin ningún ánimo exhaustivo, la Ley 35/1994, de 23 de Diciembre, de Modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes.

Ello nos demuestra que el debate sobre si la jurisdicción voluntaria debe mantenerse o no de forma exclusiva en manos judiciales, no es nuevo.

Para ser más precisos, podríamos afirmar que la discusión no versa tanto sobre si procede la desjudicialización en esta materia, ya que entendemos que su atribución a los Jueces y Tribunales se debe a razones históricas o de oportunidad político-legislativa; sino que, resultando prácticamente pacífica esta primera premisa por la necesidad de poner remedio a la saturación que padece nuestra Justicia, el asunto verdaderamente delicado es determinar el nivel de la misma, cuántas competencias deben ser extraídas del ámbito judicial, a qué operadores jurídicos le deben ser atribuidas⁶ y por qué.

La tradicional polémica en torno a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria y su sanción constitucional, así como los diferentes intereses manifestados desde diversos sectores profesionales, imposibles de ser satisfechos a un tiempo, han convertido esta aspiración general del sistema en una cuestión bastante espinosa y de compleja solución⁷.

Hoy podemos afirmar, de un lado, que no puede hablarse de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria como categoría unitaria y homogénea, sino de la naturaleza de los diferentes grupos de actos que la integran; y, de otro, que la

⁵ Puede verse la norma completa en <https://www.boe.es>. Fecha de última consulta 24 de marzo de 2015.

⁶ A este respecto, puede verse FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley...”, cit.

⁷ En este orden de cosas afirma NIETO SÁNCHEZ que “[e]n el fondo, lo que sucede es que el problema está íntimamente ligado con la estructura constitucional del Estado. De esta forma, hasta que los avances doctrinales no han conseguido determinar exactamente cuál es la naturaleza política de la llamada jurisdicción voluntaria, no ha sido pacífico el tema de su desjudicialización, que ya no se plantea en sede de posibilidad, sino de conveniencia”. NIETO SÁNCHEZ, José, “Competencia notarial en asuntos no contenciosos”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. XI, extraordinario, pp. 78-79.

jurisdicción voluntaria, en tanto venga atribuida a Jueces y Tribunales, supone, al amparo del artículo 117.4 de la Constitución Española, el ejercicio de una función judicial en garantía de derechos y no el desempeño de la potestad jurisdiccional propiamente dicha de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Tal como está constitucionalmente configurada la atribución a los Jueces y Tribunales de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria, tan respetuoso con la Carta Magna sería, como hasta ahora ha ocurrido, su permanencia en sede judicial, como la opción de la desjudicialización, si bien parcial y con ciertos límites, como veremos.

Los Secretarios judiciales, hoy Letrados de la Administración de Justicia, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles son los profesionales llamados a asumir estas competencias desjudicializadas. Los primeros, como Cuerpo Jurídico superior al servicio de la Administración de Justicia, expertos en Derecho procesal y titulares de la fe pública judicial. Los Notarios y Registradores, como profesionales de reconocido prestigio al servicio de una función pública y que garantizan, por el control de legalidad que ejercen, la seguridad del tráfico jurídico extraprocesal⁸.

No hay, como se ha dicho⁹, inconvenientes, ni conceptuales ni constitucionales para ello.

La nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, inspirada en la aplicación de los principios de la desjudicialización y redistribución de competencias, reconoce la dispersión legal existente en la materia y la heterogeneidad en el contenido y naturaleza de sus procedimientos.

Procede a su revisión y, tras suprimir determinados expedientes obsoletos y carentes de sentido en la actualidad, opta por mantener sólo una parte del tradicional contenido de la jurisdicción voluntaria en sede judicial del que conocerán Jueces y Letrados de la Administración de Justicia, que constituye exclusivamente el objeto de la Ley y para cuya tramitación regula un nuevo procedimiento, al tiempo que traslada otros muchos expedientes al ámbito extrajudicial propio de Notarios y Registradores.

La desjudicialización y la redistribución de funciones entre los diferentes operadores jurídicos tienen su propio reflejo en la estructura de la Ley. Después de regular en sus 148 artículos las disposiciones generales, normas de Derecho internacional privado y normas comunes de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que continúan en sede judicial, así como todos y cada uno de estos expedientes en materia de personas, familia, sucesiones, obligaciones,

⁸ Estas mismas razones ofrece el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN para justificar, con carácter general, el traslado competencial en la materia a estos tres operadores jurídicos. Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Notariado y Jurisdicción...", cit. p. 95.

⁹ En este sentido BELLOCH JULBE, quien afirma que quedando enmarcada la jurisdicción voluntaria en el artículo 117.4 de la CE se "ha desbloqueado, constitucionalmente hablando, la posibilidad de desjudicializar el campo de la jurisdicción voluntaria, relegando la cuestión al terreno del legislador ordinario". BELLOCH JULBE, J. A., "Notas en torno al Notariado..." cit., pp. 29-32.

derechos reales, subastas voluntarias, materia mercantil y conciliación, contiene, ya fuera de su articulado, junto a las Disposiciones adicionales, transitorias y derogatoria única, veintiuna Disposiciones finales, a lo largo de las cuales lleva a cabo el legislador una importante modificación, no sólo de la normativa notarial e hipotecaria, sino también de la legislación sustantiva específica, a fin de adaptarla a la nueva ordenación de la institución¹⁰. La jurisdicción voluntaria, por tanto, en cuanto a una parte importante de los actos que tradicionalmente integran su contenido deja de ser una institución judicial.

La nueva jurisdicción voluntaria judicial, no considerada como función jurisdiccional *stricto sensu*, pero tampoco administrativa, sino más bien a modo de actividad jurisdiccional entendida en sentido amplio, se va a caracterizar, como hemos dicho, por un acercamiento a la jurisdicción contenciosa, de la que se diferencia sustancialmente por la inexistencia de controversia relevante y de lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos, así como por la ausencia de efectos de cosa juzgada material fuera de su ámbito. Su mayor eficacia y agilidad no pueden ni deben suponer, en ningún caso, una disminución de la seguridad jurídica y las garantías de procedimiento.

Se reconoce por tanto que, sin tener naturaleza jurisdiccional en sentido estricto, determinadas competencias deben permanecer bajo la especial salvaguarda de los Tribunales. La Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, en su apartado IV, afirma que la jurisdicción voluntaria se vincula “con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. O también, con la imposibilidad de contar con el concurso de las voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho”. Estas circunstancias hacen necesaria, a fin de que se pueda dar virtualidad a los efectos jurídicos pretendidos con total garantía, la intervención del Juez, en atención, como sigue diciendo la Exposición de Motivos “a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete

¹⁰ Se modifican las siguientes normas: Código Civil; Código de Comercio; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil; Ley 24/1992, de 10 noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado; Ley Hipotecaria; Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión; Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas; la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios; Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan” y “especialmente apto para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos”.

La regla general en orden a la redistribución de funciones dentro del órgano judicial se contiene en el párrafo primero del artículo 2.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, conforme al cual “[e]l impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquéllos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta ley”.

Los Letrados de la Administración de Justicia asumen, a fin de materializar la previsión contenida en el artículo 456.6 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una labor adecuada a las funciones procesales que en los últimos años se les atribuyen. Sin embargo, lo cierto es que finalmente, a diferencia de lo que se pretendía en el anterior intento de reforma¹¹ en la materia, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, aunque con evidentes mejoras respecto de lo previsto en el Proyecto de Ley, no otorga a los Letrados de la Administración de Justicia el papel relevante que estaban llamados a cumplir en la nueva configuración de la institución; pero no tanto por el número y trascendencia de las competencias que asumen, como porque su atribución no se les hace en exclusiva, sino de forma compartida, como veremos, con los Notarios y Registradores. En cualquier caso, la habilitación legal a estos operadores jurídicos en la materia de jurisdicción voluntaria, entiende el legislador, “ha de hacerse compatible con las importantes funciones que tienen de dirección procesal de los procedimientos civiles y con la jefatura de la oficina judicial que también les corresponde”, aunque concluye afirmando que se ha tomado especial cuidado de “hacerles cargo de la decisión de los expedientes en donde mejor y más eficazmente pueden servir a los intereses de los ciudadanos”.

En este sentido, junto al impulso y la dirección de todos los expedientes, en el marco de sus funciones de dirección técnica del proceso, le corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia el pronunciamiento de las resoluciones interlocutorias precisas, así como la decisión, mediante Decreto, de algunos expedientes en los que “se pretende obtener la constancia fehaciente sobre el modo de ser de un determinado derecho o situación jurídica, y siempre que no implique reconocimiento de derechos subjetivos”¹².

¹¹ En este orden de cosas, afirmaba FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en referencia al papel atribuido a los Secretarios judiciales en el anterior intento de reforma, que son los funcionarios que “en mayor medida han visto reforzadas sus competencias en la materia, al reconocérseles una potestad decisoria, de la carecen en el momento presente, en los expedientes específicos que se les atribuyen (...)”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de Octubre de 2006 (I)”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 7, 2006, en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 4 de noviembre 2014. Por el contrario, en relación al Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014, se refiere el mismo autor a la “debilitada posición en el que se sitúa a los secretarios judiciales y a los abogados”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Misteriosa, heterogénea y fascinante jurisdicción voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 890, 11 de septiembre de 2014, p. 2.

¹² Véase apartado VIII, párrafos primero, segundo y tercero, de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

Con carácter general, afirma el mencionado artículo 2.3 de la Ley 15/2015, en su párrafo segundo, cuando no venga atribuida la competencia expresamente ni al Juez ni al Secretario judicial, será el primero quien decida aquellos expedientes que afecten al interés público o al estado civil de las personas, a derechos de menores o personas con capacidad judicialmente complementada, los que impliquen una disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o aquellos que precisen de la tutela de normas sustantivas.

Resolverá en concreto, el Juez, los siguientes expedientes.

En materia de personas: autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial; constitución del acogimiento de menores y la adopción; constitución de tutela, curatela y guarda de hecho; concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayor edad; protección del patrimonio de las personas con discapacidad; autorización judicial del consentimiento prestado a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente; autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente; y, extracción de órganos de donantes vivos.

En materia de familia: dispensa para contraer matrimonio cuando haya impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior y parentesco de grado tercero entre colaterales previstos en el artículo 48 del Código Civil; intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad; medidas en cuanto a las relaciones de los menores con sus progenitores, abuelos y demás parientes y allegados si estuvieren en acogimiento; medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente; e intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.

En Derecho de obligaciones, la fijación del plazo para el cumplimiento de obligaciones. En derechos reales, la autorización al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo. En Derecho mercantil, la exhibición de libros por parte de quienes llevan la contabilidad y la disolución judicial de sociedades.

Finalmente, en la materia de Derecho de sucesiones, el Juez será competente para resolver, en sede de albaceazgo, los expedientes relativos a la remoción del cargo, la rendición de cuentas del albacea y la autorización judicial para efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia; asimismo, habrá de autorizar o aprobar la aceptación y repudiación de la herencia en los casos en que la ley así lo requiera para su validez; habrá de aprobar, finalmente, la partición hereditaria en que intervenga un defensor judicial en representación de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente cuando el Secretario judicial no hubiere

dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

El resto de expedientes serán resueltos por el Letrado de la Administración de Justicia. A excepción de los dos primeros, todos ellos los asume de forma compartida con Notarios o Registradores. Estos expedientes son: habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial; declaración de ausencia y fallecimiento; consignación; renuncia y prórroga del albaceazgo; renuncia y prórroga del cargo de contador-partidor dativo; nombramiento de contador-partidor dativo y aprobación de la partición realizada por contador-partidor dativo nombrado; deslinde de fincas no inscritas; subastas voluntarias; convocatoria de juntas generales; nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad; la reducción de capital social y de la amortización o enajenación de las participaciones o acciones, en los casos en que la ley prevea su solicitud al Secretario; convocatoria de la asamblea general de obligacionistas; adopción de las medidas previstas en la legislación mercantil en los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos valor o de representación de partes de socio; nombramiento de perito en los contratos de seguro y actos de conciliación.

El Letrado podrá también celebrar matrimonios y formalizar separaciones y divorcios de mutuo acuerdo entre cónyuges, siempre que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. No obstante, por lo que se refiere a la celebración de matrimonios, las modificaciones de los artículos correspondientes del Código Civil contenidas en la Disposición final primera, así como las modificaciones de los artículos concordantes de la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil, incluidas en la Disposición final cuarta, relativas a la tramitación y celebración del matrimonio civil, no entrarán en vigor hasta el 30 de junio de 2017¹³. Hasta esta fecha, el Letrado de la Administración de Justicia, al igual que el Notario, podrá celebrar matrimonios¹⁴, pero no tramitar el expediente previo, tramitación que seguirá llevando a cabo el Encargado del Registro Civil conforme a las disposiciones del Código Civil y de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

Junto a la jurisdicción voluntaria judicial, pero en sede distinta, quedan los expedientes notariales y registrales. Su naturaleza eminentemente administrativa y su encaje o extraordinaria aproximación, en muchos casos, a la función típica notarial y registral, así como la cualificación y experiencia técnica de Notarios y Registradores, que aúnan la condición de juristas y titulares de la fe pública, han hecho que tanto los poderes públicos como la sociedad los considere profesionales óptimos para conocer de aquéllos, con rigor, efectividad y sin merma de garantías.

¹³ Cfr. apartado 3 Disposición final vigésima primera LJV.

¹⁴ Cfr. Disposición transitoria cuarta LJV. Durante este período transitorio, resuelto favorablemente el expediente matrimonial por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio se podrá celebrar, a elección de los contrayentes, ante: 1.º El Juez Encargado del Registro Civil y los Jueces de Paz por delegación de aquél. 2.º El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 3.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración. 4.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

A este respecto se manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en sus apartados IV y V: “El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados” que ni “afectan directamente a derechos fundamentales”, ni “suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas”, todo ello “como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente”.

La atribución de nuevas funciones al Notariado hace necesaria la modificación de determinadas normas sustantivas y de la Ley Orgánica de 28 de mayo de 1862, con la finalidad de incorporar a la legislación notarial todos y cada uno de los expedientes de jurisdicción voluntaria que pasan a ser competencia de los Notarios, así como su correspondiente tramitación procedimental. Con esta finalidad, la Disposición final undécima de la Ley 15/2015 añade a la Ley Orgánica un Título VII, bajo la rúbrica “Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales”, que está integrado por los nuevos artículos 49 a 83, en los que con cerca de treinta nuevas competencias en la materia, casi la mitad de ellas en el ámbito del Derecho sucesorio, los Notarios recuperan, como tendremos ocasión de examinar en un epígrafe posterior, determinadas funciones de autenticación, homologación o documentación de negocios o actos jurídicos, cercenadas en el movimiento codificador del siglo XIX y que les corresponden por su naturaleza propia. Junto a estas razones históricas, debe apreciarse, y así lo ha hecho el legislador, el valor añadido que supone la intervención del Notariado en las relaciones jurídicas entre particulares como pieza esencial, junto a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva.

La intervención de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, como administradores de determinados expedientes de jurisdicción voluntaria, está justificada por la especialidad material que presentan algunos trámites en el campo de los derechos reales y del tráfico mercantil de sociedades, que hace que aquéllos asuman un especial protagonismo.

La Ley Hipotecaria, a diferencia de la Ley Orgánica del Notariado, y salvo en lo que se refiere a su artículo 14, como veremos más adelante, no se modifica por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Su modificación, como expresa la Exposición de Motivos en su apartado X, se opera “por las normas de puesta en práctica del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013, atendiendo, en este caso, a la relevancia que tiene la inaplazable coordinación entre el Catastro y el Registro y el establecimiento de la regulación de un sistema de comunicación

bidireccional entre ambas instituciones”.

En cumplimiento de este informe se ha dictado la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que regula la nueva tramitación de importantes expedientes, ahora desjudicializados, como el deslinde de fincas inscritas, el expediente de dominio para la inmatriculación de fincas que no estén inscritas en el Registro de la Propiedad o el expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral, cuya competencia se atribuye a Notarios y Registradores de la Propiedad¹⁵. Se añade a la Ley Hipotecaria un nuevo Título IV bis en cuyo artículo 103 bis se atribuye a los Registradores competencia para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible.

Los Registradores mercantiles, por su parte, tendrán además, de forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia, competencia para la convocatoria de juntas generales; el nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad; la reducción de capital social y la amortización o enajenación de las participaciones o acciones y, finalmente, la convocatoria de la asamblea general de obligacionistas.

Con el firme propósito de prestar el mejor servicio a la sociedad, Jueces, Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores se disponen a asumir y desempeñar con rigor el nuevo papel que la flamante Ley les atribuye en esta materia. El legislador, tras diseñar el nuevo marco competencial, nos describe cuáles son las bondades de la desjudicialización y redistribución de funciones. A saber: el ciudadano podrá obtener mayor efectividad en la tutela de sus derechos sin merma de garantías; los órganos jurisdiccionales verán aliviada su carga de trabajo, pudiendo centrar todos sus esfuerzos en su función propia y esencial, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado¹⁶, al tiempo que Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles asumirán nuevas competencias viendo reforzada su consideración como servidores públicos¹⁷.

¹⁵ Tal como nos recuerda FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Luces y sombras...”, cit., p. 10, “tratándose de supuestos que habían sido previstos en el Anteproyecto de Jurisdicción voluntaria de 2012 y cuya naturaleza voluntaria no se discute, no se estima justificado el cambio de sede para incardinarlos en otro texto legal”.

¹⁶ Según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, en 2014 ingresaron en los Juzgados de Primera Instancia 59.154 asuntos de jurisdicción voluntaria de los cuales se resolvieron 58.304. Puede consultarse el Informe “La justicia dato a dato: año 2014” en <http://www.poderjudicial.es>. Fecha de última consulta 15 de noviembre 2015.

¹⁷ Junto a Jueces, Letrados de la Administración de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles son titulares de competencias en sede de jurisdicción voluntaria las siguientes autoridades:

No obstante, lo cierto es que será la práctica diaria de Juzgados y oficinas notariales y registrales la que con el tiempo nos permita constatar si se han conseguido las legítimas aspiraciones del poder público¹⁸ que, confiando en la preparación técnico-jurídica y experiencia práctica de estos profesionales, ha tratado de racionalizar el sistema sobre la premisa de que todos tienen en común el ejercicio de una función pública y la consecución de la seguridad jurídica¹⁹.

1.2.- Especial referencia a la atribución compartida o exclusiva de competencias

Queda sin embargo una cuestión capital a tratar sobre la configuración del actual marco de atribución de competencias en sede de jurisdicción voluntaria y es la de si, una vez operada la necesaria desjudicialización, las mismas deben asumirse en régimen de exclusividad o con carácter compartido. Nuestro legislador, que según manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, procede a esta distribución de competencias en base a criterios de racionalidad, se ha mostrado vacilante al respecto, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la norma.

El objetivo inicial, apartándose del criterio de alternatividad²⁰ mantenido en

- Los cónsules, que tienen a su cargo el ejercicio de la fe pública en el extranjero, conforme al artículo 1 del Anexo III del Reglamento Notarial y ostentarán, asimismo, determinadas competencias en materia de jurisdicción voluntaria; así, la tramitación del acta o expediente previo al matrimonio, así como su celebración cuando los contrayentes residan en el extranjero, conforme al artículo 51 del Código Civil; podrán constituir adopciones, en el caso de que el adoptante sea español y el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente, conforme al artículo 17 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; y finalmente, asumirán determinadas funciones en el ámbito de los negocios de comercio. Según el artículo 48.6 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado: “Los Jefes de la Oficina Consular de Carrera ajustarán su actuación a las instrucciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y del Jefe de la Misión Diplomática Permanente de la que dependan, excepto en materia de fe pública, registro civil o jurisdicción voluntaria, en las que estarán sujetos a lo establecido por la legislación notarial, registral y procesal para el ejercicio de estas funciones y a las resoluciones, instrucciones y circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado”.

- El Alcalde o concejal en quien delegue tienen competencia para autorizar el matrimonio civil, conforme al artículo 51 del Código Civil.

- La jurisdicción militar tiene atribuidas en el orden civil algunas competencias de jurisdicción voluntaria como la prevención de abintestatos de militares, empleados o dependientes de Fuerzas de Tierra, Mar y Aire, tal como viene regulado en los artículos 519, 520 y 521 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

¹⁸ En palabras de MAGARIÑOS BLANCO referidas al anterior intento de reforma de los años 2005 y 2006, si bien aplicable a la reforma en curso: “la reforma supone un progreso, cuyos resultados, en relación con la seguridad y rapidez, se irán comprobando, como ha sucedido en materia de actas de declaración de herederos”. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “La Jurisdicción Voluntaria. (Sobre el Proyecto de Ley)”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto, 2006, p. 67.

¹⁹ Véase COBAS COBIELLA, María Elena, “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, p. 168. En el mismo orden de cosas GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Visión notarial...”, cit., p.120, quien afirma que “[u]na nota tiene en común la función pública respectivamente desempeñada por los notarios, registradores, secretarios, funcionarios aludidos antes y jueces en funciones de jurisdicción voluntaria: el logro de la seguridad jurídica”.

²⁰ Favorable a esta posición se muestra FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “La Jurisdicción Voluntaria en el...”, cit., p. 27. El autor entiende que todas las competencias que no tengan la reserva jurisdiccional, deben ser atribuidas a los Secretarios Judiciales y que ello debe hacerse compatible con una “razonable desjudicialización de la mayoría de estas actuaciones, de naturaleza administrativa y su atribución al Notariado y a los Registradores, en su condición de funcionarios públicos y profesionales del Derecho, en atención a su especialización, a su consideración de relevantes operadores jurídicos en el orden extraprocésal

los textos prelegislativos de 2005 y 2006²¹, era atribuir cada una de las competencias de forma exclusiva a aquel operador jurídico que, por su cercanía material o por garantizar una respuesta más pronta al ciudadano, era aconsejable que se hiciera cargo de su conocimiento; o, bien, a aquél a quien, en virtud de la naturaleza del interés o del derecho en juego, le fuera constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia.

Tanto el Anteproyecto de 31 de octubre de 2013 como el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 5 de septiembre de 2014 modificaban radicalmente aquel criterio de alternatividad que, en general, había sido bien aceptado desde todos los sectores implicados en la reforma. El cambio de orientación se justificaba en aras del mejor cumplimiento de los fines previstos por la Ley, optándose de forma prácticamente absoluta por un procedimiento único para la resolución de cada uno de los asuntos²², bien en sede judicial, bien ante uno de los otros operadores jurídicos²³. La gran mayoría de los expedientes desjudicializados

y a la paz social y seguridad jurídica que supone su intervención como garantes de la legalidad”. En el mismo sentido, puede verse también FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Luces y sombras en el Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 12.

²¹ En el anterior intento de reforma, todas las competencias que se desjudicializaban se atribuían al Secretario judicial y, en múltiples casos, se preveía que el ciudadano pudiera además acudir de forma alternativa a Notarios o Registradores para su tramitación. En un principio, se criticó desde el sector de los Secretarios judiciales la atribución de competencias en el ámbito de jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos extrajudiciales. Incluso tratándose de una atribución compartida, ésta fue, en efecto, una de las razones técnicas que, por no ser bien acogida ni entenderse del todo justificada desde diversos ámbitos, motivaron el fracaso del anterior intento de reforma. El Colegio de Secretarios Judiciales, en referencia al Anteproyecto de 2005, estimó que reflejaba la pretensión del Ministerio de Justicia de iniciar el camino de la privatización de la Justicia, al atribuir de manera compartida determinadas atribuciones a los Secretarios judiciales y a Notarios y Registradores, lo que llevaría a una “justicia de ricos y pobres” (Opinión emitida en el Diario Expansión de fecha 13 de junio de 2006).

La opción de la alternatividad fue mantenida tanto por los dos textos del Anteproyecto de Jurisdicción voluntaria del año 2005, el de la Comisión General de Codificación y el del Gobierno, como por el texto del Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de 2006, siendo asimismo la posición común de todos los Grupos parlamentarios en su tramitación en ambas Cámaras y, finalmente, la opinión mantenida por los representantes de los diferentes operadores jurídicos afectados (Colegios de Registradores, de Abogados y Secretarios judiciales y Consejo General del Notariado) en las intervenciones que, en la Comisión de Justicia del Congreso, se celebraron los días 7 y 15 de mayo de 2006.

²² Se preveían tres excepciones a esta regla general de procedimiento único: matrimonio, separación y divorcio y consignaciones de deudas pecuniarias, en los cuales se les daba a los interesados la posibilidad de acudir alternativamente a dos procedimientos diferentes, el judicial o el notarial, ante dos operadores jurídicos distintos.

²³ La supresión de la alternatividad ha merecido la crítica desde diversos sectores por entender que respecto de ella “existía una práctica unanimidad sobre su oportunidad en la doctrina y los operadores jurídicos...”. En este sentido, se manifiesta el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Misteriosa, heterogénea...”, cit., p. 2, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 12-13. Este autor entiende positiva “la posibilidad de que el ciudadano acuda a uno u otro operador jurídico, entendida ésta como una ampliación de medios puestos a disposición de los ciudadanos, que podrían en régimen de libre elección y competencia acudir ante el órgano judicial, en concreto ante la oficina judicial presidida por el Secretario judicial, o hacerlo, en determinados supuestos, ante uno u otro de los operadores jurídicos previstos, Notarios o Registradores”. Como él, son otros muchos los autores que vienen manifestando su opinión favorable a la atribución compartida de competencias. “Sin pretensiones de exclusividad”, dice RODRÍGUEZ ADRADOS, “en efecto, pues, puede ser más conveniente conservar la competencia judicial concurrente con la notarial, salvo en aquellos supuestos (informaciones *ad perpetuam*, subastas voluntarias, etc.) de estricta función notarial”. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Jurisdicción civil...”, cit., p. 204. CAMPO GÜERRI, por su parte, opina que “el reconocimiento de la competencia notarial no debe implicar necesariamente la exclusión de la de otros cuerpos, especialmente la de los Secretarios judiciales. La doble competencia supone ofrecer a la sociedad diferentes vías procedimentales, pudiéndose valorar en cada caso las ventajas de una y otra. CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel, “Notariado y Jurisdicción Voluntaria”, *Anales de la*

pasaban a la órbita de Notarios y Registradores, quedando devaluada la posición de los Secretarios judiciales, al hacerse esta atribución de competencias de forma exclusiva y sin alternatividad²⁴.

Lo cierto es que la decisión de atribuir las competencias en régimen de exclusividad o de forma compartida, en muchas ocasiones “no es tanto un problema jurídico como una decisión política”, con toda la desconfianza que ello puede generar²⁵. Con la vista puesta en el interés superior de los ciudadanos, deberían prevalecer más bien estrictos criterios de técnica-jurídica, incluso, por qué no, según los casos, de utilidad práctica, con el fin de reordenar funciones atribuyéndolas a los funcionarios públicos que mejor puedan asumirlas en el marco constitucional de la tutela de derechos e intereses. La naturaleza de determinadas materias y la preparación y especialización técnica de los diferentes cuerpos jurídicos hacía aconsejable que, en su mayoría, los procedimientos fueran atendidos de forma exclusiva por unos u otros operadores. Se trata de establecer, para la clarificación y racionalización del sistema, una competencia objetiva y exclusiva en aras de la seguridad jurídica, evitando al efecto duplicidades innecesarias.

La reforma debía abordarse con valentía²⁶. No volver a confundir la fe pública judicial con la extrajudicial que, tras muchos siglos, se consiguieron deslindar en 1862, manteniendo en sede judicial, en manos de los Secretarios judiciales, aquellas competencias que, por tener mayor carga procesal, no encajen bien en la naturaleza de la función notarial o registral, y asignando, a un tiempo, a Notarios y Registradores aquellas funciones que unos y otros se encuentren en óptimas condiciones de desempeñar conforme a su función típica. La práctica nos ha puesto de manifiesto el éxito que ha supuesto la atribución al Notariado de la competencia para declarar herederos intestados, mediante la correspondiente acta de

Academia Matritense del Notariado, tomo XLV-XLVI, 2009, p. 467. DE PRADA GONZÁLEZ afirma que, a su juicio, el establecimiento de la posibilidad de acudir a los Tribunales o al Notario amplía los derechos de los interesados, lo que hace beneficiosa la medida. DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Civil*, núm. 14, 2009, pp. 1614-1640. Disponible en <http://revistas.laley.es>. Fecha de última consulta 3 de octubre 2014. Ofrecer la posibilidad de elegir entre uno u otro operador jurídico, en palabras, finalmente, de COBAS COBIELLA, “puede parecer, *a priori*, beneficiosa para el ciudadano, que podrá optar por uno u otro administrador, en función de cuál le ofrezca más confianza, mayor rapidez de resolución de su problema y/o menor coste económico o simplemente que prefiera más como parte de la autonomía de la voluntad, y dentro del referente normativo que se apruebe”. COBAS COBIELLA, M. E., “Jurisdicción voluntaria...”, cit., pp. 153-172.

²⁴ De los 50 procedimientos previstos en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en 21 de ellos se mantenía la competencia judicial y 29 se desjudicializaban. De estos 29 procedimientos desjudicializados, 7 se atribuían a los Secretarios judiciales, 15 a los Notarios y 7 a los Registradores.

²⁵ A este respecto, afirma DE PRADA GONZÁLEZ que “la discusión más que en cuestiones científicas se ha apoyado en consideraciones prácticas cuando no en defensa de intereses corporativos”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. “Problemas que plantea la regulación...”, cit., pp. 1614-1640.

²⁶ En este mismo sentido GERONA PEÑA, quien después de reconocer que la asignación de los actos de jurisdicción voluntaria, bien a los Jueces y Tribunales, bien a otros funcionarios públicos es una cuestión puramente coyuntural que, en el momento actual, se basa principalmente en la razón práctica del excesivo trabajo que soportan los Juzgados, afirma que “lo que hace falta es que esta tendencia legislativa se traduzca en una legislación valiente, que arrostre, sin trabas ni complejos, ese trasvase”. GERONA PEÑA, Gonzalo, “La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral”, en *Estudios sobre Derecho Procesal, dirigido por Ignacio Díez-Picazo Jiménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez*, vol. III, Aravaca, Madrid, Sopec, 1996, p. 3960.

notoriedad, cuando quienes se crean con derecho a suceder sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado.

No obstante, lo que en principio se presenta a nuestro juicio como un aspecto muy positivo, pues sería “muestra de un esfuerzo de especialización y organización racional que sirve para trasladar al ciudadano claridad sobre quién es el órgano competente en cada caso”²⁷, se hubiera convertido, de no haber flexibilizado finalmente su criterio el legislador, en un escollo difícil de superar en la tramitación parlamentaria de la Ley²⁸.

Los distintos operadores jurídicos afectados seguían estando a favor de la atribución compartida de competencias. Los Secretarios judiciales, grandes perjudicados por el principio de exclusividad, habían mostrado abiertamente su contrariedad al criterio mantenido por el texto proyectado²⁹. Los Notarios, beneficiados por la ampliación de competencias, lo venían valorando positivamente³⁰, si bien, concedores de las opiniones encontradas, manifestaban

²⁷ Así se manifestó el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de 31 de octubre de 2013. El Consejo, no obstante, también afirma que “[l]o que ocurre es que ello se compadece mal con que el prelegislador pondere al mismo tiempo, como factor positivo, la existencia de alternatividad en algunos casos. Sin duda, el valor de esta libertad de opción constituía uno de los ejes de inspiración del Proyecto LJV 2006 (...) En nuestra opinión, podría ponderarse la posibilidad de recuperar el modelo de alternatividad que inspiraba el Proyecto de LJV 2006, de tal forma que en todos los asuntos encomendados a Notarios y Registradores pudieran también asumir competencias los Secretarios judiciales. Esta fórmula permitiría así que el justiciable acuda a un Secretario judicial al valorar la gratuidad de la Justicia, manteniéndose así la oferta de la seguridad que puede proporcionarle la actuación ante la Administración de Justicia, y en especial, el control judicial directo a través del recurso de revisión, sin obligar al mismo justiciable a acudir a un procedimiento declarativo; si lo considera oportuno por el contrario, podrá optar en los supuestos contemplados legalmente, por acudir a los servicios de un Notario o un Registro Público, considerando que el pago del arancel fijado por el Gobierno por vía reglamentaria, le compensará en la valoración sobre celeridad, proximidad o especialidad que realice”. Puede consultarse el Informe en <http://www.poderjudicial.es>. Fecha de última consulta 2 de febrero 2015.

²⁸ El profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN se ha hecho eco de ello en múltiples ocasiones. Favorable como hemos visto a la atribución alternativa de competencias en los actos de jurisdicción voluntaria que entiende de naturaleza no jurisdiccional, afirma, no obstante, que éste constituye “el aspecto más delicado de la futura reforma de la jurisdicción voluntaria”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “La Jurisdicción Voluntaria en el...”, cit., p. 27.

Tan es así, que lo ha reconocido expresamente el propio Ministro de Justicia, Rafael Catalá, en su intervención en Sesión plenaria en el Congreso de los Diputados celebrada el jueves, 11 de diciembre de 2014. Reconoce que en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria presentado en la Cámara “se deja muy poco margen para la alternatividad” y se reconoce, asimismo, sabedor de que esa “es una de las cuestiones que generan preocupación en los grupos parlamentarios”; al tiempo que es una demanda de los profesionales implicados el “trabajar para mejorar la alternatividad”. Insiste en que el Gobierno tiene la “mejor disposición para que la alternatividad sea un principio inspirador del proyecto de ley que hoy debatimos”. Y concluye afirmando que “si somos capaces de incorporar distintas orientaciones en este sentido, en el trámite de enmiendas, estaremos cerrando el círculo virtuoso de promover una mejor jurisdicción voluntaria en nuestro país, aprovechar las capacidades de los profesionales del derecho y contar con el consenso de todos ellos para llevar adelante una reforma relevante en nuestro ordenamiento jurídico”. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2014, X Legislatura Núm. 248, Sesión plenaria núm. 233, celebrada el jueves, 11 de diciembre de 2014. <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 3 de febrero 2015.

²⁹ Véase, en este orden de cosas, la defensa de la alternatividad que se proponía en el Proyecto de 2006 y la consiguiente firme crítica de la atribución de competencias exclusivas a los diferentes operadores jurídicos que propugnaba el Proyecto de 2014 que hace SEOANE CACHARRÓN, Jesús, “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, núm. 8184, Sección Doctrina, 2013, pp. 1-5. Disponible en <http://diariolaley.es>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.

³⁰ El Presidente del Consejo General del Notariado, José Manuel García Collantes, destacó en referencia al Proyecto de 2014 que “es necesaria la desjudicialización que incorpora y hace una muy razonable distribución

su disposición para acercar posiciones en aras de la defensa de los intereses generales de la sociedad³¹.

El planteamiento, desde un punto de vista práctico, era sencillo: la jurisdicción voluntaria, durante siglos de carácter exclusivamente judicial, no podía salir sin más de este ámbito hacia el extrajudicial, obviando a quien, dentro de la Administración de Justicia tiene atribuidas expresamente funciones en sede de jurisdicción voluntaria, con las consiguientes expectativas creadas. Dejadas a un lado discusiones doctrinales sobre naturaleza o sanción constitucional de la institución, que aportan, como venimos viendo, una gran complejidad al tema, la jurisdicción voluntaria es un 'derecho adquirido' por la Administración de Justicia.

Y hubiera sido complicado hacer un despojo pacífico, siquiera parcial, de este derecho, sin procurar un general consenso al respecto. El legislador ha sido capaz de conseguir entre los profesionales afectados los necesarios puntos de encuentro para el éxito de la regulación. Sólo integrando las diversas posiciones se ha logrado la reforma que la jurisdicción voluntaria merece, aprovechando las sobradas capacidades de todos ellos para asumir, en base a criterios de racionalidad, competencias en la materia.

Este consenso general se ha traducido en una atribución compartida de competencias en determinadas actuaciones específicas que se desgajan de la órbita de la Autoridad Judicial. Se establecen competencias compartidas entre Letrados de la Administración de Justicia y Notarios o Registradores, lo que es posible atendiendo a que son funcionarios públicos y a las funciones que desempeñan: los Letrados y los Notarios como titulares de la fe pública judicial y extrajudicial, respectivamente; y los Registradores por el especial conocimiento que tienen en el ámbito del derecho de propiedad y en el mercantil.

A favor de la atribución de competencias compartidas puede argumentarse que conlleva una ampliación de los medios o cauces puestos a disposición de los ciudadanos para garantizar sus derechos, sin que desde un punto de vista económico resulten perjudicados. Pueden acudir ante el Letrado de la Administración de Justicia beneficiándose de la "gratuidad" y de la seguridad que proporciona la Administración de Justicia con su intervención. O, si así lo prefieren, pueden los ciudadanos acudir a un Notario o a un Registrador por su cercanía, para obtener una mayor agilidad en la tramitación del expediente, por las garantías de

de competencias entre todos los colectivos afectados: jueces, secretarios judiciales, registradores y notarios". Puede verse en Diario de Noticias, 12 de Noviembre de 2014, Editorial LA LEY, disponible en <http://diariodenoticias.laley.es>. Fecha de última consulta 6 de marzo 2015.

³¹ En este sentido, aunque sin olvidar sus respectivos intereses, los operadores jurídicos afectados han cambiado, no obstante, de estrategia. Unidos conseguirán más que enfrentados. Entre todos, con reflexiones y propuestas conjuntas, era más probable ejercer cierta influencia para introducir modificaciones que a su juicio venían a mejorar lo proyectado hasta ese momento. A estos efectos, el 27 de marzo de 2014 se celebra en la Universidad San Pablo CEU el I Encuentro de Fedatarios públicos, organizado por el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, el Consejo General del Notariado y la referida Universidad. Después de 150 años de ejercicio separado de funciones, Notarios y Secretarios Judiciales unen con el objeto de proponer al Gobierno mejoras sobre el anteproyecto de ley de 2013 que, a su juicio, beneficiarían a los ciudadanos. Puede verse el detalle en <http://www.notariado.org>. Fecha de última consulta 5 de febrero 2015.

ser un especialista en la materia o, lo más importante, por la seguridad jurídica que proporciona asimismo su intervención.

El coste económico que supone al ciudadano acudir al Notario o al Registrador, la llamada “justicia a dos velocidades” o “justicia de ricos y justicia de pobres”, ha sido, de forma recurrente, uno de los argumentos más utilizados en contra de la atribución de competencias exclusivas a estos operadores jurídicos. Afirmación que, a nuestro juicio, no se sostiene.

Por más que la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre, haya excluido a la jurisdicción voluntaria de su ámbito, la Justicia no es absolutamente gratuita³². En primer lugar, porque la Administración de Justicia se sostiene con dinero público que todos los ciudadanos aportamos cumpliendo con nuestras obligaciones fiscales. En muchos casos, además, la intervención preceptiva de Abogado y Procurador hace que la tutela judicial resulte mucho más costosa que la intervención notarial. Y, en muchos otros supuestos en que no es preceptiva la intervención de Abogado, sin embargo, la complejidad del expediente o la trascendencia de los intereses en juego hará que los particulares decidan contar con un adecuado asesoramiento jurídico, asesoramiento jurídico que el particular no tendría necesariamente que contratar en caso de acudir a la tramitación notarial, en atención al asesoramiento que garantiza la intervención del Notario³³.

Por otra parte, el arancel notarial atribuido a estos asuntos de jurisdicción voluntaria será en la generalidad de los casos el correspondiente a los documentos sin cuantía, por tanto perfectamente asumible por la inmensa mayoría de los ciudadanos. Queda al buen criterio del Gobierno la fijación, conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta, de un arancel razonado, tanto para el ciudadano como para el operador jurídico que asuma la nueva función. No olvidemos que tanto Notarios como Registradores son los titulares y únicos responsables de su oficina cuyos costes y gastos asumen y cubren exclusivamente con el arancel que les abonan sus clientes³⁴. Además, como tendremos ocasión de examinar en otro epígrafe, en la Disposición final decimonovena de la Ley se establece la gratuidad de determinados expedientes notariales y registrales, en

³² En principio, con arreglo a la vigente llamada Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, las solicitudes de expedientes de jurisdicción voluntaria no están sujetas al pago de tasa alguna. Esto seguirá siendo así con arreglo a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, pues no se prevé la modificación de la Ley 10/2012 en este extremo, y por tanto los expedientes promovidos ante órganos judiciales no devengarán pago alguno de esa naturaleza. Por Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, se ha modificado el artículo 4 de esta Ley de Tasas, referido a las exenciones de la tasa, habiendo aprobado el Gobierno la supresión de las tasas judiciales para las personas físicas en todos los órdenes e instancias.

³³ El asesoramiento imparcial, característica esencial de la actuación del Notario, hace de la institución notarial “el Cuerpo del Estado que con mayor eficacia puede acercarse a las pretensiones no contenciosas de los interesados”. CAMPO GÜERRI, M.A., “Notariado y jurisdicción...”, cit., p. 467.

³⁴ La referida Disposición adicional cuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, bajo la rúbrica “Aranceles notariales y registrales”, da al Gobierno un plazo de tres meses a contar desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para aprobar los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles respecto de los asuntos, actas, escrituras públicas, expedientes, hechos y actos inscribibles para los que resulten competentes conforme a lo dispuesto en esta ley. Plazo que se ha excedido sin dar cumplimiento a este mandato legal.

particular, en aquellas actuaciones cuya competencia se atribuye en exclusiva a los Notarios o Registradores. En este sentido, dispone la Exposición de Motivos en su apartado VIII que, “[n]o obstante, en la medida que la presente Ley de la Jurisdicción Voluntaria desjudicializa y encomienda a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles determinados expedientes en exclusividad, se prevé que los ciudadanos que tengan que acudir a los mismos puedan obtener el derecho de justicia gratuita, para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho, que hasta ahora era gratuito, por falta de medios”.

Nos surgen dudas, sin embargo, sobre si la atribución compartida de competencias se justifica exclusivamente en el interés del ciudadano y en evitar que se encarezca, sin alternativa, el coste de la jurisdicción voluntaria. Es innegable que la alternatividad conlleva una ampliación de los medios puestos a disposición de los particulares y que no es admisible que existan diferentes vías de acceso a la tutela de los derechos en función de la capacidad adquisitiva de los ciudadanos. Como tampoco puede negarse que de este modo se satisface a los diferentes operadores jurídicos que aspiran a conseguir competencias en la materia.

Si algo pone de manifiesto la atribución de competencias compartidas es, a nuestro juicio, que el legislador para diseñar el nuevo marco competencial entre órganos diversos, judiciales y extrajudiciales, ha tenido que valorar razones puramente contingentes o de mera oportunidad. Ello puede generar en el ciudadano cierta incertidumbre o inseguridad sobre qué tramitación elegir. Desconocedor en profundidad del sistema, siempre podrá asaltarle la duda de si el operador jurídico al que acudió colmó sus expectativas mejor de lo que lo hubiera hecho el otro; si lo hizo con más celeridad o si la tramitación del expediente fue más o menos gravosa económicamente de lo que lo hubiera sido ante el otro operador jurídico. Dudas que lo instalan en la creencia de estar ante una situación potencialmente injusta; por mucho que tenga a su alcance la Administración de Justicia, si entiende, a veces equivocadamente, que su capacidad económica no le permite acudir a la más ágil y eficaz vía notarial, se sentirá discriminado por el sistema.

En cualquier caso, con este criterio de alternatividad, en el que, no cabe duda, también han influido intereses corporativos y políticos, se mantiene el *statu quo* en sede judicial, se descarga de funciones no jurisdiccionales a Jueces y Tribunales y se reconocen las históricas aspiraciones de Notarios y Registradores, cuya consideración como funcionarios públicos se ve reforzada, al tiempo que se intenta favorecer el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia y beneficiar, en definitiva, al ciudadano, que podrá optar por uno u otro administrador en función de cuál de ellos le ofrezca más confianza, mayor agilidad en la tramitación o menor coste económico.

2.- EL NOTARIO COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1.- La jurisdicción voluntaria como aspiración del Notariado. Su justificación histórica

La atribución a los Notarios de competencias en materia de jurisdicción voluntaria está hoy de plena actualidad. La aprobación de la Ley 15/2015, de 2 julio, en la materia, así lo avala. Sin embargo, la integración de la función notarial con gran parte de los actos de jurisdicción voluntaria que tradicionalmente le han sido atribuidos a Jueces y Tribunales es una vieja aspiración del Notariado latino.

De este modo, se ha venido poniendo de manifiesto, a lo largo de los años, en las conclusiones de los diversos Congresos y Jornadas que, en el marco de la Unión Internacional del Notariado Latino, se han ocupado directa o tangencialmente de esta cuestión. El I Congreso celebrado en Buenos Aires en 1948 ya declaró como *desideratum* que “todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esa expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial”. No se trataba de una declaración accesorio o secundaria. Más bien al contrario: el Notariado latino declaraba su aspiración de integrar la función notarial en la Resolución 5^a, la misma en la que se definía al Notario como “el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”³⁵.

³⁵ La Unión Internacional del Notariado Latino ha desempeñado un papel muy importante en la difusión de estas aspiraciones del Notariado. Pueden destacarse por su interés en la materia las referencias a los siguientes Congresos. El II Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Madrid en 1950, se refiere a la jurisdicción voluntaria notarial desde la perspectiva de cuál debe ser el instrumento público adecuado para que el Notario ejerza funciones en la materia. Mención especial merece la Ponencia presentada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ sobre las actas notariales de notoriedad. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español”, Ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950, *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1975, 429-506. El IV Congreso, celebrado en Río de Janeiro en 1956, se refiere a la jurisdicción voluntaria notarial si bien en referencia concreta a las competencias que tiene y debe tener el Notario en el ámbito del Derecho de sucesiones sin contienda; declara que “la constatación de la transmisión de bienes por causa de muerte es función notarial específica y en consecuencia formula el deseo de que las sucesiones se radiquen ante el notario, quien tendrá jurisdicción de ellas hasta lograr todos sus efectos jurídicos”. En el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en 1965, su tema III estaba dedicado monográficamente a la jurisdicción voluntaria y declaró que “2.a) Son de competencia notarial, abstracción hecha del órgano que actualmente pueda conocer de ellas, aquellas actividades en las que concurren las siguientes características: la comprobación y autenticación de hechos que puede ser seguida de un juicio valorativo de un acto no litigioso que ha de documentarse y del cual el órgano que emite tal juicio no es parte. Dicho juicio valorativo consiste en determinar si el acto reúne los presupuestos y requisitos exigidos en cada caso por el ordenamiento jurídico para la producción de un determinado efecto”. Finalmente, el XX Congreso, celebrado en Cartagena de Indias en 1992, tuvo como tema I “La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa” y, después de reconocer que la jurisdicción voluntaria no es una verdadera y propia jurisdicción porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad ni el efecto de cosa juzgada, constata, de un

La Unión Internacional del Notariado Latino no estaba sino heredando un deseo, al tiempo que una preocupación, ya sentidos por los diferentes Notariados nacionales. ¿Por qué esta aspiración del Notariado? ¿Dónde queda anclada en la Historia de la institución? ¿Se tiene francamente el convencimiento de estar ante funciones propias que han sido usurpadas? O, por el contrario ¿se trata de una reivindicación sobre la base de meros intereses corporativos con la finalidad de obtener mayor atribución de funciones y, por consiguiente, mayor retribución para los Notarios? A todas estas cuestiones tendremos ocasión de responder a lo largo de este Capítulo.

Como sabemos y hemos tenido ocasión de examinar en capítulos anteriores, la competencia en materia de jurisdicción voluntaria ha sido históricamente asignada a los Jueces. En unas épocas en que jurisdicción y administración estaban atribuidas a las mismas personas, la jurisdicción voluntaria se le encomendó al Juez por la imparcialidad e independencia que se obtenían con su intervención y por suponerle el único jurista capaz de asumir con garantías estas competencias.

Con carácter general, el término jurisdicción voluntaria en los sistemas de derecho latino se utiliza en un doble sentido. De un lado, para aludir a los antiguos juicios aparentes del Derecho romano considerados precedentes del instrumento público. Pero también se utiliza esta expresión, en un sentido propio, para referir aquel conjunto heterogéneo de actos que, sin implicar contención, se había atribuido no obstante, en Roma, a la titularidad de los Magistrados³⁶. Se trataba de actividades no estrictamente procesales que, en la época del procedimiento formulario, le correspondían al Magistrado, aunque no en base a la *iurisdictio*, de la

lado, la preocupación existente por la necesidad de descongestionar los juzgados y tribunales de actividades no jurisdiccionales y, de otro, el desempeño por el Notariado latino de algunas funciones que forman parte de la denominada jurisdicción voluntaria; declara que en este ámbito no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pública judicial, ni se invada el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora y que el proceso de desjudicialización comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología, sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la respectivas legislaciones notariales de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones". Puede consultarse un detalle sobre las resoluciones de los diferentes Congresos mencionados en <http://www.juridicas.unam.mx>. Fecha de última consulta 20 de febrero 2015.

Una enumeración y análisis detallado de cada uno de los Congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino que se han ocupado de la jurisdicción voluntaria notarial, así como de otras Jornadas y Encuentros referidos a la materia, lo encontramos en NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., pp. 79-97.

³⁶ A este respecto, en cuanto al doble sentido dado a esa expresión [jurisdicción voluntaria] en los países de habla castellana puede verse a FONT BOIX, quien afirma que la referencia a la jurisdicción voluntaria como tarea notarial formalizadora de contratos, esto es, como residuo de los antiguos juicios aparentes que constituyen el precedente del instrumento público, es una dirección que hoy debe rechazarse ya que, "independientemente de su origen, la función notarial, por lo menos en este campo concreto, tiene hoy plena autonomía de lo jurisdiccional, y así se admite por nuestra Ley Orgánica". FONT BOIX, Vicente, "La función notarial y la jurisdicción voluntaria", *Revista de Derecho Notarial*, núm. XXIX-XXX, julio-diciembre 1960, pp. 230-232 y FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria y sus relaciones...", cit. pp. 134. NIETO SÁNCHEZ entiende, precisamente por ese doble sentido que se daba a la jurisdicción voluntaria, que su reivindicación para el Notariado por el Congreso de Buenos Aires pretendía un doble propósito, no sólo "reclamar para la competencia notarial los expedientes de jurisdicción voluntaria, en el sentido indicado de procedimientos no contenciosos atribuidos por razones históricas a la competencia judicial y que no implican una actividad negocial", sino también "reivindicar la exclusividad en la autorización de todo tipo de negocios jurídicos: competencia esencialmente notarial, pero que se reclama con carácter exclusivo frente a cualquier intento de sustracción". NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., p. 99.

que estaba investido el Juez, sino en virtud de su *imperium*³⁷. Cuando el procedimiento formulario se sustituye por el *extra ordinem*, el Magistrado-Juez pasa a administrar justicia en nombre del Emperador, asumiendo las competencias en materia de jurisdicción contenciosa, para lo cual sigue siendo titular de la *iurisdictio*, si bien, aun no siendo investido de *imperium*, se le trasladan también las competencias de jurisdicción voluntaria, por la inexistencia de otro órgano adecuado para ejercerlas. A pesar de que el Notariado medieval, con la adquisición de la fe pública y la consolidación de su función, tenía ya la idoneidad y capacidad necesarias para intervenir en aquellas actuaciones atribuidas a los Magistrados, el *statu quo* de la jurisdicción voluntaria judicial se mantuvo, como sabemos, a lo largo del tiempo³⁸, consolidándose tanto en la práctica como en nuestro ordenamiento jurídico en la época codificadora, a través de las legislaciones notarial y procesal³⁹.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 configuraba la jurisdicción voluntaria como una institución judicial, al tiempo que permanecían todavía confundidas y acumuladas en el Escribano la fe pública judicial y la extrajudicial.

Con el precedente de la Ley francesa de 25 de Ventoso del año XI, la Ley del Notariado de 1862 llevó a cabo la separación orgánica entre fe pública judicial y extrajudicial⁴⁰ y la función notarial se enmarcó exclusivamente en el ámbito del tráfico jurídico extraprocesal, consolidándose como contenido esencial de la misma la tarea formalizadora de actos y contratos. Ello no se debió a consideraciones circunstanciales, sino a razones que se asientan en la naturaleza misma de los actos que van a quedar investidos de fe pública notarial. En consecuencia, en el proceso de redistribución de las competencias desjudicializadas en sede de jurisdicción voluntaria, no se deberían atribuir a los Notarios funciones en el ámbito de la fe pública judicial que corresponde con

³⁷ En palabras de FONT BOIX se trata de “actividades más bien administrativas, no propiamente procesales, aunque alguna de ellas puedan relacionarse, en ocasiones, con el proceso, como ocurre con la puesta en posesión de los bienes, estipulaciones pretorias, nombramientos de tutores, adopciones, manumisiones, etc., Es precisamente a algunas de estas actividades del procónsul a las que Marciano considera como actos propios de jurisdicción voluntaria”. FONT BOIX, V., “La jurisdicción voluntaria y sus relaciones...”, cit., p. 134.

³⁸ En cuanto a la justificación histórica del mantenimiento de la jurisdicción voluntaria en manos judiciales puede verse GIMÉNEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 161-162.

³⁹ En este sentido, afirma FONT BOIX que estas competencias están históricamente abocadas a terminar en el campo del Notariado, si no se quiere trancar el camino iniciado ya hace siglos, en el Medioevo italiano, cuando el Notario, al adquirir fe pública, consiguió con ella la aptitud funcional necesaria para formalizar una serie de actos que hasta ese momento habían sido actuados por Magistrados, no ya por razón de su propia actividad típica, sino más bien por inexistencia de un órgano adecuado que ejerciera las actividades que con denominación imprecisa denominamos hoy de jurisdicción voluntaria”. FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., p. 215.

⁴⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS reconoce que una de las más importantes finalidades de la reforma de 1862 consistió en la separación entre la fe pública judicial y la fe pública extrajudicial, “aunque en realidad estuvieron siempre separadas por su distinta naturaleza. Los antiguos escribanos actuarios, hoy Secretarios Judiciales, aparte de tener otras muchas atribuciones(...)son documentadores y son fedatarios, dan fe de sus documentos; pero no ejercen facultad alguna sobre el contenido de los mismos, ni en su formación, ni en el control de legalidad”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Comentario al artículo 1 de la Ley del Notariado”, *Nueva Legislación Notarial comentada*, Tomo I, Legislación Notarial, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 40.

plenitud y exclusividad a los Secretarios judiciales⁴¹.

Con una función esencialmente diferente, el artículo 1º de la Ley Orgánica configuró al Notario como el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Tras esta ordenación que la legislación específica hacía de la institución, se esperaba algo más del movimiento codificador en cuanto a la integración de la función con competencias de jurisdicción voluntaria tradicionalmente atribuidas a los Jueces.

La propia Ley del Notariado había obviado dictar disposiciones complementarias a fin de que los Juzgados dejaran de conocer estos otros asuntos, en especial funciones de documentación, mera presencia y declaración de derechos que, hasta ese momento habían sustanciado los escribanos judiciales, aunque apoyados en los Jueces, en base a la fe pública extrajudicial que aún ostentaban⁴². La siguiente oportunidad de abordar este tema la tenía el legislador procesal de 1881, quien debería haber hecho las adaptaciones precisas en la legislación procesal heredada. Pero no fue así. El largo período transitorio que la Ley del Notariado de 1862 estableció, permitiendo la coexistencia junto a los Notarios, de los antiguos Escribanos judiciales en el ejercicio de sus funciones judiciales y extrajudiciales, contribuyó a ello.

De este modo, siguiendo a la legislación notarial, la Ley de Enjuiciamiento Civil decimonónica se olvidó del papel que el Notario podía desempeñar en cuanto a esas otras funciones que, sin implicar contención, se atribuían al Juez en garantía de determinados derechos. A pesar de encajar mejor muchas de estas competencias en la función notarial, la complejidad de adentrarse en su contenido y naturaleza y la circunstancia de no ser una tarea formalizadora de contratos, hizo que la jurisdicción voluntaria se consolidara como institución judicial y que los

⁴¹ En el ejercicio de esta función, los Secretarios judiciales, hoy Letrados de la Administración de Justicia, documentan y dan fe. Por ello “dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias”. Y, asimismo, “son responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los jueces y magistrados, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley”. Expedirán certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes y, asimismo, autorizarán y documentarán el otorgamiento de poderes para pleitos, en los términos establecidos en las leyes procesales. En el ejercicio de la fe pública judicial, los Secretarios Judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad, así como al de autonomía e independencia. Cfr. con artículo 453.1 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, redactado por el número diecisiete del artículo primero de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y artículos 453.2 y 454.1, redactados por el apartado ciento veintitrés del artículo único de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por lo demás, los Secretarios judiciales ejercerán competencias de organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales e impulsarán el proceso en los términos que establecen las leyes procesales, a cuyo efecto, dictarán las resoluciones que sean necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquéllas que las leyes procesales reserven a Jueces o Tribunales. Cfr. con artículos 454.2, redactado por el apartado ciento veintitrés del artículo único de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 456.1 y 2, redactado por el apartado sesenta y ocho del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴² Véase en este sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Reflexiones y propuestas...”, cit., p. 215.

Notarios quedaran excluidos de la inmensa mayoría de estas funciones⁴³.

En efecto, en la Ley procesal de 1881, son escasas las atribuciones que se hacen al Notariado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁴⁴. Así, en sede de deslinde y amojonamiento, puede protocolizar el acta que pone fin al expediente. Puede asimismo protocolizar el auto que aprueba las informaciones *ad perpetuam memoriam* si se refiere a hechos de reconocida importancia. Protocolizará el testamento hecho de palabra e intervendrá en la tramitación judicial si hubiere concurrido al otorgamiento y por cualquier causa no lo hubiere elevado a escritura pública. Finalmente, en la apertura de testamentos cerrados, el Notario es citado, juntamente con los testigos instrumentales, para presenciar ante el Juez la adveración que éste haga de sus firmas y, después de leído y abierto, se protocolizará en los Registros del Notario que hubiere autorizado su otorgamiento⁴⁵.

En las décadas siguientes, a principios del siglo XX, con la legislación notarial ya aprobada, pero pendiente aún su desarrollo reglamentario, se despierta un interés creciente por profundizar en la naturaleza de la función notarial. Los primeros pasos en esta dirección van diseñando una corriente doctrinal que trata de enmarcarla dentro de la Teoría de los Poderes del Estado. E inserto en esta corriente doctrinal, comienza a desarrollarse en nuestro país un movimiento, no exento de críticas⁴⁶, a favor de la jurisdicción voluntaria notarial⁴⁷.

⁴³ En palabras de FONT BOIX, “[d]ichos actos, al distribuirse la esfera objetiva de la función judicial y notarial en la época moderna, quedaron adscritos a la judicatura, de una parte, porque no implicaban formalización documental de contratos, y de otra, por el cómodo criterio de no profundizar en su heterogénea naturaleza para hallar su verdadera sede”. FONT BOIX, V., “La función notarial...”, cit., pp. 233-235.

⁴⁴ Puede verse al respecto FONT BOIX, V., “La función notarial...”, cit., pp. 232-235 y FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 220-221, quien se pregunta que si estos actos se estiman función judicial, por qué los expedientes judiciales que derivan de estas actuaciones han de protocolizarse notarialmente o por qué no se protocolizan otros. Estas anomalías, concluye, “demuestran que el legislador español no siguió una línea uniforme de conducta al redactar los artículos de la LEC en materia de jurisdicción voluntaria y en general al trazar los límites fronterizos entre función judicial y notarial”.

⁴⁵ Cfr. arts. 2061 a 2070, 2002 a 2010, 1943 a 1955 y 1956 a 1979, respectivamente, LEC 1881.

⁴⁶ CAMPO GÜERRI afirma, a este respecto, que esta “permanente reivindicación del Notariado reclamando el reconocimiento de competencias para el desarrollo de actuaciones que tradicionalmente se engloban bajo el título de jurisdicción voluntaria (...) no está exenta de voces críticas que sostienen que tales atribuciones competenciales no son compatibles con la función notarial”. A su juicio, estas opiniones obedecen a “recesos dogmáticos (...) derivados del desconocimiento de nuestra función, cuando no a la incapacidad para deslindar los límites de la función jurisdiccional, o al propio desinterés por una institución trabajosa y de poco brillo.” CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., pp. 519-520.

DE LA CRUZ LAGUNERO recuerda que fue GONZALEZ PALOMINO quien primeramente adoptó posturas críticas frente a las pretensiones de ampliación encontrando que sólo una pequeña parte de los actos que él consideraba de jurisdicción voluntaria eran adecuados para recibir un tratamiento notarial. A efectos sistemáticos los clasificaba en tres grupos: autorizaciones o complementos de capacidad en relación con personas que carecen de ella o la tienen disminuida; declaraciones de situaciones jurídicas; y fijaciones provisionales de hechos, en los que el Juez, admitiendo pasivamente documentos y declaraciones testificales sobre hechos que no pueden perjudicar a personas determinadas, se limita a aprobar o no la información sin calificarla o darle valor. En este campo admite una posible concurrencia de la actuación notarial. Por su parte, DE LA CÁMARA, sigue diciendo DE LA CRUZ LAGUNERO, llega a adoptar una postura radicalmente opuesta a cualquier ampliación de competencias notariales en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Opina DE LA CÁMARA que los actos de jurisdicción voluntaria no son manifestación de la función típica encomendada a los Jueces, pero no hay razón funcional alguna que aconseje su adscripción a la competencia notarial, por no encajar en la función típica. No obstante, razones prácticas pueden aconsejar la atribución al Notariado, como función subjetiva, no objetiva, del tercer grupo de los actos de jurisdicción voluntaria antes formulado, esto es,

El Notariado español ve en la absorción de estas competencias de jurisdicción voluntaria, que habían sido tradicionalmente atribuidas a los Jueces, la recuperación de funciones de autenticación, homologación o documentación de negocios o actos jurídicos⁴⁸, cercenadas en otros momentos históricos⁴⁹ y que les corresponden por su naturaleza propia.

Tal arraigo llega a alcanzar esta doctrina, que la aspiración del Notariado a integrar su función con la jurisdicción voluntaria tiene acogida en nuestro ordenamiento jurídico, como lo demuestra la configuración que del Notariado se hace en el Reglamento Notarial de 1944, cuando en su artículo 3 lo define como órgano de jurisdicción voluntaria al que le corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial⁵⁰.

A un tiempo, la misma norma reglamentaria, con el precedente del

aquel que tiende a la fijación provisional de hechos. Véase, DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M., "Jurisdicción Voluntaria..." cit., pp. 349-351; GONZALEZ PALOMINO, J., *Instituciones...*, cit., pp. 79-82. Y, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Valor jurídico y aplicaciones..." cit., pp. 500-501.

⁴⁷ En palabras de FONT BOIX, "durante muchos años, esta aspiración notarial pareció que iba a triunfar, ya que no sólo entre Notarios tuvo acogida, sino que llegó a la DGRN(...)y tuvo defensores fuera del Notariado(...)Fruto de este estado de opinión fue el Reglamento Notarial de 1944"; si bien, continúa diciendo, "[s]e ha observado (...) que todo este movimiento pro jurisdicción voluntaria notarial está planteado en términos muy generales y sin profundizar en la naturaleza de los actos de esta especie. Esto ha dado origen a una nueva perspectiva del tema, desde la que se examina, con detalle, los diversos supuestos de la jurisdicción voluntaria para determinar si estamos realmente ante funciones notariales". FONT BOIX, V., "La función notarial..." cit., pp. 223-238; y FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria y sus relaciones..." cit., p. 149.

Según GIMENEZ ARNAU, "[l]as razones en que se apoya este sector mayoritario de la doctrina son, en resumen, las siguientes: 1. La jurisdicción voluntaria declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derechos de una manera directa. 2. Las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria no tienen la santidad de cosa juzgada. En la generalidad de los casos no cabe contra ellas el recurso de casación. 3. No habiendo declaración de derechos controvertidos, ni posibilidad de que haya oposición en esta clase de expedientes, no tiene por qué intervenir el Juez. 4. Tratándose en consecuencia de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención en los mismos debe corresponder a los funcionarios del orden notarial, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica". GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 164-168.

NAVARRO AZPEITIA nos recuerda como, por iniciativa suya, el Colegio Notarial de Barcelona y luego la Asamblea de Juntas Directivas de Colegios Notariales de España, el 6 de junio de 1940, acordaron por unanimidad que al Notariado correspondía la competencia plena en todos los expedientes de la jurisdicción voluntaria, puesto que lo son de demostración de hechos a instancia de parte sin contienda y hoy tienen en la legislación notarial un vehículo apto, como es el acta de notoriedad, lo suficientemente flexible para cumplir en ella las garantías procesales propias de cada caso y lo suficientemente rígido para dejar a la calificación y responsabilidad del Notario la declaración de haber probado o no el hecho sometido a notoriedad. Afirma el autor que "[e]l Notario, perito en Derecho, como el Juez; representante del Estado, como el Fiscal; e investido de fe pública, como el actuario, puede revestir estas actuaciones de todas las garantías precisas para su plena efectividad". NAVARRO AZPEITIA, Fausto, "Actas notariales de notoriedad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, especial 1945, pp. 89-90, citado por FONT BOIX, V., "La función notarial..." cit., pp. 235-237.

⁴⁸ A este respecto, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "La Jurisdicción Voluntaria en el..." cit., pp. 22-32.

⁴⁹ Puede verse en cuanto a la justificación histórica de la aspiración del Notariado a asumir una parte importante del contenido de la jurisdicción voluntaria a NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial..." cit., pp. 77-118, quien afirma que este *desideratum* "no respondió (...) al azar; ni tampoco a un repentino impulso por ampliar las funciones notariales. Por el contrario, obedecía a un sentir unánime del notariado latino en orden a recuperar plenamente una competencia que, si bien no le había sido nunca cercenada de manera completa, había sido reducida enormemente (...) por el devenir de las instituciones jurídicas y los cambios políticos de la estructura estatal". Y por ello entiende que no es casual "que cuando los representantes del notariado latino celebraban el Congreso fundacional de su máximo organismo internacional y, precisamente en la Resolución encargada de definir al notario latino, se incluyera esta referencia a la jurisdicción voluntaria".

⁵⁰ Cfr. arts. 2 y 3 RN.

Reglamento Notarial de 1935, regula en sus artículos 209 y 210 las actas de notoriedad, cuya introducción y desarrollo legislativo en nuestro país se consideraron un impulso en orden a la asunción por el Notariado de actos de jurisdicción voluntaria. Discutidas desde su mismo origen por entenderlas ajenas a la función notarial típica, en ellas se vio el instrumento técnico adecuado para la tramitación de los expedientes notariales en aquella materia⁵¹. Poco después de la aprobación del Reglamento notarial, la reforma hipotecaria, materializada en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1944 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947, contiene, en el ámbito del Derecho registral, un número importante de aplicaciones en nuestro Derecho de las actas de notoriedad⁵².

Bastantes años después, especial mención merece la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que recogió la tradicional aspiración del Notariado español abordando, si bien de forma parcial, la demanda de desjudicialización que ya existía en nuestro país en referencia a una competencia especial. Dando nueva redacción al artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, atribuyó a los Notarios la competencia exclusiva para la declaración de herederos cuando los únicos parientes que se crean con derecho a una herencia sean los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado que, por la propia dinámica y desenvolvimiento de los actos sucesorios en sede extrajudicial, era requerida de forma razonable por los Notarios⁵³. El instrumento para la tramitación de la declaración de herederos debía ser también el acta de notoriedad, a cuyo efecto el Real Decreto 1368/1992, de 13 de diciembre, introdujo en el Reglamento Notarial el artículo 209 bis, para regular de forma específica la tramitación de las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato.

Sin embargo, la declaración general contenida en el artículo 3 de la norma reglamentaria, quizás con unas pretensiones demasiado expansionistas, quedó con el paso del tiempo vacía del contenido y desarrollo necesario para considerar que se había alcanzado el objetivo de integración de la función pretendido desde el Notariado. Lo cierto es que después de estos empeños legislativos, la tendencia no ha sido favorable a que los Notarios asuman competencias en materia de jurisdicción voluntaria. Por ello, y aunque con diferente intensidad y perspectiva, las reivindicaciones no han cesado desde entonces. El Notariado español, con

⁵¹ En este sentido, el II Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Madrid en 1950 afirma en referencia a las aplicaciones del acta de notoriedad que “[e]sta forma (...) es precisamente el cauce procedimental, el medio técnico como decíamos, que permite al notario asumir las competencias en materia de jurisdicción voluntaria, siendo equivalente al proceso jurisdiccional”. Puede verse esta referencia en NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p.100. FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., p. 272, en la misma dirección, afirma que el vehículo instrumental apto para recoger la jurisdicción voluntaria es el acta notarial de notoriedad.

⁵² No obstante, como recuerda NIETO SÁNCHEZ, el juicio general sobre las actas reguladas en la reforma hipotecaria no fue muy favorable sobre todo en aquellas que requieren la aprobación judicial posterior. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p. 122.

⁵³ Así nos recuerda NIETO SÁNCHEZ que “tanto los Notarios como el público contemplaban cómo, cuando los particulares acudían a la notaría para realizar la partición de herencias intestadas, los trámites debían demorarse durante varios meses hasta que se obtenía el auto judicial”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p. 127.

ocasión de sus Congresos Nacionales, así lo ha puesto de manifiesto, afirmando su deseo de integrar la “función notarial con aquellos actos de la llamada jurisdicción voluntaria que constituyen esencialmente funciones notariales”, ofreciéndose, “sin pretensiones de exclusividad, y como partícipe de la función pública que ejerce, a asumir cuantas funciones y tareas dentro del campo de la jurisdicción no contenciosa le sean encomendadas, con el ánimo de contribuir al servicio de la Administración de Justicia y de los ciudadanos⁵⁴”.

2.2.- Límites a la asunción por el Notariado de competencias en materia de jurisdicción voluntaria

La aspiración del Notariado a asumir competencias en materia de jurisdicción voluntaria, lejos de haberse debilitado, subsiste en la actualidad.

Junto a las razones expuestas de índole histórica que justifican la reivindicación notarial sobre la base de unas competencias cercenadas en el movimiento codificador del siglo XIX, hoy encontramos argumentos más actualizados. Argumentos que derivan de un análisis de la función notarial desde la perspectiva de su contenido, del quehacer o actividad típica y propia del Notariado y de la utilidad y eficacia que esta institución aporta dentro del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Sin embargo, la prudencia debe inspirar la atribución al Notariado de funciones en esta materia que no puede ni debe hacerse de forma absoluta o sin límites⁵⁵.

A nuestro juicio, las competencias que se atribuyan a los Notarios han de ser

⁵⁴ Véase conclusión E del VI Congreso Notarial Español, celebrado en Madrid en el año 1997 y conclusión 1ª del VII Congreso Notarial Español celebrado en Zaragoza en 2001 a las que se refiere RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Jurisdicción civil...”, pp. 201-204. Pueden consultarse en *Ponencias presentadas al VI Congreso Notarial Español*, Madrid, 13-15 de noviembre de 1997, Madrid, Consejo General del Notariado, 1997 y *Ponencias presentadas al VII Congreso Notarial Español*, Zaragoza, 14-17 de noviembre de 2001, Madrid, Consejo General del Notariado, 2002.

⁵⁵ RODRIGUEZ ADRADOS refleja con suma claridad cuáles son los límites a tener en cuenta en la atribución al Notariado de competencias en materia de jurisdicción voluntaria: “la atribución de procedimientos de la actual jurisdicción voluntaria judicial a funcionarios no judiciales tiene que estudiar previa y detenidamente su constitucionalidad. Pero no sólo hay que tener en cuenta la Constitución; también hay que pensar en la función y estructura del Notariado y de las instituciones jurídicas de su entorno, y muy especialmente en la separación entre fe pública extrajudicial y fe pública judicial que llevó a cabo la Ley del Notariado de 1862, y que conserva toda su vigencia, pues notarios y secretarios judiciales tienen funciones esencialmente distintas, aunque ambas contengan un momento culminante de fe pública”. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Jurisdicción civil...”, cit., pp.203.

En este mismo sentido de precisar los límites a la asunción notarial de competencias en sede de jurisdicción voluntaria, afirma DELGADO DE MIGUEL que “[s]in embargo y aun reconociendo el interés que para el Notariado pudiera tener el asumir competencias en esta materia, no dejaremos de hacer dos advertencias al respecto. La primera es que el Notario español (...) ha asumido con responsabilidad, dedicación y profesionalidad el mandato del legislador y con iguales características asumirá las que se le encomiende en bien de la sociedad, pero ello no puede llevar a que al Notario se le atribuyan en el futuro una serie de materias que están íntimamente vinculadas a la fe pública judicial. La segunda es que existe un ámbito absolutamente exclusivo de la potestad jurisdiccional que es la función juzgadora en la que el Notario ni puede ni debe entrar. En uno y otro caso se podría ir hacia una peligrosa y a todas luces perjudicial ‘judicialización del Notariado que en absoluto tiene que ver con nuestra función”. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, “La Función Notarial”, *Ponencias presentadas por el Notariado Español, VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1993, p. 269.

competencias que funcionalmente les puedan corresponder como titulares de la fe pública extrajudicial. Ni pueden convertirse en jueces preventivos, ya que no ejercen jurisdicción y carecen de *imperium*; ni pueden invadir la fe pública judicial, de la que son titulares exclusivos los Letrados de la Administración de Justicia. El respeto a la esencia propia de la función notarial así lo exige⁵⁶. Sólo de esta forma se mantendrá la alta consideración hacia unos profesionales tan necesarios para nuestro tráfico jurídico y su seguridad como lo son los Notarios.

2.2.1.- Límites legales de la competencia notarial

La jurisdicción voluntaria, en tanto venga atribuida a Jueces y Tribunales, supone, al amparo del artículo 117.4 de la Constitución Española y 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el ejercicio de una función judicial en garantía de derechos y no el desempeño de la potestad jurisdiccional propiamente dicha de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Tal como está constitucionalmente configurada la atribución a los Jueces y Tribunales de la competencia en materia de jurisdicción voluntaria, tan respetuoso con la Carta Magna sería, como hasta ahora ha ocurrido, su permanencia en sede judicial, como la opción de la desjudicialización.

Por tanto, cuando nos referimos a que existen límites constitucionales y legales para la asunción de competencias en materia de jurisdicción voluntaria, no aludimos tanto a la imposibilidad de invadir el ámbito de la potestad jurisdiccional reservado a Jueces y Tribunales en el artículo 117.3 de la Constitución, como a la necesidad de deslindar aquellos casos en los que la intervención judicial, aunque no sea jurisdiccional, es irremplazable, de aquellos otros en que esta actuación tradicionalmente judicial sí se puede sustituir, en especial, por la función notarial⁵⁷.

Si bien la Constitución no establece límites expresos al respecto de qué derechos deben quedar amparados por los Jueces y cuáles pueden ser garantizados a través de una actuación notarial, lo cierto es que una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales nos lleva a concluir que, aunque no referidos ni delimitados en el artículo 117.4, sí existen determinados derechos que en la Constitución gozan de una protección especial. Y que esta protección o garantía especial, en sede de jurisdicción voluntaria, pasa por mantenerlos en sede judicial, a pesar de no tener naturaleza estrictamente jurisdiccional.

⁵⁶ En este orden de cosas, afirma DE PRADA que con la desjudicialización de competencias no se trata “tanto de abrir una nueva vía de actuación a la función notarial o crear una nueva forma documental, cuanto de restituir a los Notarios atribuciones que encajan en su función tal y como es entendida en la actualidad”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Reflexiones en torno a la futura Ley...”, cit., p.34.

⁵⁷ CASTÁN afirma que “[f]rente a la aspiración del Notariado de recobrar la integridad de funciones que cree corresponden a su ministerio(...)lo que hay que destacar es la procedencia de que se respete siempre la competencia de los Jueces, respecto a la llamada jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en los que se trata, no ya de una mera actividad constatadora o legitimadora, sino de tutelar los intereses privados, mediante la garantía de la intervención del órgano del Estado en determinados negocios, ya tenga ésta la forma de una autorización previa a la realización del acto, ya la de una asistencia, en la que dicho órgano colabora con las personas privadas para la formación del acto, ya la de una homologación o aprobación que dé plena eficacia al acto ya realizado”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial...*, cit., pp. 194-195.

Sin embargo, como respuesta a la creciente judicialización experimentada por nuestra vida civil, entendemos que la tutela judicial amparada en el párrafo 4 del artículo 117 de la Constitución debe configurarse de forma restrictiva⁵⁸.

Este primer límite funciona, pues, en una doble dirección: no se pueden desjudicializar y atribuir al Notariado competencias relativas a situaciones de especial riesgo, al tiempo que la atribución a los Jueces de funciones en garantía de derechos habrá de quedar debidamente acotada, a fin de no desnaturalizar su genuina función jurisdiccional. Será la naturaleza o la relevancia del derecho o interés que se tutela las que determinen la necesidad de este especial amparo por las garantías de imparcialidad e independencia que conlleva la intervención de Jueces y Tribunales⁵⁹.

Es necesario, en este punto, reflexionar sobre cuáles son esos derechos cuya tutela está constitucional o legalmente reservada a los Jueces⁶⁰, por estar

⁵⁸ A este respecto, han sido muchos los autores que entienden que la prudencia debe inspirar la atribución de competencias no estrictamente jurisdiccionales a Jueces y Tribunales. CAMPO GÜERRI, M.A., "La competencia notarial...", cit., pp. 523-529, afirma que de la interpretación conjunta de los párrafos 3 y 4 del artículo 117 de la Constitución resulta que la exclusividad de la jurisdicción exige [desde un punto de vista negativo] que los Jueces y Tribunales no ejerzan otras funciones que las propiamente jurisdiccionales; el ámbito extensivo que permite el artículo 117.4 de la Constitución, afirma "debe ser entendido como marco garantizador de ciertos derechos necesitados de especial y previa protección; cualquier otra atribución que se dé a los jueces por esta vía, posiblemente chocaría con la teoría de la división de poderes".

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA se manifiesta asimismo favorable a la opinión de aquellos autores que, como MONTERO AROCA, insisten en que no cabe realizar una interpretación amplísima de los artículos 117.4 de la Constitución y 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuyen a Jueces y Tribunales competencias en garantía de derechos, pues de hacerlo así podría llegarse a considerar que puede atribuirseles "cualquier función relacionada con cualquier derecho". MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 116, citado por GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario", *Ponencias presentadas por el Notariado Español, VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1993, p. 95. En el mismo sentido, en cuanto a los límites que debe tener la reserva a los Jueces y Tribunales de competencias en sede de jurisdicción voluntaria en garantía de determinados derechos, puede verse NIETO SÁNCHEZ, José, "Competencia notarial...", cit., 123-124.

⁵⁹ BELLOCH JULBE, J.A., "Notas en torno al Notariado...", cit., p. 25, entiende que sería el "amparo de situaciones de riesgo especial pese a la inexistencia de controversia" lo que justificaría la intervención judicial.

⁶⁰ Diversa doctrina ha manifestado su opinión sobre cuál debería ser el criterio delimitador de las competencias judiciales. En especial, merece nuestra atención la aportación hecha por BELLOCH JULBE. A su juicio "la cuestión es simplemente de precisión de límites y pertenece a la dogmática y a la política jurídicas y, sobre todo, en ese concreto y modesto terreno de lo conveniente y lo útil debe situarse el problema". El autor hace una interesante propuesta para el debate sobre la base del artículo 53 de la Constitución Española que establece tres niveles de garantía y protección. En el nivel menos intenso, afirma, "se sitúan (53.3) los principios rectores de la política social y económica, respecto de los cuales su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero con la especificidad de que sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. En un plano intermedio (53.1) se sitúan la totalidad de los derechos y libertades del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución que vinculan a todos los Poderes públicos (...); su ejercicio sólo podrá regularse por Ley formal (...) y para su adecuada tutela se establece la concreta vía del recurso de inconstitucionalidad (...). Finalmente, el nivel más intenso de protección y tutela (al que se refiere el art. 53.2) se establece para las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1ª del referido Capítulo Segundo, esto es para los derechos fundamentales y las libertades públicas (...) Pues bien, sólo respecto de tales concretos derechos y libertades fundamentales, nuestro ordenamiento constitucional, además de la tutela y protección genérica establecida para todos los derechos y libertades del Capítulo Segundo, añade un plus de tutela específica consistente en un doble mecanismo: 1) que los ciudadanos podrán recabar su tutela directa y personalmente ante los Tribunales ordinarios (...) y 2) que los ciudadanos tienen legitimación activa (a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad) para recabar su tutela del propio Tribunal Constitucional, a través, precisamente, del recurso de amparo (162.1.b)". En consecuencia entiende BELLOCH que "siempre que a través de un procedimiento voluntario se trate de

necesitados de un amparo específico, más allá del genérico que concede el principio de tutela judicial efectiva.

Se trata de ofrecer la máxima protección a todos aquellos derechos a los que nuestro ordenamiento jurídico, tanto la Constitución como la legislación ordinaria, ha considerado dignos de una mayor garantía, así como a aquellos expedientes dirigidos a la resolución de conflictos que el ordenamiento jurídico no considera con entidad suficiente para ser dirimidos en el seno de proceso contencioso, pero sí para encauzarlos a través de la tutela simplificada que brinda el procedimiento judicial voluntario: derechos y libertades fundamentales; derechos indisponibles; aquellos relacionados con intereses generales, públicos o sociales; condición y estado civil de las personas; aquellos que afecten a menores o personas con capacidad judicialmente modificada, supuestos de derecho de familia en cuanto afectan a los intereses de estos últimos, así como casos de discrepancia en relación a la custodia de los menores, relaciones con sus parientes o allegados o administración o disposición de sus bienes, o, en fin, desacuerdos entre cónyuges sobre la gestión o disposición de los bienes comunes.

El mayor amparo en la Constitución lo disfrutaban los derechos recogidos en la Sección 1ª Capítulo Segundo del Título I, al tiempo que la legislación civil ordinaria, estatal y autonómica, en su caso, somete a control o supervisión judicial gran parte

amparar cautelarmente alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I del Capítulo Segundo del Título I de la CE, en la medida en que el propio texto constitucional ha impuesto a la Jurisdicción ordinaria un mecanismo específico de plus protección, parece razonable seguir apostando por mantener tales procedimientos dentro del ámbito de la función judicial. Y, en sentido opuesto, siempre que se trate de los restantes derechos y deberes de los ciudadanos (...) parecería igualmente razonable desjudicializar los procedimientos voluntarios tendentes a su amparo cautelar, desde el momento en que, como veíamos, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface plenamente con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria cuando el correspondiente procedimiento (...) devenga en contencioso". BELLOCH JULBE, J.A., "Notas en torno al Notariado...", cit., pp. 32-37. CAMPO GUERRI se adhiere, en este punto, al criterio mantenido por BELLOCH JULBE afirmando que "quedaría reservada a la esfera judicial los procedimientos cautelares tendentes al amparo de los derechos de la personalidad, la tutela judicial efectiva, así como las cuestiones relativas a la incapacitación de las personas y los mecanismos de su guarda y protección. Y cabría desjudicializar los referentes al derecho de propiedad privada, sucesiones, libertad de empresa, formas del matrimonio y su disolución y, en general, los de contenido y trascendencia exclusivamente patrimonial". CAMPO GÜERRI, M.A., "La competencia notarial...", cit., p. 531.

En este sentido, podemos seguir al profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLIII, p. 362 quien, sin defender que sean actividades jurisdiccionales en sentido estricto, entiende que con carácter general deben mantenerse en la esfera judicial todos aquellos asuntos en los que sea necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, o bien a la necesidad de aplicar a casos concretos valores más que reglas o decidir entre valores, o bien el hecho de tratarse de situaciones conexas con la jurisdicción contenciosa o bien supuestos en los que se trate de averiguar hechos o la existencia de derechos, o bien finalmente supuestos que requieran una especial garantía o control por parte de la autoridad pública. De acuerdo con estos criterios considera el autor que deben reservarse a los Jueces los procedimientos en los que se trate de amparar cautelarmente alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas; los relativos al derecho de familia y a la condición y estado civil de las personas; los que garantizan intereses generales, públicos o sociales; los que afectan a personas o bienes cuya defensa sea competencia de autoridades públicas o deba intervenir preceptivamente el Ministerio Fiscal; los que afecten a personas con capacidad de obrar limitada; o aquellos que requieran la formulación de juicios de valor realizados con posterioridad a la comprobación de hechos o datos. Citado FERNÁNDEZ DE BUJÁN por DE PRADA GONZÁLEZ, José María, "Problemas que plantea la regulación...", cit., pp. 1614-1640. Disponible en <http://revistas.laley.es>. Fecha de última consulta 3 de octubre 2014. En el mismo sentido, en cuanto a las competencias que deben continuar en manos de los Jueces, puede verse FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, "La Jurisdicción Voluntaria en el plató", cit., pp. 25-27.

de los actos y contratos en que estén implicados menores o personas con capacidad complementada⁶¹, entendiéndose que ésta es la mayor seguridad que el ordenamiento jurídico puede y debe ofrecer ante situaciones de especial riesgo.

Esta delimitación bien podría encajar, con alguna matización, con la tradicional clasificación por materias del Derecho Privado⁶². Especial protección requieren los derechos enmarcados en los ámbitos del Derecho de la Persona y de la Familia, en tanto puede predicarse, con carácter general, la desjudicialización de gran parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de Derecho de obligaciones, Derechos reales y Derecho de sucesiones. Ciertamente es el sentir prácticamente unánime en torno a que los Notarios son los profesionales que de forma óptima están llamados a asumir, casi en su totalidad, los procedimientos en el ámbito sucesorio⁶³.

⁶¹ Así, cfr. con los siguientes artículos del Código Civil, sin ánimo exhaustivo: 166 y 167 relativos a la disposición y administración de bienes de los hijos menores; 215 y siguientes y 259 y siguientes relativos a la constitución y ejercicio de la tutela; 120 y siguientes referentes a la determinación de filiación no matrimonial; 166 relativo a la autorización judicial que deben recabar los padres para proceder a la venta de determinados bienes de sus hijos menores; así como artículos 299 y siguientes sobre la necesidad de nombrar un defensor judicial al menor o persona con capacidad modificada judicialmente. En este sentido, afirma NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., p. 177, que "la Ley de 24 de octubre de 1983 ha optado claramente por un sistema de tutela que gravita bajo la autoridad judicial". Al tiempo, sigue diciendo el autor, que "en algunos derechos forales se mantienen sistemas familiares de protección de menores e incapaces, donde según los casos se admite la intervención notarial", si bien, no obstante, también existen normas que prevén cierto control judicial. Así por ejemplo, artículo 221-5 de Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, sobre las medidas de control judicial al buen funcionamiento de la institución de protección de la persona menor de edad o que no pueda gobernarse por sí misma; el artículo 10 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, sobre la intervención judicial a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios; o el artículo 15 del mismo Cuerpo legal sobre la necesaria autorización del Juez o de la Junta de Parientes para realizar determinados actos de disposición.

Y en este orden de cosas, en relación a actos y contratos en que estén implicados menores o personas con capacidad disminuida, sostiene FONT BOIX que no es misión del Notariado asumir la decisión y la responsabilidad de autorizaciones para la realización de ciertos actos o negocios, protecciones o representaciones, complementos de capacidad de determinadas personas por razón de su estado. No sólo se trata de derechos dignos de una especial protección, sino que, a su juicio, presuponen una facultad que se desenvuelve mediante declaraciones de voluntad, que no puede emitir el Notario. No son función jurisdiccional, pero opina FONT BOIX que, mientras el Estado no estime conveniente crear un órgano más *ad hoc*, como una especie de Junta Tutelar de Menores o Incapaces, no hay razón para privar de ellas a los Jueces. FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., p. 271 y FONT BOIX, V., "La función notarial...", cit., pp. 280-282.

⁶² A este respecto y además del interesante criterio delimitador aportado por BELLOCH, el autor entiende que "otra aproximación posible a este mismo tema sería atender a la tradicional dogmática del derecho privado, reservando para la esfera judicializada los procedimientos cautelares tendentes al amparo de los derechos de la personalidad y, quizá, al amparo de las diversas situaciones generadas en el ámbito del derecho de familia, y, por el contrario, encarar una decidida desjudicialización de los procedimientos cautelares propios del derecho de obligaciones, de los derechos reales y del derecho de sucesiones y, por ende, de la mayor parte de los procedimientos voluntarios característicos del tráfico mercantil". BELLOCH JULBE, J.A., "Notas en torno al Notariado...", cit., p. 37.

⁶³ En este sentido, tal como recoge LARA HERNÁNDEZ, Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, en un reciente artículo en el que se hace eco de las conclusiones a que llegaron Notarios y Secretarios Judiciales en el I Encuentro de Fedatarios Públicos celebrado el 27 de marzo de 2014 en Madrid, en aquel encuentro documentaron que "nadie mejor que el Notario para la llevanza de los procedimientos de sucesiones, y el Secretario judicial para los de personas. Que los Secretarios judiciales deberían ser los encargados del Registro Civil, y así se expresa en el acuerdo con el Notariado, y en esta condición podrían celebrar matrimonios". LARA HERNÁNDEZ, Rafael, "Jurisdicción Voluntaria, encuentro e inquietud", *Escritura Pública*, núm. 87, mayo-junio 2014, p. 29.

Una vez determinados estos derechos o, al menos, una vez clarificadas unas directrices generales sobre la reserva judicial, respetuosa con la Constitución y sin duda conveniente, llegamos a la conclusión de que es perfectamente constitucional que el legislador decida reducir y acotar el objeto y ámbito de aplicación de la nueva jurisdicción voluntaria judicial atribuyendo el conocimiento de muchos asuntos tradicionalmente asignados a Jueces y Tribunales a la función notarial.

Hecha la reserva judicial para las competencias relativas a los derechos mencionados, cuando se trate de funciones de mera presencia, calificación, legalización, autenticación o documentación de un acto o negocio jurídico, comprobación de hechos e incluso la constatación de los mismos cuando de ella derive la determinación de una situación jurídica, estaremos ante actividades que ni constituyen función jurisdiccional propiamente dicha, ni requieren la intervención del Juez como garante de derechos dignos de especial protección, por lo que pueden y deben desjudicializarse y ser encomendados a otros operadores jurídicos, en especial a los Notarios⁶⁴.

De esta forma los Jueces verán aliviada en cierta medida su carga de trabajo y reforzada su misión constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁶⁵; los Notarios, por su parte, verán aumentadas sus funciones de seguridad jurídica preventiva.

2.2.2.- Límites derivados de la propia función notarial: su naturaleza jurídica

Delimitadas qué competencias deben permanecer en sede judicial, la ampliación del campo de actuación del Notariado en sede de jurisdicción voluntaria tiene otro límite: respetar en todo caso el *statu quo*⁶⁶ de la propia función notarial.

Ello implica, de un lado, no invadir la fe pública judicial y, de otro, asumir competencias que puedan entenderse como propias a la luz de la naturaleza de la función y de su contenido característico.

Sin perjuicio, no obstante, de que puedan llegar a valorarse razones de oportunidad o utilidad práctica que hagan conveniente la atribución al Notariado

⁶⁴ A este respecto, afirma DE PRADA que lo cierto es que muchas de las funciones hasta hoy ejercidas por los jueces, encajan mejor en la labor “documentadora y de fijación de hechos y derechos y emisión de juicios basados en dichos hechos encomendadas por el ordenamiento a los Notarios”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Problemas que plantea la regulación...”, cit., pp. 1614 y ss.

⁶⁵ MEZQUITA DEL CACHO entiende que para evitar que la atribución de competencias no jurisdiccionales rebaje el prestigio social de Jueces y Tribunales, “esas intervenciones *sine litis* deben reducirse exclusivamente a supuestos en los que la hipótesis de potencial controversia aparezca como un riesgo especialmente acusado, o lo hubiere de indefensión o desprotección para algún sujeto implicado, en atención a sus circunstancias especiales de incapacidad; ya que entonces emergen los presupuestos de una necesidad de amparo”. A lo que añade el autor, no sin razón, “que constituye un contrasentido que debiéndose en buena parte la organización de un sistema preventivo para promover la seguridad jurídica privada al deseo de aliviar la congestión de tareas del aparato jurisdiccional, su gestión sea precisamente encomendada, con el recargo consiguiente, a las mismas estructuras”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada*, 2..., cit., pp. 28 y 29.

⁶⁶ LIÉBANA ORTÍZ, Juan Ramón, “La nueva jurisdicción voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 876, 9 de enero 2014, p. 11.

de determinadas competencias concretas que, no encajando a la perfección en la función típica, sí encuentren en esta sede, por su aproximación al ámbito funcional y de especialización jurídica material, el lugar óptimo donde alcanzar las respectivas finalidades perseguidas y donde poder ser ejercitadas con rigor y sin merma de garantías. Esto exigiría una adecuada justificación de cuáles sean esas razones de oportunidad, así como una regulación precisa del modo de proceder de los Notarios en la correspondiente tramitación, según sus propias normas de funcionamiento y sin llegar a convertirse en jueces preventivos.

Los pilares pacíficos sobre los que en la actualidad se asientan la esencia de la función notarial, su contenido y caracteres propios, así como su configuración dentro de nuestro sistema jurídico han sido, no obstante, desde hace más de un siglo objeto de debate doctrinal. Debate que se ha planteado sobre la base de dos enfoques diferentes. El primero, trata de enmarcar a la función notarial dentro del esquema clásico de la división de Poderes del Estado. En efecto, sobre la base de la teoría de la jurisdiccionalidad o de la función legitimadora o certificante notarial, se inicia a principios de siglo XX, como vimos, un movimiento tendente a atribuir al Notariado globalmente la que hasta ahora había sido jurisdicción voluntaria judicial. En las últimas décadas, se ha cambiado radicalmente el planteamiento. Desde un segundo enfoque, se analiza la esencia de la función notarial mediante el estudio de cuál sea su contenido típico y la eficacia que se le da al mismo; y, desde esta perspectiva, se sostiene que sólo los actos de jurisdicción voluntaria que encajen en ese contenido típico, podrán ser asumidos por el Notariado.

a) La función notarial como función del Estado: función jurisdiccional, función administrativa o *tertium genus*

Descartada su consideración como función legislativa, el primero de los enfoques, pues, intenta, con diversos argumentos, enmarcar la función notarial bien dentro de la Jurisdicción, bien dentro de la Administración, o incluso configurándola como actividad con sustantividad propia y diferenciada.

Función jurisdiccional

A principios de siglo XX, prevalecieron las teorías que trataban de incluir la función notarial dentro de la función jurisdiccional⁶⁷, sobre la base de la distinción

⁶⁷ Se inicia esta tesis con los trabajos de LAVANDERA. Defendió este autor la idea de que la función notarial es una modalidad de jurisdicción voluntaria y ambas, por tanto, de naturaleza jurisdiccional. Califica la función notarial como una Magistratura especial de la jurisdicción voluntaria que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esta esfera, con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada una; y presenta de forma paralela el proceso instrumental y el judicial, afirmando que el Notario también busca con imparcialidad la igualdad de las partes, el equilibrio de las prestaciones y la equidad. LAVANDERA, Víctor, Magistratura notarial, *Revista de Derecho Privado*, 1917, pp. 205 y ss y "Jurisdicción notarial", *Revista de Derecho Privado*, 1918, t. V, p. 214 y ss. Citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., Función notarial y elaboración..., cit., p. 20, y por MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada*, 1..., cit., pp. 383-384.

En el mismo sentido, BELLVER CANO, Antonio, *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, ed. Suárez, s/f., pp. 16 y ss., mantiene que la función notarial es función jurisdiccional por estar dirigida a declarar el Derecho; constituye, a su juicio, una de las tres jurisdicciones que ejerce el Estado, la penal, la litigiosa y la voluntaria. Citado asimismo por CASTÁN TOBEÑAS, J., Función notarial y elaboración..., cit. p. 20.

entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

Desechadas aquellas opiniones favorables a la equiparación de la función notarial con la jurisdicción en sentido estricto por tratarse ésta de una potestad exclusiva de los Jueces y Tribunales, en base a esta pretendida naturaleza jurisdiccional de la función notarial, se ha mantenido la absorción de la jurisdicción voluntaria por aquélla, por quienes entienden que la jurisdicción voluntaria también tiene naturaleza jurisdiccional.

Dentro de los argumentos que se utilizan para defender la naturaleza judicial de la función notarial como jurisdicción voluntaria⁶⁸ destaca el origen judicial que se atribuye al documento notarial, cuyo precedente se quiere situar en los juicios fingidos propios del proceso civil romano. Siendo precisamente esa referencia a los juicios aparentes del Derecho romano uno de los sentidos que ha tenido el término jurisdicción voluntaria en los sistemas de Derecho latino, como vimos anteriormente.

En los casos en que demandante y demandado se limitaban a celebrar un negocio jurídico, éstos no pretendían sino conseguir el efecto firme de la *res iudicata*, lo que se alcanzaba, bien mediante el reconocimiento o *confessio in iure*, bien, en una fase posterior, mediante el allanamiento traslativo a una pretensión adquisitiva de titularidad o *cessio in iure*. Estos casos se resolvían en la fase *in iure* ante el Magistrado, sin necesidad de llegar a la *litis contestatio*, por lo que la sentencia era innecesaria, bastando un *praeceptum de solvendo* del Juez. Más tarde, se llegó incluso a suprimir la demanda, compareciendo las partes ante el Juez y, previo requerimiento de una de ellas, la otra confesaba y el Juez pronunciaba el *praeceptum de solvendo*, con eficacia de cosa juzgada. Será en los siglos XII y XIII, con el surgimiento del Notariado moderno, cuando se atribuye a estos profesionales del derecho las funciones de formalización y documentación de actos jurídicos entre particulares que hasta entonces, aunque quizás sólo formalmente y a modo de juicios fingidos, eran consideradas como *iurisdictio*. Estos juicios

A pesar del arraigo adquirido por esta tesis, ha tenido detractores dentro del Notariado. Así, GIMÉNEZ ARNAU opina que la actuación del Notario no puede ser asimilada a la judicial, porque tiene una finalidad distinta, esto es, preventiva de toda contienda judicial, y porque carece del *imperium*, característico de la auténtica jurisdicción. GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, "Introducción al Derecho Notarial", Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 186 y ss, citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., Función notarial y elaboración..., cit., p. 21.

⁶⁸ Las razones de quienes tal afirman fueron denunciadas por GONZALEZ PALOMINO cuando decía que "se ha ido abriendo paso, poco a poco, hasta obtener acogimiento casi general, la nueva y viejísima teoría que pretende explicar la función notarial como una actividad de la llamada jurisdicción voluntaria, que campea en el artículo 3 del Reglamento definitivo. En unos casos, como base doctrinal para defender la integración de la función. En otros, por criterios de continuidad histórica: por la formación histórica de los documentos notariales. Y en los mejores, por el espejuelo de la atracción del Derecho procesal civil: por el prestigio de su rango, la eficacia de su método y el rigor de su técnica". GONZALEZ PALOMINO, José, *Instituciones...*, cit., 1948. p. 68.

Entiende FONT BOIX que "buena parte de quienes mantienen esta opinión utilizan sus argumentos no para ligar la función notarial a lo judicial, sino para reducir la función judicial al plano contencioso y considerar al notario como el único órgano competente para actuar en el campo de la llamada jurisdicción voluntaria, cuya autonomía se patrocina abiertamente". Puede verse al autor en cuanto a los argumentos mantenidos para defender la jurisdiccionalidad de la función notarial. FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria y sus relaciones...", cit., pp. 144-146.

aparentes se sustituyen por una comparecencia ante el Notario. Los documentos notariales adquieren mediante la cláusula *guarentigia* la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo* dictado por el Juez. Nace, así, el *instrumenta guarentigia* o documento público⁶⁹.

Esta concepción debe entenderse hoy superada ya que, sin olvidar estos precedentes, el Notario ha encontrado en la tarea formalizadora de actos y contratos su misión típica y goza de sustantividad propia dentro de nuestro sistema.

Junto a estos antecedentes históricos, se han esgrimido otras razones para justificar la esencia judicial de la función notarial. Principalmente, se argumenta en base a la dependencia que el Notariado tiene orgánicamente del Poder Judicial en algunos países del sistema latino⁷⁰, así como, finalmente, en atención a su propio contenido, queriendo ver supuestas semejanzas en la forma de actuación de los Notarios y de los Jueces fundamentadas en la idea de que ambos aplican y declaran el Derecho⁷¹.

Sin embargo, función judicial y función notarial son esencialmente diferentes⁷². La función notarial aplica el Derecho en la normalidad, sin contienda y

⁶⁹ En cuanto al origen judicial del documento notarial puede verse NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el documento público*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Serie 3ª Monografías de Derecho español, 1950, pp. 255-281 y NUÑEZ LAGOS, Rafael, "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo II, Madrid, Instituto de España, 1986, pp. 119-128.

⁷⁰ En un plano orgánico, dice FONT BOIX que, si bien "se ha destacado la dependencia del Notariado respecto del poder judicial, especialmente en cuanto a la designación de los notarios, a su incardinación en la organización del Estado y a su régimen disciplinario (...)", esta argumentación, a su juicio, "ninguna trascendencia tiene para determinar el significado de la función notarial." FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria y sus relaciones...", cit., p. 146.

⁷¹ En este sentido, CASTÁN afirma que "no cabe duda que hay coincidencias muy acusadas entre la función propiamente judicial y la notarial en rigurosa correspondencia con las que se dan entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Ambas funciones tienen un objeto común: la aplicación o actuación del Derecho. Una y otra son funciones de justicia. El Notario, como el Juez, son órganos de ella que tienen por misión asegurar el triunfo de la misma y consiguientemente de la moralidad, que va inseparablemente unida a la justicia en las relaciones civiles". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., pp. 22-25.

En palabras de FONT BOIX "[l]a solución que debe prosperar en este punto depende del sentido que se dé al término expresado [aplicar el derecho]. Si se le da un significado amplio que lleve a identificarlo con el procedimiento lógico interpretativo, sintetizado con el silogismo, que constituye el medio de actuar judicial, quizá habría que concluir que el Notario, como el Juez, aplica el derecho"; opina el autor, sin embargo, que "no se puede deducir el carácter jurisdiccional de su actividad, de la circunstancia de que el Notario en la prestación de sus funciones actúe en base de una operación lógica para producir sus calificaciones. El procedimiento silogístico no es monopolio del actuar judicial, sino que le encontramos en el fondo de cualquier acto jurídico concerniente a un caso concreto que no sea discrecional", al tiempo que el silogismo judicial es sólo el medio para llegar a una conclusión jurídica que el juez impone mediante un mandato, acto de autoridad que falta siempre en la actuación notarial, que además no produce efectos de cosa juzgada. FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria y sus relaciones...", cit., p. 146 y FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 211-295.

⁷² En cuanto a las diferencias entre función judicial y función notarial, dice FONT BOIX que "[q]ue la idea de *litis* es inconciliable con la función notarial, eminentemente antiprocesalista (...), [q]ue el requerimiento previo para su actuación no puede estimarse como una pretensión en el sentido en que se usa por la técnica procesal, ya que el fin perseguido por el requirente o requirentes no es la reclamación dirigida frente a otra u otras personas (...), [q]ue el Notario carece de *imperium* para imponer sanciones (...), [q]ue aunque el ordenamiento jurídico atribuye directamente a sus actos una eficacia específica, no cabe estimarla en ningún caso como análoga a la derivada de la cosa juzgada, pues queda abierta siempre la posibilidad de una revisión judicial". FONT BOIX, Vicente, "La función notarial...", cit., pp. 261-262 y FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 252-253.

su misión ordinaria pasa por dar fe, previo el necesario asesoramiento y control de legalidad, de los actos y negocios en que interviene. El Notario es funcionario público, como el Juez, pero un funcionario sujeto a un régimen especial y lo más importante, carece de *imperium*, esto es, no está investido de la potestad necesaria para hacer cumplir a las partes el contenido del documento que autoriza. Documento notarial que, a diferencia de la sentencia, no goza de cosa juzgada, ya que la actuación del Notario y su obra documental estarán siempre sometidas a una posible revisión judicial.

A pesar de todas las críticas que se puedan hacer a la tesis que defiende la naturaleza judicial de la función notarial, lo cierto, como se ha dicho, es que ha servido para considerar al Notariado como el órgano más idóneo de la jurisdicción voluntaria⁷³.

Función administrativa

Junto a la anterior postura, existe otra de quienes entienden que la función notarial forma parte de la Administración. Lo razonan sobre la base de que se trata de una función que, a modo de servicio público, coopera al desarrollo y cumplimiento pacífico del Derecho⁷⁴.

En sentido análogo, puede verse a CASTÁN quien entiende que junto a las coincidencias generales señaladas, debe reconocerse que existen claras y grandes diferencias entre la función notarial y la judicial. Señala las siguientes: "1) Por el caso o supuesto que da lugar a la intervención de uno u otro. El Notario actúa sólo cuando las normas objetivas del Derecho hallan en las voluntades privadas la adhesión debida; el Juez interviene, o debe intervenir, solamente cuando se presume o demuestra que alguna de dichas voluntades se despegó de tales normas, ya desconociéndolas, ya vulnerándolas. 2) Por la forma en que intervienen. El Notario interviene en forma preventiva; el Juez, en forma reintegradora. 3) Por los intereses que reclaman la intervención, aislados o enlazados en el caso del Notario y contrapuestos en el caso del Juez. 4) Por los distintos efectos que las respectivas intervenciones producen. La sentencia lleva en sí plenamente la autoridad de cosa juzgada. El acto notarial no produce por sí la cosa juzgada, en su más propio sentido, y lleva sólo consigo en cuanto al contenido de las declaraciones una presunción *iuris tantum* de legitimidad y autenticidad". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., pp. 22-25. Sigue a CASTÁN en este punto, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. "Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria...", cit., pp. 104-106.

⁷³ FONT BOIX, V., "La jurisdicción voluntaria y sus relaciones...", cit., p. 146.

⁷⁴ Se olvidan, afirma DE LA CRUZ LAGUNERO, "de jerarquía, sistema de recursos y responsabilidad del Estado, rasgos inseparables de la acción administrativa y enteramente alejados del quehacer notarial". DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M., "Jurisdicción Voluntaria...", cit., pp. 344-346. Sigue esta orientación el autor cubano CELORIO ALFONSO (*La reforma notarial*, Habana, 1917, pp. 35-48) y en nuestro país, MONTEJO (Prólogo a la obra de Sancho-Tello, *Redacción de Instrumentos Públicos*, 3ª edic. Valencia, 1943, t. I, pp. 8 y 9). Citados los referidos autores por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., p. 17.

Reconoce FONT BOIX que, entre quienes han defendido esta postura, han sido pocos los que han desarrollado su tesis, señalando como excepción a ZANOBINI, al que cita, ("L'ammistrazione", en *Scritti*, pp.47 y ss y en *Corso*, t V, pp. 302 y ss. y 306 y ss.) quien entiende que las funciones administrativas relativas al derecho privado pueden reducirse a dos categorías fundamentales, que se distinguen por la manera en que actúan las mismas. En la primera, hay que incluir la actividad certificante, de control y publicidad, que realiza la Administración respecto a ciertos actos jurídicos privados. Fin esencial de la misma es autenticar hechos, actos y negocios jurídicos, o elementos de los mismos, (...) y el realizar, respecto de los que tengan calidad de acto jurídico, el adecuado control de licitud. Esta actividad se cumple por medio de un acto administrativo, está atribuida al Juez-por razones históricas-, al Notario y a otros funcionarios. En la segunda se incluyen los actos de voluntad encaminados a conceder una autorización, complementar una capacidad o constituir un negocio jurídico de carácter privado. Se realiza por medio de un negocio administrativo y normalmente se atribuye a los Jueces (...). Ahora bien, el ejercicio de la actividad pública de administración de derecho privado, cuando se atribuye a los Notarios, adquiere un matiz especial, que no concurre cuando se ejerce por otros funcionarios. Mientras éstos últimos actúan en su calidad de órganos administrativos, aquéllos lo hacen como profesionales investidos como tales, es decir, como titulares del ejercicio de una actividad pública relativa al Derecho privado". FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 253-254.

El artículo 1º de la Ley del Notariado ofrece el argumento principal para defender el carácter administrativo de la función notarial cuando afirma que el Notario es funcionario público. Admitiendo que la función pública notarial constituye un servicio público, es posible, no obstante, diferenciar con cierta nitidez la función notarial de la función administrativa. El doble carácter público y privado de la actuación notarial, en el que sin duda prevalece el primero, implica, sin embargo, que estamos ante un funcionario sometido a un régimen especial. Si bien el interés profesional aconseja una organización corporativa, el Notario goza de plena autonomía e independencia en el ejercicio de su función, no quedando sujeto al régimen de disciplina jerárquica ni de recursos administrativos. Ello no obsta a que su carácter público exija el nombramiento, control y vigilancia por parte del Estado, al que se encuentra sometido jerárquicamente, dependiendo directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La función notarial no está regulada pues en el Derecho Administrativo, sino que tiene una regulación propia, el Derecho notarial, y el documento notarial no tiene la consideración de acto administrativo⁷⁵.

*Tertium genus*⁷⁶

Dentro de este planteamiento sobre cómo abordar la naturaleza de la función notarial basado en su encuadre en la Teoría de los Poderes del Estado, se han mantenido posturas que entienden que la función notarial, al igual que la jurisdicción voluntaria, es un *tertium genus*, no encuadrable, por los argumentos vistos, ni en la Jurisdicción ni en la Administración⁷⁷. Por ello, quienes dentro de

⁷⁵ Nos parece de especial interés el planteamiento hecho al respecto por NUÑEZ LAGOS, que se muestra tajante a la hora de excluir a la función notarial del Derecho Administrativo. En el Derecho Administrativo, sostiene, "se comprenden la organización y funcionamiento de todos los servicios públicos del Estado. Hay dos servicios públicos que, históricamente al menos, han quedado fuera del Derecho administrativo: los de «justicia» y «fe pública». El primero pertenece al Derecho procesal: el segundo, a la legislación notarial. La organización de ambos, servicios es, por naturaleza, Derecho administrativo. Sin embargo, los principios generales del Derecho administrativo (designación de funcionarios, su misión, su 'control,' sus actos o decisiones, sus reglas de competencia; su jerarquía y el régimen de recursos) no son aplicables ni a la Justicia ni a la fe pública notarial. ¿Se podrá atribuir este hecho a la teoría de la división de poderes? ¿En tal caso cómo se explicaría en cuanto al notariado? ¿O es que el notariado pertenece, como antaño, al poder judicial? Hay un hecho incontestable: el acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de «formación de la forma» y preconstitución de la prueba de los actos auténticos), que queda fuera del Derecho administrativo. Tenemos así un primer hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula en el Derecho de la Administración. Ha sido excluida del Derecho Administrativo". NUÑEZ LAGOS, Rafael, "El Derecho Notarial", *Revista de Derecho Notarial*, núm. V-VI, julio-diciembre 1954, pp. 211-266.

⁷⁶ En palabras de FONT BOIX "hay que admitir la existencia de funciones que no encajan en la clásica enumeración tripartita. Una de ellas viene caracterizada por la nota bifronte de actuarse una función pública sobre actividades de derecho privado. En este campo cabe la llamada jurisdicción voluntaria. También debe incluirse en el mismo la función notarial, cuya naturaleza la separa tanto de la Jurisdicción como de la Administración. De la primera fundamentalmente por no reunir las características del acto jurisdiccional (voluntad, cosa juzgada...). De la segunda, por razón del sustrato básico (estructura, defensa y funcionamiento de la comunidad social), del criterio teleológico que la inspira (justicia distributiva), como del régimen jurídico aplicable (jerarquía, recursos...). FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 269-270.

⁷⁷ En nuestro país atribuye a la función notarial un puesto autónomo dentro de las funciones del Estado, OTERO VALENTÍN (*Sistema de la función notarial* (Doctrina, Legislación, Jurisprudencia), Igualada, 1933, pp. 21 y ss y 29 y ss, citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., p. 18. Entiende este autor que en la vida del Estado existen las siguientes funciones: legislativa, ejecutiva, social, judicial, fiscal y autorizante instrumental (notarial) definiendo esta última como "la consagrada a proporcionar formulaciones

esta teoría catalogan a la jurisdicción voluntaria también como categoría autónoma, defienden su absorción por la función notarial⁷⁸.

En particular, dentro de esta especial configuración de la función notarial destaca una corriente que la considera como cuarta función del Estado, función certificante añadida a la clásica división tripartita de *Montesquieu*⁷⁹. La idea básica sobre la cual se desarrolla esta forma de entender la esencia de la función notarial es la necesidad de dar a los derechos una representación externa que les permita su normal desenvolvimiento en el tráfico jurídico, al tiempo que permita hacer visible las variaciones que se produzcan desde su nacimiento hasta su extinción. Consideran quienes la defienden, que el Notariado es la institución que de forma óptima puede ejercer esta función legitimadora colaborando a la formación, normal desarrollo y publicidad de los derechos, así como a la autenticación de los hechos y actos jurídicos de los que se derivan. Estas teorías, que confluyen en admitir una nueva función del Estado, la función legitimadora, llegaron a alcanzar una amplia aceptación y quedaron reflejadas en el Reglamento notarial de 1935 donde se afirmaba textualmente que la institución notarial tenía como fin

auténticas y justificar hechos y relaciones lícitas, por asuntos particulares, aunque se refieran a intereses patrimoniales de las corporaciones o entidades públicas o administrativas”.

⁷⁸ Dentro de estas teorías cabe destacar la aportación de NAVARRO AZPEITIA. Entiende que dentro de la función notarial para el campo jurídico de la comprobación de hechos, con deducción de los derechos correspondientes, zona documental que considera de gran trascendencia, está comprendida la porción, que el autor cree correspondiente al Notariado, dentro del conjunto diverso de actos acogidos bajo el manto de la impropriadamente llamada jurisdicción voluntaria. Afirma que a la función del Notariado, al haberse separado en tiempos modernos del poder judicial, o bien se le ha llamado Jurisdicción “no por meditado estudio y firme convicción, sino por asimilación o semejanza con el árbol del cual se desprendió la rama”, o bien, en sentido opuesto, por esta separación, se le atribuyó carácter administrativo, “por mera exclusión o diferenciación o para producir expresivo contraste”. Entre una y otra postura, afirma el autor que “[p]or fin, en una zona media o neutral, al comprobarse que las características y los efectos de la fedación notarial no coinciden en muchos aspectos, ni con los de la jurisdicción contenciosa ni con los de la administración pública, se ha pensado en un *tertium genus*, o categoría jurídica, que puede ser eficaz suplencia o complemento de Justicia y Administración, aparte cumplir sus misiones propias y determinadas”. Embebida la jurisdicción voluntaria dentro de la función notarial, entiende, sin embargo, el autor, que aquélla debe recibir otro nombre. Mantiene que la “palabra jurisdicción es inadecuada para calificar la actuación del Notario en la serie de actos, diversos y dispares, acogidos, por exclusión, bajo la rúbrica de jurisdicción voluntaria; pues no se trata de actos jurisdiccionales, ya que la *iurisdictio* es el poder de declarar el derecho contenido, mediante resoluciones que causan estado de cosa juzgada y llevan implícita fuerza ejecutiva (...) mientras que la función notarial de comprobar hechos o situaciones sin contienda, a petición de parte interesada, es una potestad de hacer adición del Derecho adecuado al hecho que se comprueba, en acto de calificación contenido en un instrumento público que no tiene valor de cosa juzgada, pero es fideifaciente, con toda la eficacia de los documentos públicos sancionados por Notario (...) No es como se ha dicho, un poder jurisdiccional, sino una potestad *iusadicional*”. Por ello, propone NAVARRO AZPEITIA como *nomen iuris* sustitutivo de la jurisdicción voluntaria el de “*juris-additio* o *iusadición*: adición del Derecho correspondiente a hechos fehacientes y pacíficamente comprobados”. NAVARRO AZPEITIA, Fausto, “Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de la función notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXVII-LXXVIII, julio-diciembre 1972, pp. 9-10 y 19-24.

⁷⁹ En base a las aportaciones hechas por ARHENS (*Curso de Derecho natural o de Filosofía del Derecho*. Trad. De Rodríguez Hortelano y Ricardo de Asensi, 3ª edic. española. Madrid, 1873, CXXI, pp. 106) sobre la justicia reguladora, esta teoría fue desenvuelta en nuestro país por MONASTERIO GALI (“Biología de los derechos en la normalidad y de su representación por medio del Registro de actos de la vida civil”, *Revista jurídica*, iniciándose su inserción en el tomo VIII, año 1910, pp. 605 y ss). Citados ambos por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., pp. 32-35. Ante la exigencia social de dar a los derechos una corporalidad o visibilidad, una representación externa que facilite su evolución natural y normal y refleje los acaecimientos y modificaciones que vayan sobreviniendo en la vida, sostiene MONASTERIO que debe existir una función, distinta de la judicial, encargada de hacerlo, destinada a la conservación, reconocimiento y garantía del derecho en estado normal. Esta función de justicia, propia y autónoma, ha de tener su órgano adecuado y entiende que debe ser el Notariado al que considera la Magistratura de la paz jurídica, que desempeña una función de justicia reguladora, y no reparadora, de los derechos en la normalidad.

“exteriorizar la representación de los derechos privados en la normalidad o sin contienda⁸⁰”.

b) La función notarial desde la perspectiva del quehacer típico del Notario

Desde la segunda mitad del siglo XX, la configuración de la función notarial y la determinación de su esencia se analizan en base a su contenido propio.

Dentro de este segundo enfoque doctrinal, la teoría de la fe pública y la teoría de la forma son ejemplos de cómo se ha tratado de conformar la naturaleza de la función notarial con independencia de su encuadre en la Teoría de los Poderes del Estado⁸¹.

La teoría clásica de la fe pública, conforme con el origen y evolución histórica del Notariado, es la más antigua en tratar de explicar cuál es la naturaleza de la función notarial⁸².

La función del Notario es dar fe de los actos y contratos en que interviene, que ampara la exactitud de los hechos que ve, oye o percibe por sus sentidos y la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Esta es su misión principal como funcionario público, pero no la única. No olvidemos que el Notario primero documenta los actos que después autentica, al tiempo que es también profesional del Derecho, aspecto fundamental de la función notarial que no se puede obviar para hacer una configuración precisa de su naturaleza.

La teoría de la forma⁸³, por su parte, considera que la justificación o razón de

⁸⁰ Este texto fue rectificado en la definición del Reglamento Notarial de 1944 que refiere la función notarial al ejercicio de la fe pública. No obstante, como afirma GIMÉNEZ ARNAU, el Reglamento de 1944, “al rechazar la fórmula de MONASTERIO, que había recogido el del año 1935, parece rehuir una concepción demasiado doctrinal y volver a una idea más conforme con la tradición y el origen histórico del Notariado. Ello no quiere decir, sin embargo, que conciba la función limitada al sólo ámbito de la fe pública; pues reconoce expresamente, en el párrafo 2 del artículo 1º, el carácter de profesional del Derecho que tiene el Notario además de su cualidad de funcionario”. GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 140-144.

⁸¹ En palabras de DE LA CRUZ LAGUNERO, “indudablemente, parece que destacar la complejidad de la acción del Notario, en cuanto aconseja, redacta, autoriza, certifica al expedir copias, gestiona y responde civilmente, es un buen camino para perfilar la función notarial, empezando por la base”. DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M., “Jurisdicción Voluntaria...”, cit., p. 346.

⁸² Como nos recuerda GIMÉNEZ ARNAU, “[e]s la teoría de la prueba preconstituida. El formar esta prueba y situar en postura favorable para el caso de contienda judicial es el motivo y la razón de ser de la institución notarial”. Esta concepción tradicional, sigue diciendo el autor, ha sido sostenida desde GREGORIO LÓPEZ hasta FERNÁNDEZ CASADO, pasando por GONZALO DE LAS CASAS. GIMENEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 141-143.

⁸³ Como especiales valedores de esta teoría debemos mencionar a NUÑEZ LAGOS y a GONZÁLEZ PALOMINO.

NUÑEZ LAGOS afirma que “[e]l Derecho notarial puro, para ser algo, ha de perfilarse como un Derecho formal, independiente de todo contenido substantivo (...) El Derecho notarial adquiere así un valor específico, se refiere a la forma y a la fórmula más que a la substancia del acto jurídico (...) La forma notarial da tratamiento uniforme y unificador a una serie de actos jurídicos. Frente a los contenidos dispersos y mudables, múltiples y transitorios, la forma queda una, fija, genérica, general y funcionarista”. Sitúa este autor, pues, al Derecho Notarial como derecho autónomo de las formas escritas o documentos intervenidos por personas públicas, siendo esta forma pública la valora la ley concediéndole autenticidad. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo II, Madrid, Instituto de España, 1986, pp. 9-10.

ser de la función notarial es precisamente la creación de formas públicas. En efecto, la función notarial se encamina entre otros fines a la elaboración de formas documentales siendo así que, como ya se ha dejado dicho, la segunda manifestación de la seguridad jurídica proporcionada por el Notario es la seguridad formal o documental, que deriva de la autenticidad y eficacia privilegiada del instrumento público. La forma documental pública no sólo prueba la existencia de actos y contratos, en ocasiones también es requisito de validez y existencia de los mismos.

Esta teoría no hace sino incidir en uno de los propósitos o fines a los que se dirige la función notarial. Pero no pueden desconocerse los otros muchos aspectos que integran su contenido, ya que el Notario no sólo elabora el documento notarial, sino que al tiempo que da a los actos y contratos el ropaje jurídico adecuado, les dota de autenticidad previo el correspondiente asesoramiento y control de legalidad⁸⁴.

Ambas teorías proceden a hacer una construcción doctrinal de la función notarial, pero referida a una parte de su contenido, no abordándola en su totalidad.

Al intentar aproximarnos, desde una perspectiva más global, al quehacer notarial, advertimos que, dentro de este enfoque doctrinal, se ha tratado de diferenciar la función típica del Notario de la que no lo es⁸⁵, considerando, sobre la base del principio de jerarquía normativa, que aquélla es dar fe, tal como se recoge

GONZÁLEZ PALOMINO por su parte sostiene que “la función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario, hecha, en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas”. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones...*, cit., pp. 119-120

En este orden de cosas, MEZQUITA DEL CACHO, previa impugnación de las propuestas doctrinales catalogadoras de la función notarial como especie de la ‘jurisdicción voluntaria, ha propuesto “la noción de ‘forma pública’ como plataforma conceptual unitaria, capaz de englobar las actividades judiciales ‘de jurisdicción voluntaria’, las notariales y las registrales. Esta idea de la forma como noción nervio del Sistema cautelar que propone el autor “no corresponde a la acepción genérica del mismo vocablo, carente de virtualidad diferenciadora, puesto que también hay forma en la actuación administrativa o en la procesal. En sentido estricto, la noción-eje invocada sólo puede ser la que hace referencia a las formas de garantía (...) o investiduras formales institucionales”. A juicio de MEZQUITA fue ésta una idea ya apuntada, si bien no desarrollada por no aplicar la noción de acción preventiva, por GONZÁLEZ PALOMINO, J. *Instituciones...*, cit., p. 81. Éste último también creía que los Registros, la función notarial y alguna parte de la actividad extraprosesal del Juez “reflejan funciones análogas que deberían estudiarse en un Sistema General de las Formas Públicas”. Véase MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., pp. 355-356.

⁸⁴ En este mismo sentido se manifiesta GIMÉNEZ ARNAU cuando afirma que “[l]a función notarial da forma; pero también hace algo más que eso: legitima relaciones jurídicas, o, dicho en términos más llanos, da eficacia al contenido del instrumento público, tanto por la presunción de veracidad que de él emana, como por virtud del carácter técnico-jurídico que tiene la intervención del Notario y que exige un proceso de calificación”. GIMÉNEZ ARNAU, E., *Derecho notarial...*, cit., pp. 143-144.

⁸⁵ También hay quien no entiende conveniente proceder a esa distinción. Así CAMPO GÜERRI afirma que va a obviar en su exposición “la pretensión de distinguir entre las actuaciones de competencia notarial típica y las que no constituyendo propiamente función notarial, se pueden añadir a ella (...) porque no vemos el linde nítido que permita hablar de la existencia de un conjunto homogéneo de actuaciones que integren la función notarial típica más allá de la cual sólo se pueda hablar de competencias atípicas o añadidas. Al contrario, el Notariado desempeña una función a la que el ordenamiento, por su reconocimiento histórico y consideración presente, le asigna un conjunto de prestaciones de muy diversa índole para satisfacer diferentes necesidades de nuestro sistema social”. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., p. 522.

en el artículo 1º de la Ley del Notariado, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, y que la función añadida es la que se regula reglamentariamente.

Y aunque hoy entendemos este planteamiento superado por la cobertura legal que el artículo 17 de la Ley del Notariado da a las actas notariales, lo cierto es que llevado hasta sus últimas consecuencias suponía no considerar función típica notarial la que despliega el Notario cuando autoriza las actas, ni tampoco la importante función que desempeña el Notario como profesional del Derecho, aconsejando y asesorando a sus clientes. A nuestro juicio, sólo mediante un análisis conjunto de las normas legales y su desarrollo reglamentario, que no se contradicen sino que se complementan, llegamos a tener una adecuada y completa perspectiva de cuál sea la función notarial. Pasemos a describirla.

La Ley Orgánica del Notariado de 1862, desde su redacción originaria hasta la reciente reforma operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre que modifica el texto de su artículo 17, no contenía referencia ni regulación de las actas notariales⁸⁶. Olvido o descuido del legislador⁸⁷, lo cierto es que la omisión expresa de las mismas fue argumento suficiente para quienes veían en ellas una función impropia o agregada al quehacer típico notarial⁸⁸.

⁸⁶ El artículo 17 de la Ley del Notariado en su apartado 1º enumera las actas entre los instrumentos que redactará el Notario y que formarán protocolos y Libros-Registros, refiriéndose a su contenido como la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos. En el mismo sentido, véase el artículo 144 del Reglamento Notarial redactado por el número sesenta y nueve del artículo primero del R.D. 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por D. de 2 de junio de 1944.

⁸⁷ Las actas no fueron citadas en la Ley del Notariado, según dice TAMAYO CLARES, como “otros muchos detalles del documento notarial”; sólo habla de “escritura”, palabra con la que se refiere al original o matriz, en contraposición a “copias”. Pero, como sigue diciendo el autor, “el término “acta” no fue desconocido por las leyes y aparece ya consagrado en el Código Civil de 1889” en diversos artículos como el 707, 709, 711 y 1504, entre otros. TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., 2001, p.198.

⁸⁸ En esta línea se expresa GONZÁLEZ PALOMINO cuando afirma que “[h]ay que distinguir una función notarial típica que se deduce de la LO y una función notarial añadida reglamentariamente. La primera, expresada con la fórmula dar fe, reside en afirmar preventivamente los hechos que dan nacimiento, son consecuencia del ejercicio o causa de extinción de los contratos y demás actos extrajudiciales (...) pero contenidos en escritura pública (...) Con arreglo a la ley, entiende el autor, los cuatro puntos cardinales del quehacer del Notario son: 1. Redactar el instrumento público. 2. Autorizar el instrumento público. 3. Conservar el instrumento público. 4. Expedir copias del instrumento público”. Al tiempo que afirma que “[l]a actuación notarial en las actas no es funcionalmente típica (...) La función notarial añadida consiste en la posibilidad de afirmar hechos que el Notario no percibe por evidencia directa, sino que le constan por afirmaciones de otros”. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones...*, cit., 49 y ss. en su exposición magistral sobre las teorías de la función notarial.

DE LA CÁMARA, por su parte, distingue también una función típica notarial y otra añadida a la que llama función notarial en sentido subjetivo porque, difiriendo objetivamente de la que sólo constituye la razón de ser de la existencia legal del Notario, sólo es notarial por razón del sujeto que la desempeña. Entiende el autor que los Reglamentos que han desenvuelto la ley han atribuido al Notario otras funciones diferentes de la que con arreglo al artículo 1 de la ley, constituye su quehacer típico y así afirma que “cuando el ordenamiento jurídico crea o reconoce un órgano lo hace atribuyéndole una función típica, para cuyo desempeño considera a ese órgano especialmente apto. Es evidente que como no hay principio alguno teórico ni de derecho positivo que obligue al Estado a atribuir a un órgano toda una función, y nada más que esa función, es posible que se confieran a un órgano, además de su función típica, otras funciones accesorias. Ahora bien, la realidad de este hecho, no puede hacernos perder de vista que es la función típica atribuida al órgano la que debe servir de troquel para contrastar si determinadas actividades cumplidas por un órgano diferente corresponden o no a la competencia funcional del primero”. Y concluye diciendo que a su entender “el Notariado no necesita, para aumentar su bien cimentado prestigio, su importancia social y su significado crucial en la organización judicial

La legislación notarial, no obstante, que sólo se refería a las escrituras, sin mencionar las actas, sí distinguió, como hemos visto, en su artículo 1º, entre “contratos y demás actos extrajudiciales”. Y fue precisamente esta última expresión, “demás actos extrajudiciales”, la que sirvió de base para que el Reglamento de 1862, recogiendo una práctica ya existente, extendiera la fe pública notarial a la exactitud de los hechos y circunstancias que los Notarios “presencien o les consten, siempre que por su naturaleza no sean materia de contrato”⁸⁹, introduciendo, al efecto, como forma documental adecuada el acta notarial⁹⁰.

El Notario, funcionario público y profesional del Derecho, ejerce, investido del primer carácter, su función típica de dar forma de instrumentos públicos a ciertos documentos y dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales en ellos contenidos. La dación de fe ampara pues un doble contenido⁹¹: en la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos; y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Esta dación de fe debe de hacerse conforme a las leyes, lo que implica que el Notario antes de dotar de fe pública a un hecho, negocial o no negocial, deba controlar y enjuiciar su legalidad, asegurándose de que el acto o negocio jurídico que se quiera celebrar es el idóneo para la consecución de todos los efectos pretendidos por las partes y que reúne todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez, negando pues su intervención cuando, a su juicio, exista causa legal que lo impida. Este juicio de legalidad del Notario, que también constituye función notarial, tratándose de

actual, adquirir por accesión otras funciones diversas de las que constituyen su función objetiva, o una prolongación natural de la misma. Ni siquiera mirando el problema desde el punto de vista de la situación económica del funcionario creemos que las dificultades de este tipo que pueda tener el Notariado planteadas hayan de resolverse por ese camino”. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Valor jurídico y aplicaciones...”, cit., pp. 495-501.

Por el contrario, esta posición es criticada por FONT BOIX quien opina, de un lado, que los defensores de esta distinción entienden que la supremacía de la norma legal implica la existencia de una contradicción real entre la ley y su desarrollo reglamentario, cuando a su juicio, sólo mediante la adecuada interpretación de ambas normas podrá concluirse si es o no posible su concordancia; y de otro, que el legislador de 1862 ignoraba los preceptos del hecho, acto o negocio jurídico, por lo que determinadas expresiones no deben entenderse en sentido técnico, siendo quizás el Reglamento el que tradujo en términos modernos los conceptos legales. FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 259-260 y FONT BOIX, V., “La función notarial...”, cit., pp. 269-280.

⁸⁹ Cfr. art. 198.1 RN.

⁹⁰ De creación reglamentaria, como afirma TAMAYO CLARES, se aludía para admitirlas “a las leyes y prácticas vigentes, porque la fe de las evidencias sensoriales del Notario ha sido una de sus principales misiones en la Historia”. La primera referencia que hace el Reglamento de 1862 a las actas, a juicio del autor, fue equívoca ya que las actas quedaban fuera del Protocolo general de contratos y testamentos y se integraban, junto a los actuales testimonios, en un Libro diferente. El confusionismo producido por las diversas disposiciones y circulares dictadas al respecto, que sólo exigían al Notario hacer un breve extracto del acta sin copiar íntegramente su contenido, y las dificultades que ello suponía en la práctica, llevó en muchas ocasiones a los Notarios a incorporar en el Protocolo de escrituras, actas con su contenido completo; aún era mayor la confusión al no quedar clara la distinción entre el contenido del acta y de la escritura. Nos recuerda el autor cómo tal situación subsiste hasta un Decreto de 1873 que, si bien ya integra escrituras y actas en el Protocolo de matrices, diferencia ambos instrumentos públicos y refiere las actas exclusivamente a los hechos que los Notarios presencien y les consten, pero que no sean materia de contrato. TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., p. 198.

⁹¹ Cfr. art. 1RN.

hechos no negociales, obliga al Notario a llegar al convencimiento de que aquéllos no vulneran el ordenamiento jurídico⁹².

Cuando ya parece pacífica la opinión de que tanto la actividad notarial autorizando escrituras como extendiendo actas es función propia del Notario, surge, con la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de las actas de notoriedad, un nuevo obstáculo para la elaboración doctrinal de la naturaleza y contenido de la función notarial.

Las actas de notoriedad, en las que el Notario hace afirmaciones sobre la base de hechos que no le constan por evidencia propia, sino que juzga notorios⁹³, acceden a nuestro Derecho notarial a través del Reglamento de 8 de agosto de 1935, siguiendo el precedente francés e italiano⁹⁴, y fueron conservadas por el vigente de 1944. Por su especialidad en relación con las demás actas notariales, han sido tradicionalmente puestas en tela de juicio. Con expresiones como que las actas de notoriedad son “actuaciones extranotariales del Notario” o la referencia al mismo en estos supuestos como “Notario Juez”, sus detractores han sostenido que la declaración de derechos que se puede fundar en el hecho notorio que estas actas

⁹² FONT BOIX distingue a estos efectos entre el juicio que hace el Notario según esté ante hechos negociales o no negociales. La tarea de enjuiciamiento o control de legalidad, dice FONT BOIX, se actúa mediante un poder que podemos llamar calificador y cuya atribución al Notario deriva del mismo artículo 1 de la Ley. Ahora bien, precisa el autor que, en el uso de este poder puede producir el Notario dos especies de juicios. El Notario puede examinar si el hecho está prohibido por la ley, o es contrario a las buenas costumbres o al orden público, en cuyo caso está haciendo un juicio de licitud. El Notario puede, además, entrar en el examen de los presupuestos y elementos de hecho para llegar a la conclusión de su idoneidad para producir los efectos apetecidos por las partes, dentro del orden jurídico establecido. En este caso está haciendo un juicio de legalidad. La utilización de uno u otro procedimiento depende de la naturaleza negocial o no negocial del hecho autenticado”. FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 262-265.

⁹³ El contenido propio y característico de las actas de notoriedad, afirma DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, no está integrado por una o varias afirmaciones del Notario en orden a hechos que para él son evidentes sino por un juicio del Notario referente a un hecho no comprobado “*de visu et auditu sui sensibus*”. En ellas, el Notario no afirma la realidad de un hecho que presencia, que percibe por sus propios sentidos, se limita solamente a aseverar que, a su juicio, la notoriedad de un hecho está suficientemente comprobada. Sigue este autor el concepto de notoriedad relativa y entiende por hecho notorio “aquel que es tenido por cierto por todas o la gran mayoría de las personas que mantienen relaciones habituales con aquella a que se refiere o afecta el hecho de que se trata y habida cuenta de la naturaleza del mismo”. Puede verse DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “Valor jurídico y aplicaciones...”, cit., p. 435.

FONT BOIX, siguiendo su esquema que diferencia juicio de legalidad y licitud según estemos ante hechos negociales o no negociales, afirma que, tratándose de hechos notorios, el Notario “[e]n primer lugar ha de emitir, como respecto de todos los hechos, el juicio de licitud. En segundo lugar ha de expresar el juicio de notoriedad exigido por el artículo 209 del Reglamento Notarial (...) Este juicio no debe entenderse comprendido en el que el artículo 1º de la LO exige (...) se trata más bien [según el autor] un juicio sobre la existencia de un hecho que el fedatario no percibe *de visu et auditu*. El Notario no percibe el hecho notorio o su notoriedad, sino que a través de las declaraciones de los testigos y de los documentos exhibidos, que percibe directamente, llega a formar un juicio sobre la existencia de aquél o de ésta. Por consiguiente, se trata de una actuación notarial que no está prevista en el artículo 1º de la LO que limita la función notarial a la dación de fe de hechos percibidos por el Notario y al enjuiciamiento de derecho de los mismos. Pero esto no quiere decir que no sea función notarial típica”. FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 264-265.

⁹⁴ Afirma NIETO, sin embargo, que observando los artículos 209 y 210 del Reglamento notarial de 1935, éste “no acogió la denominada notoriedad simple a modo de los precedentes francés e italiano (donde las actas de notoriedad eran tan sólo solemnes actas de evidencia por acopio de declaraciones solventes e imparciales), sino que exigió en todo caso un juicio del notario sobre la notoriedad del hecho”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p. 119.

tienen por objeto, no constituye función notarial típica⁹⁵.

Conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, con base en el artículo 17 de la Ley del Notariado, las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica. Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.

Tomando en consideración que la actividad calificadora o enjuiciadora no es en absoluto extraña, sino, más al contrario, propia de la actuación notarial⁹⁶, el *quid* de la cuestión estaría en determinar si la declaración de derechos que hace el Notario en estas actas implica una decisión o juicio decisorio o una declaración de voluntad, ajenos, ahora sí, a su actividad propia⁹⁷.

⁹⁵ Así GONZALEZ PALOMINO, J., *Instituciones...*, cit., pp. 83-84. En el mismo sentido DE LA CÁMARA ÁLVAREZ quien por su parte sostiene que "en nuestra organización jurídica, la declaración pública y oficial de derechos ha venido siempre atribuida al organismo jurisdiccional, distinguiéndose las hechas en proceso contencioso y las formuladas en jurisdicción voluntaria (...) [y] en el trance de fijar el valor de una declaración notarial de derechos, ésta sólo puede equipararse a la que judicialmente se obtenga sin contención". En consecuencia, concluye que "las actas de notoriedad, tal como las ha concebido el Reglamento, no encajan dentro de los límites positivos de la función notarial". DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Valor jurídico y aplicaciones...", cit., pp. 443, 456 a 458 y 494-500.

FONT BOIX, por el contrario, afirma que "[e]l notario puede enjuiciar hechos, esto es, subsumir hechos en la norma jurídica, en virtud del poder calificador que le atribuye el artículo 1º de la LO, respecto de actos extrajudiciales, y emitir el juicio de que a los hechos autenticados por notoriedad corresponde una situación jurídica de existencia o extinción de un derecho". El autor describe con claridad por qué tal actuación notarial no implica intromisión en la esfera judicial. Entiende que a diferencia de lo que sucede con una pretensión procesal declarativa, la declaración notarial de derechos se caracteriza: "a) porque el requerimiento al notario no actúa frente a parte conocida y determinada; b) no hay declaración notarial de voluntad, sino de ciencia, un juicio; c) *ministerio legis* la situación enjuiciada por el notario queda dotada de una presunción iuris tantum de legalidad, que podrá destruirse judicialmente; no se actúan pues los efectos de la cosa juzgada y; d) no se abre el camino a una futura sentencia de condena, sino a través del previo ejercicio de una pretensión judicial contra parte cierta y determinada." FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., pp. 266-268 y FONT BOIX, V., "La función notarial...", cit., pp 276 y ss.

⁹⁶ Desde el juicio de capacidad y legitimación de los intervinientes, pasando por la calificación del acto jurídico hasta el más importante juicio de legalidad, al que ya hemos hecho referencia. En esta línea afirma SOLÍS VILLA que "[l]a posibilidad de que el notario emita juicios no es, en realidad, una anomalía funcional, sino un medio del que se sirve constantemente para el ejercicio de su profesión conforme a las leyes". En este sentido, se puede afirmar que, incluso en algunos supuestos concretos, el juicio del notario se define expresamente como juicio de notoriedad como sucede con la representación que emana de la Ley, que no ha de acreditarse documentalmentemente si consta por notoriedad al autorizante, o con los funcionarios y autoridades que no deben acreditar documentalmentemente su cargo cuando al notario le conste por notoriedad. Sostiene el autor, pues, que las actas de notoriedad no son sino aplicación a un tipo de actas de una función que el notario desempeña constantemente en todas sus funciones, por lo que encajan naturalmente en las mismas. SOLÍS VILLA, Carlos, "Comentario al artículo 209 del Reglamento Notarial", *Nueva Legislación Notarial comentada*, Tomo I, Legislación Notarial, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2007, pp. 600-606.

⁹⁷ En este sentido se ha manifestado la doctrina más autorizada entre la que destacamos, RODRÍGUEZ ADRADOS quien afirma que los "actos que implican una declaración de voluntad exceden evidentemente de la función notarial ordinaria" y FONT BOIX que, por su parte opina que "las facultades del Notario no pueden rebasar el plano de las declaraciones de juicio. Deberá abstenerse de emitir declaraciones de voluntad o de realizar actos que impliquen ejercicio de una autoridad que no esté legítimamente basada en el derecho del requirente". RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Comentario al artículo...", cit., pp. 51 y 185; FONT BOIX, V., "La función notarial...", cit., pp. 277-279 y FONT BOIX, V., "El Notario y la Jurisdicción...", cit., p.271.

Las declaraciones de derechos que puede hacer el Notario, a diferencia de las que hace el Juez, incluso en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que deben permanecer en sede judicial, han de depender de meras circunstancias de hecho, esto es, el Notario puede declarar derechos en base a hechos previamente comprobados, que lleguen a resultarles evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso; se trata pues de una valoración hecha por el Notario sobre la base de determinadas pruebas calificadas al efecto por la ley⁹⁸. De esta forma, entendemos que desaparece la posibilidad de que el Notario haya de tomar una decisión, lo que daría a su actuación un sentido jurisdiccional; al contrario, la actuación notarial consiste en declarar los derechos formalmente mediante la creación de una forma documental, lo que indudablemente sí es función notarial⁹⁹.

Así queda delimitada, también como función notarial típica, la declaración de derechos que puede efectuar el Notario. Esta declaración, que el Notario no podrá hacer cumplir al no estar investido de *imperium*, carecerá pues de efectos de cosa juzgada, quedando siempre sometida a una posible revisión judicial.

Pero el Notario no sólo actúa en esta esfera documental, redactando y autorizando instrumentos públicos, sino que despliegan otras actividades también típicas fuera del documento. Ya no lo hace como funcionario público, sino como profesional del Derecho. Tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Aunando uno y otro carácter, desde el análisis de su contenido propio, encontramos la verdadera esencia y naturaleza de la función notarial. El Notariado no constituye, pues, un poder del Estado, ni se integra en el Poder Judicial, ni en la Administración, ni se erige como un cuarto Poder legitimador o certificante.

Asesorando y aconsejando con imparcialidad, indagando e interpretando voluntades y dotándolas de la forma jurídica adecuada y ajustada al ordenamiento jurídico mediante el correspondiente control de legalidad, los Notarios dan fe de los actos y contratos en que intervienen y de la exactitud de los hechos que ven, oyen o perciben por sus sentidos, así como de los que les constan por notoriedad; declaran derechos y legitiman situaciones con trascendencia jurídica; y cumplen la misión principal de elaborar el documento notarial, cuyo contenido se presume veraz e íntegro; documento que conservan y del que expiden copias y testimonios a quien acredite interés legítimo para ello y, a través del mismo y por la especial eficacia que se le reconoce, el Estado consigue dotar de seguridad jurídica al tráfico extrajudicial entre particulares.

El Estado ha investido al Notario de fe pública y ha dotado al documento notarial de una eficacia privilegiada, pero no porque su naturaleza participe de la

⁹⁸ Cfr. art. 209 Cuarto RN.

⁹⁹ Así se ha manifestado TAMAYO CLARES, M., *Temas...*, cit., p. 223.

esencia de la Jurisdicción o de la Administración. La eficacia privilegiada que nuestro Derecho reconoce al instrumento público es consecuencia directa del proceso de elaboración del documento conforme a los principios que inspiran la actuación notarial, tal como está configurada en el sistema latino, y de la valoración que la misma ha ido atesorando a lo largo de la Historia.

Por tanto, más allá de las diversas teorías formuladas sobre la naturaleza jurídica de la función notarial, concluimos que queda encuadrada con sustantividad propia en el campo de la seguridad jurídica. El Notario es el funcionario público de que se sirve el Estado para la consecución de la seguridad jurídica preventiva en el ámbito del tráfico jurídico privado¹⁰⁰.

Y si nos centramos en sus caracteres propios, en el quehacer diario de los Notarios, no podemos sino afirmar con rotundidad la procedencia de que asuman determinadas competencias en esta materia de jurisdicción voluntaria¹⁰¹.

Con esto no queremos decir que la función notarial sea una categoría de la jurisdicción voluntaria. Más al contrario, se trata de que muchas de las funciones tradicionalmente consideradas como de jurisdicción voluntaria participan de la esencia de la función notarial, por suponer el ejercicio de una función pública preventiva y tutelar de derechos e intereses privados, por aplicar el Derecho en la normalidad y dotar de existencia o efectividad a determinados actos y contratos, sin perjuicio de su posible revisión judicial¹⁰². Ello hace del Notario un órgano

¹⁰⁰ Resulta fundamental, en este orden de cosas, la aportación de MEZQUITA DEL CACHO en su construcción doctrinal de un Derecho Cautelar. Afirma el autor que, en cuanto a “la homogeneidad de este enfoque preventivo en la acción institucional llevada a cabo por las estructuras notarial y registral y hasta por la judicial cuando desempeña la función tradicional y equívocamente conocida como jurisdicción voluntaria,(...)[]o que ciertamente ocurre, es que los casos englobados en esta competencia judicial no son realmente de ‘administración de Justicia’, sino de ‘prevención de injusticia’; es decir, que lo dispensado o administrado es pura y simple Seguridad Jurídica. Lo cual por supuesto no excluye que se trate de un amparo; pues prevenir la injusticia, en los casos en que el riesgo de que pueda producirse aparezca muy acusado, o próximo, o conlleve especial daño a la equidad, es una forma tan evidente de amparo como la que pueda suponer el restablecimiento de un derecho ya violado. En realidad, la línea fronteriza debiera quedar establecida ahí, a base de contraponer la actividad judicial de amparo como remedio, que es jurisdicción auténtica, a la de amparo como precaución, que no lo es”. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada*, 2..., cit., pp. 61 a 69 y 86.

¹⁰¹ A este respecto, en palabras de CAMPO GÜERRI, de entre las diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza o esencia de la función notarial “en ninguna de ellas aparece impedimento alguno que haga inviable la asunción de esta competencia por el Notariado. Desde la teoría de la función legitimadora (...), o la representación externa o sensible de los Derechos (...); pasando por la teoría de la forma o la de la que la configura como una manifestación de la jurisdicción voluntaria (...), hasta la que la concibe como parte del que se ha denominado sistema cautelar o preventivo; en todas ellas, hay razones y argumentos suficientes, categóricos, para concluir tanto la admisibilidad como la atribución al Notariado de las competencias propias de la Jurisdicción voluntaria (...) Más aún, si centramos nuestra atención en los caracteres esenciales que configuran la función del Notario, se advierte con nitidez su procedencia” CAMPO GÜERRI, M.A., “Notariado y jurisdicción...”, cit., p. 445. A esta misma conclusión llega BELLOCH JULBE, J.A., “Notas en torno al Notariado...”, cit., p. 25.

¹⁰² En este sentido se manifiesta claramente CASTÁN cuando afirma que “aparece bastante claro que la actividad notarial participa de esas notas que se atribuyen a la llamada jurisdicción voluntaria: se ejerce *inter volentes* y sin contienda entre partes adversas; presta una tutela preventiva al Derecho privado; actúa en la constitución de las relaciones jurídicas, dirigiéndola y dotándola de validez formal e interna y de un título auténtico; [e] imprime a los actos y negocios jurídicos la solemne garantía de legitimidad del Poder público que el Notario representa”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración...*, cit., p. 29.

óptimo, quizás el que más, para el conocimiento de la jurisdicción voluntaria.

2.3.- Aportación notarial a la jurisdicción voluntaria: su utilidad y eficacia desde una perspectiva actual

Las sociedades evolucionadas del siglo XXI disponen de otras alternativas para la efectividad de los derechos privados, cuando, como ocurre en sede de jurisdicción voluntaria, para ello se requiera la intervención de órganos públicos. En un momento como el actual de saturación de nuestra Administración de Justicia, en el que se plantea la necesaria racionalización y modernización del sistema de resolución judicial y extrajudicial de conflictos y con una función pública notarial con sustantividad propia dentro de nuestra organización jurídica, el Notario se nos presenta, ya hemos visto, como un profesional adecuado para abordar con seguridad esa nueva tarea¹⁰³, tanto por su imparcialidad, formación y especialización material, como por hallarse investido de fe pública y por contar con los medios técnicos adecuados para ello.

La jurisdicción voluntaria requiere la intervención de un operador jurídico capaz de asumir con garantías la tramitación del procedimiento que legalmente se determine. Por ello, la condición de funcionario público¹⁰⁴ del Notario y la *auctoritas* de que se halla investido le hace especialmente adecuado para asumir competencias que supongan el ejercicio de funciones públicas sobre relaciones de Derecho privado¹⁰⁵, ya que junto a la tutela judicial efectiva que se consigue con el procedimiento judicial, existe otra tutela jurídico-pública de derechos e intereses de los ciudadanos que no se presta en sede judicial¹⁰⁶, sino que se obtiene a través

Puede verse en el mismo orden de cosas también, FONT BOIX, V., "La función notarial...", cit., pp. 238, quien utiliza similares argumentos para concluir que, teniendo en cuenta que la jurisdicción voluntaria no presupone un estado de derecho controvertido, que su resolución se encamina directamente a la declaración de hechos y situaciones jurídicas y que, aun cuando pueda llegarse sobre la base de los mismos a una declaración de derechos, siempre carecería su resolución de la eficacia de cosa juzgada, "[c]onsecuentemente se produce una fricción entre función judicial y jurisdicción voluntaria, mientras se dan mayores analogías entre ella y la función notarial (...) [debiendo] pues ser atribuida el Notariado".

¹⁰³ RODRÍGUEZ ADRADOS opina que "entre los funcionarios a los que se podrían encomendar muchos de esos procedimientos se encuentran en primer término los Notarios (...) piénsese en que su atribución a los Secretarios judiciales (...) descargaría sólo la labor personal del Juez, pero no la del Juzgado, y su atribución a los Registradores de la Propiedad rompería una nota estructural esencial de su función, cual es la de inscribir documentos ajenos, y no hacer, para luego inscribir, documentos propios". RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Jurisdicción civil...", cit., pp.191-204.

¹⁰⁴ En efecto, como recuerda RODRÍGUEZ ADRADOS, "en todo el Notariado latino, doctrina y jurisprudencia entendían que la función notarial es una función compleja y que esta complejidad resulta de la fusión inescindible de elementos públicos y privados, bajo la primacía conceptual de los elementos públicos, que se han ido continuamente incrementando, pues sin ellos la función notarial desaparecería o se convertiría en mera especialidad de la profesión de abogado" RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Comentario al artículo...", cit., pp. 38-43.

¹⁰⁵ A este respecto, BELLOCH JULBE se refiere a la *auctoritas* que debe concurrir en aquellos servidores públicos a quienes se les encomienden competencias en materia de jurisdicción voluntaria. En palabras del autor, "[e]sa condición del Notario como funcionario del Estado(...)es lo que justifica sobradamente el ser destinatario eventual de tal clase de competencias, sin que, al propio tiempo, suponga injerencia alguna en el ámbito del Poder Judicial(...), sino mera participación en las que, hasta ahora, son funciones judiciales". BELLOCH JULBE, J.A., "Notas en torno al Notariado...", cit., pp. 22-28.

¹⁰⁶ En relación con esta tutela jurídica efectiva, afirma COBAS COBIELLA, M.A., "Jurisdicción voluntaria...", cit., p. 169, que "[a]l igual que el ordenamiento jurídico y la Constitución española en su artículo 24.1 prevé la tutela judicial efectiva, entendida como el derecho a ser oído y a la defensa de los intereses, si lo extrapolamos

de la función notarial.

Alcanzada por la doctrina la general convicción de que la jurisdicción voluntaria no tiene naturaleza estrictamente jurisdiccional y excepción hecha, como hemos examinado, de algunos asuntos que exigen, no obstante, estar bajo la tutela y garantía de los Jueces, el Notariado español, imparcial, independiente y garante de la seguridad jurídica preventiva¹⁰⁷, tiene mucho que aportar; en especial, en materia de Derecho de sucesiones, ámbito en el que tan importante ha sido tradicionalmente su intervención..

¿Cuál es, por tanto, la aportación notarial a la jurisdicción voluntaria¹⁰⁸ desde una perspectiva actual?

Al margen de contribuir a racionalizar y descongestionar nuestra Justicia haciendo un uso más adecuado de los recursos públicos disponibles, debe apreciarse el valor añadido que supone la intervención notarial para dotar de seguridad a las relaciones jurídicas entre particulares.

La intervención notarial aporta eficacia, agilidad y eficiencia económica.

Eficacia, por la seguridad jurídica que conlleva la actuación del Notario. Seguridad jurídica sustancial, derivada del asesoramiento técnico imparcial prestado por el Notario, con la garantía del preceptivo control de legalidad; y seguridad documental, al elaborar, con independencia, instrumentos públicos válidos y eficaces para el tráfico jurídico extrajudicial en los que se contienen actos y negocios jurídicos autenticados por la fe pública notarial.

Agilidad, por la capacidad para tramitar, sin merma de su eficacia, expedientes con diligencia y sin excesiva burocratización, tal como corresponde a un ejercicio profesional en régimen de competencia. Ello ha quedado claramente puesto de manifiesto con la experiencia en la tramitación de las actas de declaración de herederos abintestato¹⁰⁹.

al ámbito de la jurisdicción voluntaria podría desprenderse de esa aureola jurisdiccional y enfocarse de esta otra forma, como derecho a obtener solución jurídica, que no sea necesariamente transitar por los caminos jurisdiccionales”.

¹⁰⁷ En este orden de cosas, afirma GÓMEZ-FERRER SAPIÑA que deben ser atribuidas al Notariado aquellos actos de jurisdicción voluntaria que, encomendados actualmente a los Jueces, son susceptibles de ser desempeñados por los Notarios por la razón de que “[l]a función notarial reúne al igual que la jurisdicción voluntaria, la característica de actuar una función pública sobre relaciones o intereses jurídico privados, dentro del Sistema cautelar, y con la finalidad de garantizar el derecho a la seguridad y a la paz social”. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. I extraordinario, 1992, pp.159-161.

¹⁰⁸ A todas estas utilidades y ventajas de la intervención notarial ya se viene refiriendo desde hace décadas el Notariado Latino en muchos Encuentros y Jornadas que tratan del tema de la Jurisdicción Voluntaria. Como ejemplo, señala NIETO SÁNCHEZ el IV Encuentro del Notariado Americano, celebrado en Bogotá en 1968; XII Encuentro del Notariado Latino, Guatemala, 1983; VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito 1993; VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz 1998; y X Jornada Notarial Iberoamericana, Valencia 2002. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., pp.86-97.

¹⁰⁹ En referencia a las actas de declaración de herederos abintestato afirma CORRAL MARTÍNEZ que “[l]a gestión notarial de las [mismas] demuestra lo acertado de aquel tímido inicio en el seguro y útil camino que tiene el Estado para servirse de unos funcionarios suyos, los notarios, que por estatuto y experiencia están perfectamente capacitados para cuantas competencias en jurisdicción voluntaria pasaren a ejercer”. CORRAL

Eficiencia económica y social, porque las funciones que se extraen de la sede judicial suponen para el Estado una disminución del gasto en Administración de Justicia¹¹⁰. Además, la implantación social del Notariado y la estructura territorial de que dispone hace que los ciudadanos puedan beneficiarse de la proximidad del servicio público notarial.

Todas estas aportaciones del Notariado hacen de él una institución social y jurídicamente útil para asumir funciones de jurisdicción voluntaria.

El Notariado ha demandado competencias en esta materia por creerse perfectamente capacitado para ejercerlas con total garantía, lo que supondría un refuerzo al tiempo que un esfuerzo en el ejercicio de su función, y por entender asimismo que muchas de las competencias tradicionalmente consideradas de jurisdicción voluntaria se aproximan a la esencia de la función notarial, encajando en la misma sin grandes distorsiones¹¹¹.

Ejerciendo funciones de mera presencia, comprobación de hechos, calificación, autenticación, homologación y documentación de actos y relaciones jurídicas, pueden, no habiendo contradicción relevante, declarar derechos y determinar o dar fijeza a relaciones jurídicas entre particulares, no sólo porque en muchos casos se trata de funciones que encajan o se aproximan extraordinariamente a la esencia de la función notarial, sino también por la conveniencia de que así sea y la utilidad que ello reporta, tanto a la sociedad como también a la propia institución.

En este último sentido, desde diversas tribunas notarialistas¹¹² se viene defendiendo la necesidad de adoptar medidas tendentes a dar un nuevo impulso a la profesión, entre otras, la asunción de nuevas competencias. La justificación, no obstante, de esta atribución de competencias en sede de jurisdicción voluntaria al Notariado, no debe recaer de forma principal en la necesidad de conseguir, en un momento de crisis económica, la viabilidad de muchas Notarías. Cualquier ampliación de competencias basada en un criterio de mero interés corporativo

MARTÍNEZ, José, "Notariado, derecho de los consumidores y jurisdicción voluntaria", *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, pp. 14-15.

¹¹⁰ En este sentido se manifiesta NIETO SÁNCHEZ cuando afirma que "en los países donde existe el notariado latino los costes de la Administración de Justicia son inferiores para la economía nacional". Puede decirse, concluye el autor "que se trata de una reivindicación justa en cuanto a que es beneficiosa para la sociedad. (...) Y ello puede afirmarse porque cuando se ha concedido al notariado alguna competencia de este tipo, la experiencia ha sido sumamente satisfactoria para los usuarios en rapidez, perfección técnica y economía". NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., p.78.

¹¹¹ MEZQUITA afirma a este respecto que los argumentos para esta reivindicación han sido que "en esas funciones [las de jurisdicción voluntaria] hay más administración del Derecho que verdadera jurisdicción y que la organización de medios, en esas instituciones extrajudiciales, es más adecuada para su objetivo, por lo que con alta probabilidad su gestión por ellas redundaría en una mayor agilidad, e incluso en una calificación profesionalizada más inmediata y profunda". MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2...*, cit., p. 418.

¹¹² En este orden de cosas, las reformas arancelarias, la nueva demarcación notarial y la asunción de nuevas competencias son las bazas que algunos Notarios creen necesarias jugar para devolver a la profesión notarial el brillo económico que ha perdido en la última década. Puede verse, ROMERO HERRERO, Honorio, "Reflexiones sobre la situación actual del Notariado", *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, p. 21. También puede verse BELLOCH JULBE, José-Félix, "Situación límite", *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, p.14.

reducirá, a nuestro juicio, el valor de otros tantos argumentos de peso que el Notariado tiene a su favor: argumentos históricos, argumentos jurídicos y argumentos meramente prácticos que evidencian la oportunidad y conveniencia de que los Notarios pasen a ser sujetos activos de primer orden en el campo de la jurisdicción voluntaria, tal como, finalmente, ha ocurrido gracias al nuevo marco competencial diseñado por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

3.- COMPETENCIAS NOTARIALES EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS: EL PROCEDIMIENTO A TRAVÉS DEL CUAL SE ARTICULA LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL

3.1.- Competencias notariales en asuntos no contenciosos: un principio general

El Notario aparece como un sujeto activo eficaz en el ámbito de la jurisdicción voluntaria: funcionario público al tiempo que profesional altamente cualificado con implantación en toda España y capacitado para desempeñar estas competencias de tutela de derechos, en el marco de su función propia, con calidad técnica y jurídica y adecuadas garantías.

La determinación de qué funciones pueden o deben atribuirse a los Notarios en esta materia es quizás una de las cuestiones que más polémica suscita.

El contenido heterogéneo de la jurisdicción voluntaria, que ya analizamos en un capítulo anterior, engloba a un nutrido grupo de supuestos en los que, sin que exista controversia relevante que deba sustanciarse en un proceso contencioso, se viene solicitando tradicionalmente la intervención del Juez para la tutela y eficaz ejercicio de derechos e intereses privados, con el fin de obtener una resolución, generalmente constitutiva, a través de la cual se crean, modifican o extinguen estados o relaciones jurídicas civiles o mercantiles para las que es insuficiente la sola actuación de los particulares, bien por la trascendencia o naturaleza jurídico-pública del interés en juego, bien por la imposibilidad de contar con el concurso de todas las voluntades individuales precisas, al estar afectados menores, personas con capacidad modificada judicialmente, ausentes, desaparecidas o desconocidas; asimismo, se incluyen en su ámbito aquellos supuestos en que se demanda la intervención de la autoridad competente para la protección de derechos indisponibles o, en general, jurídico-públicos o sociales; también existen expedientes de jurisdicción voluntaria en que se declaran o ejecutan determinados derechos, se previenen litigios y se ejercen funciones de autenticación, homologación y documentación de negocios, actos y hechos jurídicos. Quedan integrados finalmente dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el

ordenamiento jurídico considera sin la entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso. Se trata de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario justifican la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario¹¹³.

De entre este variado contenido, entendemos que deben reclamarse para el Notariado todos aquellos actos de jurisdicción voluntaria que reúnan las notas características de su quehacer propio y que, sólo por razones históricas y de mera oportunidad, han permanecido en sede judicial¹¹⁴.

¹¹³ A juicio de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA los cometidos del Juez en sede de jurisdicción voluntaria son los siguientes: adoptar medidas de protección de las personas y sus patrimonios; acreditar determinados hechos y declarar que se han justificado o no: homologación; ejercer el control de determinados actos para comprobar si se hallan justificados o no por razones económicas o morales legítimas; documentar; modificar o cambiar una situación o relación jurídica fundándose en una justa causa: concesiones; crear cargos privados; declarar cumplidas ciertas obligaciones; autorizar determinados actos como presupuesto de la validez del negocio jurídico de que se trate o requisito necesario para que el acto pueda realizarse; suplir la voluntad de los interesados; aprobar lo realizado por considerarlo justo, prudente o ajustado a norma, o examinando su oportunidad; solucionar desacuerdos entre partes, integrando sus voluntades discordantes (nombramiento de tercer perito); liberar de responsabilidades; y, cancelar obligaciones. Concluye el autor que, de entre toda esa variedad de actos, deberán ser atribuidos a los Notarios "aquellos (...) en que el Juez desempeña funciones que son propiamente notariales, así las de homologación, es decir, las que tienden a acreditar determinados hechos y declarar que se han justificado o no (...), las de documentación y en determinados casos la de extinción de obligaciones(...); junto a ellas pueden ser atribuidas al Notariado aquellas otras funciones de determinación o comprobación de hechos constitutivos del presupuesto para la aplicación de la norma, incluso las consistentes en solucionar desacuerdos entre partes, integrando sus voluntades discordantes(...). En definitiva, está justificada la competencia notarial en aquellos actos de jurisdicción voluntaria donde la judicatura desempeña funciones que encuadran a la perfección en las características que, en virtud de su desenvolvimiento histórico y legislativo tiene el Notariado: formación suficiente, hallarse investidos de fe pública y contar con los medios técnicos adecuados(...) para lograr soluciones que satisfagan los intereses de los particulares que se garantizan en función de prevención de conflictos, y por tanto para el logro de la paz social y de la seguridad jurídica, mediante el control de legalidad de dichos actos". Véase GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...", cit., pp. 96-97 y 106-108.

¹¹⁴ En palabras de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, "sólo debe ser atribuida la competencia a los Notarios de aquellos actos de jurisdicción voluntaria cuya finalidad pueda ser lograda con la actuación del Notario, conforme a las normas que regulan su función y en consecuencia, sin correr el riesgo de desvirtuar, ni aquélla (la finalidad), ni ésta (la función notarial)". GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...", cit., p. 152.

En cuanto a qué actos de jurisdicción voluntaria tradicionalmente atribuidos a los Jueces pueden ser en la actualidad asumidos por los Notarios, los autores han llegado a diversas conclusiones sobre la base de clasificar los actos de jurisdicción voluntaria. NAVARRO AZPEITIA ("Actas de notoriedad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Reus, Madrid, tomo I, 1943, p. 84) hace la siguiente clasificación: "a) Actos de publicidad jurídica directa, con o sin previa calificación: las inscripciones en el Registro Civil, en los Registros de las Propiedades inmobiliarias, industrial o intelectual, etc. b) Actos de solemne e indirecta publicidad jurídica, previo proceso de calificación, comprobación, publicación del tráfico y declaración terminal de suficiencia; las autenticaciones calificadoras a cargo de Notarios u otros funcionarios dotados de fe pública. c) Actos de amparo a personas de capacidad nula o disminuida, previa rogación de ellas o de su representación legal, seguida de comprobación bastante y terminados por declaraciones resolutorias: los actos protectores de la autoridad judicial". NAVARRO AZPEITIA sostiene que todos los actos de publicidad jurídica directa corresponden por regla general a la zona administrativa, aunque ningún obstáculo habría para confiarla en todo o parte al cuidado notarial. Que los actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida son más bien materias de Jueces o Tribunales y que los actos de solemne o indirecta publicidad jurídica, dentro de los cuales caben las declaraciones de situaciones jurídicas y fijación provisional de hechos, corresponden al Notariado.

GONZALEZ PALOMINO (*Instituciones...cit.*, p. 79-81) distingue tres grupos dentro del contenido de la jurisdicción voluntaria: 1º Autorizaciones y complementos de capacidad. El Juez en ellos, con o sin ejercicio de autoridad, emite una declaración de voluntad, como la licencia para la enajenación de bienes de menores o incapacitados. 2º Declaración de situaciones jurídicas. El Juez, previa cognición más o menos extensa, declara que a un supuesto de hecho corresponde una situación de derecho. Así, declara herederos a unos parientes del causante o declara que un documento reúne los requisitos del testamento ológrafo. 3º Fijación provisional de hechos. El Juez pasivamente, admite documentos y declaraciones testificales, sobre hechos que no pueden

Lo cierto, es que el Notariado, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, ya venía ejerciendo funciones propias de la jurisdicción voluntaria, previstas no sólo en el Derecho civil estatal, sino también en las legislaciones civiles autonómicas de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio¹¹⁵: actas notariales para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, para la inscripción del exceso de cabida, o complementarias del título público de adquisición; protocolización del acta de deslinde y amojonamiento; venta extrajudicial del bien hipotecado; las actas de notoriedad para determinar los sustitutos no designados nominativamente; las actas de declaración de herederos abintestato; protocolización del auto que aprueba las informaciones *ad perpetuam memoriam* si se refiere a hechos de reconocida importancia; protocolización del testamento hecho de palabra e intervención en la tramitación judicial si hubiere concurrido al otorgamiento y por cualquier causa no lo hubiere elevado a escritura pública; protocolización del testamento cerrado y ológrafo; así como la protocolización de otros testamentos hechos de palabra o en peligro de muerte según la normativa autonómica correspondiente; procedimiento notarial para la partición de la herencia tramitado ante Notario en Derecho civil gallego; repudiación de la herencia en documento público, o la formación de determinados inventarios existentes en Derecho civil catalán, balear, vasco o navarro¹¹⁶.

Además de estas competencias, ya notariales, algunas de las cuales se amplían en la nueva configuración de la institución, la integración de la función se debe hacer efectiva atribuyendo al Notariado toda esa serie de actos tradicionalmente considerados de jurisdicción voluntaria que, sin llegar a integrarse propiamente en la tarea formalizadora de negocios, constituyen función notarial propia pues en

perjudicar a persona determinada, y se limita a aprobar o no la información, sin valorarla ni darle valor. El primer grupo, en el que el Juez concede o deniega una autorización, o hace un nombramiento por medio de acto de voluntad, es cosa ajena a la función notarial; el segundo grupo, en el que el Juez hace una declaración sobre hechos y derechos, tras una información más o menos sumaria, también parece ajeno a la función notarial; sólo en el tercer grupo “en que la función del Juez es pasiva, limitada a recibir una información o aprobarla,(...) sin valorarla ni darle valor(...)hay analogía con la función notarial. Parece por consiguiente excesivo querer ampliar la función notarial a todos los grupos, en base a la analogía con uno de ellos, precisamente el más reducido”. Citados ambos por FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 217-227.

¹¹⁵ La Constitución Española de 1978 al configurar la actual estructura territorial del Estado distribuyéndolo en Comunidades Autónomas, procedió a delimitar el ámbito competencial de aquél y de éstas, atribuyendo al Estado, entre otras muchas, competencia exclusiva sobre la Legislación civil, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (art. 149.1.8º); así como competencia sobre Legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.6º). En ejercicio de estas competencias, nos recuerda NIETO SÁNCHEZ, “las Comunidades Autónomas con Derecho foral se apresuraron a dictar normas sobre la materia para actualizar unos ordenamientos petrificados por el fenómeno codificador y el proceso de la Compilación. Evidentemente, la actualización de las instituciones que tradicionalmente habían integrado el Derecho de cada Comunidad Autónoma implicó también una revisión de los mecanismos de jurisdicción voluntaria a través de los cuales alcanzaban efectividad”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p. 124.

¹¹⁶ Muy interesante la enumeración exhaustiva que hace NIETO SÁNCHEZ de las que él llama competencias notariales en asuntos no contenciosos. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., pp. 143-162.

ellos se procede a documentar, legitimar, homologar, autenticar actos o contratos, así como aquellos casos en que se declaran o legitiman situaciones con trascendencia jurídica, lo que implica aplicar el Derecho a hechos previamente fijados o comprobados.

Junto a estas competencias que se entienden propias de la función notarial, se plantea la oportunidad de que el Notariado asuma otras que, aunque no encajen a la perfección en su esencia propia, se aproximen a su función y especialización material.

Debe actuarse con extraordinaria prudencia, manteniendo el adecuado equilibrio entre el respeto a la naturaleza de la función notarial y la conveniencia de que sea precisamente el Notario, por las especiales características de su función, el profesional más adecuado para asumir esas otras funciones no estrictamente notariales. Sin embargo, el legislador, claramente favorable a renovar y ampliar la función notarial, ha valorado muy positivamente la conveniencia de atribuir, incluso, a los Notarios actuaciones en las que deban tomar una decisión o incluso hacer una declaración de voluntad, actividades que les son ajenas y que, al menos, hubieran exigido arbitrar una suerte de criterio de automatismo a fin de objetivar al máximo, en base a reglas preestablecidas, la decisión notarial.

En cualquier caso, tras la nueva configuración de la institución operada por la Ley 15/2015, de 2 julio, y junto a otras muchas competencias, también de jurisdicción voluntaria, asumidas en el ámbito inmobiliario-registral con la modificación operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la configuración tradicional de la institución notarial, como venimos defendiendo, se actualiza, con el riesgo que ello conlleva de su desnaturalización. Cuando menos, estamos ante el comienzo de una nueva forma de proceder en la actuación notarial.

3.2.- Las competencias atribuidas al Notariado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

El prestigio adquirido por el Notariado a lo largo de los años como titular de la fe pública extrajudicial y garante de la seguridad jurídica preventiva lo convierten, a juicio del legislador, en operador jurídico apto para asumir nuevas competencias en materia de jurisdicción voluntaria, por su encaje o extraordinaria aproximación, en muchos casos, a la función típica notarial. Las competencias que se atribuyen al Notariado son aquellas donde, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, “su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano”¹¹⁷.

Excluidas del cuerpo de la Ley, todas estas competencias se llevan, como sabemos, a través de las Disposiciones finales, a la legislación notarial, mediante la creación de un nuevo Título VII en la Ley Orgánica del Notariado, y a la sustantiva

¹¹⁷ Apartado VIII de la Exposición de Motivos LJV.

específica y propia, para lo cual se procede, fundamentalmente, en la Disposición final primera, a la modificación de los correspondientes artículos del Código Civil.

A los Notarios se les encomiendan, en primer lugar, la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio. Van a ser nuevas competencias notariales en materia de Derecho de sucesiones las siguientes:

Con carácter exclusivo, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados¹¹⁸; la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos¹¹⁹; la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral¹²⁰; y la protocolización de testamentos militares y marítimos¹²¹. Asimismo, serán de su exclusiva competencia los expedientes relativos a la declaración de herederos abintestato cuando no haya testamento, cualesquiera que sean los parientes llamados a heredar¹²², quedando la declaración de herederos a favor del Estado en manos de la Administración¹²³.

El Notario será además competente para fijar, en exclusiva, el plazo previsto en el artículo 1005 del Código Civil (*interpellatio in iure*), que se modifica, a instancia de cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia; la repudiación de la herencia, que antes podía formalizarse judicial o notarialmente, se configura ahora como competencia exclusiva notarial en el artículo 1008, modificado, del Código Civil. Finalmente, a diferencia de la regulación hasta ahora vigente en la que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podía hacerse ante Notario o Juez competente, si bien la declaración de hacer uso del beneficio de inventario y del derecho de deliberar y la formación del inventario era judicial, con la modificación operada, tanto la declaración de hacer uso del beneficio de inventario o del derecho de deliberar como la formación del inventario se configuran como competencias propias de los Notarios¹²⁴.

De forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia, en sede de albaceas y contadores-partidores¹²⁵, serán competentes para los expedientes de renuncia y fijación de plazo para la prórroga de ambos cargos; así

¹¹⁸ Ello ha supuesto la modificación de los artículos 712, 713 y 714 del Código Civil y la redacción de los nuevos artículos 57, 58, 59 y 60 de la Ley del Notariado.

¹¹⁹ Ello ha supuesto la modificación de los artículos 689, 690, 691, 692 y 693 del Código Civil y la redacción de los nuevos artículos 61, 62 y 63 de la Ley del Notariado.

¹²⁰ Ello ha supuesto la modificación de los artículos 703 y 704 del Código Civil y la redacción de los nuevos artículos 64 y 65 de la Ley del Notariado.

¹²¹ Ello ha supuesto la modificación del artículo 718 del Código Civil.

¹²² Este expediente queda regulado en los nuevos artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado, quedando derogado el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

¹²³ Para ello se han modificado los artículos 956, 957 y 958 del Código Civil, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria y el párrafo 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, a la que también se añaden tres artículos, 20 bis, 20 ter y 20 quáter.

¹²⁴ Para ello ha sido necesaria la modificación de los artículos 1011, 1014, 1015, 1017, 1019, 1020, 1024, 1030 y 1033 del Código Civil y la redacción de los nuevos artículos 67 y 68 de la Ley del Notariado.

¹²⁵ A este respecto, han resultado modificados los artículos 843, 899, 905, 910 y 1057.2 del Código Civil y se ha redactado el nuevo artículo 66 de la Ley del Notariado.

como para el nombramiento de contador-partidor dativo y aprobación de la partición practicada por el contador nombrado cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

En Derecho de familia¹²⁶, se introducen dos novedades que han generado gran interés mediático, ya que pasan a ser nuevas competencia notariales los matrimonios y las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo entre los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de por Letrado en ejercicio.

El Código Civil contiene la nueva regulación acerca del acta o expediente previo a la celebración del matrimonio, encomendándose su tramitación al Letrado de la Administración de Justicia, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero, al tiempo que también regula con las modificaciones precisas la celebración del mismo, que podrá tener lugar ante el Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue, Letrado de la Administración de Justicia o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración y ante el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero. No obstante, al igual que se dejó dicho en referencia a los Letrados de la Administración de Justicia, al amparo de lo dispuesto en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 15/2015, hasta el día 30 de junio de 2017 el Notario podrá celebrar matrimonios, pero no tramitar el expediente previo.

En materia de Derecho de obligaciones, los Notarios harán el ofrecimiento de pago y se ocuparán de la consignación de deudas pecuniarias¹²⁷, de forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia. Asimismo, se prevé una actuación exclusiva para reclamar notarialmente deudas dinerarias que pueden resultar no contradichas¹²⁸ y que permite, en tal caso, la creación de un título ejecutivo extrajudicial, como una alternativa a la reclamación de las deudas en vía judicial a través del proceso monitorio, que en cualquier caso podrá plantearse con posterioridad.

Se les atribuye, asimismo, competencia de forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia, en los expedientes de conciliación¹²⁹, subastas voluntarias¹³⁰ y determinados expedientes en materia mercantil, a saber: la adopción de las medidas previstas en la legislación mercantil en los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos-valores o representación de partes de

¹²⁶ Nuevos artículos 51, 52, 53 y 54 de la Ley del Notariado. Han sido modificados los 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 65, 73, 81, 82, 83, 84, 87, 89, 90, 95, 97, 99, 100 y 107 del Código Civil.

¹²⁷ Nuevo artículo 69 de la Ley del Notariado; se han modificado al respecto los artículos 1176, 1178 y 1180 del Código Civil.

¹²⁸ Nuevos artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado.

¹²⁹ Nuevos artículos 81, 82 y 83 de la Ley del Notariado. La competencia en materia de conciliación está también compartida, en parte, con los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

¹³⁰ Nuevos artículos 72 a 77, ambos inclusive, de la Ley del Notariado.

socio¹³¹ y nombramiento de peritos en contratos de seguro¹³².

Finalmente, se les asigna en exclusiva la competencia para recibir y documentar, mediante la correspondiente acta, el depósito de bienes muebles, valores o efectos mercantiles y venta de los bienes depositados¹³³, así como determinados procedimientos en sede de Derecho marítimo a los que no se refiere la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, sino que pasan a ser regulados por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Estos expedientes se ponen al día, eliminándose aquellos que habían perdido su razón de ser, como es el caso de la autorización para la descarga del buque, las obligaciones derivadas del contrato de transporte marítimo o la apertura de escotillas; el resto de expedientes (protesta de mar por incidencias del viaje, liquidación de avería gruesa, depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo, extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque y enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados) se desjudicializa, atribuyéndose su conocimiento a los Notarios.

En el ámbito de los Derechos reales, las nuevas competencias que asumen los Notarios no vienen previstas tampoco en el Título VII de la Ley del Notariado añadido por la Disposición final undécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, sino que se contienen en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que regula la tramitación de importantes expedientes, ahora desjudicializados, como el deslinde de fincas inscritas, el expediente de dominio para la inmatriculación de fincas que no estén inscritas en el Registro de la Propiedad o el expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral¹³⁴.

3.3.- Procedimiento unitario o diversificación de procedimientos

Hasta la reciente entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, la ausencia de un procedimiento general y unitario de jurisdicción voluntaria¹³⁵ en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ha propiciado, o, al menos, ha amparado, que sean las diversas leyes sustantivas que se han ido dictando a lo largo del siglo XX en materia civil y mercantil, las que regulen, no pocas veces de forma incompleta, cada uno de los expedientes específicos en la materia¹³⁶. De ahí, la

¹³¹ Nuevo artículo 78 de la Ley del Notariado.

¹³² Nuevo artículo 80 de la Ley del Notariado.

¹³³ Nuevo artículo 79 de la Ley del Notariado.

¹³⁴ Se ha dado nueva redacción a los artículos 198 a 210 de la Ley Hipotecaria.

¹³⁵ Con FERNÁNDEZ DE BUJÁN podemos afirmar que la ausencia de un procedimiento judicial garantista ha sido “uno de los flancos más endebles de la actual conformación de la institución y una de las razones que explican la actual prevención, en determinados ámbitos, frente a la misma”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “La ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte...”, cit.

¹³⁶ Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN existían hasta la fecha alrededor de 200 procedimientos de jurisdicción voluntaria, habiéndose producido en los últimos años, “una inflación de procedimientos específicos, sin que exista proceso, contemplados en leyes civiles o mercantiles, que no siempre resultan justificados en su

fragmentaria, insuficiente e inconexa regulación que ha existido durante más de un siglo de los diferentes procedimientos de jurisdicción voluntaria.

El legislador, al afrontar la actual configuración de la institución, ha tenido la oportunidad de abordar de forma decidida la regulación de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria. La nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria pone fin a esta, manifiestamente mejorable, situación y contiene las normas comunes para la tramitación de los asuntos de esta naturaleza, tanto los regulados en ésta como en esas otras leyes sustantivas, antes referidas, procediendo a la regulación del procedimiento general de jurisdicción voluntaria y de cada uno de los procedimientos específicos en aquellos supuestos en que la competencia se atribuye a Jueces o Letrados de la Administración de Justicia. Se dota así de coherencia interna a la materia desde un punto de vista procedimental, siendo de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, tal como se prevé en su artículo 8.

Este procedimiento general de jurisdicción voluntaria, una de las grandes virtudes que puede reconocérsele a la nueva Ley, vendrá a sustituir las disposiciones parciales e inconexas contenidas en la legislación procesal decimonónica, con el fin de reordenar y reestructurar las normas y procedimientos por materias, conforme a la tradicional clasificación del Derecho privado, en personas, cosas, obligaciones, familia y sucesiones.

Quedan reforzadas extraordinariamente las garantías procedimentales de los justiciables, aproximando la jurisdicción voluntaria a la regulación propia del procedimiento contencioso¹³⁷. Sin embargo, este acercamiento no debe suponer confusión entre ambas esferas de la jurisdicción con un ámbito de aplicación y unas características claramente diferenciadas. En la jurisdicción voluntaria no existe, *a priori*, contradicción relevante de voluntades, en tanto en la jurisdicción contenciosa la normalidad viene marcada por una controversia u oposición entre los litigantes, sin perjuicio de la existencia de procesos meramente declarativos o

especificidad, pero que en buena medida se amparan en la ausencia de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria en el libro III de la Ley [de Enjuiciamiento Civil]". FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "Luces y sombras del Anteproyecto de Ley...", cit. En este orden de cosas, puede verse un pormenorizado análisis de estos procedimientos específicos en GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, *La jurisdicción voluntaria: doctrina y formularios*, 4ª edición actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez, Cizur-Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

¹³⁷ A este respecto, cabe afirmar siguiendo a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que la aproximación entre ambas esferas de jurisdicción, contenciosa y voluntaria, se ha producido en una doble dirección. La regulación del proceso contencioso contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 caracterizada, entre otros principios, por la economía procesal, la concentración, la intermediación o la oralidad, supuso en su día un acercamiento a la tradicional configuración del procedimiento voluntario, más ágil y breve en sus trámites y con menores formalismos, aunque carente quizás de las garantías procedimentales básicas. Es por ello, que la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria ha de prever un procedimiento judicial muy exigente con la observancia de las referidas garantías procedimentales, propias del proceso contencioso, en especial en lo relativo al principio de audiencia, práctica de pruebas o recursos admisibles. Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015 en su apartado III cuando afirma que "[e]n especial, se toma particular cuidado en adaptar la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria a los principios, preceptos y normas generales contenidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil". FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *La Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 23-24; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "La ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte...", cit.

constitutivos en los que no hay oposición. Tampoco está presente en la jurisdicción voluntaria el principio de dualidad de partes, ni se produce en su plenitud el efecto de cosa juzgada. Todo ello fue objeto de especial análisis en el capítulo primero.

Los ciudadanos, desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción voluntaria el día 23 de julio de 2015, disponen de un moderno y ágil procedimiento para hacer efectivos y ver tutelados, siempre que no exista proceso ni controversia relevante, sus derechos e intereses legítimos¹³⁸.

El tradicional procedimiento de jurisdicción voluntaria, que adolece de ciertas limitaciones en la aplicación de los fundamentales principios informadores del proceso, se ve reforzado en orden a preservar el cumplimiento de algunas garantías procesales propias del proceso contencioso¹³⁹, en especial, en lo referente a la oralidad y concentración en la tramitación del expediente, a la audiencia de los interesados¹⁴⁰, la práctica de pruebas, sistema de recursos¹⁴¹ y la

¹³⁸ En este punto resulta conveniente hacer una breve referencia al nuevo procedimiento judicial. La Ley de Jurisdicción voluntaria contiene en su Título Preliminar y en su Título I unas disposiciones generales y normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Las disposiciones generales del Título Preliminar (artículos 1 a 8) se refieren al objeto y ámbito de aplicación, competencia en materia de jurisdicción voluntaria, legitimación y postulación, intervención del Ministerio Fiscal, prueba, tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos, gastos y carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Título I contiene las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria; en su Capítulo I, referente a las normas de Derecho internacional privado (artículos 9 a 12), resulta novedosa, como ha reconocido LIÉBANA ORTÍZ, Juan Ramón, "Aproximación crítica al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 890, 11 de septiembre 2014, p. 4, "la introducción de normas que establecen el criterio general de competencia internacional para conocer de los expedientes, la remisión a las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado, así como normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria adoptados por autoridades extranjeras". Finalmente, el Capítulo II regula las normas de tramitación (artículos 13 a 22) relativas a la aplicación de las disposiciones de este capítulo, iniciación del expediente, acumulación de expedientes, apreciación de oficio de la falta de competencia y otros defectos u omisiones, admisión de la solicitud y citación de los interesados, celebración de la comparecencia, decisión del expediente por medio de auto o decreto, según corresponda la competencia al Juez o al Secretario judicial, en el plazo de cinco días a contar desde la terminación de la comparecencia, recursos, caducidad del expediente, cumplimiento y ejecución de la resolución que pone fin al mismo.

Todas estas disposiciones conforman el referido procedimiento general de jurisdicción voluntaria, fundamentado en el juicio verbal, de aplicación supletoria a cada uno de los expedientes en lo no establecido en especial por las diferentes regulaciones particulares. No obstante, la competencia territorial, la funcional, según se atribuya la decisión de fondo al Juez o al Secretario judicial, y la postulación que, en general, no se configura como preceptiva, se prevén en cada uno de los expedientes regulados desde el artículo 23 al 148, ambos inclusive.

¹³⁹ Entiende FERNÁNDEZ DE BUJÁN que "[la] nueva configuración garantista de la jurisdicción voluntaria en el ámbito judicial, 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 o formalidades, en detrimento de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica características de toda actuación judicial". FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., "La Jurisdicción Voluntaria en el...", cit., p. 26.

¹⁴⁰ El Juez o el Letrado de la Administración de Justicia, según quien presida la comparecencia, oírán al solicitante, a los demás citados y a las personas que la Ley disponga, y podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente; se cuida además de garantizar el trámite de audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, que puede llegar a practicarse en acto separado para evitar interferencias de otras personas.

¹⁴¹ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria regula los recursos en el artículo 20 y diferencia entre las resoluciones interlocutorias y las resoluciones definitivas, bien provengan del Juez, bien del Secretario judicial. Contra las primeras cabrá recurso de reposición, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que podrá tramitarse y resolverse oralmente en la comparecencia, si la resolución impugnada se hubiera acordado durante la celebración de la misma. Las resoluciones definitivas dictadas por

admisión de la oposición, cuya formulación no hará contencioso el expediente¹⁴². En definitiva, el procedimiento debe regularse de modo que no se vean mermadas la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica propias de cualquier procedimiento de naturaleza judicial.

Con esta finalidad se han revisado los procedimientos específicos contenidos tanto en la ley procesal como en las leyes sustantivas, en aras de determinar aquellos que deben continuar vigentes y cuáles deben ser derogados por no estar justificados conforme a la actual regulación¹⁴³.

Y, sin perjuicio de la “análoga vocación codificadora a la que en su momento correspondió, «mutatis mutandis», a la Ley 1/2000, de 7 de enero, en relación con la denominada jurisdicción contenciosa”, que se reconoce a la Ley 15/2015 en su Exposición de Motivos, lo cierto es que, en algunas ocasiones, la Ley se remite a la legislación civil o mercantil sustantiva cuando en ella se regula un determinado expediente competencia de Jueces o Letrados de la Administración de Justicia. Esta opción se justifica argumentando que así se evitan duplicidades en la regulación de determinadas materias, ya que “la ordenación de algunas instituciones de Derecho privado explicita los rasgos esenciales del procedimiento para obtener el concreto efecto jurídico a que aquélla se refiere”. Se considera esta solución “plenamente respetuosa con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico” e incluso más prudente y “menos perturbadora que otras, considerando que la opuesta -que consistiría en trasladar todas esas normas desde la ley sustantiva a esta Ley- implicaría dejar vacíos de contenido numerosos preceptos del Código Civil u otras normas de nuestro ordenamiento jurídico”, si bien no se descarta que en un futuro razones de política legislativa hagan aconsejable otra solución¹⁴⁴.

Una vez configurado el nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria, el legislador, como hemos visto, opta por declararlo aplicable exclusivamente a aquellos expedientes que van a permanecer en sede judicial, únicos que acoge en su articulado. Frente a la desafortunada equiparación de procedimientos llevada a cabo en la frustrada reforma de 2006¹⁴⁵, que suponía una cierta

el Juez podrán ser recurridas en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la decisión proviene del Secretario judicial, deberá interponerse recurso de revisión ante el Juez competente, en los términos previstos en la misma Ley procesal. El recurso de apelación no tendrá efectos suspensivos, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario.

¹⁴² Cfr. art. 17.3 párrafo segundo LJV.

¹⁴³ Entre los procedimientos desregulados, las informaciones para dispensa de ley, informaciones *ad perpetuam memoriam*, protocolización de memorias testamentarias, o diversos expedientes en Derecho marítimo a los que ya hicimos referencia anteriormente. A este respecto, puede verse FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Hacia una teoría general...* (I), cit., p.122 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “La ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte...”, cit.

¹⁴⁴ Cfr. apartado IX Exposición de Motivos LJV.

¹⁴⁵ En este orden de cosas, recuerda FERNÁNDEZ DE BUJÁN que “[e]l procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria deber ser regulado con las connotaciones y garantías propias de su naturaleza como son la contradicción, la postulación en su doble vertiente de asistencia de abogado y de representación por procurador y los recursos; y el procedimiento administrativo que se prevea para los actos de jurisdicción voluntaria desjudicializados debe ser objeto de regulación en la legislación hipotecaria y notarial (...)” A su juicio, por tanto, “la desafortunada equiparación entre ambos tipos de procedimiento, que implicaba un estéril y artificioso reduccionismo de la jurisdicción voluntaria al ámbito negocial y administrativo en el Proyecto de

administrativización de la jurisdicción voluntaria, se opta por un criterio acertado y más acorde con el espíritu de la Ley.

Jurisdicción voluntaria judicial y Jurisdicción voluntaria notarial, separadas, no sólo desde un punto de vista sustantivo o material, sino también desde el formal o procedimental, pasan a tener sedes normativas distintas.

Sobre la base de no querer cambiar un sistema notarial que funciona francamente bien, entendemos que la atribución de competencias a los Notarios en sede de jurisdicción voluntaria debe suponer que la sustitución del operador jurídico se lleve hasta sus últimas consecuencias. De esta forma, la tramitación de aquellos expedientes que salen de la órbita judicial y se asignan a los Notarios debe ajustarse al modo típico del proceder notarial y regularse en el marco de su legislación específica¹⁴⁶, sin afectar a los pilares básicos en que se asienta la institución, sin crear nuevas formas documentales y sin referencia o influjo procesal alguno¹⁴⁷. Esto es lo óptimo. Otra cosa, como veremos, es que la regulación de algunos trámites se inspira en la legislación procesal civil y que determinadas lagunas que surgen en la nueva legislación, hasta que tengan lugar los correspondientes desarrollos reglamentarios, hayan de solventarse con la aplicación supletoria tanto de las normas del nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria como de la regulación procesal general¹⁴⁸.

jurisdicción voluntaria de 2006, si bien fue corregida en trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso, constituyó, la principal causa de retirada del Proyecto de jurisdicción voluntaria en octubre de 2007". FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., "La Jurisdicción Voluntaria en el...", cit., pp. 23-26.

¹⁴⁶ En este sentido ya se manifestó el Informe que el Consejo General del Notariado remitió a la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otras disposiciones y en el que se dan unas pautas sobre los límites que deben respetarse en la atribución al Notariado de competencias en sede de jurisdicción voluntaria. Se afirma que "aun en estos mismos casos de concurrencia, no puede olvidarse que función judicial y función notarial son radicalmente distintas, en su naturaleza, en su modo de actuar y hasta en los mismos efectos que esa actuación origina. Por lo tanto, cuando se requiera reconocer a los Notarios competencia en un determinado ámbito hasta ahora reservado a la competencia judicial exclusiva, hay que desjudicializar la materia, eliminar toda la terminología y todo el tratamiento procesal de la misma, todo rastro de *imperium* en el actuante y salir también fuera de la LEC. Los Notarios autorizan escrituras y actas, estas actuaciones deben estar regladas en la Legislación Notarial conforme a las exigencias de fondo de la función notarial y a sus esquemas y a su misma terminología". A este Informe se refiere GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., "Jurisdicción voluntaria...", cit., pp.159-161.

¹⁴⁷ En estos procedimientos, como apuntaba FERNÁNDEZ DE BUJÁN hace una década "deben mantenerse los principios de audiencia y contradicción, al propio tiempo que suprimirse toda huella procesal y de manifestación de imperio". FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas...", cit.

¹⁴⁸ RIPOLL JAÉN quien también es partidario de aplicar la Ley Notarial no excluye, sin embargo, la posibilidad de acogerse a ese Capítulo II del Título I de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, "cuando las circunstancias lo exijan y la aplicación de la Ley del Notariado detecte sus insuficiencias y es que así lo aconseja el carácter omnicompreensivo de nuestro Ordenamiento Jurídico". Puede verse RIPOLL JAÉN, Antonio, "Adveración de testamento ológrafo", disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>. Fecha de última consulta 8 de julio de 2015.

En este sentido, la DGRN en Resolución de 8 de octubre de 2015 (LA LEY 152363/2015) en relación al cómputo de los plazos para el nombramiento notarial del contador previsto en el artículo 298 de la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 de julio, suspende la inscripción de la escritura por no haber transcurrido el plazo de 60 días hábiles señalado para realizar el sorteo a los efectos de la designación, contado desde el requerimiento inicial al notario, por estimar que tales plazos no son civiles y sustantivos, sino plazos de procedimiento y procesales de jurisdicción voluntaria y, como tales, en ellos han de excluirse los días inhábiles.

La atribución compartida de competencias en muchos de los expedientes y su consiguiente tramitación por cauces procedimentales diversos no puede conllevar, en ningún caso, diferencias en los efectos de las resoluciones o declaraciones que les pongan fin. A fin de evitar posibles distorsiones en el sistema por la coexistencia de resoluciones contradictorias emanadas de diferentes operadores jurídicos competentes en el mismo asunto, la Ley dispone en su artículo 6 que, cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado, acordándose el archivo de los expedientes posteriormente incoados. Y aunque esta norma se encuentra en el cuerpo de la Ley 15/2015, será de aplicación no sólo a los expedientes de jurisdicción voluntaria judicial, sino también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Letrado de la Administración de Justicia.

3.4.- Los cauces y garantías procedimentales de la jurisdicción voluntaria notarial: directrices genéricas en la tramitación de los nuevos expedientes atribuidos a los Notarios

La atribución al Notariado de nuevas competencias requiere, de forma paralela, la regulación *ad hoc* de normas de procedimiento que, a diferencia del procedimiento general previsto en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se contienen en el nuevo Título VII de la Ley del Notariado donde el legislador, sin prever las líneas fundamentales de un procedimiento notarial general para estos expedientes, regula, en ocasiones sin la precisión y el rigor esperados, la tramitación de cada uno de ellos.

Además, para que tenga verdadera eficacia la tramitación notarial de las nuevas actuaciones de jurisdicción voluntaria, es necesario que el Notario tenga plena autonomía e independencia en su actuación, pudiendo no sólo tramitar, sino también resolver el expediente. Ello supone, de un lado, descartar la posibilidad de que se atribuya al Notario la tramitación de expedientes cuya decisión se reserve al Juez. Y, de otro, que esta asignación de nuevas competencias se haga al Notariado con plenitud de efectos, esto es, sin que se requiera posterior aprobación u homologación judicial, aunque siempre sin perjuicio de la impugnabilidad del juicio notarial en vía jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria notarial debe desenvolverse a través de los medios técnicos documentales de los que dispone el Notario¹⁴⁹. A este fin, en el nuevo

¹⁴⁹ En el anterior intento de reforma de la jurisdicción voluntaria, el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 añadía un nuevo párrafo al artículo 1 de la Ley del Notariado en el que se decía que “[i]gualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan”. Con esta modificación se daba a entender que se les asignaba a estos profesionales una función diferente de su función propia tradicional y, por tanto, que estas nuevas competencias podrían

artículo 49 de la Ley del Notariado enuncia una regla general sobre la intervención notarial en los expedientes de jurisdicción voluntaria: “[l]os Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas: 1.º Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública. 2.º Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta”¹⁵⁰.

El contenido y finalidad de cada uno de los documentos públicos notariales, determina, en cada caso, el que sea más adecuado para el expediente en cuestión.

En algunos de los expedientes que el Notario asume en sede de jurisdicción voluntaria se contienen declaraciones de voluntad o prestaciones de consentimiento de las partes, por lo que el Notario habrá de utilizar una escritura pública. En unos casos, la nueva regulación prevé expresamente esta forma documental. Así para formalizar la celebración del matrimonio¹⁵¹; en las subastas notariales, cuando haya de procederse a la venta a favor del adjudicatario, en el caso de que el bien subastado sea inmueble o la ley exija el documento público como requisito de validez o eficacia de la transmisión¹⁵²; para formalizar el convenio regulador de separación, así como la reconciliación posterior en su caso, que también podrá formalizarse mediante un acta de manifestaciones; y para formalizar el convenio regulador del divorcio¹⁵³. Aunque no se diga expresamente, otros expedientes, que entendemos contienen igualmente declaraciones de voluntad, habrán también de formalizarse en escritura pública. La repudiación de la herencia y la declaración de hacer uso del beneficio de inventario y del derecho de deliberar¹⁵⁴ son ejemplos de ello.

Sin embargo, el instrumento óptimo para tramitar las nuevas funciones notariales en sede de jurisdicción voluntaria es el acta notarial. El Reglamento Notarial diferencia los siguientes tipos de actas: actas de presencia, entre las que incluye las de remisión de documentos por correo, notificación y requerimiento y exhibición de cosas o documentos; actas de referencia; de notoriedad; de protocolización; y de depósito¹⁵⁵.

exigir la creación de un nuevo tipo documental *ad hoc*. Véase en este sentido, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Problemas que plantea la regulación...”, cit., pp. 1614 y ss.

¹⁵⁰ Recuerda a este respecto NIETO SÁNCHEZ cómo en la Primera reunión de Decanos de Colegios de Notarios de América del Sur, celebrada en Lima en 1972, se afirmó que la actuación notarial en la jurisdicción voluntaria “debe ser siempre protocolar, sea en forma de escritura o de acta, por la garantía que otorga el principio de matricidad”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p.87.

¹⁵¹ Cfr. art. 54 LN.

¹⁵² Cfr. arts. 73 y 75 LN.

¹⁵³ Cfr. arts. 82, 84 y 87 CC.

¹⁵⁴ Cfr. arts. 1008 y 1011 CC.

¹⁵⁵ Cfr. artículos 198 a 217 RN.

Encontramos en la regulación de los nuevos expedientes diversas referencias expresas a las actas notariales. Actas de *manifestaciones*, como la requerida para documentar la reconciliación de los cónyuges separados¹⁵⁶, cuando la separación se hubiere llevado a cabo sin intervención judicial. Actas de *protocolización*, mencionadas en sede de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral¹⁵⁷. Actas de *depósito*, como la que se tramitará para el depósito notarial en materia mercantil¹⁵⁸. Y finalmente, actas de *notoriedad*, como la que se debe tramitarse para la constancia del régimen económico matrimonial o para la declaración de herederos abintestato, cualesquiera que sean ya los parientes llamados a heredar¹⁵⁹.

En cualquier caso, el Notario, habrá de decidir, a falta de previsión expresa al respecto, qué tipo de acta considera más conveniente en cada expediente, pudiendo utilizar incluso un acta compleja o mixta con elementos o requisitos de varios de los tipos previstos en la normativa notarial¹⁶⁰.

De entre todos los tipos de actas mencionados, el de notoriedad es el instrumento que tradicionalmente se ha considerado más adecuado para que el Notario tramite las nuevas actuaciones de jurisdicción voluntaria.

Al tiempo que el Notariado comenzó a sentir la aspiración de integrar la función notarial con competencias en esta materia, surgió una cierta preocupación sobre cuál habría de ser el vehículo adecuado para su tramitación. La introducción de las actas de notoriedad en nuestro ordenamiento jurídico, que hoy cuentan con cobertura legal, pero que tradicionalmente, como sabemos, no se han considerado función notarial propia, hizo, sin embargo, que los defensores del movimiento doctrinal favorable a la jurisdicción voluntaria notarial las vieran como cauce procedimental óptimo al efecto, al ajustarse bastante su objeto al pretendido en estos nuevos expedientes notariales. Ciertamente, muchos de los actos de jurisdicción voluntaria que se atribuyen al Notariado se dirigen a declarar derechos que se asientan sobre hechos o situaciones jurídicas que el Notario no puede percibir de forma directa, debiendo alcanzar, por notoriedad, la convicción de su existencia mediante la práctica de determinadas pruebas.

Por ello, sin las actividades que despliega el Notario cuando autoriza un acta de notoriedad, comprobando y fijando hechos notorios, reconociendo derechos y legitimando situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica y, finalmente, emitiendo juicios sobre los mismos, declarándolos formalmente, se

¹⁵⁶ Cfr. art. 82 CC.

¹⁵⁷ Cfr. arts. 60, 63 y 65 LN.

¹⁵⁸ Cfr. art. 79 LN.

¹⁵⁹ Cfr. arts. 53, 55 y 56 LN.

¹⁶⁰ De esta opinión es NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., p. 164.

dificultaría extraordinariamente la tramitación notarial de muchas de nuevas actuaciones asumidas¹⁶¹.

Haciendo uso del acta de notoriedad para la documentación de estos expedientes, y en atención al sistema de doble acta introducido en el Reglamento Notarial por el artículo 122 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, para aquellos casos en que la conclusión del acta tuviere lugar en día distinto al de su iniciación¹⁶², con el acta inicial en la que figure el requerimiento quedará constancia en el Protocolo notarial del comienzo del expediente, cualquiera que sea la resolución final, bien afirmativa, bien negativa, lo que resulta de extremo interés para el caso de interrupción de las actuaciones, por ejemplo, si se le requiere al Notario judicialmente para la paralización de las mismas.

Puede continuarse con la práctica seguida en muchas Notarías para la documentación de las actas de declaración de herederos abintestato, consistente en autorizar una primera acta de requerimiento y tramitación, en la que se contengan todas las actuaciones y pruebas a practicar, y una segunda acta en la que, como conclusión o cierre de la primera, el Notario, tras un extracto o síntesis de la tramitación contenida en el documento anterior, emita su juicio sobre si le han resultado acreditados y justificados los hechos objeto del expediente en cuestión.

Sin embargo, tomando en consideración la regulación de los nuevos expedientes en los que se prevé la posibilidad de hacer citaciones y notificaciones a determinados interesados e incluso, según los casos, publicaciones de edictos, la forma óptima de llevar a cabo su documentación, en aquellos casos en que deban formalizarse por medio de acta de notoriedad, como ocurre en la inmensa mayoría de los expedientes en materia sucesoria, entendemos que debe ser la contraria.

A fin de evitar problemas en el envío de los índices quincenales, por las dilaciones en la conclusión del expediente y el desconocimiento hasta el final del número exacto de folios del primer documento, deberá autorizarse una primera acta con el requerimiento inicial, con fecha y número de protocolo correspondiente, y una final donde se dejará constancia del acta que contenga el

¹⁶¹ Así en palabras de FONT BOIX, “se entiende que corresponde al Notariado toda la extensa gama de aplicaciones jurídicas del Derecho a hechos que nadie mejor y con más autoridad que el Notario puede proceder a comprobar por todos los medios de prueba y que con mayor libertad y con más eficacia puede llevar a cabo. Tales son por ejemplo, las justificaciones posesorias, las suplencias de titulación, las designaciones de herederos, las comprobaciones de situaciones jurídicas hereditarias, las posesiones de estado, las realizaciones de bienes en subasta extrajudicial, las protocolizaciones sancionadoras y conservadoras de documentos y expedientes y otras semejantes”. FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., p. 271 y FONT BOIX, V., “La función notarial...”, pp. 280-282. Puede verse la argumentación de FONT BOIX a favor del acta de notoriedad como medio más idóneo para instrumentar la jurisdicción voluntaria notarial en FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción ...”, cit., pp. 292-293.

¹⁶² Con anterioridad a esta reforma, que entró en vigor el día 30 de enero de 2007, se autorizaba un único documento que se incorporaba al Protocolo con todas las diligencias practicadas una vez hecho el juicio de notoriedad y con la fecha de la protocolización y el número de protocolo correspondiente a esta última.

requerimiento y en la habrá de recogerse, por medio de sucesivas diligencias, todas y cada una de las actuaciones que se practiquen y a la que deberán quedar incorporados todos los documentos aportados y los que pueda ir el Notario recabando en el curso de la tramitación, indicando tanto la fecha de iniciación de la misma como la de su conclusión, con número de protocolo correspondiente a esta última.

En todo caso, será el Notario, quien decida, valorando ventajas e inconvenientes en cada supuesto concreto, qué sistema seguir.

En cualquier caso, sea cual sea el instrumento público a utilizar según el expediente de que se trate, escritura o acta, la actividad desplegada por el Notario en esta llamada jurisdicción voluntaria notarial ha de estar reglada, a fin de proporcionar las máximas garantías a los ciudadanos. Si bien, como hemos dejado dicho, la Ley no configura un procedimiento general al efecto, sí podemos extraer unas directrices genéricas del proceder notarial, dentro del esquema propio de su función e inspiradas, fundamentalmente, en la regulación contenida en el artículo 209 del Reglamento Notarial dedicado a las actas de notoriedad y que contiene normas referidas al requerimiento previo e interés exigido al requirente; pruebas a practicar por el Notario, bien sean propuestas por el instante, bien las estime el propio Notario necesarias; requerimientos, citaciones y notificaciones personales o por edictos, cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario en el caso de que fuera presumible perjuicio para terceros; e interrupción del acta¹⁶³, en su caso.

En base al carácter rogado de la actuación notarial, esencial en el Notariado latino¹⁶⁴, el punto de partida en la tramitación de cualquiera de estos actos lo marca la solicitud o requerimiento que un sujeto interesado hace al Notario que, en la mayoría de los supuestos, habrá de ser un Notario competente y, en todo caso, un Notario hábil.

En algunos expedientes, la dificultad inicial para determinar quién está verdaderamente legitimado, hace que el Notario pueda admitir el requerimiento de quien sólo demuestre interés en el asunto que se pretenda o un principio de derecho. Así ocurre, por ejemplo, en el acta de declaración de herederos abintestato, que la pueden instar quienes se consideren con derecho a la herencia de una persona fallecida sin testamento; o en todos los expedientes dirigidos a la apertura, adveración y protocolización de testamentos, que podrán ser solicitados por cualquier sujeto interesado.

¹⁶³ Son muchos los autores que entienden aplicable con carácter supletorio el artículo 209 del Reglamento Notarial, entre los que podemos destacar CAMPO GÜERRI, M.A, "La competencia notarial...", cit., p. 592; o NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", p. 168.

¹⁶⁴ El carácter rogado del Notario aparece consagrado en el artículo 3 del Reglamento Notarial cuando afirma en su párrafo primero: "El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados".

En otros expedientes, sin embargo, la mayor certeza inicial sobre las circunstancias de hecho que se hallan en su base, hace que el Notario haya de exigir que el requerimiento provenga de persona especialmente legitimada que así lo acredite. En este sentido, destacamos: las actas y escrituras públicas en materia matrimonial, que se pueden instar por quienes pretendan contraer matrimonio; la formación de inventario, que se iniciará a solicitud de un heredero; la reclamación de deudas dinerarias que pudieran resultar no contradichas, para la cual estará legitimado el acreedor; el expediente de subasta notarial, en el que hará la solicitud al Notario una persona legitimada para instar la venta del bien; los expedientes dirigidos a adoptar medidas previstas en la legislación mercantil en los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos-valores, donde estarán legitimados los poseedores legítimos de estos títulos que hubieren sido desposeídos de los mismos o que hubieren sufrido su destrucción o extravío; o finalmente, el nombramiento de peritos en los contratos de seguros, que podrá promoverlo cualquiera de las partes del contrato de seguro o ambas conjuntamente

El Notario al que se dirigen los requerimientos habrá de ser normalmente, como hemos dicho, un Notario competente. Y es que el principio de libre elección del Notario, previsto en los artículos 3 y 126 del Reglamento Notarial, que contribuye de forma esencial a su configuración como profesional imparcial e independiente, tiene, sin embargo, algunas limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Según la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el legislador se inclina en materia de competencia, con algunos límites, por el principio de libre elección del Notario y, a este respecto, afirma que “la reforma contempla, con un criterio de prudencia dada la procedencia de estos expedientes del ámbito judicial, ciertos límites al principio de libre elección del Notario por el requirente, al establecer criterios de competencia territorial que tienen una conexión razonable con los elementos personales o reales del expediente. No obstante, se avanza hacia una mayor flexibilización de las reglas competenciales respecto de las vigentes actualmente en el ámbito judicial”.

Conforme a los artículos 3 y 116 del Reglamento del Notariado que regulan la competencia territorial del Notario, la *jurisdicción notarial* está limitada al Distrito notarial. De esta forma se articula y organiza el desempeño de la función pública notarial en aras de una mayor seguridad y eficiencia. Ahora bien, en aquellos Distritos donde haya Notarías demarcadas en distintas localidades, los Notarios no podrán reglamentariamente, con carácter general, actuar fuera del término municipal donde tengan su residencia. Sin embargo, a diferencia de los documentos autorizados por un Notario fuera de su Distrito, que carecerán de fe pública notarial, los documentos autorizados por un Notario dentro de su Distrito, pero fuera de la localidad donde está demarcada su Notaría, haya o no Notaría

demarcada en la misma, serán plenamente válidos y eficaces y gozarán de fe pública notarial, al margen de responsabilidades disciplinarias o de otro tipo¹⁶⁵. Sólo en supuestos especialísimos y de extraordinaria urgencia o necesidad, como el caso del testamento del que se halle gravemente enfermo o de los documentos de plazo perentorio, se autoriza a los Notarios para actuar en los términos municipales contiguos al suyo y pertenecientes a otro Distrito notarial, cualquiera que sea el Colegio al que correspondan, siempre que en tal término no resida Notario o el Notario único o todos los Notarios residentes en el lugar sean incompatibles o haya otra causa que imposibilite su intervención¹⁶⁶.

A diferencia de esta limitación de *jurisdicción* dentro del Distrito en la competencia territorial, la competencia material o funcional del Notario es ilimitada. Sólo en algunos supuestos, el legislador entiende que por razón de la mejor prestación del servicio público notarial se debe atribuir competencia al Notario de un determinado lugar por la especial vinculación que mantiene con uno de los elementos, objetivos o subjetivos, del expediente. Esto ocurre, en especial, tratándose de competencias notariales en actuaciones que procediendo de la jurisdicción voluntaria judicial se integran en la función notarial, en la convicción de que en estos casos, acreditar la notoriedad de determinados hechos se hará mejor y con mayores garantías cerca del territorio donde el causante tenía su residencia habitual o la mayor parte de su patrimonio.

Este es el criterio de prudencia que invoca el legislador en la Exposición de Motivos, criterio con el que estamos de acuerdo. Las limitaciones a la competencia funcional del Notario están presentes en la gran mayoría de los nuevos expedientes atribuidos a los Notarios¹⁶⁷. Es voluntad del legislador poner a disposición del ciudadano un mayor número de Notarios competentes para conocer del expediente, pero siempre que tengan una conexión territorial con el mismo. Esta mayor proximidad del Notario con las circunstancias del expediente le facilita la obtención de todos los elementos de juicio necesarios para abordar la tramitación con la máxima seguridad jurídica y que la misma colme las finalidades y expectativas que el particular tiene cuando hace el requerimiento notarial.

Aceptado el requerimiento, la primera característica de la función notarial que se va a proyectar en la actuación del Notario en sede de jurisdicción voluntaria, es el asesoramiento, que debe, además, estar presente a lo largo de toda la tramitación hasta que el Notario ponga fin al expediente autorizando la escritura

¹⁶⁵ Cfr. art. 117 RN.

¹⁶⁶ Cfr. art. 118 RN.

¹⁶⁷ Entre los diferentes expedientes regulados en el nuevo Título VII añadido a la Ley del Notariado, sólo en el ofrecimiento de pago y la consignación, previstos en el artículo 69, y en los depósitos en materia mercantil y venta de los bienes depositados, en el artículo 79, se omite referencia alguna a la competencia notarial.

o extendiendo el acta pertinente¹⁶⁸.

Este asesoramiento no sólo se despliega en un ámbito material o sustantivo, en el sentido de informar sobre la procedencia y eficacia tanto del requerimiento como de las pruebas planteadas, sino también en el aspecto procedimental. La intervención notarial en los expedientes de jurisdicción voluntaria aporta, por tanto, a los particulares una extraordinaria ventaja que, a nuestro juicio, es al tiempo una garantía: el Notario habrá de asesorar al ciudadano sobre los concretos trámites a seguir según las previsiones legales aplicables a cada caso: documentación que se debe aportar junto a la solicitud inicial para acreditar el interés o legitimación, según los casos; audiencia a los interesados, previa citación de los mismos que, en su caso, podrá requerir la publicidad del expediente; o práctica de las pruebas propuestas o de cualesquiera otras que el Notario estime oportunas.

El asesoramiento notarial, tal como está configurado, adquiere pues en estos expedientes una especial significación y despeja, a nuestro juicio, todas las dudas sobre la necesidad de postulación en los expedientes tramitados por Notario¹⁶⁹. El Notariado es la institución de que se sirve el Estado para garantizar un asesoramiento técnico adecuado a todos los ciudadanos. Ello no obsta, como en la práctica ocurre, para que los particulares, en la tesitura de celebrar un determinado acto o contrato que requiera la intervención notarial, acudan a la Notaría asistidos de un Abogado. Pensemos en casos de especial trascendencia económica o supuestos donde subyace un conflicto que se trata precisamente de sortear acudiendo a la intervención extrajudicial de un Notario. Será una decisión libremente tomada por los interesados en aquellos supuestos en que entiendan que no les es suficiente el asesoramiento imparcial y objetivo del Notario, sino que requieren un asesoramiento de parte en atención a la complejidad de los intereses en juego.

En el mismo sentido, puede ocurrir en cualquiera de estos nuevos expedientes que los interesados decidan asistir con asesoramiento letrado, tal como se prevé expresamente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria

¹⁶⁸ En relación con la labor de asesoramiento, sostiene CAMPO GUERRI que “esta función asesora del Notario ha de compatibilizarse con el principio dispositivo que rige, como regla general, en los expedientes de jurisdicción voluntaria (...) Como manifestación de este principio, el interesado en el requerimiento inicial configura su pretensión con la libertad dispositiva que le concede su titularidad o legitimación. Y la misma libertad se le habrá de reconocer, y no cabrá su negativa, cuando el interesado pretenda modificar su pretensión y requerimiento inicial (...) todavía más, este principio dispositivo ha de facultar a los interesados a pedir la suspensión o paralización del procedimiento (...) y finalmente, esta disponibilidad del procedimiento facultará al interesado también para desistir del mismo”. CAMPO GUERRI, M. A., “Notariado y Jurisdicción...”, cit., pp. 445-446.

¹⁶⁹ En este sentido, afirma GÓMEZ FERRER-SAPIÑA que “[c]omo es costumbre en España cuando interviene Notario no interviene Letrado, al considerarse por el legislador que la labor asesora y controladora de la legalidad del Notario es suficiente y no requiere de impulso procesal”. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 116.

judicial. Entendemos que debe tratarse de una opción de los interesados y que, en ningún caso, con la única excepción de los expedientes de separación y divorcio¹⁷⁰, se configura como preceptiva. Esta opción legal es acertada a nuestro juicio. De un lado, por la propia naturaleza de los asuntos que se les atribuyen a los Notarios, donde, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción voluntaria judicial, no se encuentran afectados derechos fundamentales ni libertades públicas, ni están implicados menores o personas con capacidad limitada. De otro, porque iría en contra de la propia esencia de la función notarial y de los argumentos y razones que han inspirado la atribución a los Notarios de estas nuevas competencias.

En este sentido, la solución de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al extraer de su articulado los expedientes atribuidos a los Notarios y optar por su regulación en la legislación notarial, conlleva la inaplicación a los mismos de las normas procesales sobre postulación. No obstante, no olvidemos, que en sede de jurisdicción voluntaria judicial, la postulación tampoco se ha configurado como requisito general. Lo que nos parece criticable precisamente, *a contrario sensu*, por la especial trascendencia de los asuntos encomendados a los Jueces y por la falta en el seno de estos expedientes judiciales, no excesivamente complejos, pero sí absolutamente desconocidos para cualquier persona ajena a la profesión jurídica, de otro tipo de asesoramiento técnico a los particulares. Un procedimiento garantista de jurisdicción voluntaria, como el que se pretende instaurar, exigiría a nuestro juicio unas adecuadas asistencia jurídica y defensa y representación técnica en la gran mayoría de los expedientes. Quizás por esta razón, el legislador prevé que si bien los solicitantes e interesados en un expediente sólo deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la Ley 15/2015, podrán actuar asistidos o representados ellos, respectivamente, cuando así lo deseen, aun cuando no sea requerido legalmente¹⁷¹.

¹⁷⁰ En este sentido, cabe destacar que, sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de 2013 recomendaba la intervención de Letrado en los procedimientos a desarrollar ante Notario, en particular en los expedientes notariales de separación y divorcio, en los que incluso sería conveniente que cada parte actuara asistida de su propio Letrado. Puede consultarse el Informe en <http://www.poderjudicial.es>. Fecha de última consulta 2 de febrero.

¹⁷¹ Uno de los puntos de mayor interés en la reforma ha sido el relativo a la postulación. No olvidemos que en el anterior intento de reforma en la materia en los años 2006 y 2007, los diferentes textos prelegislativos mantuvieron criterios dispares al respecto, lo que suscitó no poca polémica entre los operadores jurídicos afectados. La Ponencia aceptó la intervención de Abogado en procedimientos a partir de cierta cuantía, al entender que la regulación dada a los mismos hacía complicada para el ciudadano su intervención sin asesoramiento jurídico. El Proyecto del Gobierno suprimió la intervención de Abogado en la mayoría de los casos, por lo que, tras las fuertes críticas recibidas, la Comisión de Justicia volvió a introducir, de forma contradictoria, el criterio de la Ponencia, entendiendo preceptiva, con carácter general, la intervención de Abogado en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

El Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de 2013 consideraba, de forma orientativa, que “debería mantenerse la preceptividad, al menos, de actuar con asistencia letrada en todos aquellos expedientes relativos a la capacidad de las personas, a menores y a familia, incluido el régimen económico matrimonial. Puede consultarse el Informe en <http://www.poderjudicial.es>. Fecha de última consulta 2 de febrero.

La labor asesora del Notario se encuentra en íntima conexión con otras de las garantías fundamentales que aporta la intervención notarial: el control de legalidad. Control de legalidad que también va a desplegar sus efectos en estos nuevos expedientes notariales tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo o procedimental. En el ámbito sustantivo, porque el Notario habrá de asegurarse de que las circunstancias de hecho o de derecho que se encuentran en la base del expediente no son contrarias al ordenamiento jurídico¹⁷². En el ámbito procedimental, porque habrá de velar por el cumplimiento de todos los requisitos y trámites que de forma preceptiva se regulan en la Ley¹⁷³.

Gracias a este control de legalidad y a la fe pública de que están investidos los Notarios, el contenido de lo actuado por el mismo se presume veraz e íntegro. Tanto los hechos comprobados por el Notario como los derechos que se puedan fundar sobre aquéllos se tendrán por veraces en tanto no sean objeto de la correspondiente revisión judicial.

Es por ello especialmente importante que en la tramitación de estos nuevos expedientes, el Notario practique cuantas pruebas estime pertinentes, hayan sido o no propuestas por el requirente¹⁷⁴. Debiendo hacer, asimismo, requerimientos y

A pesar de estos antecedentes, la Ley dispone en su artículo 3 que “[t]anto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente. En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición”. Del análisis de cada uno de los expedientes resulta que la intervención de Abogado y Procurador no es preceptiva en una gran mayoría de los casos. Queda debilitada claramente su posición, requiriéndose su intervención, básicamente, además de para la presentación de recursos de revisión y apelación, en los siguientes expedientes. Expedientes con trascendencia patrimonial cuando el valor del acto por el que se insta el procedimiento supere los 6.000 euros: en este orden de cosas, las autorizaciones judiciales para realizar actos de disposición de bienes de menores o personas con capacidad judicialmente completada o bienes gananciales; supuestos de derecho de sucesiones cuando el valor del patrimonio hereditario supere el referido valor; deslinde de fincas no inscritas, cuando el valor de las fincas supere los 6000 euros. Será también preceptiva la postulación en los expedientes de remoción del tutor o curador, así como en los expedientes de derecho mercantil. Esto supondrá, no tanto una reducción de costes para el ciudadano, como quiere hacerse ver por el legislador, sino más bien una disminución de garantías para el mismo. En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Misteriosa, heterogénea...”, cit., p. 2; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley...”, cit.

¹⁷² A este respecto, añade CAMPO GÜERRI que el control de legalidad puede dar lugar incluso a la denegación de la función notarial “puesto que la actuación asesora del Notario le permite detectar defectos que a un documentador de otro tipo le hubieran pasado inadvertidos: incapacidades no patentes, errores de hecho y de derecho, coacciones encubiertas, fraudes de ley”. CAMPO GÜERRI, M.A., “Notariado y Jurisdicción...”, cit., pp. 446-447.

¹⁷³ En relación con el aspecto adjetivo del control de legalidad del Notario, sostiene CAMPO GÜERRI que “[e]n este ámbito, la autonomía de la voluntad tiene un menor margen, pues el control notarial debe impedir que se altere la norma procedimental, generalmente de carácter imperativo”. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., pp. 591-592.

¹⁷⁴ En este orden de cosas, podemos afirmar, como sostiene CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., p. 596, que “[e]l Notario tiene encomendada en el ejercicio de su función una misión fundamental: la búsqueda de lo auténtico. Por ello, [dice], está legal y profesionalmente habilitado para apreciar todo tipo de pruebas, a diferencia a otros funcionarios, que tienen cercenada por Ley su actuación a la apreciación de la prueba documental.” Así, merece destacar que, tal como había demandado alguna doctrina (NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., pp. 223-224), la Ley del Notariado regule en su nuevo

notificaciones personales o por edictos, mediante la publicación de los anuncios correspondientes, cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario: bien para la citación de quienes pudieran tener interés en el expediente, bien cuando sea presumible la existencia de perjuicio para terceros a fin de que, unos y otros, puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos¹⁷⁵.

La publicación de anuncios se hará con carácter general en el tablón del Ayuntamiento donde hayan tenido su último domicilio o residencia las personas que formen parte del expediente notarial o, según los casos, donde se encuentre situado el inmueble o donde hubiera fallecido el causante, en los expedientes sucesorios, sin perjuicio de que, según la importancia del asunto en cuestión, las publicaciones deban también hacerse en otros medios adicionales de comunicación como periódicos de gran circulación o boletines oficiales¹⁷⁶.

Es posible que hechas las debidas publicaciones, concurran efectivamente al expediente, a fin de alegar lo que a su derecho convenga, determinados terceros que, bien puedan tener interés en el expediente, bien se entiendan perjudicados por él. En estos supuestos, la determinación de quiénes sean los interesados en cada caso, cuáles sean los plazos de publicación y comparecencia y, en definitiva, la intervención que haya de darse a los mismos una vez comparezcan o, en su caso, el tratamiento de la oposición manifestada al expediente, son cuestiones que amplían de forma considerable el margen de decisión del Notario. ¿Cómo debe proceder el Notario ante la formulación de una oposición? ¿Debe la oposición de un tercero interrumpir en cualquier caso la actuación notarial?¹⁷⁷

artículo 50 añadido por la Disposición final undécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, un sistema general de designación de peritos dentro de su ámbito propio.

¹⁷⁵ Cfr. art. 209 Segundo RN.

¹⁷⁶ Expresamente se prevén publicaciones en el Boletín Oficial del Estado en el expediente de declaración de herederos abintestato, en las subastas notariales y en el expediente en caso de robo, hurto, extravío o destrucción de título-valor, en el que también se establece, en su caso, la publicación en un periódico de gran circulación. Cfr. arts. 56 74 y 78 LJV.

¹⁷⁷ Se han mantenido diferentes posturas doctrinales al respecto.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ propone la suspensión del expediente, “pudiendo regularse un procedimiento judicial breve a los solos efectos de decidir si procede o no que continúe la tramitación del acta”. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Valor jurídico y aplicaciones...”, cit., p. 503.

BELLOCH JULBE, por su parte, entiende que cualquier oposición ha de conllevar de forma automática la interrupción del acta. Así afirma que deberá operarse la “inmediata suspensión de la actuación notarial, con traslado de lo hasta ese momento actuado al órgano jurisdiccional competente, en cuanto así se solicite del Notario actuante, por persona con interés legítimo suficiente, o se entable demanda judicial sobre el tema, a fin de garantizar adecuadamente la plena observancia del derecho público subjetivo a la tutela judicial efectiva”. BELLOCH JULBE, J.A., “Notas en torno al Notariado...”, cit., pp. 39-40.

Frente a las posturas como la de BELLOCH, existen otras más restrictivas y, a nuestro juicio, más acertadas en virtud de las cuales procederá la interrupción del acta cuando la oposición sea constitutiva de una pretensión judicial, así FONT BOIX, o cuando se haya acreditado al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo, como defiende SOLÍS VILLA. Véase FONT BOIX, V., “El Notario y la Jurisdicción...”, cit., pp. 271 y SOLÍS VILLA, Carlos, “Comentario al artículo 209...”, cit., pp. 604-605.

En el mismo sentido, CAMPO GÜERRI quien mantiene que para que la oposición de un tercero paralice la actuación notarial, “es imprescindible que la misma sea fundada a juicio del notario o se trate de una oposición judicial (...) no basta [a juicio del autor] con la simple presentación de una demanda judicial, sino que, cuando menos, cabrá exigir que ésta haya sido admitida a trámite” (...) “sólo si la demanda ha sido admitida a trámite

La ausencia de unas líneas procedimentales básicas para la tramitación de los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria implica la inexistencia de un tratamiento unitario de la regulación de la oposición.

Cuestión diversa es que, planteada una oposición, no quepa discutir en ningún caso que el Notario, como prescribe el artículo 209.3 del Reglamento Notarial, deba dejar constancia expresa, por diligencia, de las reclamaciones formuladas por terceros y, en todo caso, de la reserva de los derechos correspondientes a los mismos ante los Tribunales de Justicia.

La oposición a la actuación del Notario puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente.

Ésta última es la que se hace valer ante el mismo Notario que tramita el expediente, quien, continuando con la tramitación, debe examinar las alegaciones de los terceros en tanto afirmen nuevos hechos o contradigan la exactitud de los ya afirmados¹⁷⁸ por el requirente y, junto a las pruebas propuestas por éste y las que él mismo estime pertinentes, examinará y calificará las que habrá de aportar el tercero que formule la oposición¹⁷⁹. De la consideración conjunta de todos los medios de pruebas practicados, el Notario habrá de decidir, fundadamente, en cualquier caso, si la oposición formulada tiene o no relevancia suficiente para suspender su intervención.

En consecuencia, entendemos que no toda oposición debe impedir la continuación del expediente notarial, ni, incluso, que éste llegue a resolverse de forma favorable, cuando las pruebas en las que se funde no consigan desvirtuar los hechos alegados por el requirente¹⁸⁰. Sólo si el Notario estima que la oposición formulada, y fundada a su juicio, puede llegar a constituir una auténtica pretensión procesal, debería, en buena lid, interrumpir su actuación, aunque tampoco creemos que esté obligado a hacerlo salvo en el caso que prevé el artículo 209 Quinto del Reglamento Notarial, esto es, cuando se le acredite la presentación de la

por el juez, el notario deberá, según los casos, suspender o finalizar su actuación". CAMPO GÜERRI, M.A., "Notariado y Jurisdicción...", cit., pp. 447-448 y 604.

GARCÍA VILA, por su parte, propone diversas alternativas a ponderar: "a) que se paralice la eficacia de la decisión (...) solamente si el órgano encargado lo decide a la vista de la consistencia de las alegaciones; b) que la oposición pueda ser causa para la necesidad de acudir a una homologación judicial o a recurso ante otras instancias; c) que la oposición pueda ocasionar la interrupción provisional del procedimiento, dando la oportunidad de interponer la demanda oportuna en un plazo, de forma que, de no hacerse así, el procedimiento pudiera continuar adelante". GARCÍA VILA, Jose Antonio, "De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria", *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, p. 27.

¹⁷⁸ En estos casos, como sostiene FONT BOIX, "el Notario deberá estimar las alegaciones del oponente y, como un dato más, tomarlas en cuenta para emitir un juicio sobre la notoriedad pretendida". FONT BOIX, V., "La función notarial...", cit., pp. 268-269.

¹⁷⁹ Si las pruebas propuestas por el tercero fueren del todo improcedentes, mantiene CAMPO GÜERRI, M.A., "La competencia notarial...", cit., pp. 603-604, que "el Notario podrá denegar su autorización fundando su decisión y advirtiendo al interesado sobre la posibilidad de recurrir su decisión o ejercer judicialmente su pretensión".

¹⁸⁰ En este sentido se ha manifestado NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., pp. 227-228.

correspondiente demanda judicial¹⁸¹.

Esta regla contenida en el artículo 209 del Reglamento Notarial nos lleva a referirnos a la segunda clase de oposición que se le puede hacer a la actuación notarial: una oposición judicial. Si al Notario le consta que se ha interpuesto demanda judicial con el mismo objeto que el expediente que él tramita, deberá interrumpir su actuación¹⁸². La interrupción se levantará, y el acta será terminada a petición del requirente, cuando la demanda haya sido expresamente desistida, cuando no se haya dado lugar a ella por sentencia firme o cuando se haya declarado caducada a instancia del actor. También deberá el Notario interrumpir la tramitación del acta, qué duda cabe, de forma inmediata, si judicialmente se le ordena la suspensión o finalización de su intervención.

La solución contraria a la que defendemos, esto es, entender con carácter general que cualquier oposición implica de forma automática la suspensión de la actuación notarial y que aboca al requirente de forma inexorable a un juicio declarativo, privaría de virtualidad con mucha frecuencia a estas nuevas competencias notariales. Ello está en línea con el tratamiento de la oposición en la jurisdicción voluntaria judicial. Vistos en el capítulo primero los diferentes posicionamientos doctrinales sobre si la ausencia de contradicción es o no criterio delimitador de la jurisdicción voluntaria, hoy entendemos que está fuera de toda duda la posibilidad de que exista conflicto en muchos de los supuestos que integran su variado contenido.

En efecto, a diferencia de lo que se ha defendido en otros momentos históricos, en la actualidad se ha superado la concepción meramente negocial y de ejercicio pacífico de los derechos de la jurisdicción voluntaria, de forma que la oposición o incluso la contradicción no relevante no son ajenas a la esfera de la jurisdicción voluntaria en sus diferentes ámbitos, judicial o notarial. En este sentido, afirma el artículo 17.3 párrafo segundo de la Ley 15/2015 que, salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, estableciendo, como novedad, un plazo de cinco días, a contar desde la citación, para que el interesado pueda formular la

¹⁸¹ Afirma FONT BOIX, en este sentido, que el Notario “no deberá juzgar de la oposición. El entrar en su examen supondría ejercicio de función jurisdiccional de que carece. Tampoco deberá abstenerse de seguir la tramitación del acta, ya que la vía jurídica adecuada para actuar una pretensión es la correspondiente demanda judicial. Deberá tomarse en consideración el artículo 209.5 [RN] que concreta la interrupción del trámite de un acta al supuesto en que se ordene por mandato judicial, una vez impuesta la correspondiente demanda en juicio declarativo”. FONT BOIX, V., “La función notarial...”, cit., pp. 268-269.

¹⁸² Así se manifiesta expresamente el artículo 74.4 LN en el expediente de subasta. Al margen de esta referencia, sólo en el caso del expediente de reclamación de deudas dinerarias (cfr. art. 71 LN) se contiene mención expresa a la oposición y a sus efectos, cuando se afirma que si el deudor compareciera ante el Notario para formular oposición, se recogerán los motivos que fundamenta ésta, haciéndolo constar por diligencia, y una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial.

oposición.

Tal como se regula en este artículo, debería haberse previsto un plazo general para formular la oposición en el ámbito de la jurisdicción voluntaria notarial. En esta sede, al igual que ocurrirá con otras lagunas e imprecisiones existentes en la tramitación de los expedientes, es probable que las normas del procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria puedan, cuando menos, inspirar y orientar el criterio notarial.

Una vez practicadas todas las pruebas propuestas y no existiendo oposición que conlleve la interrupción de la actuación del Notario, éste pondrá fin al expediente autorizando la escritura o el acta correspondiente, procediendo a declarar, en su caso, los derechos que correspondan cuando estime acreditados los hechos alegados en el requerimiento inicial. En otro caso, denegará esta autorización.

Como todos los instrumentos notariales autorizados o intervenidos por Notario, estas escrituras y actas que documentan expedientes de jurisdicción voluntaria, gozan de fe pública y su contenido, que puede consistir en declaraciones de derechos o legitimaciones de situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica, se presume veraz e íntegro¹⁸³.

La eficacia privilegiada de lo actuado por el Notario se entiende sin perjuicio, claro está, de la impugnación de la actuación notarial en el procedimiento contencioso correspondiente¹⁸⁴. Por tanto, cuando los interesados que

¹⁸³ Puede afirmarse en este sentido con NIETO SÁNCHEZ que: “a) los hechos declarados notorios pasarán en el tráfico como veraces en tanto no se revise judicialmente dicha declaración. b) La declaración de derechos que pudiera realizar el notario también gozará de dicha presunción hasta la revisión jurisdiccional”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit, p. 169.

En este orden de cosas, sostiene CAMPO GUERRI que en nada contradice a lo visto la anulación por el Tribunal Supremo (STS, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 2176/2008, rec. 63/2007, LA LEY 39222/2008. Ponente Octavio Juan Herrero Pina), del inciso primero del párrafo final del artículo 209 del Reglamento Notarial, conforme al cual: “Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior”. Afirma el autor que “la incorrección de esta frase radica en que el carácter inscribible del acta no puede depender del Reglamento Notarial, sino de la norma que regule la concreta inscripción en el Registro de que se trate, pero en nada más [radica el motivo de la anulación]”. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit, p. 594.

¹⁸⁴ En cuanto a los recursos que le caben al interesado ante las decisiones del Notario, afirma CAMPO GÜERRI que “[l]a legislación notarial preveía en el último párrafo del artículo 145 del Reglamento la posibilidad de que el interesado pudiese interponer un recurso ante la DGRN contra la negativa del Notario a intervenir o a autorizar un instrumento (...) Este párrafo se mantuvo en la reforma de 19 de enero de 2007, pero su contenido fue declarado nulo por la sentencia de 20 de mayo de 2008, planteándose el interrogante de cuál será la vía que tendrá el interesado al que se le deniegue la autorización de un instrumento(...) [No obstante, lo cierto es que este recurso sólo cabía ante] “la negativa del notario a autorizar o intervenir un instrumento público; posibilidad que se puede extender a la negativa de practicar una determinada diligencia. Pero no puede admitirse dicho recurso ante la resolución del notario que concluye el acta denegando o declarando la notoriedad pretendida (...)”. Por tanto, concluye el autor “ante la declaración del notario que ponga fin al procedimiento no cabrá más recurso que la instancia judicial; sin perjuicio del derecho que asiste a cualquier interesado a manifestar su desacuerdo con la actuación notarial antes de que ésta concluya”. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit, pp. 598-599.

promovieron el expediente o los terceros que, en su caso, formularon oposición no se encuentren conformes con la actuación notarial y el modo en que el Notario ha resuelto y dado por finalizado el expediente, podrán acudir a la máxima garantía que representan los Jueces y Tribunales¹⁸⁵. De forma análoga a la eficacia de las resoluciones que ponen fin a los expedientes de jurisdicción voluntaria judicial, que no producen efectos de cosa juzgada, las decisiones o actos que ponen fin a los expedientes notariales, que producen en cuanto al contenido de sus declaraciones una presunción *iuris tantum* de autenticidad, quedan, en todo caso, sujetas a una posible revisión judicial.

Reforzados los principios de audiencia, publicidad y práctica de pruebas, el Notario debe actuar conforme a su función típica, autorizando escrituras y actas, con la máxima autonomía: tramitando hasta el final los nuevos expedientes que se les atribuyen, salvo que concurra una oposición que conlleve su interrupción, y decidiendo sobre los mismos sin control judicial posterior, aunque sin perjuicio de la impugnabilidad del juicio notarial en vía jurisdiccional. Así queda diseñado el marco general dentro del cual se va a desenvolver procedimentalmente la jurisdicción voluntaria notarial, en la que, no obstante, como tendremos la oportunidad de examinar en el capítulo siguiente, el Notario va a ampliar de forma considerable su margen de decisión, adaptándose y actualizándose, en consecuencia, su configuración tradicional.

¹⁸⁵ No obstante, en palabras de NIETO SÁNCHEZ “debe recordarse que la finalidad antilitigiosa que tiene la actividad notarial queda confirmada en la práctica porque de los millones de documentos notariales que se otorgan cada año, son impugnados un número ínfimo”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p. 226.

CAPÍTULO CUARTO

LA JURISDICCION VOLUNTARIA NOTARIAL EN EL MARCO DEL DERECHO DE SUCESIONES

1.- INTRODUCCIÓN

El Derecho de sucesiones se encuentra estrechamente vinculado a la figura del Notario, más y de forma más íntima a medida que avanzamos en la Historia. Desde el surgimiento del *tabellio* en la Roma imperial como redactor de contratos y testamentos, pasando por el Notario medieval y hasta el nacimiento del Notariado moderno en el siglo XIII, la función que en ningún momento ha dejado de tener encomendada este profesional del Derecho ha sido la de formalizar relaciones jurídico-privadas entre particulares, tanto las que se producen *inter vivos*, como las que despliegan sus efectos *mortis causa*. Hoy en día, podemos afirmar sin error que, en nuestro país, el Notario, desde su moderna configuración operada en la Ley del Notariado de 1862, es para los particulares el jurista de referencia en el ámbito sucesorio en general y testamentario en particular.

El Derecho sucesorio¹ se dedica al estudio, análisis y regulación de las múltiples cuestiones que surgen en torno a cómo el individuo puede organizar el destino de sus bienes para después de su muerte y cómo, una vez fallecido, ha de procederse en aras de la ejecución de su última voluntad, de modo que el sucesor en su patrimonio, como nuevo titular, pueda ejercer y hacer efectivos sus derechos, así como dar cumplimiento a todas sus obligaciones no personalísimas o intransmisibles².

¹ La importancia que el Derecho de sucesiones tiene en nuestro ordenamiento jurídico queda acreditada con el reconocimiento que, junto a la propiedad privada, se hace de la herencia el artículo 33 de nuestra Constitución de 1978.

² El Derecho español de sucesiones responde al sistema latino de organización del fenómeno sucesorio. Sistema de tradición romanista que encuentra su origen en el Derecho romano clásico a partir de la Ley de las XII Tablas y que consiste en preservar inalterada la total posición jurídica del causante en la que únicamente cambia su titular en la persona del heredero. Junto al sistema latino, el sistema anglosajón organiza el derecho sucesorio conforme a la tradición del *Common Law* y considera, en palabras de RIVAS MARTÍNEZ, que "el patrimonio del fallecido entra por este hecho en un período de liquidación del que cuidan órganos especiales

Dentro de este amplio campo jurídico se han ido desarrollando instituciones fundamentales para el normal desarrollo de las relaciones jurídicas entre particulares, estando el Notario llamado en muchas de ellas a desempeñar un papel prioritario³.

En efecto, podemos afirmar que en los actos y negocios jurídicos que los particulares celebran a lo largo de todas las fases a través de las cuales se desenvuelve la sucesión *mortis causa* de una persona, desde el momento mismo en que decide cómo organizarla, hasta que ésta se abre con su fallecimiento y se ejecuta la voluntad del causante, resulta extraordinariamente frecuente y habitual la presencia del Notario. En la gran mayoría de estos casos, estamos ante actuaciones documentadoras y formalizadoras de actos o contratos en las que el Notario ejerce la fe pública notarial: autorización de testamentos abiertos, autorización, según los casos, de escrituras de manifestación, aceptación, partición, adjudicación o repudiación de herencias, autorización de escrituras de aceptación y entrega de legados e incluso elevación a público de cuadernos particionales privados. Por otra parte, también interviene el Notario en ciertos actos de derecho sucesorio en los que ejerce funciones de documentación, mera presencia o declaración de derechos, tradicionalmente considerados como actos de jurisdicción voluntaria, pero que se entienden en la actualidad como integrantes de su función propia. Pensemos en la autorización de actas de declaración de herederos abintestato; actas de notoriedad para determinar los sustitutos no designados nominativamente; protocolización de testamentos hechos en forma oral, testamentos cerrados y testamentos ológrafos; así como la protocolización de otros testamentos hechos de palabra o en peligro de muerte según la normativa civil especial correspondiente o, finalmente, la formación de determinados inventarios existentes también en territorios con Derecho civil propio.

Lo cierto, no obstante, como bien sabemos y hemos analizado en capítulos anteriores, es que, con carácter general, la competencia en materia de jurisdicción voluntaria ha sido históricamente asignada a los Jueces. Con el precedente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 configuró y consolidó la jurisdicción voluntaria como una institución judicial y olvidó, al igual que un par de décadas antes hizo la Ley Orgánica del Notariado, el papel que, en determinadas materias, en especial en funciones de mera presencia o declaración de derechos, así como de documentación, calificación u homologación de negocios o actos jurídicos, podían haber desempeñado los Notarios, excluyéndolos de la mayoría de ellas.

que entregarán el remanente líquido que pueda quedar a los beneficiarios". RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo I, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 9-11.

³ A este respecto se refiere NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., p. 208, a "la tradicional implantación del Notario en el fenómeno sucesorio".

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sólo dedicaba los Títulos VI y VII de la Primera Parte del Libro III a los actos de jurisdicción voluntaria en materia de derecho de sucesiones en los que se atribuían ciertas competencias a los Notarios. El título VI, comprensivo de los artículos 1943 a 1955, sobre el “modo de elevar a escritura pública el testamento o codicilo o hecho de palabra”; y el título VII, integrado por los artículos 1956 a 1979, relativo a “la apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias”.

Desde entonces, ha sido una aspiración del Notariado español el recuperar parte de estas competencias de las que se vieron privados en el movimiento codificador del siglo XIX.

En un sistema jurídico como el nuestro en el que coexisten distintas legislaciones civiles, los actos de jurisdicción voluntaria en Derecho de sucesiones han ido regulándose y añadiéndose tanto por el Código Civil español como por los diferentes ordenamientos de aquellas Comunidades autónomas con Derecho civil propio, al amparo del artículo 149.1.8º de nuestra Carta Magna, si bien en la inmensa mayoría de los casos se han seguido configurando como actos de jurisdicción voluntaria judicial, quedando relegada la intervención notarial.

Son actos de jurisdicción voluntaria en materia de Derecho de sucesiones los siguientes⁴: la declaración de herederos abintestato⁵; la apertura, adveración y protocolización del testamento cerrado⁶; la apertura, adveración y protocolización de testamento ológrafo⁷; la elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra⁸; la protocolización de memorias testamentarias⁹; la adveración del testamento militar y marítimo¹⁰; la repudiación de la herencia¹¹; la fijación de un plazo para aceptar o repudiar la herencia¹²; la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y con el derecho de deliberar¹³; la autorización judicial para que los padres puedan repudiar herencias y legados deferidos a los hijos menores o con capacidad modificada judicialmente, así como para que los tutores puedan igualmente repudiar herencias y legados deferidos a los sujetos a tutela o

⁴ Puede verse al respecto la exhaustiva enumeración de los mismos que hace GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1205-1492.

⁵ Cfr. con el derogado art. 979 LEC 1881 y art. 209 bis RN.

⁶ Cfr. arts. 1956 a 1968 de la derogada LEC 1881.

⁷ Cfr. arts. 689 a 693 CC.

⁸ Cfr. arts. 1943 a 1955 de la derogada LEC 1881.

⁹ Cfr. arts. 1969 a 1979 de la derogada LEC 1881.

¹⁰ Cfr. arts. 716 a 731 CC.

¹¹ Cfr. art. 1008 CC.

¹² Cfr. art. 1005 CC.

¹³ Cfr. arts. 1010 y 1011 CC.

aceptarlos sin beneficio de inventario¹⁴; la aprobación de la repudiación de la herencia hecha por personas jurídicas¹⁵; la aceptación de la herencia por acreedores cuando el heredero la repudia en perjuicio de los mismos¹⁶; el beneficio de separación de bienes en las legislaciones vasca, catalana y navarra¹⁷; la formación de inventarios, tanto en sede aceptación de herencia como en otros diversos supuestos previstos en los Derechos civiles de Cataluña, Baleares, Navarra, Aragón y Galicia, que siguen siendo o pudiendo ser formalizados judicial y extrajudicialmente, como veremos más adelante; el nombramiento de albacea dativo en Cataluña¹⁸, la renuncia y prórroga del albaceazgo, remoción, rendición de cuentas de los albaceas y la autorización judicial de los actos de disposición realizados por los mismos¹⁹; el nombramiento de contador-partidor dativo, la prórroga del plazo concedido al contador-partidor dativo, la renuncia de su cargo y

¹⁴ Cfr. arts. 166.2 y 271.4, respectivamente, CC. Estamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria al que le eran de aplicación las normas previstas en los arts. 2011 a 2030 LEC 1881 para la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos. Tras la entrada en vigor de la LJV la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente se regulan en su Capítulo VIII del Título II, en los arts. 61 a 66.

¹⁵ Cfr. art. 993 CC. Se trataba en la regulación anterior de un procedimiento de jurisdicción voluntaria carente de regulación específica, al que resultaban aplicables por analogía los referidos arts. 2011 a 2030 sobre la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos. La nueva LJV en su art. 93.3 entiende aplicable a este supuesto las normas de procedimiento previstas en los arts. 94 y 95 del Capítulo III del Título IV “De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio” aplicables en todos los casos en que, conforme a la ley, la validez de la aceptación o repudiación de la herencia necesite autorización o aprobación judicial.

¹⁶ Cfr. art. 1001 CC. La nueva LJV en su art. 93.2.c) entiende aplicable a este supuesto las normas de procedimiento previstas en los arts. 94 y 95 del Capítulo III del Título IV “De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio” aplicables en todos los casos en que, conforme a la ley, la validez de la aceptación o repudiación de la herencia necesite autorización o aprobación judicial. En cuanto a su tramitación anterior nos remitimos a lo visto para la aprobación de la repudiación de la herencia hecha por personas jurídicas.

¹⁷ Cfr. art. 21 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; art. 461-23 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones y ley 319 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

¹⁸ En el Código Civil español no está previsto el nombramiento de albacea por el Juez, si bien el art. 429-15 CcCat., sobre la base del art. 241 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, afirma que ‘vacante el albaceazgo, cualquiera de los interesados en la sucesión podrá acudir al Juez para que, si lo estima procedente, designe uno o más albaceas dativos con las mismas funciones y facultades que los albaceas testamentarios’.

¹⁹ En relación con todos los expedientes relativos a los albaceas, cfr. para la renuncia con arts. 898 y 899 CC y art. 429-4 CcCat.; para la prórroga del plazo, con los arts. 904 a 906 CC, art. 429-13.2 CcCat. y ley 297 CDCFN; para lo relativo a la rendición de cuentas con los arts. 907 CC y art. 429-13.5 CcCat.; para la remoción, con art. 910 CC y 429-14 CcCat. Y, finalmente, para la realización de actos dispositivos, con el art. 903 del CC y los arts. 429-9 y 429-10 CcCat. y ley 296.b) nueve CDCFN.

En los expedientes relativos a los albaceas los procedimientos han sido innominados o atípicos, salvo el supuesto de autorización judicial para actos de disposición de los albaceas en el que el procedimiento aplicable era el previsto para conceder la autorización de los actos dispositivos de los bienes de menores, incapacitados o ausentes, regulado en los arts. 2011 a 2030 LEC 1881.

LJV regula en el art. 91 el procedimiento judicial para la tramitación de la remoción, rendición de cuentas y para la obtención de autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia, para el que será competente el Juez. Este procedimiento será también aplicable a la renuncia y prórroga del plazo del albaceazgo cuando se tramite en sede judicial, cuya competencia corresponde al Letrado de la Administración de Justicia de forma compartida con los Notarios.

la aprobación de operaciones particionales²⁰; la suspensión de la partición como medida precautoria cuando la viuda queda encinta²¹; la administración judicial de la herencia aceptada a beneficio de inventario durante la formación del mismo y hasta la aceptación de aquélla y, en su caso, en los supuestos de herencia instituida bajo condición suspensiva²²; la autorización judicial para la enajenación de los bienes objeto del usufructo de fidelidad en Navarra²³; así como determinados actos en relación con el fideicomiso en Cataluña, Baleares y Navarra, en concreto la autorización judicial de actos de disposición sobre bienes fideicomitidos²⁴.

Sustraída la jurisdicción voluntaria del contenido de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por su Disposición Final decimoctava, y catorce años después de lo previsto en la misma, por fin dispone nuestro ordenamiento jurídico de una regulación actualizada en la materia, en la que los Notarios, dentro del nuevo marco competencial, han podido ver colmada, con sentimiento de éxito, su tradicional aspiración con la atribución de competencias en diversos expedientes de jurisdicción voluntaria en el ámbito sucesorio. Algunas de estas competencias las asumirán en exclusiva y otras varias de forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia. La aceptación por los diferentes sectores implicados en la reforma de esta atribución compartida de competencias ha sido, sin lugar a dudas, la llave que ha abierto la puerta hacia una regulación actualizada de la institución.

²⁰ Cfr. arts. 1057.2 y 843 CC y ley 344 CDCFN. Como veremos en todos estos casos relativos a los contadores-partidores dativos se atribuyen por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria competencias a los Letrados de la Administración de Justicia de forma compartida con los Notarios. El procedimiento judicial está previsto en el art. 92 LJV.

²¹ A pesar de lo anacrónico de este procedimiento, sigue vigente y su regulación se contiene en los arts. 959 a 967 CC.

²² Cfr. art. 1020 y arts. 801 a 804, respectivamente, CC. El procedimiento para la constitución de la administración judicial no está regulado con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico. Es un procedimiento de jurisdicción voluntaria atípico para el que habrán de tenerse en cuenta las normas contenidas tanto en el Código civil y como en las disposiciones procesales generales. Suprimidos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 los juicios universales sucesorios, podrán aplicarse, por analogía, los arts. 797 a 805 LEC 2000 sobre administración del caudal hereditario. Por lo demás, se aplicarán las reglas generales del nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria contenidas en los arts. 13 a 22 LJV.

²³ Cfr. leyes 253 a 266 CDCFN, en particular el número 4 de la ley 259. Estamos, nuevamente, ante un procedimiento innominado de jurisdicción voluntaria al que se podían aplicar, a juicio de GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1045, las normas previstas para la autorización de las enajenaciones de bienes de menores en los arts. 2011 a 2030 LEC 1881 y que en la actualidad se tramitará conforme a las referidas normas generales del nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria.

²⁴ Cfr. art. 426-40 CcCat., arts. 33 y 34 del Real Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares; y leyes 233 y 234 CDCFN. El Código civil catalán contiene algunas normas de procedimiento. Por lo demás, todos estos expedientes, ante la falta de disposiciones específicas al respecto, se tramitarán conforme a las normas generales del nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Puede verse GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1443-1468, en cuanto a otros actos de jurisdicción voluntaria judicial en Derecho de sucesiones en Cataluña, así, en cuanto a la prórroga del plazo concedido a los parientes para la elección de heredero, conversión o conmutación del modo, autorización de actos dispositivos a los afectados por una prohibición de disponer si concurre una justa causa sobrevenida, determinación o subsistencia del legado encomendado por el testador a un tercero o la decisión del Juez sobre el pago de bienes de la legítima. Cfr. arts. 424-9.3, 428-5, 428-6.5, 427-9.4 y 451-12, respectivamente, CcCat.

Más allá de los argumentos históricos a los que hicimos referencia en el capítulo anterior, las razones que hoy avalan el logro de esta aspiración notarial pasan por entender, en primer lugar, que los Notarios han de asumir aquellas competencias que les pueden corresponder funcionalmente como titulares de la fe pública extrajudicial. Si existe una materia, además, donde esta integración resulta más conveniente y oportuna es precisamente en el ámbito del Derecho de sucesiones, en el que el Notariado ocupa, desde 1862, un lugar de primer orden²⁵.

No podemos además olvidar la utilidad y eficacia que la institución notarial aporta hoy en día dentro de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. Es por ello que el legislador ha valorado, asimismo, la conveniencia y oportunidad de que el Notariado asuma otros expedientes de Derecho sucesorio que, aunque no encajen a la perfección en su esencia propia, se aproximan a su función y especialización material, y que, con una adecuada regulación, pueden ser asumidas por los Notarios sin grandes dificultades y sin merma de la seguridad del tráfico jurídico. Finalmente, como tendremos ocasión de examinar, la nueva regulación va más allá y en algunos casos llega a atribuir a los Notarios competencias de naturaleza decisoria que exceden claramente de su función, como el nombramiento del contador-partidor dativo, la apreciación de la justa causa en la renuncia del albacea y del contador-partidor, la fijación de la prórroga del plazo para el ejercicio de ambos cargos y, sobre todo, la aprobación de la partición hecha por el contador-partidor dativo²⁶. Su atribución a los Notarios sin grandes disfunciones hubiera exigido una regulación más precisa y tasada de los casos en que procedan, causas que los justifican, pruebas a apreciar y requisitos y plazos a cumplir, para, en definitiva, objetivar al máximo la actuación notarial. En el supuesto del nombramiento de contador-partidor dativo se ha previsto un procedimiento objetivo que cumple estas exigencias, aunque sería conveniente que reglamentariamente se precisaran extremos relativos a la aceptación, excusa y renuncia del nombramiento y plazo para el ejercicio de la partición. En los demás casos, estamos, a nuestro juicio, ante una clara judicialización de la actuación del Notariado.

Las vacilaciones que, en orden a la asignación de estas competencias a unos u otros operadores jurídicos, se observan en el parecer del legislador a lo largo de la tramitación parlamentaria, nos ponen de manifiesto que han sido muchos los

²⁵ De esta opinión es DE PRADA GONZÁLEZ, cuando afirma que en materia sucesoria es “donde más clara es la conveniencia y oportunidad de la intervención notarial”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. “Problemas que plantea la regulación...”, cit.

²⁶ En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ DE BUJÁN, quien defiende la competencia exclusiva para el Letrado de la Administración de Justicia “en atención a la carga procesal que conllevan y a que se trata de actuaciones que, por su propia naturaleza, parecen no encajar bien en la función notarial: el nombramiento de contador-partidor dativo y la aprobación de la partición; la autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia; la valoración de las cuentas del albacea, la apreciación de la justa causa de su renuncia y la fijación del plazo o prórroga del albaceazgo. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “La Jurisdicción Voluntaria en el...”, cit., pp. 30-31.

criterios tomados en consideración hasta llegar a la solución definitiva. La *auctoritas* del Notariado fundada en la fe pública de la que se hallan investidos, la cualificación técnico-jurídica, la experiencia profesional y los beneficios y utilidad de su intervención, con rigor y sin merma de garantías, está fuera de toda duda. Sin embargo, entendemos, que la ampliación de la función notarial en esta dirección conlleva el riesgo de su desnaturalización, sobre todo en aquellos supuestos mencionados en los que el Notario tiene que tomar una decisión o incluso hacer una declaración de voluntad, actividades completamente ajenas a su función propia.

Al tiempo que supone un refuerzo de la función notarial en su vertiente funcional, esta nueva distribución de competencias conlleva una mayor responsabilidad del Notario como profesional del Derecho, cuyas últimas consecuencias sólo la aplicación en la práctica de la nueva regulación y el paso del tiempo nos irán revelando²⁷.

De forma exclusiva, serán nuevas funciones notariales, la declaración de herederos abintestato cuando los llamados a suceder sean no sólo los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, sino también cuando se trate de personas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, en aquellos territorios cuya legislación civil atribuya derechos sucesorios a estas personas, así como también, parientes colaterales; la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y otorgados en forma oral; la formalización de la repudiación de la herencia; la fijación del plazo para aceptar o repudiar la herencia y, finalmente, la declaración de hacer uso del beneficio de inventario y del derecho de deliberar y formalización del mismo en sede de aceptación de herencia²⁸.

De forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia, los Notarios asumen competencias en las siguientes materias: la formalización de la renuncia del albacea por concurrir justa causa y la prórroga del cargo del

²⁷ A juicio de DE PRADA GONZÁLEZ, “el intento de ampliar la función notarial a actuaciones que no le son propias ha estado siempre condenado al fracaso. Recuerda este autor el ejemplo de lo ocurrido con “el procedimiento extrajudicial y los problemas que plantea, lo que ha llevado a que caiga prácticamente en desuso”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Reflexiones en torno a la futura Ley...”, cit., p. 34.

Sin embargo, hay autores como CAMPO GÜERRI que entienden que “no existe un linde que separe la función notarial típica de la atípica o añadida. Es función notarial todo cuanto el ordenamiento así lo establezca”. Cuando al Notario se le encomienda la función notarial, sigue diciendo el autor, “se le está atribuyendo la responsabilidad de velar por que el Estado pueda cumplir su obligación constitucional de garantizar la seguridad jurídica. Y desde esta perspectiva es función notarial toda aquella competencia que con dicha finalidad le sea atribuida. Si el legislador, en un momento histórico determinado, considera que cabe la desjudicialización de una materia (que obviamente no entraña la facultad de juzgar ni ejecutar lo juzgado) atribuyéndola al Notariado, dicha materia devendrá, sin duda, función notarial”. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., pp. 619-621.

²⁸ Así lo venía reclamando ya FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en cuanto a estas tres últimas competencias, a propósito del anterior intento de reforma FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Notariado y Jurisdicción...”, cit.

albaceazgo atendidas las circunstancias del caso; el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057.2 del Código Civil; la formalización de la renuncia del contador-partidor nombrado y la prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo; y, finalmente, la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. El Notario podrá también autorizar escritura pública, si fuera requerido para ello, de excusa o aceptación del cargo de albacea.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria que, como sabemos, saca los expedientes notariales de su articulado, modifica, en su Disposición final undécima, la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, añadiéndole un nuevo Título VII sobre intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales, en cuyo Capítulo III se contienen a lo largo de seis Secciones los expedientes en materia de sucesiones, a saber: Sección 1.^a, De la declaración de herederos abintestato, que comprende los artículos 55 y 56; Sección 2.^a, De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, integrada por los artículos 57, 58, 59 y 60; Sección 3.^a, De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos, que se desarrolla a través de los artículos 61, 62 y 63; Sección 4.^a, De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral, formada por los artículos 64 y 65; Sección 5.^a, Del albaceazgo y de los contadores-partidores dativos, integrada por un solo artículo, el 66; y finalmente, Sección 6.^a, De la formación de inventario, que comprende los artículos 67 y 68.

Esta Disposición final undécima se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, conforme al artículo 149.1.8.^a de la Constitución española²⁹. A pesar de este título competencial, al analizar la nueva regulación de la Ley del Notariado, se advierte que el legislador estatal, no obstante la coexistencia de distintos ordenamientos civiles en la regulación del Derecho sucesorio español, ha pensado principalmente en las instituciones propias del

²⁹ Cfr. con Disposición final vigésima LJV. En este orden de cosas afirmaba HERRERO OVIEDO en relación con el texto del Anteproyecto que "es cierto que debido a esta diversidad de derechos es necesario componer un texto lo suficientemente genérico como para que en él tengan cabida todas las figuras sucesorias propias de esos derechos civiles, pero esa generalidad debe equilibrarse con una capacidad de adaptación del texto que permita que las instituciones propias de cada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio puedan tener su reflejo en la regulación contenida (...) sin tener que forzarla en demasía de manera que los expedientes en él previstos puedan seguirse sin artificios cuando se está ante figuras propias de aquellos derechos (...) No se puede olvidar, [concluye la autora] que, si calificamos la jurisdicción voluntaria como materia procesal, el legislador [estatal] es el único competente para legislar al respecto y, por ello, no es admisible que por su inacción algunas de las instituciones sucesorias de los derechos civiles autonómicos puedan quedar huérfanas de legislación procesal que las ampare". HERRERO OVIEDO, Margarita, "El testamento ológrafo en el anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: el final de una disfunción", *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum"* Teodora F. Torres García / coord. por Margarita Herrero Oviedo; Andrés Domínguez Luelmo (dir.), María Paz García Rubio (dir.), Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2014, pp. 655-656.

Código Civil, sin tomar en consideración las especialidades de las demás legislaciones civiles vigentes en España.

En este sentido, la Disposición Final primera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria modifica, en unos casos, y deja sin contenido, en otros, diversos artículos del Código Civil en materia de derecho de sucesiones, con la finalidad de hacer posible la atribución a los Notarios de las nuevas competencias, adaptando estos preceptos al nuevo régimen de la jurisdicción voluntaria como tendremos ocasión de examinar en cada uno de los expedientes.

Sin embargo, en relación a las demás legislaciones civiles territoriales, las formas especiales de testamentos, las memorias testamentarias, la práctica de inventarios en sede diferente a la aceptación de la herencia o ciertas singularidades en sede de contadores-partidores y albaceas han sido obviadas en la regulación que atribuye estas nuevas competencias al Notariado.

En sede de declaración de herederos encontramos las dos únicas referencias en las que se tienen en cuenta particularidades de algunos derechos civiles especiales. Así se atribuye al Notario competencia para tramitar la declaración de herederos cuando el llamado a heredar, conforme a la legislación que sea aplicable, sea *persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*, al tiempo que en clara referencia a la admisión de la sucesión paccionada en las legislaciones civiles especiales y en relación con las pruebas documentales a aportar para acreditar la procedencia de la apertura de la sucesión intestada, se afirma que, en su caso, el requirente acompañará el documento auténtico del que resulte que, a pesar de la existencia de testamento o *contrato sucesorio*, procede la sucesión abintestato³⁰.

Finalmente, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se limita a introducir en la Ley del Notariado una Disposición adicional primera cuyo apartado tercero tiene la siguiente redacción: “Las referencias realizadas en esta Ley al Código Civil deberán entenderse realizadas, en su caso, también a las leyes civiles forales o especiales allí donde existan”. Disposición que nos parece insuficiente para colmar en este punto las deficiencias de una Ley que siquiera podía haber determinado al regular cada expediente las instituciones de Derecho civil especial a las que la tramitación habría de resultar aplicable.

Una vez diseñado el nuevo marco competencial, pasamos a continuación a hacer un estudio detallado de las competencias notariales en actos de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria. Para ello diferenciaremos, en primer lugar aquellos actos en los que el Notariado ya tiene asumidas ciertas competencias que ahora se ven ampliadas en la nueva configuración de la jurisdicción voluntaria; en

³⁰ Cfr. arts. 55.1 y 56.1, respectivamente, LN.

segundo término, analizaremos aquellos actos de jurisdicción voluntaria que, habiendo sido hasta el momento de competencia judicial, pasan a ser asumidos por los Notarios, bien de forma exclusiva, bien de forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia; y, finalmente, nos referiremos a aquellos otros actos de jurisdicción voluntaria en Derecho sucesorio en los que el Notario ya tenía intervención y que no han sido referidos en la Ley 15/2015, de 2 de julio.

2.- ACTOS TRADICIONALMENTE NOTARIALES Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1.- La declaración de herederos abintestato

2.1.1.- Introducción. La situación anterior

La sucesión *mortis causa* se puede deferir por testamento, por contrato o pacto sucesorio o por disposición de la Ley. La llamada sucesión legal o legítima, siguiendo la tradición heredada del Derecho romano, es una sucesión supletoria o subsidiaria, en todo o en parte, de la sucesión voluntaria, bien sea ésta testamentaria, bien paccionada, en todos aquellos ordenamientos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en que, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, se admite el pacto sucesorio como vehículo formal apto para la vocación hereditaria³¹.

³¹ Conforme al art. 658 CC, “[l]a sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley”. En palabras de ROCA-SASTRE, “el Código civil sigue el sistema bímembre absoluto, propio del Derecho romano (...) sin admitir la sucesión contractual, sin perjuicio de determinadas excepciones [al amparo fundamentalmente del artículo 1271]”. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1995, pp. 79-80.

Conforme al art. 912 CC, la sucesión intestada tiene lugar cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo o que resulte ineficaz de forma sobrevenida; cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, salvo que toda la herencia esté distribuida en legados, o cuando no dispone de todos los bienes y derechos que corresponden al testador, en cuyo caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de aquéllos de que no hubiese dispuesto; cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer; y finalmente, cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

La LDCV dispone en su art. 18 que la sucesión se defiere por testamento, por pacto sucesorio o, en defecto de ambos, por disposición de la Ley. Añade el art. 110 que la sucesión legal tiene lugar cuando no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella, por testamento o pacto sucesorio, conforme se dispone en esta Ley.

El art. 411-3 CcCat. reconoce como fundamentos de la vocación sucesoria el heredamiento, el testamento y lo establecido por la ley, al tiempo que el art. 441-1 dispone que esta última sólo se abre o puede tener lugar cuando una persona muere sin dejar heredero testamentario o en heredamiento, o cuando el nombrado o nombrados no llegan a serlo, siendo por tanto incompatible con el heredamiento y con la sucesión testada universal.

El título de la sucesión intestada es la ley, esto es, el llamamiento legal a favor de los herederos abintestato que, con carácter general, son los parientes del difunto, el viudo o viuda y, en último término, el Estado u otras Administraciones Públicas.

En un sistema plurilegislativo como el español, el orden de llamamientos a la sucesión legal dependerá de cuál sea la legislación civil aplicable a la sucesión del causante, bien el Código Civil³², bien una de las legislaciones especiales de aquellos territorios con Derecho civil propio. Incluso en algunas de estas legislaciones, habrá que distinguir según se trate de bienes troncales o no troncales, como ocurre en el País Vasco, Navarra y Aragón, previéndose un orden de llamamientos

La CDCB regula para Mallorca las formas de suceder en el art. 6 y afirma que la herencia se defiere por testamento, por Ley y por los contratos regulados en este Libro. Reconociendo en el art. 7 el carácter subsidiario de la sucesión intestada y su incompatibilidad con la testada y la contractual. En los mismos términos que el art. 6, el 69 prevé las formas de sucesión para Ibiza y Formentera, si bien en su párrafo segundo admite que el testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, por lo que indirectamente reconoce la sucesión mixta. Para Menorca, rige en esta materia lo dispuesto en el Código Civil, al excluir el art. 65 de la Compilación expresamente la aplicación de los arts. 6 y 7 de la misma.

La ley 149 CDCFN regula la libertad de disposición que de sus bienes tienen los navarros y afirma que las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación *inter vivos* o *mortis causa*, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación. Esta ley se complementa con la ley 300, según la cual la sucesión legal tiene lugar siempre que no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella por testamento, por pacto sucesorio o por cualquier otro modo de deferirse la sucesión conforme a esta Compilación.

En el mismo sentido, el art. 317 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, regula los modos de delación y dispone que la sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la ley, admitiendo expresamente que los distintos modos de delación son compatibles entre sí. En defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre, conforme al art. 516, la sucesión legal.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia dispone en su art. 181 que la sucesión se defiere, en todo o en parte, por: "1º Testamento. 2º Cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme al derecho. 3º Disposición de la ley". Aunque no se diga expresamente, la numeración de las formas de delación implica el carácter supletorio de la sucesión legal.

En cuanto al carácter supletorio que, como vemos, tiene en todos los ordenamientos vigentes la sucesión legal, afirma CASTÁN que "las legislaciones inspiradas en el Derecho romano (...) parecen atribuir el primer rango a la sucesión testamentaria, mientras que las inspiradas en la tradición germánica tienden a dar preferencia a la sucesión legítima", CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de sucesiones. La sucesión en general. La sucesión testamentaria (1ª parte)*, Tomo VI, Vol.I, 9ª edición, Madrid, Reus, 1989, p. 90. En el mismo orden de cosas, y en referencia al Código Civil, nos recuerda ROCA-SASTRE que "recoge el sentir romanista, fortalecido por el Derecho canónico, y responde al principio del *favor testamenti* (...) y no al sistema germánico puro, en el que la sucesión intestada, llamada legal, es prevalente a la testamentaria". ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo I, cit., pp. 79-80.

³² Cfr. art. 913 CC. El orden de suceder queda regulado en el Código Civil en los arts. 930 a 958, conforme a los cuales la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente; a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes; en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente. No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato. A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto, heredará el Estado, tal como resulta de los arts. 956, 957 y 958 modificados por la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en cuanto al destino y distribución de los bienes del caudal relicto y en cuanto a la referencia de la declaración judicial de herederos que se sustituye por la declaración administrativa de heredero.

diferente para cada clase de bienes³³.

³³ Veamos, brevemente, la apertura y orden de llamamientos de la sucesión intestada en los diferentes ordenamientos civiles especiales:

- La LDCV regula la sucesión legal en los arts. 111 a 117 distinguiendo según se trate o no de bienes troncales, con la precisión de que cuando no hubiere sucesores tronqueros, todos los bienes se considerarán no troncales.

Cuando se trate de bienes troncales, el orden de la sucesión legal será el establecido en el art. 66 para los parientes tronqueros, pero se reconocen al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho todos los derechos que se regulan en esta ley, que, a falta o por insuficiencia de los bienes no troncales, recaerán sobre bienes troncales. Cuando se trate de bienes no troncales, la sucesión legal se defiere por el siguiente orden: en primer lugar, en favor de los hijos o descendientes; en segundo lugar, lo que supone una importantísima novedad respecto del sistema anterior, al cónyuge viudo no separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente o al miembro superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros; en tercer lugar, a los ascendientes y en cuarto lugar, a los parientes colaterales dentro del cuarto grado, por consanguinidad o adopción. En defecto de personas llamadas legalmente a la sucesión, sucederá en todos los bienes la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, quien asignará una tercera parte a sí misma, otra tercera parte a la Diputación foral correspondiente a la última residencia del difunto y otra tercera parte al municipio donde éste haya tenido su última residencia.

- El CcCat. regula la sucesión intestada en los arts. 441-1 a 444-1.

La sucesión intestada se abre cuando una persona muere sin dejar heredero testamentario o en heredamiento, o cuando el nombrado o nombrados no llegan a serlo. La herencia se defiere en primer lugar a los hijos y demás descendientes del causante, sin perjuicio, en su caso, de los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en pareja estable superviviente. Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. Si el causante muere sin hijos ni descendientes y sin cónyuge o conviviente, la herencia se defiere a los progenitores o ascendientes de grado más próximo, en su defecto. Si el causante muere sin hijos ni descendientes, sin cónyuge o conviviente y sin ascendientes, la herencia se defiere a los parientes colaterales. A falta de parientes dentro del cuarto grado, sucede la Generalidad de Cataluña.

- La CDCB regula esta materia en los siguientes artículos.

Conforme al art. 53, tanto en Mallorca como en Menorca, la sucesión abintestato se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se reconocen al cónyuge viudo.

Conforme al art. 84, en Ibiza y Formentera la sucesión intestada se rige por las normas del Código Civil. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes

- La CDCFN regula la sucesión legal en las leyes 300 a 307.

La sucesión legal tiene lugar siempre que no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella por testamento, por pacto sucesorio o por cualquier otro modo de deferirse la sucesión conforme a esta Compilación. Se distingue también según nos encontremos ante bienes troncales o no troncales.

La sucesión legal en bienes no troncales se deferirá por el siguiente orden de llamamientos, cada uno de los cuales será en defecto de todos los anteriores y excluirá a todos los posteriores: los hijos y sus descendientes; los hermanos de doble vínculo y los descendientes de los premuertos; los hermanos de vínculo sencillo y los descendientes de los premuertos; los ascendientes de grado más próximo; el cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad; los colaterales no comprendidos en los números 2) y 3) hasta el sexto grado, excluyendo los de grado más próximo a los de más remoto y sin representación. En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra.

Por su parte, son llamados a suceder en los bienes troncales los parientes del causante que pertenezcan a la familia de la que procedan los bienes conforme al orden siguiente: los hermanos, ascendientes y los otros parientes colaterales hasta el cuarto grado, en la forma dispuesta en la ley 307. En defecto de estos parientes, la sucesión se deferirá conforme a la ley 304 para los bienes no troncales.

- La ley DCG regula la sucesión intestada en los arts. 267 a 269, conforme a los cuales si no existieran personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y lo dispuesto en las secciones I, II y III del capítulo IV del título III del Código Civil, heredará la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Finalmente, el CDFa regula la sucesión legal en los arts. 516 a 536. Conforme al art. 517, la sucesión legal se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente. En defecto de descendientes, si se trata de bienes recobrables y troncales, éstos se defieren a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente; tratándose de los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay

Conforme a los artículos 9.8, 14 y 16.1 del Código Civil, el punto de conexión que en Derecho interregional determina la ley sucesoria y, por tanto, la sujeción a una u otra legislación, es la vecindad civil³⁴ del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren y que quedará determinada bien por el nacimiento, bien por la residencia continuada en uno de los territorios con Derecho civil propio, estatal o autonómico³⁵.

parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

³⁴ Conforme al art. 156 RN, la comparecencia de toda escritura indicará la vecindad civil de las partes cuando lo pidan los otorgantes o cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza.

³⁵ En este punto cabe hacer una breve mención a las sucesiones con elemento internacional y plantearse en qué medida los Notarios, una vez determinada su competencia, van a verse afectados por el Reglamento Europeo de Sucesiones en su actuación para la determinación de la ley aplicable, en particular cuando intervengan en actos de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria.

El importante art. 9.8 CC, que recoge como punto de conexión principal a aplicar en una sucesión transnacional el de la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, resulta desplazado en su aplicación desde el día 17 de agosto de 2015 por el Reglamento Europeo de Sucesiones (Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia internacional de las autoridades de los diferentes Estados participantes, normas de conflicto que determinan la ley aplicable al fondo de una sucesión *mortis causa*, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo). Este Reglamento es directamente aplicable en España, así como en el resto de los Estados miembros que participan en el mismo, a excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Con una normativa creada *ex novo*, el Reglamento sucesorio europeo refuerza al Notariado y su función en el ámbito del Derecho sucesorio internacional.

Por tanto, los Notarios habrán de aplicar las normas de conflicto del Reglamento europeo para determinar la ley aplicable al fondo del asunto de derecho sucesorio de que se trate. En este sentido, afirma CARRASCOSA GONZÁLEZ "sería incongruente y atentaría contra la más elemental seguridad jurídica de los particulares que un acto notarial relativo a una concreta sucesión *mortis causa* se sustanciara con arreglo a la Ley estatal designada por el artículo 9.8 del Código Civil pero que su impugnación judicial se resolviera con arreglo a otra Ley estatal diferente designada en virtud de normas de conflicto contenidas en el Reglamento Europeo de Sucesiones. Tribunales y Notarios deben aplicar las mismas normas de conflicto de Leyes y el mismo Derecho estatal a una misma sucesión *mortis causa*". CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2014, Vol. 6, núm. 1, p. 18. Disponible en www.uc3m.es/cdt. Fecha de última consulta 29 de abril de 2015.

Estos criterios, recogidos en los arts. 21 y 22 del Reglamento, son tres. El primer criterio es que la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. El criterio general de la residencia habitual desplaza pues al de la ley nacional que estaba vigente en nuestro Derecho. En el caso de Estados, como el español, en que exista más de un sistema jurídico, el art. 36 del Reglamento dispone las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

No obstante, entiende el legislador europeo que si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado. Finalmente, sobre esos dos criterios anteriores que configuran la regla general, se prevé la posibilidad de que el particular elija la ley aplicable, convirtiéndose este criterio en el primer punto de conexión a tener en cuenta. Esta elección o *professio iuris*, que habrá de hacerse de forma expresa en testamento u otra forma de disposición *mortis causa*, no es absolutamente libre sino que habrá de hacerse optando entre "la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento".

A efectos prácticos en el orden sucesorio cabe también destacar en primer lugar que el Reglamento contiene el principio de libre circulación europea de los documentos sucesorios. De este modo, los documentos públicos autorizados por Notarios españoles tendrán en los demás Estados miembros el mismo valor probatorio y fuerza ejecutiva que en España (cfr. arts. 59 y 60 del Reglamento (UE) 650/2012). Finalmente, la novedad más interesante que introduce el Reglamento es la creación de un documento llamado Certificado Sucesorio Europeo (cfr. art. 62 del Reglamento (UE) 650/2012), que se expedirá y podrá "ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o

Una vez hecho el correspondiente llamamiento legal a quienes, según el derecho aplicable, sean los herederos intestados, éstos, para poder hacer efectivo su derecho a la herencia, deberán obtener formalmente la declaración de herederos abintestato a su favor.

Porque la ley, por sí sola, no es suficiente para producir efectos sucesorios³⁶. La ley establece los diferentes órdenes y grados sucesorios entre las personas llamadas a heredar a un causante que ha fallecido intestado, pero es la declaración de herederos la que determina, de entre esas personas, quiénes tienen la preferencia con arreglo a la ley para suceder al finado. Con la declaración de herederos se acredita el fallecimiento del causante, el grado de parentesco del declarado o los declarados herederos y que éstos son los únicos con derecho a suceder, así como la falta de testamento o pacto sucesorio o, en su caso, la causa que determina la procedencia de la sucesión legal aun existiendo aquéllos³⁷. Con esta declaración, los herederos debidamente identificados obtienen un título formal de la sucesión hereditaria, legal y supletoria, en virtud del cual se constata u homologa, mediante la justificación de determinados hechos, el derecho que tienen a una herencia y que les viene reconocido con anterioridad por la ley, quedando habilitados para suceder al causante, siempre que lleguen de forma voluntaria a

administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia”.

³⁶ En este sentido se manifiesta rotundamente IRURZUN GOICOA quien afirma que “la causa o razón jurídica de derecho a suceder al causante fuera de testamento, el título material de la sucesión intestada, es el nombramiento en que se materializa la declaración de notoriedad”. El título causal de la sucesión intestada, sigue diciendo el autor, “no es, ni puede ser, una norma jurídica, general y abstracta, que establece los criterios generales que rigen la sucesión cuando no hay testamento, sentando las oportunas preferencias. No son más que el necesario precedente de las indagaciones que cada caso concreto de fallecimiento intestado exige realizar y que darán ocasión a que un acto de la autoridad competente aplique y haga declaración del resultado, designando las personas que resulten preferentes para suceder”. Y concluye afirmando que “[é]ste es el título causal de la sucesión intestada, acta de notoriedad que regula en artículo 209 bis del Reglamento notarial”. Estas afirmaciones las hace el autor con ocasión de un comentario a la calificada por él mismo como “inquietante Resolución de 19 de junio de 2013” (LA LEY 110185/2013) sobre la que vierte una fundada y severa crítica, a la que nos adherimos. El Centro directivo estima, ante un supuesto en el que tras la renuncia de la madre del causante, única heredera declarada, la viuda otorga escritura adjudicándose los bienes como heredera, que en efecto puede hacerlo sobre la base del acta de declaración de herederos que se había otorgado, sin necesidad de una nueva declaración de herederos declarando heredera a la viuda. Y lo justifica afirmando que “la ley llama, dentro de la sucesión intestada, al cónyuge viudo después del orden de llamamientos de los descendientes y ascendientes y antes que los colaterales”. No sólo desconoce la función del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato como título causal de la sucesión intestada, sino que además no aclara si en el acta de notoriedad quedó justificada, mediante la aportación de los Certificados de defunción de los abuelos, la inexistencia de otros ascendientes de grado posterior, ya que a falta de padres y antes que el cónyuge, la ley llama a suceder a los ascendientes del causante. Debía haber sido más precisa la Resolución al respecto, teniendo en cuenta que en la práctica, las pruebas practicadas van dirigidas a identificar a los herederos del grado más próximo, esto es, existiendo en un orden sucesorio herederos más próximos en grado, no se practican pruebas para determinar la existencia de herederos del mismo orden, ascendientes en este caso, pero de grado posterior. IRURZUN GOICOA, Domingo, “Función del acta de notoriedad en el abintestato (Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013)”, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 85, enero-marzo 2013, p. 89.

³⁷ Así, por ejemplo, cuando exista un testamento de contenido meramente revocatorio de los anteriores; en el caso de que el testador distribuya toda la herencia en legados (cfr. art. 891 CC), si alguno de ellos resulta ineficaz; o, finalmente, cuando quede anulada la institución de heredero por preterición intencional de alguno de los hijos o descendientes.

aceptar su llamamiento³⁸.

La forma de obtener esta declaración fue exclusivamente judicial hasta la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, siendo además estas declaraciones judiciales de herederos abintestato los actos de jurisdicción voluntaria más frecuentes ante los Jueces y Tribunales.

La declaración judicial de herederos venía regulada hasta ese momento en la Sección 2ª del Título IX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, artículos 977 a 1000³⁹, como una de las fases del juicio sucesorio universal de abintestato⁴⁰ a la que se procedía en pieza separada. Sin embargo, en la práctica se hizo uso de ella, al amparo de lo previsto en el artículo 978 de la misma Ley procesal, sobre todo como un procedimiento independiente de jurisdicción voluntaria dirigido a acreditar el derecho hereditario en aquellos casos en que no fuera necesario ni se solicitase la prevención del abintestato.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, cambió sustancialmente la situación al extraerse del ámbito judicial la mayor parte de las declaraciones de herederos. Con esta reforma también se recogió la tradicional aspiración del Notariado español abordando, si bien de forma parcial, la demanda de desjudicialización que ya existía en nuestro país en referencia a esta competencia especial.

Los artículos 982, 983 y 985 a 995 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fueron derogados y se dio nueva redacción al artículo 979⁴¹ del mismo Cuerpo legal, atribuyendo a los Notarios la competencia exclusiva para la declaración de herederos cuando los únicos parientes llamados a heredar fueran los más próximos, esto es, los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado que, por la propia dinámica y desenvolvimiento de los actos sucesorios en sede extrajudicial, era requerida de forma razonable por los Notarios⁴². Según este artículo 979, “[l]a declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante

³⁸ A este respecto afirma IRURZUN GOICOA que “la función del acta de notoriedad en el tránsito sucesorio intestado es el nombramiento de herederos potenciales del causante (...) porque, supuesto que nadie puede ser compelido a suceder a otro si no es esta su voluntad, nadie tampoco podría obligarle a admitir un nombramiento que tan solo es conducente a esa sucesión”. IRURZUN GOICOA, D., “Función del acta de notoriedad...”, cit., pp. 88-89.

³⁹ Estos artículos se han mantenido vigentes en virtud de la excepción 2ª de la Disposición derogatoria única, apartado 1, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, hasta su derogación por el apartado 1 de la Disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁰ Regulado a lo largo de cuatro secciones en los arts. 959 a 1035 de la Ley procesal decimonónica.

⁴¹ Modificación operada en el número 77 del art.1 del Capítulo primero de la Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴² Así nos recuerda NIETO SÁNCHEZ que “tanto los Notarios como el público contemplaban cómo, cuando los particulares acudían a la notaría para realizar la partición de herencias intestadas, los trámites debían demorarse durante varios meses hasta que se obtenía el auto judicial”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., p. 127.

acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa”. Como vemos, una vez superadas las dudas y discusiones sobre si las actas de notoriedad constituían o no función típica notarial, éste fue el instrumento considerado cauce formal apto a disposición del Notariado para la tramitación de la declaración de herederos⁴³.

De igual modo, la Disposición Final Primera de la Ley 10/1992, de 30 de abril, modificó la redacción del artículo 14.1 de la Ley Hipotecaria para admitir, a los efectos del Registro de la Propiedad, como título de la sucesión hereditaria, el acta de notoriedad a que se refería el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, junto al testamento, el contrato sucesorio y la declaración judicial de herederos abintestato.

No obstante, el marco normativo creado por esta Ley con la modificación del artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no era suficiente y había de completarse o desarrollarse en la sede adecuada, esto es, en la normativa notarial.

A este fin se dictó el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial, que consideró necesario, tal como dispone en su Exposición de Motivos, “completar los preceptos reglamentarios que regulan las actas de notoriedad en general con un nuevo precepto, [el artículo 209 bis], para las actas de declaración de herederos⁴⁴”. En él se previó la documentación mínima que el Notario ha de examinar para proceder a la declaración y, además, se precisaban los trámites que deben seguirse para llegar a ella. A fin de evitar la dualidad de declaraciones relativas a una misma herencia, sigue diciendo la Exposición de Motivos, “se articula un mecanismo preventivo que se lleva a cabo a través del Registro General de Actos de Ultima Voluntad. Para una mayor efectividad de esta medida y, en general, para dar mayor agilidad a este Registro, se establece su funcionamiento por procedimientos informáticos. Se prevé que, a través de soportes de esa naturaleza, se remitan a la Dirección General de los Registros y del Notariado por los Decanatos de los Colegios, tanto las comunicaciones relativas a la iniciación de actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato, como, en general, las

⁴³ En este sentido se pronuncia GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, que nos recuerda cómo el IV Congreso Notarial Español, celebrado en Madrid los días 22, 23 y 24 de abril de 1991, proclamó la naturaleza de la declaración de los herederos de una persona fallecida intestada “como acto de jurisdicción voluntaria encajable en el marco instrumental del acta de notoriedad y solicitó la plena viabilidad de la determinación de las personas llamadas a la herencia intestada mediante dicho medio técnico notarial”. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 115.

⁴⁴ Modifica también algunos preceptos del Anexo II del citado Reglamento. Con la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de diciembre de 1992 y la Resolución Circular de 31 de marzo de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se complementa el marco normativo en la materia.

comunicaciones de otorgamientos de actos de última voluntad”⁴⁵.

Lo que no explicó ni justificó la Ley 10/1992, de 30 de abril, fue el carácter parcial de la reforma que supuso que el resto de los herederos intestados, los parientes colaterales y el Estado o demás Administraciones Públicas, siguieran obteniendo la declaración en vía judicial mediante un expediente de jurisdicción voluntaria⁴⁶.

Y precisamente este carácter parcial de la reforma hizo que el colectivo notarial, que venía reclamando la competencia en la materia cualquiera que fuesen los herederos llamados, fuera especialmente crítico con esta medida⁴⁷. Una medida que quizás obedeciera a las dudas que se le planteaban al legislador sobre la actuación del Notario dada la mayor complejidad del procedimiento en el caso de omisión de colaterales y oposición de los mismos al expediente⁴⁸; dudas que podían haberse superado con relativa facilidad: de un lado, arbitrando un

⁴⁵ Puede verse la norma completa en <http://www.boe.es>. Fecha de última consulta 24 de marzo de 2015.

⁴⁶ El procedimiento judicial para la declaración de herederos abintestato se regulaba en los arts. 980, 981, 984 y 996 a 1000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, redactados por la Ley 10/1992 de 30 de Abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

⁴⁷ Así, nos recuerda GÓMEZ FERRER-SAPIÑA como, con relación al Anteproyecto de la Ley, el informe elaborado por la Comisión designada al efecto por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España a solicitud del Ministerio de Justicia, afirmaba que el “distinto tratamiento de supuestos de idéntica naturaleza no tiene, a nuestra manera de ver, fundamento alguno y supondría una regresión en la práctica jurídica, en que tales actas se admiten para determinados efectos administrativos o de entidades de crédito, o se autorizan para surtir efectos en el extranjero”. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 116. En opinión de CAMPO GÜERRI, que compartimos, “esta injustificada exclusión no tiene razón de ser, ya que la competencia notarial está admitida en tareas no menos complejas como la determinación de personas en quienes concurre la condición de sustitutos vulgares, fideicomisarios o reservatarios”. CAMPO GÜERRI, M.A., “La competencia notarial...”, cit., p. 622.

Y no sólo desde dentro del Notariado se vertieron críticas. Para el magistrado BELLOCH JULBE resulta “esta concreta reforma legal emprendida, evidentemente tímida, insuficiente y en algunos extremos, insatisfactoria”. Afirma que “la atribución de la competencia al Notario, ha de estar en función de la trascendencia personal o patrimonial del acto, y no de su mayor o menor complejidad técnica. La preparación de los Notarios está suficientemente acreditada como para hacer impertinentes cualesquiera distinciones de este tipo”. BELLOCH JULBE, J.A., “Notas en torno al Notariado...”, cit., pp. 40-42.

Alguna doctrina defendió, por el contrario, la decisión del legislador. A este respecto, LÓPEZ CANDELA manifestó en un artículo escrito poco después de que la reforma hubiera visto la luz que “en la declaración judicial intestada entre colaterales se hace más necesaria la intervención judicial y fiscal en la medida que no son infrecuentes olvidos y omisiones de colaterales con finalidad fraudulenta”. LÓPEZ CANDELA, Inmaculada, “La declaración de herederos abintestato tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1697, 5 febrero 1994. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>. Fecha de última consulta 15 de abril de 2015, p. 672. En el mismo sentido, en palabras de GONZÁLEZ POVEDA, el mantenimiento de la competencia judicial para el conocimiento de las declaraciones de herederos a favor de parientes colaterales se justifica “quizás, porque en ellas, al ser más probable la existencia de herederos desconocidos, la intervención del Ministerio fiscal y con ello de los Jueces y Tribunales se considere conveniente”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1205.

⁴⁸ A juicio de NIETO SÁNCHEZ dos fueron las consideraciones que tuvo en cuenta el legislador para acometer esta reforma con carácter parcial: “de un lado, el carácter tradicionalmente conservador del legislador en materia procesal que se enfrentaba al cambio de una práctica muy antigua; de otro, una cuestión de carácter técnico. Esta última se refiere a los problemas que ha suscitado en sede de jurisdicción voluntaria el tema de la oposición al expediente (...) Lo cierto es que la regulación en cuanto a la tramitación judicial de la declaración de herederos está pensando en que se presenten otros colaterales que aleguen un mejor derecho (...) y si bien se derogaron los arts. 991 a 995 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que precisamente preveían la forma de sustanciarse la oposición, probablemente el legislador, estimando que el notario no tiene facultades decisorias, consideró que no debía extraer dichos expedientes de la esfera judicial”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., pp.199-200.

adecuado sistema de publicidad de las actuaciones que permitiese citar a todos aquellos que pudieran tener algún derecho en la declaración; de otro, sobre la base de entender que la oposición puede darse en las actuaciones notariales y que, con carácter general, no conlleva la interrupción del expediente⁴⁹.

En cualquier caso, no se discute la bondad de esta reforma al sacar del ámbito judicial la mayor parte de las declaraciones de herederos sin merma de garantías para el ciudadano y con mayor agilidad para el tráfico jurídico. A la simplificación del expediente hay que añadir la disminución del coste para el ciudadano, sin olvidar la máxima a la que aspiraba la ley, esto es, la descarga de trabajo no jurisdiccional a los Jueces y Tribunales⁵⁰.

Sin embargo, después de más de veinte años desde la entrada en vigor de aquella reforma, era necesario, como ha hecho la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, abordar con firmeza la nueva regulación de las declaraciones de herederos, atribuyendo su competencia a los Notarios cualquiera que sean los herederos llamados a suceder al causante.

La Sección 1ª del Capítulo III del nuevo Título VII de la Ley del Notariado contiene en los artículos 55 y 56 la regulación de las declaraciones de herederos abintestato que, según el último inciso del párrafo 2 del artículo 55, se tramitarán con arreglo a lo previsto en la presente Ley y en la normativa notarial.

En relación con el marco normativo vigente hasta el día 23 de julio de 2015, la Disposición Derogatoria única de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria deja expresamente sin contenido el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero, sin embargo, no hace mención alguna al artículo 209 bis del Reglamento Notarial, como quizás debía haberse hecho, por ser aplicable, según su propio tenor literal, a la tramitación de las actas de notoriedad a que se refiere el derogado artículo 979.

Se plantea pues la duda de si hemos de entender derogado tácitamente o no el artículo 209 bis a efectos de precisar cuál es esa normativa notarial a la que se refiere el artículo 55.2 de la Ley del Notariado: si el artículo 209 bis que regula expresamente estas actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato o las normas que regulan con carácter general las actas de notoriedad.

Hay argumentos para defender su derogación tácita. De un lado, por la

⁴⁹ La oposición, en general y como ya se ha dejado dicho en el capítulo anterior, no supondrá la interrupción de la actuación notarial salvo que el Notario estime que la oposición formulada, y fundada a su juicio, pueda llegar a constituir, y de hecho constituya, conforme a la regla 5ª del art. 209 del Reglamento Notarial, una auténtica pretensión procesal y en tanto le resulte acreditada, al efecto, la interposición de la correspondiente demanda judicial.

⁵⁰ En este sentido se ha manifestado con carácter general la doctrina. Así, NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., pp. 199-200.

aplicación del artículo 2.2 del Código Civil en relación con la propia Disposición derogatoria de la Ley 15/2015, de 2 de julio, al tratarse de una norma anterior y de rango inferior incompatible en algunos aspectos con lo dispuesto en los nuevos artículos de la Ley del Notariado. Además, si se analizan los diferentes textos prelegislativos, alguno de ellos, como el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria aprobado por el Gobierno, antes de pasar por el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados, se remitía para la tramitación de estas actas a lo previsto en la “presente ley y su reglamento de ejecución”, referencia que ya desde el texto aprobado por el Congreso y hasta el texto definitivo se sustituye por la de que “su tramitación se efectuará con arreglo a lo previsto en la presente Ley y a la normativa notarial”.

El asunto resulta, no obstante, muy discutible. La supresión de la referencia expresa al Reglamento para hacerla a la normativa notarial en general no es argumento suficiente a nuestro juicio para entender que el artículo 209 bis haya sido derogado. Por otra parte, más que entender que ambas regulaciones son incompatibles, en la práctica, incluso, resulta de interés, como veremos, mantener la vigencia del artículo 209 bis, tanto para resolver dudas interpretativas, como para llenar algunos vacíos en la nueva regulación de la Ley del Notariado, en especial, en lo relativo a la comunicación al Decanato que omite absolutamente el artículo 56. Por eso, y aun desconociendo cuál haya podido ser la intención del legislador, consideramos que este artículo continua en vigor y que se debe proceder a una interpretación complementaria e integradora del mismo con los artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado; ahora bien, excepción hecha de aquellos aspectos, como por ejemplo, los criterios de competencia, en los que la nueva normativa es claramente contraria a lo previsto por el precepto reglamentario.

Después de tantos años de espera, lo cierto es que la regulación debía haberse hecho con mayor precisión y claridad. Con menos sistemática y una peor estructura a nuestro juicio que el artículo 209 bis, los mencionados artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado contienen una regulación que va a plantear muchas dudas en su interpretación y aplicación, como iremos viendo a medida que analicemos cada uno de sus trámites. Pero, no obstante, aunque con deficiencias técnicas, estamos ante una victoria notarial. Con esta nueva regulación, el Notariado consigue por fin lo que desde hace décadas venía demandando y que en el año 1992 sólo obtuvo de forma parcial.

Aunque en el anterior intento de reforma el legislador aún se mostró vacilante sobre si atribuir de forma exclusiva esta competencia a los Notarios⁵¹, la Ley de la

⁵¹ Así los arts. 186 a 191 de la propuesta de Anteproyecto de octubre de 2005 preveían la competencia compartida de Notarios y Secretarios Judiciales. El Proyecto de Ley del Gobierno de 27 de octubre de 2006 establecía en su art. 135 una competencia exclusiva de los Notarios cuando los herederos habían de ser descendientes, ascendientes y cónyuge; y compartida con los Secretarios judiciales en los demás casos. El

Jurisdicción Voluntaria ha sido clara al respecto: todas las declaraciones de herederos abintestato serán de exclusiva competencia notarial, con la única excepción de aquellas en las que el heredero sea el Estado, que también se desjudicializan, correspondiendo a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato⁵². Para ello se ha modificado el párrafo 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, a la que también se añaden tres artículos, 20 bis, 20 ter y 20 quáter sobre el procedimiento y efectos de la declaración de la Administración del Estado como heredera abintestato y sobre la liquidación del caudal hereditario. Se modifican también los artículos 956, 957 y 958 del Código Civil, suprimiéndose el tradicional reparto en tres partes del haber hereditario y estableciéndose que el Estado, realizada la liquidación del caudal hereditario, ingresará la cantidad resultante en el Tesoro Público, si bien dos terceras partes del valor de ese caudal relicto será destinado a fines de interés social⁵³. Asimismo recibe nueva redacción el artículo 14 de la Ley Hipotecaria para reconocer como título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, junto al testamento y al contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas y el certificado sucesorio europeo.

Proyecto de Ley presentado por la Comisión de Justicia del Congreso el 24 de julio de 2007 dispuso una regulación más confusa, ya que mientras en su art. 130 reconocía una competencia compartida en todos los casos, en su art. 208 parecía mantener la competencia notarial exclusiva cuando de descendientes, ascendientes y cónyuge se tratase, compartiéndola con los Secretarios Judiciales en los demás casos.

Puede verse MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Derecho de sucesiones y jurisdicción voluntaria (sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria)", *La Notaría*, núm. 25-26, 2006, pp. 54-71, para un análisis detallado de la propuesta contenida en el Anteproyecto de 2005 para la nueva regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria de Derecho sucesorio y las correspondientes modificaciones que, asimismo, se proponían de los artículos concordantes del Código Civil.

⁵² En este sentido, a efectos de precisar quién será esta Administración competente para hacer la declaración, la Disposición final octava de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modifica la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y añade una nueva Disposición adicional vigésima cuarta conforme a la cual "[l]a declaración como heredero abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza se realizará por la Diputación General de Aragón"; y una nueva disposición adicional vigésima quinta sobre la sucesión abintestato de las Diputaciones forales de los territorios históricos del País Vasco que se realizará por la Diputación Foral correspondiente.

⁵³ Cuestión ésta problemática, la de la sucesión abintestato del Estado, como dice SERRANO DE NICOLÁS, y "más en estos tiempos de crisis en que tanto los herederos testamentarios, como los *ab intestato*, pueden querer repudiar la herencia (incluso sin acudir al beneficio de inventario para evitarse cualquier molestia dada la evidencia de que nada adquirirán), a lo que se une que no son infrecuentes las sucesiones en que lo es el Estado-o, en su caso, las Comunidades Autónomas- por no haber testamento, ni parientes dentro del cuarto grado del causante". Una buena muestra de esta problemática es la que resuelve la RDGRN de 27 de enero de 2015-LA LEY 8871/2015- (y ya antes la RDGRN de 7 de marzo de 2009-LA LEY 14329/2009-) en que se pretende la inscripción a favor del Estado de un bien adquirido por sucesión intestada y, al efecto, precisa que se estará al Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, que regula esta materia en el Capítulo I del Título I, artículos 4 a 15, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 20.6 de la Ley 33/2003, ahora modificado, y en la que se concluye que no basta con presentar testimonio del auto por el que se le declara heredero acompañado del correspondiente inventario, sino que es necesaria el acta de entrega realizada por el Juzgado. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aspectos de mayor relevancia notarial". *Especial nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, Wolters Kluwer, julio 2015, p. 66.

Por tanto, desde el día 23 de julio de 2015, quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, podrán instar notarialmente la declaración de herederos abintestato. Se extiende, por tanto, la competencia notarial además de a los parientes colaterales, a las personas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal en aquellos territorios cuya legislación civil atribuya derechos sucesorios a estas personas⁵⁴.

2.1.2.- Tramitación del expediente conforme a los artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado

a) Notario competente

En la regulación anterior, la competencia para conocer de este expediente se articulaba en base a unos criterios jerarquizados o de aplicación supletoria donde el criterio principal de competencia era el último domicilio del causante⁵⁵. Sólo en el caso de no haber tenido nunca el causante domicilio en España⁵⁶, era competente el Notario correspondiente al lugar de su fallecimiento y, finalmente, en el caso de haber fallecido fuera de España, el correspondiente al lugar donde estuviere parte considerable de sus bienes o cuentas bancarias. El artículo 209 bis del Reglamento Notarial, que en este punto, sí entendemos derogado, a efectos de determinar la competencia del Notario del último domicilio del causante, declara que dicho domicilio se acredita preferentemente, y sin perjuicio de otros medios de prueba, mediante el Documento Nacional de Identidad del causante. Al desaparecer en la nueva regulación este criterio de competencia como criterio superior, desaparece también la referencia expresa al Documento Nacional de

⁵⁴ Esta referencia, introducida por una enmienda al Proyecto de Ley del Gobierno, será de aplicación en Cataluña, donde el art. 442-7 CcCat. dispone expresamente que “[l]os derechos del cónyuge viudo o del conviviente en unión estable de pareja superviviente en la sucesión intestada deben atribuirse expresamente en las declaraciones de heredero *ab intestato*, que pueden hacerse, en ambos casos, por acta notarial de notoriedad”; y en el País Vasco, donde el art. 112 de la LDCV reconoce derechos en la sucesión legal de los bienes no troncales al “miembro superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros”.

⁵⁵ La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre sistema notarial de 22 de diciembre de 2011 establece que “mediante la exigencia de que el Notario actuante debe ser el del último domicilio del causante se crea una regla segura de localización de la declaración para los posibles interesados. Asimismo de esta forma se garantiza la inmediatez y cercanía del Notario y los interesados a los datos, familia y circunstancias del causante, necesarios para realizar la declaración –datos registrales, declaración de testigos, notoriedad de situaciones, etc.–, pues se presume que el último domicilio es el lugar más razonable y/o probable en el que tener acceso a dicha información”. Disponible en <https://sic.notariado.org>. Fecha de última consulta 24 de septiembre 2015.

⁵⁶ En este caso se planteó la doctrina si había de ser demostrado el hecho negativo de no haber tenido nunca el causante domicilio en España. A este respecto, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA entendió que “la inexistencia en España de un Registro que permita demostrar un dato de esta naturaleza, impide que el Notario pueda exigir prueba indubitada, aunque la prudencia aconseja al menos solicitar una prueba indiciaria” del mismo. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA Ana, “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial: el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato”, en *Estudios sobre Derecho Procesal*, coord. por Ignacio Díez-Picazo Jiménez y Julián Martínez- Simancas Sánchez, vol. 3, Aravaca, Madrid, Sopec, 1996, p. 3889.

Identidad como medio de identificación preferente.

Frente a estos criterios jerarquizados del artículo 209 bis del Reglamento Notarial, la competencia notarial para tramitar las actas de declaración de herederos abintestato en el nuevo artículo 55 de la Ley del Notariado se configura, como vamos a analizar, en base a criterios alternativos, pudiendo elegir el requirente el que tenga por conveniente. Sólo tiene carácter supletorio el último, el del domicilio del requirente, como criterio de cierre.

Tal como se ha expuesto en el capítulo anterior al analizar con carácter general la competencia del Notario en los expedientes de jurisdicción voluntaria notarial, el principio de libre elección del Notario por el requirente queda sujeto a ciertos límites por tratarse de funciones que proceden del ámbito judicial, estableciéndose criterios de competencia territorial que tienen una conexión razonable con los elementos personales o reales del expediente.

Esta conexión se concreta en los siguientes criterios. Conforme al artículo 55.1 de la Ley del Notariado, la declaración de herederos abintestato se tramitará en acta autorizada por Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores, entendemos que siempre que el Distrito colindante esté dentro del mismo Colegio. Y entendemos que siempre que el Distrito colindante esté dentro del mismo Colegio, porque, a pesar de que la finalidad última del legislador ha sido la de ampliar el número de posibles Notarios competentes, también nos advierte que lo hace con prudencia; y admitir a Notarios de un Distrito colindante y de otro Colegio notarial supondría a nuestro juicio, romper, en cierto modo, con esa conexión territorial buscada en la Ley que ciertamente facilitará la tramitación del expediente⁵⁷.

La ampliación de la competencia a los Notarios de los Distritos colindantes fue introducida en el texto definitivo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, por diversas enmiendas parlamentarias al Proyecto de Ley, todas ellas con idéntica motivación, a saber, garantizar que la elección de Notario es posible en todo caso⁵⁸. En este

⁵⁷ En contra, entre otros, RIVAS RUIZ, quien entiende que los Notarios de los Distritos colindantes serán hábiles para la tramitación de estos expedientes sucesorios aunque pertenezcan a otro Colegio Notarial distinto pues “la finalidad del legislador con esta mención a los distritos colindantes es precisamente reforzar el principio de libre elección de notario, vía ampliación de los notarios eventualmente competentes, o con más precisión, hábiles para tramitar estos expedientes”. RUIZ RIVAS, Amanay, “Competencia notarial territorial en los expedientes sucesorios tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, septiembre-octubre 2015, p. 35.

⁵⁸ En opinión de MARIÑO PARDO, en referencia al expediente de declaración de herederos, esta admisión de la competencia de un Notario del Distrito colindante a cualquiera de los inicialmente competentes, añadida

sentido, el legislador español, quizás imbuido por un espíritu excesivamente liberalizador, introduce un criterio de competencia que poca o ninguna conexión territorial va a tener con el hecho que pretende declararse notorio. Esta circunstancia no casa bien, a nuestro juicio, con la naturaleza de las actas de notoriedad y además no se corresponde con el tratamiento que tradicionalmente se ha dado a esta cuestión en el Reglamento Notarial⁵⁹. Sorprende, además, cómo, dentro de ese marco liberalizador, se olvida de los Notarios del mismo Distrito que tendrán mayor conexión territorial con el expediente, al tiempo que declara competentes a los Notarios de los Distritos colindantes.

La limitación de la competencia a los Notarios habilitados para actuar en los lugares determinados por los diferentes puntos de conexión, excluyendo a otros Notarios de diferentes poblaciones pero del mismo Distrito, ha sido el criterio mantenido en la aplicación del artículo 209 bis del Reglamento Notarial para la tramitación de las actas de declaración de herederos abintestato y es el que parece querer seguir aplicando el legislador en el primer inciso de los artículos 55.1, 57.1, 61.1, 64.1, 66.2 y 67.1 de la Ley del Notariado. Sin embargo, entendemos que con la habilitación a los Notarios de los Distritos colindantes, el legislador nos *autoriza* a interpretar, con prudencia pero avanzando hacia esa mayor flexibilización de las reglas competenciales a que se refiere en la Exposición de Motivos y, en este sentido, al amparo de los artículos 3 y 116 del Reglamento Notarial, que en estos expedientes se atribuya competencia a todos los Notarios del Distrito y a todos los Notarios del Distrito colindante, siempre que concurra cualquiera de los puntos de conexión previstos.

En defecto de todos los anteriormente mencionados, se establece un criterio de cierre en virtud del cual será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

Con una redacción prácticamente idéntica, los artículos 57.1, 61.1, 64.1, 66.2 y

por una enmienda parlamentaria al Proyecto de Ley (Enmienda número 418 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso) “quizás se haya pensado en el supuesto en que todos los criterios de competencia remitiesen al mismo y único notario, para posibilitar siempre cierto ámbito de elección al requirente, lo que sin duda es el espíritu legal”. Así justifica la Enmienda esta ampliación de competencia cuando afirma que “a mayor abundamiento, para garantizar que la elección es posible en todo caso, se incluye como Notario hábil a los que ejerzan su actuación en el distrito colindante a cualquiera de los distritos determinados con los criterios anteriores. MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, “La declaración notarial de herederos en la reforma de la jurisdicción voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 62, julio-agosto 2015. Disponible en <http://www.elnotario.es>. Fecha de última consulta 17 de julio de 2015. Véanse las Enmiendas 418, 420, 422, 423, 424 y 425 en <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 18 de septiembre de 2015.

⁵⁹ LLOPIS opina que la competencia restringida podría haberse ampliado sin llegar a estos extremos y muestra no sólo su desacuerdo al entender que el Reglamento Notarial en estos casos siempre ha solicitado una conexión razonable con el negocio, sino también su desconfianza porque puedan generarse “problemas y situaciones abusivas, cuando operadores interesados en tramitar en masa estas declaraciones (como aseguradoras, por ejemplo) apliquen los mismos criterios que utilizan, por ejemplo, los Bancos, para “facilitar” el derecho de libre elección de Notario del suscriptor o beneficiario de la póliza”. Véase LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo, “Cómo hacer una declaración de herederos ante Notario”, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog>, publicado el día 7 de julio 2015, fecha de última consulta 16 de julio de 2015.

67.1 de la Ley del Notariado disponen los criterios de competencia para los demás expedientes sucesorios previstos en la misma. Decimos que estos preceptos regulan los criterios de conexión con una redacción prácticamente idéntica porque, en efecto, encontramos dos diferencias en la redacción de los artículos. En tanto los artículos 55, 57, 61 y 64 se refieren al “Notario competente para actuar en el lugar”, los artículos 66 y 67 hablan del “Notario que tenga su residencia en el lugar”. En cualquier caso, no podemos más que entender como equivalentes ambas expresiones cuya divergencia quizás obedezca a un error involuntario o descuido del legislador ocasionado por las variaciones que haya podido experimentar el tenor literal de los referidos artículos en los diferentes textos prelegislativos a lo largo de la tramitación parlamentaria de la norma. En segundo lugar, llama también la atención cómo al prever el criterio del lugar “donde estuviere la mayor parte de su patrimonio”, todos los artículos mencionados a excepción del 55, que regula la competencia en sede de declaración de herederos abintestato, añaden la precisión “con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable⁶⁰”. Olvido este último que imputamos a idénticas razones.

Los criterios fijados por el legislador para determinar la competencia notarial en los nuevos expedientes sucesorios atribuidos al Notariado se configuran como criterios alternativos, pudiendo el requirente optar libremente por cualquiera de ellos. Sólo cuando no pueda encontrarse Notario competente conforme a los cuatro primeros puntos de conexión, lo que equivale a entender que, sólo cuando el causante no hubiera tenido su último domicilio o residencia habitual en España, o no tuviera en España la mayor parte de su patrimonio y hubiere fallecido en el extranjero, será de aplicación como criterio de cierre supletorio el del domicilio del requirente. Se trata de supuestos en que el causante carece de vinculación alguna con nuestro país, pero sí la siguen teniendo los interesados en su sucesión.

En cualquier caso, cabe recordar que estos criterios de competencia se aplicarán salvo que estemos ante una sucesión con elemento internacional. En este caso, entendemos que serán de aplicación las reglas de competencia del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012⁶¹ que, en defecto de elección expresa, declara la residencia habitual del

⁶⁰ Según RIVAS RUIZ, “este inciso ‘con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable’, es propio de normas de derecho internacional privado encaminadas a evitar que la distinta calificación jurídica de una misma realidad en distintos Estados dé lugar a consecuencias o efectos incompatibles o contradictorios”. RIVAS RUIZ, A., “Competencia notarial territorial...”, cit., p. 37.

⁶¹ El art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 regula la competencia general y afirma que “[l]os tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión”. El art. 5 prevé, no obstante, la posible elección del foro cuando la ley elegida por el causante para regir su sucesión con arreglo al art. 22 sea la ley de un Estado miembro; en este caso, las partes interesadas podrán acordar que un tribunal o los tribunales de dicho Estado miembro tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones. Finalmente, el art. 10 contiene una regla de competencia subsidiaria cuando el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro. En este caso, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la

causante como criterio determinante de la competencia de los tribunales de un Estado miembro para resolver sobre la totalidad de las cuestiones que suscite la sucesión de un causante; todo ello, entendiendo que los Notarios españoles tendrán la consideración de “tribunal” a los efectos del Reglamento en aquellas actuaciones en que ejercen funciones jurisdiccionales en materia sucesoria. Por ello, el último criterio de cierre del domicilio del requirente previsto en la Ley del Notariado será de difícil aplicación en aquellas sucesiones abiertas después del día 17 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigor del Reglamento, ya que al no concurrir el punto de conexión de la residencia habitual, la competencia de los Notarios españoles es muy discutible en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

El Notario, antes de aceptar el requerimiento, debe examinar de oficio su competencia⁶² y declarándose competente, una vez iniciado el expediente, habrá de justificar dicha competencia dejando constancia de la misma en el acta.

En el caso de que el Notario requerido sea el del domicilio o la residencia habitual, cabe plantearse si el legislador al hacer referencia no sólo al domicilio,

sucesión siempre que el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto, cuando el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual.

El Reglamento sólo determina la competencia internacional de los tribunales que intervienen en el ámbito sucesorio. Sin embargo, lo cierto es que el concepto de tribunal a efectos del Reglamento es bastante amplio pues, conforme a su art. 3.2, se “entenderá por ‘tribunal’ todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia”. Por tanto, no sólo los órganos judiciales que ejerzan funciones jurisdiccionales en el ámbito sucesorio son tribunales a efectos del Reglamento, sino también cualquier otra autoridad no judicial o profesional, incluidos Abogados o Notarios, en tanto desarrollen funciones jurisdiccionales sobre materias de Derecho sucesorio.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 18 de enero de 2005 defendió para la determinación de la competencia notarial en actuaciones de jurisdicción voluntaria la aplicación del criterio de competencia internacional recogido en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recientemente modificado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, habiéndose descompuesto en nueve sub-artículos. En este sentido, puede verse CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Reglamento sucesorio europeo...”, cit., p. 16. Si bien, de principio, este artículo no resultaba aplicable en modo alguno al Notariado, sino únicamente a los Jueces y Tribunales, lo cierto es que, teniendo en cuenta que en él se regula la competencia internacional de los órganos judiciales, tanto sean conocedores de actos de jurisdicción contenciosa como de jurisdicción voluntaria, así como la identidad de razón que se quiere ver en la actuación notarial y judicial cuando Notarios y Jueces conocen de actos de jurisdicción voluntaria y ante la ausencia de otro precepto específico al respecto que determine la competencia internacional de los Notarios en el Derecho español, debería ser aplicado por analogía para determinar la competencia internacional en materia sucesoria, no sólo de los Jueces y Tribunales, sino también de otras autoridades o funcionarios, como los Notarios, eso sí, cuando ejerzan funciones de jurisdicción voluntaria. En efecto, entendió que el Notario español era competente para tramitar el acta de declaración de herederos abintestato de un causante extranjero, siempre que hubiera tenido su último domicilio en España o poseyera en nuestro país bienes inmuebles. Desde el 17 de agosto de 2015, fecha en la que el Reglamento Europeo de sucesiones resulta de íntegra aplicación, similares criterios pueden argüirse para defender su aplicación en aras a determinar la competencia de los Notarios en cuestiones de derecho sucesorio internacional cuando se trate de actuaciones de jurisdicción voluntaria.

⁶² Véase a este respecto, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., p. 3890.

como el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, sino también a la residencia habitual, está equiparando ambos criterios o por el contrario está queriendo indicar dos puntos de conexión diferentes. Somos de la opinión de que el legislador reconoce, al referirse al domicilio o residencia habitual, lo que unánimemente se entendía al interpretar el precepto reglamentario en sede de declaración de herederos, y es que por domicilio se entiende el domicilio civil al que se refiere el artículo 40 del Código Civil, esto es el lugar de la residencia habitual y efectiva⁶³. Argumento a nuestro favor resulta la consideración que el Reglamento (UE) 650/2012 hace de la residencia habitual como residencia efectiva y estable en un país determinado que, como hemos dicho, se introduce como punto de conexión aplicable con carácter general para la determinación tanto de la ley aplicable como de la competencia de las diferentes autoridades europeas. Consciente de la dificultad que entraña la determinación de este criterio, por estar basado en hechos y por su carácter variable, el legislador europeo da al aplicador de la norma una serie de pautas para su determinación que, en todo caso, deben revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate⁶⁴. La competencia notarial en estos casos se acreditará, en principio, con el Documento Nacional de Identidad del causante o el Certificado del Padrón municipal; ambos documentos, no obstante, por falta de actualización, pueden hacer referencia a un domicilio “administrativo” que no se corresponda con la residencia efectiva del causante, debiendo en estos casos el Notario recabar más datos y pruebas accesorias, tanto documentales como testificales, que acrediten esa verdadera residencia donde el causante tenía el centro de sus intereses⁶⁵. En el caso de extranjeros residentes, junto al empadronamiento municipal, la tarjeta de residencia será el medio de prueba del domicilio civil.

Si el Notario requerido es el del lugar donde estuviere la mayor parte del patrimonio del causante, es muy probable que en la práctica tenga serias dificultades para justificar su competencia; podrá solicitar al efecto certificaciones catastrales, escrituras públicas, notas del Registro de la Propiedad o documentos de liquidación de impuestos⁶⁶, según los casos; pero, en definitiva, entendemos que

⁶³ En sentido contrario, defiende RIVAS RUIZ que el concepto de domicilio no se entiende en estos casos embebido en el de residencia habitual y que, en caso de no coincidir, en realidad “existirán dos criterios de conexión distintos y a su vez alternativos”. RIVAS RUIZ, A., “Competencia notarial territorial...”, cit., pp. 36-37.

⁶⁴ Cfr. con los Considerandos 23 y 24 del Reglamento (UE) 650/2012.

⁶⁵ Así menciona FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, las tarjetas de la Seguridad Social, domicilios de pagos o pruebas testificales, entre otros. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., pp. 3888-3889.

⁶⁶ Como dice FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA “ha de partirse de un criterio amplio en cuanto a la naturaleza del patrimonio relicto en España (...) pues bienes lo son también los efectos o metálico depositados en entidades de crédito, aunque no sea a través de cuentas, corrientes o de ahorro”. Según FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, la acreditación de esta circunstancia puede hacerse, entre otros posibles medios de prueba, mediante “ejemplar del impreso de autoliquidación del Impuesto de Patrimonio, correspondiente al ejercicio de fallecimiento del causante, (...) o, [por qué no] certificación del Registro de inversiones del patrimonio declarado por el causante junto con declaración del requirente, bajo su responsabilidad, acerca del

no será un criterio habitualmente utilizado en la práctica.

Si, finalmente, el Notario requerido es el del lugar de fallecimiento, lo acreditará con el Certificado de Defunción.

Además, conforme al principio de libre elección de Notario, si hay varios Notarios competentes por lugar de fallecimiento, de última residencia o de situación del patrimonio, el requirente podrá elegir a cualquiera de ellos, sin sujeción alguna a turno. Y, aunque ninguno de los nuevos artículos de la Ley del Notariado lo diga, tal como se dispone en la regla tercera del artículo 209 bis del Reglamento Notarial, de aplicación supletoria en este punto, requerido uno de los Notarios competentes, quedará excluida la competencia de los demás.

Con alguna excepción, como la actuación notarial que tiene por objeto documentar la *interpellatio in iure*, o la formalización de la voluntad de repudiación hereditaria o de hacer uso del beneficio de inventario o del derecho de deliberar, en prácticamente todas las nuevas actuaciones atribuidas a los Notarios en materia sucesoria que vamos a ir analizando a lo largo de este capítulo, sigue la Ley del Notariado, como hemos referido con anterioridad, el mismo esquema expuesto a la hora de determinar quiénes son los Notarios competentes, por lo que, sin perjuicio de alguna particularidad que se irá analizando en las diferentes sedes, se entenderá reproducido para cada uno de ellos el análisis hecho en este epígrafe sobre la competencia notarial.

Finalmente, somos de la opinión de que, al modo del sistema de comunicaciones existente en sede de declaración de herederos y ante la ampliación de competencia notarial en estos expedientes, debe arbitrarse un sistema de comunicaciones telemáticas al Colegio Notarial y al Consejo General del Notariado que permita conocer, a nivel nacional y no sólo dentro del ámbito territorial de un Colegio Notarial, la iniciación de la tramitación de cualquiera de ellos, para evitar duplicidades y, en definitiva, dotar de la máxima seguridad jurídica a la actuación notarial en el desempeño de estas nuevas funciones.

b) Iniciación y trámites principales del expediente

Conforme al artículo 55.1 de la Ley del Notariado, quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes,

valor de los bienes sitos en el lugar de las actuaciones". FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., "Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...". cit., pp. 3886-3890.

Para este caso, entiende LLOPIS en sede de formación de inventario, "que debemos optar por exigir un principio de prueba sólido, como por ejemplo el valor de la vivienda habitual o del bien de más valor, para iniciar el expediente. Es obvio que, si después resulta del expediente tramitado que el valor de los bienes tomados no era la "mayor parte", el procedimiento no queda viciado por la incompetencia, digamos, sobrevenida". LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo, "El beneficio de inventario", disponible <http://www.notariallopis.es/blog>, publicado el día 14 de julio de 2015, fecha de última consulta 14 de julio de 2015.

ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, podrán instar la declaración de herederos abintestato ante Notario.

A pesar de lo que puede parecer en un primer momento, este párrafo no es el que regula la legitimación activa para iniciar el expediente, o al menos no de forma completa, sino que esta previsión se contiene en el párrafo segundo del mismo artículo 55, cuando afirma que el acta se iniciará a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo, a juicio del Notario. Por tanto, lo que entendemos de una interpretación integradora de los dos párrafos del artículo 55 es que cualquier persona con interés legítimo puede instar la declaración notarial de herederos de quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales.

Este mismo principio de legitimación activa es el que se prevé con mayor claridad y precisión en la regla segunda del artículo 209 bis del Reglamento Notarial. El interés legítimo debe interpretarse a nuestro juicio de forma flexible, de modo que no es exclusivamente el interés por estar llamado a obtener algún derecho hereditario, sino también el interés en que se acredite el fallecimiento del causante y se determine por notoriedad quiénes sean sus herederos, bien porque se crean con derecho a la herencia, bien porque necesiten de esta declaración de notoriedad para poder hacer valer determinados derechos económicos o patrimoniales sobre la misma.

Por ello, estarán legitimados para formular el requerimiento inicial del acta no sólo cualquiera de los llamados a heredar cuando sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, sino también los parientes de grado posterior en el orden legal de suceder, los cesionarios del derecho hereditario o los acreedores de la herencia, siempre que acrediten su condición de tales⁶⁷, o incluso cualquier otra persona que pueda tener interés en que se tramite la declaración de herederos para poder formalizar o inscribir un derecho previamente adquirido.

El requirente deberá aseverar, tal como se viene haciendo en las actas de declaración de herederos que han sido desde la reforma de 1992 de competencia notarial, la certeza de los hechos positivos y negativos en que se haya de fundar el acta. Esto es, habrá de aseverar que las personas identificadas y sólo ellas son las incluidas en los llamamientos legales y que no existen otros parientes del causante de igual o mejor grado con derecho a heredar y que todo ello, además, es notorio

⁶⁷ En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., "Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...". cit., pp. 3891-3892, quien también entiende legitimados a los acreedores del propio heredero.

en el círculo familiar y de amistades del difunto.

La nueva regulación exige expresamente que el requerimiento para la iniciación del acta contenga la designación y datos identificativos de las personas llamadas a la herencia según el requirente, quien habrá de aportar los documentos acreditativos del parentesco entre el fallecido y aquellas personas designadas como herederos, así como de la identidad y domicilio del causante.

A diferencia del artículo 209 bis 4 b) del Reglamento Notarial, el artículo 55 de la Ley del Notariado no hace referencia expresa a los concretos documentos a aportar para acreditar la relación de parentesco que, no obstante, serán los mismos que se mencionan en la regulación anterior: el Libro de Familia del causante o las Certificaciones correspondientes del Registro Civil acreditativas del matrimonio, del fallecimiento del cónyuge, en su caso, y de las filiaciones⁶⁸.

El Reglamento notarial concede a unos y otros documentos idéntico valor probatorio y la nueva regulación de la Ley del Notariado no hace referencia expresa al respecto, de manera que pueden solicitarse de forma individual o conjunta, como suele ocurrir en la práctica. Lo cierto, no obstante, es que la aportación del Libro de Familia aumenta las garantías sobre la inexistencia de otro posible heredero que pudiera figurar inscrito, de forma que también deberá incorporarse testimonio de la última página en blanco a continuación de aquella en la que figure el último hijo inscrito. A falta del mismo, se hará la oportuna manifestación del requirente y se aportarán exclusivamente las referidas Certificaciones del Registro Civil.

Esta prueba documental pretende acreditar que los herederos designados por el requirente lo son efectivamente y aún más allá, que no existen otros con derecho a ser llamados a la sucesión intestada del causante. Sin embargo, lo cierto es que este último extremo no puede probarse de forma indubitada. Ni las Certificaciones del Registro Civil ni el Libro de Familia pueden acreditar la inexistencia, por ejemplo, de un hijo no matrimonial. Por ello, la aseveración del requirente sobre quiénes son los herederos presuntos será tomada en cuenta por los Tribunales en el caso de que el heredero preterido llegue a impugnar judicialmente el acta de notoriedad.

En todo caso, junto a los extremos anteriores, deberá acreditarse el fallecimiento del causante y que éste ocurrió sin título sucesorio mediante

⁶⁸ Certificaciones de nacimiento y, en su caso, de defunción de los hijos, así como en esta circunstancia, las Certificaciones de nacimiento de los demás descendientes de los hijos premuertos para el caso de que opere el derecho de representación. En última instancia, Certificaciones de defunción de estos descendientes de grado inferior. En el caso de que los herederos presuntos sean los padres o ascendientes del causante, será también necesario aportar el Certificado de nacimiento del finado.

información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad⁶⁹ o, en su caso, mediante documento auténtico del que resulte, a juicio del Notario, indubitadamente, que, a pesar de la existencia de testamento o contrato sucesorio, procede la sucesión abintestato⁷⁰, o bien mediante sentencia firme que declare la invalidez del título sucesorio o de la institución de heredero.

Con la mención que se ha introducido expresamente de que la procedencia de la sucesión intestada a la vista del documento auténtico presentado debe resultar indubitadamente *a juicio del Notario*, se resuelven algunas dudas que, con la anterior redacción contenida en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, podían surgir en la práctica a los Notarios sobre la eficacia de determinadas disposiciones testamentarias. Ahora el Notario podrá apreciar por sí mismo, de oficio, la ineficacia de determinadas disposiciones testamentarias sin necesidad de acudir al Juez para que declare la nulidad de las mismas. En el caso de un testamento sin institución de heredero o un testamento de contenido revocatorio o sin contenido patrimonial, no cabe duda de que bastará con la exhibición al Notario del testamento para que él examine el acto de última voluntad y llegue a la conclusión de que procede abrir la sucesión intestada. Sin embargo, existen otros supuestos, piénsese, por ejemplo, en el caso de premoriencia, incapacidad o renuncia del único o todos los herederos instituidos si no se nombraron sustitutos, en el caso de separación o divorcio posterior al otorgamiento, o en un testamento en que se contiene preterición no intencional de todos los hijos o descendientes que anule disposiciones patrimoniales o sólo de algunos de ellos resultando anulada la institución de heredero⁷¹. En todos estos casos, el Notario, con la cobertura legal que ahora le ampara, una vez se le aporte toda la documentación auténtica que acredite estas situaciones, si a su juicio resultan indubitadas, podrá proceder a la apertura de la sucesión legal.

⁶⁹ La Ley del Notariado habla de información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, información que vendrá dada en los Certificados de Defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad. En el caso de existir variación en el nombre o en los apellidos, lo que puede ocurrir en la práctica en el caso de compuestos, debe tenerse presente que la certificación de fallecimiento no hace fe de dichos extremos, sino exclusivamente del hecho de la muerte y de la hora en que se produjo, conforme al art. 81 de la Ley del Registro Civil. En estos casos, el Notario, siempre guiado por un principio de extrema prudencia, deberá requerir que se le aporten otras pruebas para acreditar que se trata de la persona sobre cuyo fallecimiento versa el acta de declaración de herederos. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., p. 3898, señala como otros medios de prueba la testifical o, en poblaciones pequeñas, la notoriedad local, la certificación municipal o la presentación de documentos en que se compruebe que era conocido por dos nombres. A este respecto puede verse.

⁷⁰ Ese documento auténtico a que se refiere el precepto puede ser, como afirma SOLÍS VILLA, “el testamento de contenido puramente revocatorio de otro anterior o expresivo del deseo del causante de morir intestado o más frecuentemente, la escritura otorgada entre los herederos instituidos por el causante y el hijo póstumo preterido por el mismo, expresiva de su voluntad de reconocer la condición de coheredero a dicho hijo preterido”. SOLÍS VILLA, Carlos y MORILLO, Francisco Javier, “Comentario al artículo 209 bis del Reglamento Notarial”, en *Nueva Legislación Notarial comentada*, Tomo I, Legislación Notarial, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 610.

⁷¹ Puede verse en torno a estas reflexiones a LLOPIS BENLLOCH, J.C., “Cómo hacer una declaración de herederos...”, cit.

Los documentos presentados o testimonio de los mismos quedarán incorporados al acta.

Junto a la prueba documental, en la tramitación del acta habrá de constar necesariamente, al igual que en la regulación anterior, al menos la declaración de dos testigos ofrecidos por el requirente que, asegurando que mantenían con el difunto y su entorno relaciones personales desde hace varios años, aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende.

En concreto, deberán aseverar que les consta que el causante falleció intestado; cuál era su estado civil y en caso de estar casado, quién es su cónyuge; y si tenía hijos, cuántos y quiénes son, así como que no le consta que tuviera otros; y, en definitiva, que las personas designadas son sus únicos herederos. Finalmente debe declarar que resulta notorio en el círculo familiar y de amistades del difunto todo lo anteriormente relacionado.

Ni antes el Reglamento Notarial ni ahora la Ley del Notariado prevén ninguna norma sobre la idoneidad de estos testigos, si bien entendemos que el Notario debe considerar idóneos a quienes, teniendo capacidad natural de entender y querer, hayan mantenido con el difunto y su entorno relaciones personales continuadas en el tiempo⁷². Dichos testigos, como ya se reconoce en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, podrán ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la sucesión o declaración⁷³.

Como vemos, la regulación de los datos a aportar para la identificación del causante y de los potenciales herederos, así como la práctica de la prueba documental y testifical se mantiene prácticamente idéntica, aunque, a nuestro juicio, reviste menor claridad y peor sistemática.

La prueba documental y la testifical se configuran como necesarias, si bien ello no obsta para que el Notario, no sujeto a ninguna limitación en materia de actas en cuanto a la práctica de pruebas, entienda conveniente la práctica de otras

⁷² En este mismo sentido nos recuerdan SOLÍS VILLA, C. y MORILLO, F.J., “Comentario al artículo 209 bis...”, cit., p. 611, que estos testigos “no son testigos instrumentales, sino testigos de hechos, por lo que basta que tengan capacidad natural de entender y querer”, conforme al art. 361 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷³ La admisión de testigos que tengan relación de parentesco con el fallecido cuando no tengan interés directo en la declaración, no se recogía en la redacción original del artículo 209 bis, sino que se introduce en la modificación operada por R.D. 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, cuyo artículo primero, en sus números ciento siete a ciento treinta y cuatro, da nueva redacción a la Sección 4.^ª del Capítulo II del Título IV, integrada por los arts. 198 a 220. A este respecto, opina FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., p. 3902, que sería oportuno, si el testigo fuere pariente del requirente o herederos, “valorar tal hecho y consignarlo en diligencia, por el subjetivismo que pudiera añadir a sus manifestaciones”. No creemos necesario hacer esta advertencia, quedando al arbitrio del Notario la admisión o no de su testimonio según las circunstancias alegadas.

complementarias⁷⁴.

A este respecto, el artículo 209 bis en el último inciso de su regla quinta afirma que se practicarán, también, las pruebas propuestas por el requirente, así como las que se estimen oportunas, en especial las dirigidas a acreditar la nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, el derecho aplicable, incluso si éste resulta ser una ley extranjera. La regulación contenida en el artículo 56.2 párrafo segundo de la Ley del Notariado prevé la práctica de otras pruebas y trámites adicionales que pasan incluso por la publicación de edictos y, a pesar de resultar más novedosa, es nuevamente algo críptica, en este punto. Dice literalmente este párrafo que el Notario, “a fin de procurar la audiencia de cualquier interesado, practicará, además de las pruebas propuestas por el requirente, las que se estimen oportunas, y en especial aquellas dirigidas a acreditar su identidad, domicilio, nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable”.

¿Qué identidad, domicilio, nacionalidad y vecindad civil se pretenden acreditar con las nuevas pruebas propuestas, los del causante o los de los interesados? La identidad y domicilio del causante deben quedar perfectamente acreditados en el requerimiento, por lo que esta mención se referirá a la identidad y domicilio de los interesados a quienes se les quiere dar audiencia y no se les puede dar hasta que aquellos extremos queden acreditados al Notario. Por otra parte, en una interpretación integradora con el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, las pruebas dirigidas a acreditar la nacionalidad y vecindad civil a efectos de determinar en su caso la ley extranjera o incluso la legislación civil autonómica aplicable⁷⁵ se refieren, como no podía ser de otro modo, al sujeto de la sucesión, al causante. Vuelve a hacerse patente en la redacción de este párrafo la imprecisión y falta de sistemática.

Cabe plantearse hasta qué punto el Notario está obligado por la nueva legislación a practicar pruebas adicionales a la documental y testifical expresamente reguladas, en especial si debe o no dar participación en el expediente a los interesados en el mismo.

⁷⁴ Entre ellas, menciona FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, la publicación de edictos o anuncios en prensa o Boletines Oficiales, la notificación del acta a herederos no instantes o cualquier otra que de oficio tenga a bien señalar. Y ello es así porque no olvidemos, como dice la autora, que “una singularidad del acta es que en materia probatoria el Notario no viene constreñido por la prueba propuesta y aceptada, sino que en el mismo acto o con posterioridad podrá señalar o practicar por sí la que considere oportuna gozando del más amplio arbitrio”. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., p. 3897.

⁷⁵ La prueba de la vecindad civil, determinada bien por el nacimiento, bien por la residencia, presenta cierta dificultad al no resultar acreditada con las Certificaciones del Registro civil. Por ello, tratándose de causantes no nacidos en el lugar en que según el Documento Nacional de Identidad tuvieron su última residencia, cuando en uno y otro lugar existan vecindades civiles diferentes, el Notario habrá de exigir que se aporte un Certificado del Padrón municipal donde se acredite el tiempo que el causante se encontraba residiendo en este último territorio a efectos de constatar si ha existido modificación o no de vecindad civil, conforme al art. 14 CC, y, por ende, de ley personal aplicable a la sucesión.

La participación que el Notario deba dar a estos otros interesados es a nuestro juicio uno de los aspectos que por su imprecisa regulación va a dar lugar a mayores dudas interpretativas. Cuestiones como quiénes sean esos interesados, en qué precisos casos deben ser citados o si trata de un trámite de citación general obligatorio, qué intervención concreta deben tener una vez hayan sido citados o cuáles sean los plazos de publicación de los edictos y los de alegación de los interesados, plantearán problemas en la aplicación práctica de la nueva regulación e implicarán, en definitiva, un margen de decisión, quizás excesivo, en la actuación del Notario.

El Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014 preveía una tramitación simplificada en el caso de los descendientes, ascendientes o cónyuge en la que era posible practicar la declaración de herederos sin ningún requisito adicional de publicidad. En el texto definitivo del artículo 56 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, se prevé un procedimiento único, cualquiera que sea el llamado o los llamados a heredar. En cualquier caso, entendemos que cuando al Notario se le acrediten y justifiquen debidamente tanto documental como testificalmente todos los extremos, en especial la identidad de los llamados y su relación de parentesco con el causante, cuando no le surjan dudas razonables sobre la existencia de otros interesados, o no advierta la existencia de derechos controvertidos, tal como ha venido haciendo desde 1992, podrá sin necesidad de practicar pruebas adicionales proceder a la declaración de herederos, transcurridos veinte días hábiles desde el requerimiento inicial. No estaría justificado a nuestro entender exigir trámites antes no exigidos para los mismos supuestos, al tiempo que, por otro lado, considerar la citación de los interesados como un trámite general supondría mayores dilaciones y un encarecimiento considerable del expediente.

Pero si a pesar de las pruebas practicadas, el Notario tiene dudas sobre la existencia de otros parientes con igual o mejor derecho que los propuestos por el requirente, o sobre la identidad de alguno de estos últimos, su relación de parentesco con el causante o el derecho hereditario a que puedan estar llamados⁷⁶ o, finalmente, entiende que puede haber algún interesado que puede resultar perjudicado por la tramitación del acta, habrá de darles audiencia, notificándoles convenientemente, a fin de que en el plazo de un mes puedan comparecer y declarar lo que a su derecho convenga⁷⁷.

Los interesados a que se refiere el artículo son, en definitiva, aquellos a

⁷⁶ Pensemos en el caso de que alguno de los que inicialmente fueron llamados por el requirente a la sucesión pueda ver modificados sus derechos si el Notario aprecia por ejemplo una causa de indignidad o desheredación.

⁷⁷ En el art. 56.2 párrafo quinto se establece que el plazo del mes se contará “desde el día de la publicación o, en su caso, de la última exposición del anuncio”, si bien entendemos que en el caso de que el domicilio del interesado fuera conocido el plazo se contará desde el día en que se proceda a su notificación por cualquiera de los medios reglamentariamente previstos.

quienes pueda afectar la tramitación del acta o puedan verse perjudicados por la misma. No creemos, como hacía el Proyecto de Ley en su artículo 55.2, que el legislador haya querido prever la citación a todos los interesados como trámite general del expediente, que lo haría menos ágil y más costoso. Ahora bien, debe quedar suficientemente garantizado el derecho de audiencia de aquellos interesados que, como hemos dicho, puedan verse perjudicados o a quienes pueda afectar el expediente. De esta forma se consigue el necesario equilibrio entre salvaguardar la seguridad jurídica en el procedimiento y ofrecer al ciudadano con la nueva regulación una tramitación más sencilla y menos costosa. En definitiva, la determinación de quiénes sean estos interesados la hará el Notario en cada caso según las circunstancias concurrentes.

Conforme con aquel trámite de citación general a los interesados al que se refería el Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014, el párrafo segundo del artículo 55.2 del texto prelegislativo afirmaba que cuando cualquiera de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, el Notario comunicaría esta circunstancia al Ministerio Fiscal a los efectos de instar la designación de un defensor judicial.

Con idéntica redacción se mantiene esta exigencia en el artículo 56.1 párrafo tercero de la Ley 15/2015, de 2 de julio. Habiendo desaparecido la citación a los interesados como trámite general del expediente, entendemos que sólo en el caso de que el Notario llegue al convencimiento de la necesidad o conveniencia de citar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente sin representación legal, es cuando debería procederse al nombramiento de un defensor judicial, aunque es posible mantener que deba hacerse previamente la comunicación oportuna de esta circunstancia al Ministerio Público.

Una vez el Notario haya decidido, a la vista de las pruebas practicadas, citar a alguno de estos interesados, lo primero que deberá tomar en consideración es si conoce su identidad y paradero. En caso de que así sea, la notificación se hará conforme al artículo 202 del Reglamento Notarial, bien personándose en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deban practicarse, según la designación efectuada por el requirente, bien enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.

Si se ignorase la identidad o domicilio de alguno de los interesados, el Notario, para poder llevar a efecto las citaciones, recabará, mediante oficio, el auxilio de los órganos, registros, autoridades públicas y consulares que, por razón de su competencia, tengan archivos o registros relativos a la identidad de las personas o sus domicilios, a fin de que le sea librada la información que solicite, si ello fuera posible. Estos órganos o autoridades públicas serán los Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas o Registro civil, entre otras.

Finalmente, sólo en caso de que siga teniendo dudas sobre la identidad o el paradero de potenciales herederos que puedan verse perjudicados por la tramitación del acta y no pueda notificarles el expediente, será cuando, a nuestro juicio, deberá darle la publicidad prevista al efecto. Los anuncios, por tanto, no constituyen un trámite general del procedimiento.

La regulación de estas publicaciones tampoco reviste la deseable claridad. Se advierte, en cuanto a las publicaciones de edictos y anuncios, que el legislador ha trasladado al artículo 56, con las debidas adaptaciones y actualizaciones, la doctrina que recogía al respecto de las declaraciones de herederos de parientes colaterales el derogado artículo 984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁷⁸. El Notario, dice el artículo 56.2 de la Ley del Notariado en su párrafo cuarto, deberá dar publicidad a la tramitación del acta mediante anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado” y podrá, si lo considera conveniente, utilizar otros medios adicionales de comunicación. También deberá exponer el anuncio del acta en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento, si fuera distinto, o al del lugar donde radiquen la mayor parte de sus bienes inmuebles, sin resultar suficientemente claro, a nuestro juicio, si la publicación debe hacerse en todos o sólo en alguno de los Ayuntamientos.

Se prevé expresamente, en caso de que se hayan hecho publicaciones, aunque consideramos que también procederá en caso de notificaciones, la oposición de cualquier interesado a la pretensión, así como que pueda presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio dentro del plazo de un mes a contar desde el día de la notificación o, en caso de publicación, desde la última exposición del anuncio.

c) Resolución del expediente

Ultimadas las anteriores diligencias y transcurrido el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse hecho notificaciones o publicaciones, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre la acreditación

⁷⁸ Conforme al referido artículo, si, a juicio del Fiscal o del Juez, hubiere motivos racionalmente fundados para creer que podrán existir otros parientes de igual o mejor grado, el Juez mandará fijar edictos en los sitios públicos del lugar de su sede y en los pueblos de fallecimiento y naturaleza del finado, anunciando su muerte sin testar, y los nombres y grado de parentesco de los que reclamen la herencia, y llamando a los que se crean con igual o mejor derecho para que comparezcan en el Juzgado a reclamarlo dentro de treinta días. El Juez podrá ampliar este término por el tiempo que estime necesario, cuando por el punto de la naturaleza del finado o por otras circunstancias, se presuma que podrá haber parientes fuera del territorio nacional. Los edictos se insertarán en el Boletín Oficial de la provincia o de la Comunidad Autónoma donde se siga el juicio. También se insertarán los edictos en uno de los periódicos de mayor circulación en la provincia, a criterio del Juez. También se insertarán en el “Boletín Oficial del Estado” si, a juicio del Juez, las circunstancias del caso lo exigiesen.

por notoriedad de los hechos y presunciones⁷⁹ en que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del Notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización:

- Si el juicio del Notario es afirmativo, declarará qué parientes del causante son los herederos abintestato, expresando sus circunstancias de identidad y los derechos que por ley les corresponden en la herencia.

Tras la modificación del apartado 6 del artículo 209 bis, operada por el artículo 123 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, el último inciso de aquel precepto dispone que “[e]n la declaración se expresarán las circunstancias de identidad de cada uno y los derechos que por Ley le corresponden en la herencia”. La expresión de los derechos que corresponden a cada heredero en la herencia hace sumamente conveniente, como por otra parte se viene haciendo en la práctica desde la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, la referencia a la legítima del cónyuge viudo, si de las pruebas practicadas resulta su existencia. Esto es así porque los derechos legitimarios del cónyuge supérstite, según la legislación civil que resulte aplicable, van a hacer disminuir o gravar los derechos de los declarados herederos⁸⁰.

Como innovación de la regulación vigente, se hará constar en el acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados, entendemos porque se duda no sólo de su paradero sino incluso en ocasiones de su misma existencia⁸¹. En consecuencia, cuando no concurra ninguno de estos dos supuestos, no habrá que hacer la advertencia expresa. No obstante, aunque no sea necesario dejar de ello constancia expresa en el acta, también quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda.

La nueva regulación reviste especial trascendencia en este punto. Permite a los Notarios continuar la tramitación del acta hasta el final y declarar, en su caso, la notoriedad pretendida, tanto en el supuesto de oposición de algún interesado, que

⁷⁹ La referencia a las presunciones como base en la que el Notario puede fundar la declaración de herederos resulta especialmente novedosa y entendemos que se debe a la judicialización en cierto modo de estas nuevas actuaciones notariales en sede de jurisdicción voluntaria.

⁸⁰ En este sentido dispone expresamente el art. 442-7 CcCat., que los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en unión estable de pareja superviviente en la sucesión intestada deben atribuirse expresamente en las declaraciones de heredero *ab intestato*, que pueden hacerse, en ambos casos, por acta notarial de notoriedad.

⁸¹ A estos efectos, cabe tener en cuenta la regulación contenida en el Código Civil sobre la apertura de una herencia a la que tuviera derecho un ausente en los arts. 190 a 192. Abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos al no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer, con intervención del Ministerio fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración del fallecimiento. Y todo ello sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes, que no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción.

habrá de apreciar y resolver como estime oportuno y sin perjuicio del juicio declarativo que corresponda, como cuando no se acredite a juicio del Notario el derecho a la herencia de algún pretendido heredero o en el caso de que alguno de éstos no hubiera podido hacer valer sus derechos por no haber sido localizado.

Realizada la declaración de herederos abintestato, dice el último párrafo del artículo 56.3, se podrá, en su caso, recabar de la autoridad judicial la entrega de los bienes que se encuentren bajo su custodia, a no ser que alguno de los herederos pida la división judicial de la herencia. Con el acta de declaración de herederos se declara formalmente el derecho de los llamados a la herencia por la ley. Pero hasta que acepten la herencia y tomen de forma efectiva su cualidad de heredero no podrán adquirir bienes y derechos que integren el patrimonio hereditario, aunque sí podrán tomar posesión de ellos, siempre que tengan el propósito de aceptar. Evidentemente quien pretenda repudiar la herencia no va a estar dispuesto a entrar en posesión de todo o parte de la herencia lo que implicaría la aceptación tácita de la misma.

El juicio de notoriedad no es susceptible de ser calificado por el Registrador de la Propiedad que conozca el acta cuando ésta se acompaña a la escritura de manifestación o partición de herencia, aunque como cualquier otro documento notarial puede ser objeto de impugnación judicial, en caso de haber sido requerido Notario incompetente, de haberse tramitado sin ajustarse a la normativa aplicable o haber sido declarados herederos quienes no lo son o en una participación distinta a la que lo son o por haber sido omitido algún otro llamado a la herencia.

- Si, por el contrario, el juicio del Notario sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en que se funda la declaración de herederos es negativo, cerrará el acta declarando que, a su juicio, no ha resultado notorio que los parientes propuestos por el requirente sean los llamados a heredar abintestato al causante.

Además, para el caso de que quienes insten la declaración sean parientes colaterales, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 56. Transcurrido el plazo de dos meses desde que se citó a los interesados sin que nadie se hubiera presentado, o si fuesen declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia y a juicio del Notario no hay otra persona con derecho a ser llamada, se remitirá copia del acta a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración administrativa de heredero. En caso de que dicha declaración no correspondiera a la Administración General del Estado, la citada Delegación dará traslado de dicha notificación a la Administración autonómica competente para ello.

Este último párrafo del artículo 56 se refiere, como decimos, al caso de que

quienes estén llamados a heredar sean parientes colaterales, de modo que si el Notario juzga que no hay personas con derecho a heredar abintestato, porque no ha acudido nadie o han sido declarados sin derecho los que acudieron, en lugar de esperar un mes y veinte días, como en el caso general, debe esperar, para cerrar el acta y remitir la copia, dos meses desde la última citación y, aunque no lo diga el artículo, entendemos que en caso de no haber citaciones, el plazo de dos meses se contará, como el general de veinte días hábiles, desde el requerimiento inicial.

Finalmente cabe hacer dos precisiones sobre aspectos capitales de estas actas de declaración de herederos intestados que la nueva regulación contenida en la Ley del Notariado omite. Se trata de la autorización de uno o dos documentos y de la remisión del parte testamentario al Decanato.

- Hasta la reforma introducida por el artículo 122 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en el último párrafo del artículo 209 del Reglamento Notarial, las actas de notoriedad, entre ellas las de declaración de herederos abintestato, se formalizaban en un único documento incorporado al Protocolo con todas las diligencias practicadas, una vez hecho el juicio de notoriedad y con la fecha y el número de protocolo correspondiente a esta última.

Esta reforma introduce un sistema de doble acta para la formalización de aquellas actas de notoriedad cuya terminación tuviere lugar en día distinto al de su iniciación, como empezó a ocurrir en el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato con la modificación que el mismo Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, introdujo en el artículo 209 bis regla 6^a.

Si bien en este artículo no se hizo mención expresa a esa doble acta, en la referida regla 6^a se introdujo un importante inciso. La redacción originaria afirmaba que “[u]ltimadas las anteriores diligencias hará constar el Notario su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos en que se funda la declaración de herederos”⁸². Ello suponía que la fecha de la remisión del parte testamentario marcaba el día inicial del plazo de veinte días hábiles que el Notario debía esperar para expedir copia, pero no para declarar la notoriedad. La redacción modificada de este párrafo establece que ultimadas las anteriores diligencias y, ésta es la novedad, “*transcurrido el plazo previsto en la regla 3^a, hará constar el Notario su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos en que se funda la declaración de herederos*”. Por tanto, con la reforma, hasta pasado este plazo de veinte días hábiles el Notario no sólo no podrá expedir copia, sino lo que es más importante, no podrá emitir la declaración

⁸² Redacción dada por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial.

de notoriedad. Es por ello por lo que estas actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato habían de ajustarse al sistema de la doble documentación previsto en el artículo 209 para las actas de notoriedad en general.

De conformidad con el sistema de doble acta, desde la entrada en vigor de esta reforma el día 30 de enero de 2007, en aquellas declaraciones de herederos en las que el Notario ya tenía competencia ha venido autorizando dos documentos: el acta inicial de requerimiento y trámite para la declaración de herederos abintestato y el acta final de declaración de herederos abintestato. En consecuencia, el requerimiento inicial se formaliza mediante acta con la fecha y número de protocolo del día del requerimiento; y, concluida la tramitación de la declaración de herederos, se formaliza una nueva acta que se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación, dejando constancia de la misma en el acta que recoja el requerimiento.

A nuestro juicio, el sistema de doble acta debe seguir vigente para la formalización de las declaraciones de herederos, como también será de aplicación, como expusimos en el capítulo anterior, para la mayor parte de los nuevos expedientes asignados a los Notarios en aquellos casos en que el instrumento adecuado para formalizarlos sea el acta notarial.

Aunque el artículo 56.3 primer párrafo de la Ley del Notariado, que podía haber sido más claro al respecto, se refiere exclusivamente a un acta, exige asimismo que hayan transcurrido los veinte días hábiles, ahora a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio, para que el Notario pueda hacer constar su juicio de conjunto sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en que se funda la declaración de herederos.

Ante la falta de claridad del artículo 56 y la remisión general que para la tramitación del expediente hace el artículo 55 a la normativa notarial, entendemos que, al igual que en la regulación anterior, el Notario debe autorizar dos documentos. Se podrá continuar, conforme a la práctica anterior en muchas Notarías, autorizando el acta de requerimiento en la que se contiene toda la tramitación, desde el requerimiento inicial hasta la práctica de todas las pruebas propuestas, y el acta de declaración de herederos propiamente dicha en la que el Notario, a la vista de las pruebas practicadas y cumplido el plazo, declara la notoriedad. Sin embargo, al menos en aquellos casos en que deban hacerse publicaciones, en los que tramitación del expediente puede dilatarse hasta varios meses, a fin de evitar inconvenientes en el envío del Índice Único Electrónico, entenderíamos más conveniente la autorización de una primera acta con el requerimiento inicial y una final de conclusión que recoja toda la tramitación con

pruebas y diligencias y que contenga el juicio de notoriedad del Notario, de la cual se podrá expedir copia parcial y que, con referencia a la fecha de iniciación, tendrá la fecha y número de Protocolo correspondiente al día de terminación del expediente.

- La segunda cuestión a la que nos referimos es la relativa al sistema de comunicaciones al Decanato y al Registro General de Última voluntad.

Conforme al artículo 209 bis del Reglamento Notarial en su regla 3ª, y con la finalidad de evitar duplicidades en los pronunciamientos, el Notario requerido habrá de poner en conocimiento del Decanato del respectivo Colegio Notarial, en el mismo día que hubiese admitido el requerimiento, la iniciación de la tramitación del acta, especificando el nombre del causante y demás datos de identificación⁸³, en especial el número del Documento Nacional de Identidad⁸⁴, a fin de que de tal iniciación quede constancia en el Registro Particular del Decanato y en el General de Actos de Última Voluntad⁸⁵.

La circunstancia de haber sido remitida la comunicación al Decanato del Colegio Notarial se hará constar por medio de nota en el instrumento público. Si, recibida una comunicación, se recibieren posteriormente otras relativas a la sucesión del mismo causante, el Decano, o el Jefe del Registro si los Notarios pertenecieren a distinto Colegio, lo comunicará inmediatamente a los Notarios que hubiesen iniciado el acta en segundo o posterior lugar para que suspendan la tramitación de la misma.

La nueva regulación contenida en los artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado omite referencia alguna a esta comunicación al Decanato prevista en el artículo

⁸³ En esta comunicación se especificará el nombre del causante y demás datos de identificación consignados en el art. 4 del Anexo segundo del Reglamento Notarial sobre el Registro de actos de última voluntad, conforme al cual “[r]especto de cada uno de los otorgantes se expresará: el nombre, apellidos, lugar de nacimiento y Documento Nacional de Identidad; el estado, expresándose el nombre y apellidos del cónyuge del testador, si fuere casado, y el nombre de los padres. Se expresarán, también, el nombre y apellidos del Notario o funcionario que haya autorizado o protocolizado el acto de última voluntad, o el Juez o Tribunal que haya dictado la ejecutoria; y el lugar, fecha y clase del acto de última voluntad y aquellas otras circunstancias que se determinen”.

Conforme a los arts. 12 y 13 de este Anexo segundo, el Decano del respectivo Colegio Notarial que reciba la comunicación dispondrá que inmediatamente se consignen los datos en el Registro particular que ha de llevarse en el Decanato, siendo además esta información remitida al Registro General de Actos de Última Voluntad por el procedimiento y con la periodicidad que se determine.

⁸⁴ Como recuerda FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “especial interés, a efectos de archivo, tiene la consignación en el acta y en la comunicación del número del DNI del causante, dado que este dato es esencial en la llevanza del Registro informático creado”. Sin embargo, como también entiende la autora, “el extravío del mismo o su no aportación, sin perjuicio de hacerse constar la causa de su no exhibición, no es circunstancia determinante de la denegación del requerimiento”. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., p. 3896.

⁸⁵ Estas comunicaciones, en palabras de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, son “piedra angular del sistema facilitando su coordinación y evitando la duplicidad de actuaciones”. A ello añade la autora “el esfuerzo técnico e informático que supuso el nuevo procedimiento para los organismos interesados (...) que han dotado al sistema de una gran agilidad y eficacia. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial...”, cit., pp. 3895-3896.

209 bis.

Incluso a diferencia de la regulación prevista en el artículo 209 bis, que establece como *dies a quo* para el cómputo del plazo de veinte días hábiles para emitir el juicio de notoriedad y expedir la copia, el de la comunicación al Decanato, el artículo 56 dispone que este plazo se contará desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio. Lo cierto, en cualquier caso, es que el día del requerimiento debe coincidir con el día de la comunicación del parte testamentario al Decanato.

Por todo ello, una interpretación integradora de la Ley y el Reglamento Notarial nos lleva a afirmar que este sistema de comunicaciones sigue vigente tras la entrada en vigor de la nueva regulación.

Entendemos que dada la diversidad de puntos de conexión para la determinación de la competencia del Notario, el Consejo General del Notariado habrá de modificar el sistema de comunicación de forma que las consultas a las bases de datos de las declaraciones de herederos habrán de ser a nivel nacional extendiéndose a los partes que envíen todos los Notarios de España, no únicamente los pertenecientes a uno u otro Colegio notarial.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 letra a) de la Disposición final decimonovena de la Ley 15/2015, de 2 de julio, éste es uno de los expedientes en los que, por estar atribuida su competencia en exclusiva a los Notarios, puede solicitarse del Colegio Notarial que se reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita en lo referente a la reducción de aranceles, gratuidad de publicaciones y, en su caso, intervención de peritos.

Para concluir con este expediente, podemos afirmar que estamos ante un acto de homologación perfectamente atribuible al Notariado⁸⁶. El acta de declaración de herederos abintestato, como las demás actas de notoriedad, contiene, no un juicio de valor, sino una calificación del Notario, que sobre la base de las pruebas practicadas, constata o verifica un hecho que juzga notorio y en consecuencia procede a su declaración formal.

2.2.- La presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos

La importancia que hoy en día tiene la sucesión testamentaria en nuestro

⁸⁶ La doctrina más autorizada lo incluye entre los actos de homologación. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1094.

ordenamiento jurídico es herencia directa de Roma⁸⁷, donde el testamento actual encuentra su origen y configuración esencial⁸⁸. Desplazado por la sucesión legal en la mayor parte de los derechos germánicos⁸⁹, tanto la recepción del Derecho romano como la influencia ejercida por la Iglesia en los siglos posteriores, hizo que el testamento recobrara nuevamente importancia en la elaboración del *ius commune* a lo largo de la Baja Edad Media⁹⁰, consolidándose en el Derecho moderno hasta llegar a nuestros días, donde el carácter preeminente de la sucesión testamentaria es innegable.

La institución testamentaria tiene una importancia creciente en nuestra sociedad actual. En términos comparados, hoy en día son bastantes menos las personas que, bien por falta de previsión ante un fallecimiento inesperado, bien de forma voluntaria, dejan la organización de su sucesión exclusivamente a disposición de la ley⁹¹. Al contrario, los ciudadanos son cada vez más conscientes de la importancia de otorgar testamento⁹². Con motivo del matrimonio o de la formalización de una relación estable de pareja, del nacimiento de los hijos o incluso tras la compra de la vivienda habitual, cuando se tiene un patrimonio del

⁸⁷ El surgimiento de la sucesión testamentaria es posterior en el tiempo al de la sucesión legal porque, como dice CASTÁN, “esta institución tan esencial en el Derecho moderno es una de las más lentamente elaboradas en la Historia del Derecho”, ya que presupone “un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentran en los pueblos primitivos”. CASTÁN TOBEÑAS hace al respecto un análisis detallado sobre la evolución de la sucesión *mortis causa* desde los pueblos más antiguos, como hebreos, griegos o egipcios, donde al encontrarse las manifestaciones sucesorias vinculadas de forma necesaria al grupo familiar, se desconocía el testamento como forma voluntaria de la sucesión, hasta nuestros días. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., pp. 59-71 y 461. Puede verse también en cuanto a las bases históricas y evolución del Derecho de sucesiones, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Tratado teórico práctico de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, Parte General*, Tomo V, Vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 19-26.

⁸⁸ En este sentido CASTÁN, quien, no obstante, nos recuerda que en Derecho moderno el testamento “presenta caracteres y tendencias que le dan una fisonomía propia distinta del testamento romano”. Entre estos caracteres menciona el autor la supresión de la necesidad de la institución de heredero, esencial al testamento romano; la difusión de la forma pública notarial, que ha permitido simplificar mucho las formalidades requeridas por las legislaciones antiguas, así como la admisión del testamento ológrafo, creado por el Código de Napoleón y aceptado por la mayoría de las legislaciones modernas. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., p. 461.

⁸⁹ Puede verse CASTÁN en cuanto a la construcción dogmática de la herencia y a la influencia ejercida en la misma tanto por el Derecho romano como por el Derecho germánico, lo que ha dado lugar a las tradicionales controversias doctrinales en relación a algunos conceptos básicos, como el de la adquisición de la herencia, el de la determinación del título universal o particular de la sucesión o el de la responsabilidad del heredero. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., pp. 80-92.

⁹⁰ En la Edad Media el testamento se utilizaba sobre todo “como instrumento para instituir liberalidades a favor de la Iglesia o mandas pías que tanta importancia tuvieron en aquella época”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., pp. 67-68.

⁹¹ Así, frente a los 597.985 testamentos notariales abiertos que se otorgaron en nuestro país en el año 2014, se tramitaron 65.980 actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato. Pueden consultarse al respecto las estadísticas notariales en <http://www.notariado.org>. Fecha de última consulta 7 de septiembre de 2015.

⁹² De todos los actos jurídicos, según CASTÁN, como afirma Ruggiero “ninguno aventaja al testamento en la importancia de los efectos que está destinado a producir, en la solemnidad de las formas que lo acompañan ni en el particular cuidado con que la ley atiende a cumplir la suprema voluntad del difunto”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., p. 461.

que disponer⁹³, lo cierto es que el número de testamentos supera con creces el de las declaraciones de herederos abintestato.

Los ciudadanos no sólo entienden y valoran la importancia de ordenar mediante una disposición testamentaria su sucesión, sino que aprecian extraordinariamente el hecho de que se trate de un *buen testamento*, articulado con criterios jurídicos adecuados y capaz de prever múltiples escenarios o realidades al tiempo del fallecimiento.

Es por ello que la intervención notarial en materia testamentaria reviste una especial trascendencia. Esta intervención difiere mucho según la forma testamentaria de que se trate, pero, en cualquier caso, resulta de extraordinaria importancia dado el carácter solemne del testamento y la importancia que en el mismo tienen las formas establecidas por la ley, cuya inobservancia, dado su carácter de formas *ad solemnitatem o ad substantiam*, determina la nulidad del mismo⁹⁴.

La forma pública de los testamentos garantiza, gracias a la intervención del Notario, la autenticidad de su existencia y contenido⁹⁵. Es por ello que no podemos sino destacar las numerosas ventajas que presenta el testamento notarial abierto frente a aquellas otras clases de testamento en que no interviene el fedatario público. Su carácter de instrumento público notarial no sólo le dota de fuerza probatoria y ejecutiva, sino que le hace gozar de la mayor seguridad jurídica. De un lado, porque la intervención del Notario asegura que la voluntad del testador ha sido manifestada libremente, previo el adecuado asesoramiento; de otro, porque esa voluntad ha quedado plasmada por el Notario con claridad y técnica jurídica, respetando al máximo tanto la referida *voluntas testatoris* como la ley,

⁹³ A este respecto afirma CASTÁN que “en los tiempos actuales cabe señalar la utilización cada vez mayor de la sucesión testamentaria, quizá debido al aumento del número de propietarios producido por la difusión de la propiedad de casas por pisos, ya que muchas veces es consecutivo el otorgamiento de testamento a la formalización de la adquisición del hogar familiar. CASTÁN TOBENAS, José, *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., p. 457.

⁹⁴ Cfr. arts. 687, 705 y 715 CC. En relación la importancia de la forma en los testamentos, la STS del 16 junio de 1997 (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 16 Jun. 1997, Rec. 2210/1993. Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa. LA LEY 7803/1997) dispone que “el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y los requisitos exigidos por el CC, como explícitamente reconoce el artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observen las formalidades establecidas y ello, hasta el punto en que este aspecto formal -imperativamente impuesto- predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código(...)”.

⁹⁵ En este sentido se manifiesta GONZÁLEZ POVEDA al afirmar que “[c]uando la ley prescinde de la escritura pública, será preciso acreditar la autenticidad del testamento, como la de cualquier otro documento privado que deba hacer prueba, para que pueda tener eficacia, es decir, para que pruebe su existencia y contenido, y ésta es la finalidad del procedimiento, no la de que se provea al documento de forma pública, sino de la eficacia-prueba de la autenticidad y del contenido del documento que la forma pública da y que en este caso falta. La protocolización del testamento después de la comprobación de su autenticidad es simple fin secundario, de garantía de la conservación del testamento”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1249.

soslayándose futuros problemas de interpretación.

El Reglamento europeo de sucesiones refuerza esta importancia del testamento notarial al reconocerle validez europea, de manera que el testamento que un Notario español autoriza conforme a la legislación que resulte aplicable según las normas de conflicto que el propio Reglamento establece, puede circular libre y válidamente por los diferentes Estados participantes en el mismo⁹⁶.

Ésta es sin lugar a dudas la forma testamentaria comúnmente utilizada por las garantías que para el particular supone, como venimos diciendo, la intervención notarial; garantías que no concurren en los testamentos en que el ordenamiento jurídico prescinde de esta forma pública y permite al testador manifestar su última voluntad sin la presencia de Notario.

Estos últimos testamentos requieren para ser plenamente eficaces, una vez fallecido el causante, someterse a unos trámites de adveración y protocolización, tradicionalmente considerados como actos de jurisdicción voluntaria, que implican acreditar su autenticidad y comprobar que se han cumplido todos los requisitos y formalidades exigidos por la ley. A través de estos procedimientos, estos testamentos-documentos privados son homologados y elevados a público con efectos jurídicos equivalentes al testamento abierto notarial, de forma que el heredero puede justificar su cualidad de tal y asimismo llevarse a efecto la última voluntad del testador plasmada en las diferentes disposiciones *mortis causa*.

La adveración y protocolización de testamentos constituyen actos de homologación y documentación, encajables a la perfección en la función notarial⁹⁷ y, por tanto, susceptibles de ser asumidos por los Notarios, expertos en materia testamentaria⁹⁸.

⁹⁶ En palabras de CARRASCOSA GONZÁLEZ “un testamento autorizado por Notario español se vuelve invulnerable en todos los demás Estados miembros”. El Reglamento de sucesiones “fomenta la sucesión testada ante notario” al tiempo que “la oficina notarial aumentará su actividad internacional en el sector sucesorio”. En definitiva, concluye el autor afirmando que la validez europea del testamento notarial constituye una victoria del Notariado español. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento sucesorio europeo...”, cit., pp. 43-44. Cfr. arts. 24 a 27 y 74 del Reglamento (UE) Número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁹⁷ En este sentido se ha manifestado en reiteradas ocasiones FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., “Reflexiones y propuestas...”, cit., p. 221. En el mismo, puede citarse a DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Problemas que plantea...”, cit., p. 1630, quien afirma que “es perfectamente razonable atribuir competencias al Notario en apertura y protocolización de testamentos cerrados, ológrafos, otorgados en forma oral, así como la protocolización de otros testamentos otorgados sin Notario en ciertos supuestos, reconocidos en las legislaciones forales, e incluso en los testamentos militar y marítimo”. Porque, como concluye el autor, en todos estos casos, se trata en definitiva de “constatar la existencia de los mismos y todos terminan protocolizándose, con lo que al atribuir todo el proceso al Notario se ahorran trámites y gastos”.

⁹⁸ Este planteamiento llevó ya en el anterior intento de reforma de los años 2006 y 2007, al reconocimiento al Notario de la competencia, si bien no de forma exclusiva, para la adveración de los testamentos cerrados, ológrafos y otorgados en forma oral, superando la propuesta de Anteproyecto de 2005, que únicamente en el

Hasta la entrada en vigor de la 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la competencia del Notariado en aquellos testamentos otorgados sin su intervención quedaba limitada a la protocolización de los mismos mediante la autorización de la correspondiente acta notarial⁹⁹. Desde el día 23 de julio de 2015, los Notarios amplían de forma considerable sus competencias en la materia asumiendo de forma exclusiva la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y los otorgados en forma oral.

Al modo de la declaración de herederos, entendemos que sería conveniente, como hemos dicho, arbitrar un sistema de comunicaciones al Colegio Notarial y al Consejo General del Notariado a fin, no sólo de suspender la iniciación de un expediente cuando se le advierta al Notario que se viene tramitando otro con anterioridad, sino también y quizás esto es más importante, para que resuelto un expediente en sentido negativo, esto es, denegada la protocolización por el Notario, no se hagan uno o más intentos de obtener la referida protocolización ante otros Notarios competentes, lo que supondría desconocer, conforme al artículo 19.3 párrafo segundo de la Ley 15/2015, el efecto de cosa juzgada material que las resoluciones que ponen fin a los expedientes de jurisdicción voluntaria tienen dentro de su propio ámbito¹⁰⁰.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 letra a) de la Disposición final decimonovena de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en estos expedientes de adveración y protocolización de testamentos, por estar atribuida su competencia en exclusiva a los Notarios, puede solicitarse del Colegio Notarial que se reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita en lo referente a la reducción de aranceles, gratuidad de publicaciones y, en su caso, intervención de peritos.

2.2.1.- Los testamentos cerrados

a) Introducción. La situación anterior

Desconocido por muchos, esta clase de testamento se encuentra prácticamente en desuso por las desventajas que presenta frente al testamento abierto notarial¹⁰¹, no sólo por tener que pasar por un procedimiento para su

testamento cerrado permitía la posibilidad de que se pudiera advenir por el Notario en cuya custodia estuviere el acta de otorgamiento.

⁹⁹ Conforme al art. 211 RN, las actas de protocolización de los testamentos tienen las características generales de las de presencia, pero el texto debe hacer relación al hecho de haber sido examinado por el Notario el documento que va a protocolizarse, a la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene y al de quedar unido el expediente al protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos.

¹⁰⁰ De esta misma opinión es BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, "Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, septiembre-octubre 2015, p. 10.

¹⁰¹ Las estadísticas notariales nos arrojan el siguiente dato: frente a los 597.985 testamentos abiertos que se formalizaron en nuestro país a lo largo del año 2014, se han protocolizado 267 testamentos entre ológrafos y

adveración, sino también por la ausencia del asesoramiento y control de legalidad del Notario en cuanto a la manifestación que el testador hace de su última voluntad¹⁰². Ello demuestra, como venimos defendiendo, el valor que, con carácter general, el ciudadano da a la intervención del fedatario público en el otorgamiento del testamento por la seguridad jurídica que le proporciona.

En el testamento cerrado, sin embargo, el testador valora de forma principal el secreto de su disposición testamentaria. No obstante, hoy podemos afirmar que tanto el secreto del Protocolo notarial, como la supresión, como requisito general, del concurso de los testigos en la formalización de los testamentos por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil¹⁰³, garantizan también en el otorgamiento de los testamentos abiertos la “discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad”¹⁰⁴. Por ello, la utilidad y trascendencia práctica de esta forma testamentaria es prácticamente nula, si bien, dado el arraigo que presenta en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador no sólo opta por mantenerla vigente, sino que regula ampliamente el expediente destinado a su adveración y protocolización. En contra de lo que algunos opinan¹⁰⁵, a nuestro juicio no era éste el momento de suprimir esta forma testamentaria, lo que exigiría otro debate sobre la actualización y reforma de muchas de las instituciones de nuestro Derecho sucesorio, pero lo cierto, como veremos, es que sí podemos reprochar al legislador que no haya aprovechado la ocasión para simplificar y aclarar, al modo del Derecho catalán, el expediente de adveración y protocolización del testamento cerrado, disponiendo de forma obligatoria que su conservación y posterior apertura, adveración y protocolización corresponda al Notario autorizante del acta de otorgamiento.

El testamento cerrado viene regulado en los artículos 680 y 706 a 715 del Código Civil que simplificó, en relación con el derecho precedente, las formalidades de esta forma testamentaria¹⁰⁶. La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del

cerrados. Pueden consultarse las estadísticas en <http://www.notariado.org>. Fecha de última consulta 7 de septiembre de 2015.

¹⁰² Véase RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, “La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre-diciembre 2004, pp. 212-213, quien se hace eco del desuso del testamento cerrado y de sus desventajas prácticas frente al testamento notarial abierto.

¹⁰³ Sigue siendo necesaria su presencia en los casos previstos en el arts. 697 y 707.7ª CC.

¹⁰⁴ Cfr. con la Exposición de Motivos de la norma. «BOE» núm. 306, de 23 de diciembre de 1991, páginas 41308 a 41309. Referencia BOE-A-1991-30534.

¹⁰⁵ No se han hecho esperar las voces que ponen de manifiesto la oportunidad que ha perdido el legislador “de derogar la forma testamentaria cerrada que poco aporta a la seguridad jurídica, aboca innecesariamente a un proceso de adveración y desperdicia las garantías que el notario ofrecería, tanto en la custodia y secreto del testamento, como el asesoramiento en su redacción”. BAÑEGIL ESPINOSA, M.A., “Adveración, apertura y protocolización...”, cit., p. 7.

¹⁰⁶ Sus antecedentes se remontan al Derecho romano, donde surge como una de las dos formas, la escrita, del testamento *per aes et libram*, en la que el testador, en palabras de CASTÁN, presenta al *libripens* y a los testigos su última voluntad en “un documento escrito sobre tablas de cera, cerradas por medio de cordoncitos, declarando que en ellas estaba contenida su última voluntad mediante una fórmula sacramental”. En cuanto a su evolución histórica en España podemos afirmar, siguiendo también a CASTÁN, que no se regula ni en el

Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, regula también la redacción y autorización del testamento cerrado en los artículos 421-14 y 421-15, de forma similar a lo previsto en el Código Civil.

El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara al Notario que el pliego que presenta contiene su testamento. Estamos ante un testamento de contenido secreto, bien escrito y firmado al final por el testador, bien escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador y firmado por éste al pie y en todas las hojas, excepto cuando éste no sepa o no pueda firmar, en cuyo caso lo hará a su ruego, al pie y en todas sus hojas, otra persona, expresando la causa de la imposibilidad¹⁰⁷.

El Notario no asesora al testador sobre cómo articular jurídicamente su sucesión, ni redacta esta última voluntad. Sin embargo, a pesar de su contenido secreto, el Notario sí interviene en su otorgamiento¹⁰⁸. A diferencia de lo que ocurre en el testamento notarial abierto, la intervención del Notario en el testamento cerrado se limita a observar las solemnidades previstas en la ley¹⁰⁹ para la redacción de la correspondiente acta de otorgamiento. Al extender el acta de otorgamiento se da autenticidad a la manifestación que el testador hace al Notario de que dentro del sobre que le presenta íntegro, cerrado y sellado, se contiene un documento con su última voluntad. Al mismo tiempo, hace pública la existencia del testamento. Autorizado el testamento cerrado, el Notario, después de poner en su Protocolo copia autorizada del acta de otorgamiento¹¹⁰, lo entregará al testador, quien podrá, bien conservarlo en su poder, bien depositarlo en poder de persona de su confianza o del Notario autorizante para que lo guarde

Fuero Juzgo ni en los Fueros municipales. Será en las Partidas cuando aparece ya regulado el testamento cerrado en nuestro Derecho patrio, fiel a la tradición romana, con el nombre de hecho en *poridad* y en el que se requería la presencia de siete testigos que firmaran el testamento junto al testador. El Ordenamiento de Alcalá no contiene una regulación específica para el testamento cerrado, surgiendo dudas, como reconoce CASTÁN, sobre la aplicación de sus disposiciones no sólo al testamento nuncupativo, sino también al cerrado. En las Leyes de Toro se distingue ya con claridad el régimen del testamento abierto, que requiere presencia de escribano y tres testigos vecinos, y el del cerrado, en el que además de escribano se requería la presencia de siete testigos. Esta fue la regulación vigente hasta la entrada en vigor del Código civil. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral. Derecho de sucesiones. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria y la sucesión forzosa*, Tomo VI, Vol.II, 7ª edición, Madrid, Reus, 1973, pp. 100-101.

¹⁰⁷ Cfr. art. 706 CC. Conforme a lo dispuesto en el art. 421-14 CcCat., cuando el testamento se escribe por otra persona a ruego del testador, aquélla, aunque el testador sepa firmar, habrá de firmar siempre con él al final del testamento. Este mismo artículo mantiene el requisito de la expresión en el escrito interior de la fecha y lugar, requisito que fue suprimido del Código Civil por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que lo mantiene sólo para el acta de otorgamiento, al entender que la que figure en el acta y no en el escrito interior es la fecha del testamento.

¹⁰⁸ Este carácter mixto del testamento cerrado lo describe a la perfección CASTÁN TOBEÑAS cuando afirma que “hay que distinguir entre el fondo y la forma del testamento cerrado (...) el fondo o declaración secreta de la voluntad del testador es un documento privado; pero la parte externa o puramente formal tiene las circunstancias de documento público”. De ello se deduce, concluye el autor “que el testamento cerrado representa como una forma intermedia entre las otras dos especies de testamentos comunes”, el abierto y el ológrafo. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., Tomo VI, Vol.II, pp. 98-99.

¹⁰⁹ Cfr. arts. 707 y 709 CC y 421-15 CcCat.

¹¹⁰ Se trata de una excepción a la regla general conforme a la cual el Protocolo Notarial se forma con matrices u originales, no con copias.

en su archivo¹¹¹.

Una vez acreditado el fallecimiento del testador, el testamento cerrado debe someterse a un procedimiento dirigido a su homologación¹¹².

El objeto de este procedimiento de jurisdicción voluntaria es la adveración de la autenticidad del testamento. Debe resultar acreditado que en el acta de otorgamiento se han observado las solemnidades prescritas por la ley así como la identidad e integridad del pliego, esto es, que el sobre que se presenta para su adveración fue el mismo que el testador entregó al Notario y que éste se ha conservado íntegro e indemne¹¹³, no habiendo sido abierto en modo alguno. Comprobada la autenticidad del documento que contiene la voluntad testamentaria, se procede a su elevación a público y a la protocolización del hasta ahora contenido secreto del testamento, incorporándolo al Protocolo del Notario que corresponda, lo que garantiza su conservación y la obtención de copias del mismo y su plena eficacia como última voluntad del testador.

Consideradas actuaciones de jurisdicción voluntaria, la apertura y protocolización del testamento cerrado se han venido tramitando durante más de un siglo conforme lo prevenido en los artículos 1956 a 1968 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, a los que se remitía el artículo 714 del Código Civil en su redacción anterior y que, bajo la rúbrica “De la apertura del testamento cerrado y protocolización de las memorias testamentarias”, han regulado esta materia. El procedimiento de adveración, hasta ahora judicial, ha consistido básicamente en la presentación y examen del sobre y del acta de otorgamiento extendida sobre el mismo¹¹⁴, citación del Notario y de los testigos, en el caso de que hubieren concurrido¹¹⁵, y examen por estos últimos del pliego, así como declaración sobre su indemnidad y sobre si reconocen la legitimidad de la firma y rúbrica que figura con su nombre¹¹⁶; finalmente, apertura del sobre y lectura del testamento¹¹⁷, salvo indicación en contrario del testador, y protocolización notarial¹¹⁸ en el caso de que resulte acreditada la autenticidad del testamento, quedando a salvo el derecho de los interesados para impugnar el testamento en el juicio declarativo que corresponda. Estos artículos han sido

¹¹¹ Cfr. art. 711 CC.

¹¹² En palabras de GONZÁLEZ POVEDA, “[o]beto del procedimiento es pues la adveración de la autenticidad del testamento, aunque en este caso no verse directamente sobre el documento en que consta la disposición testamentaria, sino sobre las garantías que en su día se adoptaron para conservar el testamento”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...cit.*, p. 1231.

¹¹³ Para el caso de que se haya quebrantado la indemnidad del testamento, el art. 742 CC prevé con carácter general su revocación. En el mismo sentido, se manifiesta el art. 435 CDFA.

¹¹⁴ Cfr. art. 1958 LEC 1881.

¹¹⁵ Cfr. arts. 707.7 CC y 1959 LEC 1881.

¹¹⁶ Cfr. arts. 1960 y 1961 LEC 1881.

¹¹⁷ Cfr. arts. 1965 a 1967 LEC 1881.

¹¹⁸ Cfr. art. 1968 LEC 1881.

derogados por el apartado 1 de la Disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Como expediente de documentación y homologación tendente a acreditar la autenticidad del testamento, constituye función propia notarial. La nueva regulación se contiene en la Sección 2ª “De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados”¹¹⁹, artículos 57 a 60, del Capítulo III del nuevo Título VII de la Ley del Notariado. Debe además tenerse en cuenta que la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha modificado, entre otros, los artículos 712, 713 y 714 del Código Civil para adaptarlos a la nueva regulación en la que la presentación, adveración, apertura y protocolización del testamento se hará conforme a la legislación notarial, como expresamente dispone el artículo 714 en su nueva redacción, configurándose como un expediente de exclusiva competencia notarial¹²⁰. Desde el punto de vista formal, entendemos que el Notario habrá de autorizar una primera acta de requerimiento inicial con fecha y número de protocolo del día del requerimiento y un acta final de protocolización donde se contenga toda la documentación y demás pruebas y diligencias practicadas y la resolución, con su fecha y número correspondiente.

Sólo la práctica y el paso del tiempo nos dirá si la atribución a los Notarios de estos trámites va a suponer una revitalización de esta figura testamentaria en franca decadencia¹²¹.

Antes de que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria atribuyera estas competencias a los Notarios, la legislación de Cataluña ya preveía la apertura y protocolización notarial del testamento cerrado. Primero en el artículo 114 de la derogada Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de

¹¹⁹ De buena lógica hubiera sido que tanto en la rúbrica de este expediente, como en la del referente al testamento ológrafo y al otorgado en forma oral se hubiera hecho referencia antes a la apertura que a la adveración de los testamentos.

¹²⁰ En el anterior intento de reforma llevado a cabo en los años 2006 y 2007, la competencia para la apertura y protocolización del testamento cerrado se atribuía al Notario pero no de forma exclusiva. El texto aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados relativo al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria modificaba los arts. 712 y 714 del Código Civil, estableciendo que cuando un Notario tuviera en depósito el testamento cerrado, fuera o no el que hubiere autorizado el acta de otorgamiento, no tendría la obligación de presentarlo al Juzgado competente luego que supiera del fallecimiento del testador, sino que él mismo, a instancia de parte interesada que le acreditara el fallecimiento del testador, procedería, en exclusiva, a abrir la cubierta o sobre que lo contuviera ante dos testigos idóneos, autorizando el acta; y en el supuesto de que el testamento cerrado no se encontrara en poder de Notario, la persona que lo tuviera en su poder, una vez conocido el fallecimiento del testador, podría elegir para su adveración y protocolización entre presentarlo al Secretario judicial del Juzgado competente o al Notario a cuyo cargo esté el acta prevista en el art. 710 del Código Civil, si bien no se modificaba la normativa notarial al efecto de prever la tramitación a seguir por el Notario para la apertura, adveración, y protocolización notarial del testamento cerrado.

¹²¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, citado GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...”, cit., p. 112, declaraba ya en su Borrador para un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria, Inédito, Agosto, 1991, pp. 20-23, que la atribución al Notariado de tales trámites sería un “medio de revitalizar esta forma testamentaria”.

Muerte en el Derecho Civil de Cataluña. En la actualidad, en términos similares, el artículo 421-16 Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Se admite, en definitiva, la adveración y protocolización notarial del testamento cerrado con un trámite sencillo en el que, a instancia de parte interesada, el Notario que posea el testamento cerrado procede ante dos testigos idóneos a la apertura del sobre que lo contiene, lo protocoliza y autoriza a tal fin una nueva acta. Dudamos de que, dada la simplicidad de esta tramitación, la práctica lleve a una aplicación supletoria de la legislación notarial de aplicación general en toda España, cuando el Notario requerido sea el depositario del testamento cerrado.

Los trámites del nuevo expediente son básicamente los mismos que en el procedimiento hasta ahora judicial, con la sustancial diferencia de que el conocimiento del expediente, desde el día 23 de julio de 2015, corresponde al Notario.

b) Notario competente

Conforme al artículo 57.1 de la Ley del Notariado, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente. El Notario habrá de apreciar de oficio su competencia y lo hará constar así en el acta.

Conforme a estos criterios de competencia, el Notario autorizante depositario del testamento no es sin más competente para conocer de la tramitación del expediente, habrá de concurrir en él además cualquiera de los puntos de conexión vistos¹²².

El legislador, en aras de ofrecer al ciudadano una mayor flexibilidad en cuanto a los criterios de competencia, atribuye a este expediente una mayor complejidad a nuestro juicio. Si el testamento cerrado quedara depositado en poder del Notario autorizante, se evitarían más trámites posteriores, no requiriéndose ningún trámite de adveración, siendo únicamente necesario, como dice el Código civil de Cataluña, que el Notario autorizase una nueva acta de protocolización en presencia de dos testigos idóneos. Igual que el testamento abierto queda archivado en el

¹²² En el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria era competente conforme a la ya derogada regla 22 del art. 63 LEC 1881, el Juez del lugar en que se hubieren otorgado los documentos.

Protocolo del Notario autorizante, el sobre que contiene el testamento cerrado con el acta de otorgamiento habría de quedar depositado en poder del Notario autorizante del acta. De este modo, no habría dudas de la integridad e indemnidad del sobre, ni tampoco tendría dudas el Notario, por haber sido él mismo el autorizante, de que en el acta de otorgamiento se observaron todas las solemnidades legales requeridas.

c) Iniciación y trámites principales del expediente

En la tramitación del expediente se observa con claridad cómo el legislador ha pensado exclusivamente en la regulación del Código Civil, en la que, conforme al artículo 711, el testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, encomendar su guarda a persona de su confianza o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo. A diferencia de lo que ocurre en la legislación catalana en la que el Notario autorizante conserva el testamento y él mismo, una vez fallecido el testador, es quien procede a su adveración y protocolización.

Por tanto, una vez fallecido el testador, en el sistema establecido por la Ley del Notariado, hay que distinguir según el testamento haya quedado depositado en poder del Notario autorizante o de un tercero.

- En caso de que el testamento haya quedado en poder de un tercero, conforme al artículo 712.1 del Código Civil, la persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador¹²³.

La presentación del testamento no convierte al presentante de forma automática en promotor del expediente, sino que debe solicitar expresamente la protocolización¹²⁴. Por ello, si presentado el testamento por quien lo tuviera en su poder dentro del plazo previsto, el presentante manifestara no tener interés en la adveración y protocolización del testamento, el Notario requerirá a quienes pudieran tener interés en la herencia, de acuerdo con lo manifestado por el compareciente, y, en todo caso, si le fueran conocidos, al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para que promuevan el expediente ante Notario competente, si les interesase.

¹²³ Según este art. 57.2 de la Ley del Notariado los diez días se computan, no desde aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador tal como dice el art. 712 del Código Civil, sino desde el mismo fallecimiento del otorgante. Sin embargo, a pesar de que la fecha de fallecimiento del testador es una fecha cierta y el día en que el presentante tenga conocimiento del testamento no, y de que esta última es una fecha de difícil prueba, será éste el criterio a seguir, máxime cuando no se trata de un plazo de caducidad sino, en su caso, un plazo para exigir responsabilidad al depositario.

¹²⁴ En este sentido, GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1252.

Ahora bien, como dispone el artículo 57.2 de la Ley del Notariado, si transcurridos estos diez días el testamento cerrado no fuera presentado conforme a lo previsto en el Código Civil, cualquier interesado a juicio del Notario podrá solicitar de éste que requiera a la persona que lo tenga en su poder para que lo presente ante él¹²⁵. Para ello, deberá proporcionar los datos identificativos del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, habrá de acreditar el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias. Asimismo facilitará al Notario los datos necesarios de identidad y domicilio del depositario para hacer el requerimiento.

Si el interesado fuese extraño a la familia del fallecido, además, deberá expresar y acreditar en la solicitud la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento.

- En otro caso, si fuere el Notario autorizante de un testamento cerrado quien hubiere quedado constituido en depositario del mismo por el testador, omitiéndose el trámite de presentación, deberá comunicar, en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de su fallecimiento, la existencia del testamento también al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, para que, al igual que en el supuesto anterior, promuevan el expediente si les interesase¹²⁶.

Cuando cualquiera de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, el Notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial.

En los diferentes casos en que el Notario debe comunicar el expediente¹²⁷, bien cuando un interesado le solicita que requiera al depositario, bien cuando, siendo el propio Notario el depositario, debe comunicar la existencia del testamento a los parientes determinados por el Código Civil y por la Ley del Notariado para que insten el expediente, bien en el supuesto en que debe hacer esta misma comunicación cuando el presentante manifieste no tener interés en la adverbación y protocolización del expediente, para que aquellos parientes lo insten si les interesa, puede ocurrir que se ignore la identidad o domicilio de alguna de las personas a quienes se deba hacer la notificación. En estas circunstancias, el Notario

¹²⁵ Por tanto, junto a los obligados a presentar, la Ley del Notariado, al igual que hacía el art. 1957 LEC 1881, se refiere a aquellos interesados que no tienen el testamento en su poder, pero tienen derecho a pedir que sea presentado por la persona en cuyo poder se encuentre. En cuanto a la intervención de los interesados puede verse GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1234.

¹²⁶ Cfr. arts. 712.2 CC y 57.3 LN.

¹²⁷ Cfr. art. 57.4 LN y art. 712.3 CC.

dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes¹²⁸, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes.

Transcurridos tres meses desde que se realizaron los requerimientos o desde la finalización del plazo de la última exposición del anuncio sin que se haya presentado el testamento, en el primer caso visto, o sin que ningún interesado haya promovido el expediente, en cualquiera de los dos segundos, se archivará el mismo, sin perjuicio de que pueda reanudarse a solicitud de cualquier interesado.

El Código Civil regula expresamente la responsabilidad del depositario del testamento cerrado, ya sea un tercero ya el Notario autorizante, por el incumplimiento del deber de presentación del testamento¹²⁹ o de comunicación y publicación, en su caso, del expediente, respectivamente. Con carácter general, tal como dispone el párrafo tercero del artículo 712, el incumplimiento de estos deberes les hará, en cada caso, responsables de los daños y perjuicios causados. El artículo 713 prevé otros grados o niveles de responsabilidad, pero ya solamente aplicables al tercero obligado a presentar el testamento. En caso de que la falta de presentación dentro del plazo fijado se haya hecho no ya de forma culpable, sino con dolo, el tercero depositario del testamento perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento. Finalmente, además de esta sanción, se prevé incluso la responsabilidad penal para quien oculte, sustraiga, destruya o inutilice el testamento cerrado.

Una vez presentado el testamento, se regula la práctica de pruebas a fin de que el Notario llegue a la convicción sobre la autenticidad del testamento y la integridad e indemnidad del sobre que lo contiene.

Cuando el Notario requerido sea el depositario del testamento no será necesario proceder a la adveración del mismo, ya que la identidad del testamento y su integridad están garantizadas por la fe pública notarial.

En los demás casos, aunque no lo prevea la norma, la primera diligencia, y en la mayoría de los casos la única, que habrá de practicar el Notario requerido, cuando, como decimos, no sea el Notario autorizante depositario, una vez le sea entregado el testamento, será examinar personalmente el estado del sobre y su

¹²⁸ En este caso utiliza el legislador la conjunción “y” para referirse a los diferentes Ayuntamientos a diferencia de la disyuntiva “o” utilizada en sede de declaración de herederos.

¹²⁹ El testamento cerrado tendrá una validez indefinida, ya que el plazo de diez días para su presentación no es de caducidad, sino que se trata de un plazo que, en caso de incumplimiento, implicará la responsabilidad del depositario, sin afectar a la validez del testamento. En este sentido, véase Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 1945 (LA LEY 20/1945).

indemnidad¹³⁰, así como el acta de otorgamiento a fin de cerciorarse de que reviste todos los requisitos y solemnidades exigidos por la Ley.

Concluido este reconocimiento del pliego por el Notario, procederá, en su caso, a la práctica de la prueba testifical y de la pericial de cotejo de letras.

En cuanto a la prueba testifical y conforme al artículo 58 de la Ley del Notariado, quien presente el testamento u otro interesado podrá solicitar al Notario para que, una vez acreditado el fallecimiento del testador, cite para la fecha más próxima posible al Notario autorizante del testamento, si fuera distinto, y, en su caso, a los testigos instrumentales que hubieran intervenido en el otorgamiento.

A pesar de que tras la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, la concurrencia de testigos instrumentales al acto de otorgamiento se suprimió con carácter general también en el testamento cerrado¹³¹, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria configura el examen de los testigos junto al examen del Notario autorizante como diligencia principal a practicar para acreditar la autenticidad del testamento.

Los testigos citados, que hubiesen comparecido en el día señalado, deberán ser examinados por orden sucesivo, para evitar coacciones o influencias¹³², y se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen y declaren bajo juramento o promesa si reconocen como legítimas la firma y rúbrica que con su nombre aparecen en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma.

Cuando no comparezca alguno o algunos de los citados, se preguntará a los demás si vieron a aquéllos poner su firma y rúbrica. El Notario podrá acordar, si lo considera necesario, el cotejo de letras y otras diligencias conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas de los no comparecidos y del fallecido¹³³.

¹³⁰ No olvidemos que el ya mencionado art. 742 CC, cuyo contenido no ha sufrido modificación alguna por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, presume revocado “el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen. Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez. Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador”.

¹³¹ En este sentido dispone la regla 7 del art. 707 CC que “concurrirán al acto del otorgamiento dos testigos idóneos si así lo solicitan el testador o el Notario”.

¹³² Aunque no lo dice la Ley del Notariado, así lo entendemos conveniente tal como se preveía en el art. 1961 LEC 1881.

¹³³ Con mayor amplitud se contenían en los art. 1962 a 1964 normas supletorias para el caso de imposibilidad de declarar el Notario o los testigos. Así, conforme al art. 1962, “si alguno o algunos de los testigos hubieren fallecido o se hallaren ausentes, se preguntará a los demás si los vieron poner su firma y rúbrica, y se examinará además a otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido o ausente,

Teniendo en cuenta que las pruebas que se practican van dirigidas a acreditar el estado en el que se encuentra el pliego, habría sido muy conveniente que la Ley previera el uso de medios técnicos de uso frecuente en la actualidad que podrían facilitar al Notario este trámite¹³⁴.

d) Resolución del expediente

Conforme al artículo 59 de la Ley del Notariado, practicadas las diligencias anteriores y resultando de ellas que en el otorgamiento del testamento se han guardado las solemnidades prescritas por la ley, el Notario abrirá el pliego y leerá en voz alta la disposición testamentaria, a no ser, como ocurría en la legislación anterior, que contenga disposición del testador ordenando que alguna o algunas cláusulas queden reservadas y secretas hasta cierta época, en cuyo caso la lectura se limitará a las demás cláusulas del testamento.

Se admite la presencia de los interesados sin permitirles que formulen oposición. En este sentido, con redacción idéntica al derogado artículo 1965 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881, dice el artículo 59 que los parientes del testador u otras personas en quienes pueda presumirse algún interés podrán presenciar la apertura del pliego y lectura del testamento, si lo tienen por conveniente, sin permitirles que se opongan a la práctica de la diligencia por ningún motivo, aunque presenten otro testamento posterior. No obstante, al igual que en el testamento ológrafo, deberán hacerse constar en el acta las observaciones que hicieran sobre la autenticidad del testamento.

Conforme al artículo 60, cumplidos los anteriores trámites, y acreditada a juicio del Notario la autenticidad del testamento, el Notario extenderá acta de protocolización. A diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior en la que el Juez, acreditada la autenticidad del testamento, la integridad e identidad del pliego y una vez abierto y verificada su lectura, dictaba auto mandando su protocolización, con todas las diligencias originales de la apertura, en los registros del Notario que hubiere autorizado su otorgamiento, ahora, la protocolización del testamento la hará el mismo Notario que haya conocido de todo el expediente, que podrá ser cualquiera de los que dispone el artículo 57, pudiendo coincidir o no con el que autorizó el acta de otorgamiento. Conforme al artículo 3º a) del Anexo II del Reglamento Notarial, se tomará razón en el Registro General de Actos de Última

acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego". Si, en otro caso, hubiere fallecido el Notario autorizante, se cotejará, conforme al art. 1963, "por el Juez, asistido de peritos de su exclusivo nombramiento, el signo, firma y rúbrica del pliego o carpeta, con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados, para lo cual se trasladará el Juez al sitio en que se halle, y no siendo posible, dará comisión a quien corresponda". Finalmente, si el Notario y los testigos hubieren fallecido, el art. 1964 disponía que "se abrirá información acerca de esta circunstancia, de la época de la defunción, concepto público que merecieran y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento".

¹³⁴ Así fotografías, escáner, fotocopias, etc. En este sentido puede verse a DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El testamento...", cit., p. 444.

Voluntad tanto de la autorización del acta de otorgamiento como de la protocolización de los testamentos cerrados.

Si por el contrario, el Notario concluye que el testamento no reúne las solemnidades prescritas por la ley o que, a su juicio, no quedó acreditada la autenticidad del pliego, lo hará constar así, cerrará el acta y no autorizará la protocolización del testamento.

El Notario, por tanto, al igual que en la regulación anterior hacía el Juez, debe entrar a valorar además de la integridad e indemnidad del testamento, que en el acta de otorgamiento se cumplieron las formalidades legales. Aunque se trata de una cuestión debatida, entendemos que también deberá examinar el contenido del testamento. En efecto, debe hacerlo y en el caso de que abierto el sobre y examinado el pliego el Notario constatare que el escrito interior no contiene un testamento, esto es, que no existe una auténtica disposición de última voluntad, no procederá a su adveración y deberá cerrar el acta denegando su protocolización. Ahora bien, si siendo cierta la existencia del testamento, éste no respeta algunas disposiciones legales, incluso imperativas, pensemos en un caso de preterición intencional, una desheredación injusta o en el incumplimiento del sistema de legítimas, el Notario procederá a su protocolización y una vez protocolizado deberá ser ya un Juez, en el procedimiento ordinario correspondiente, quien declare su nulidad¹³⁵.

En los casos en que el Notario no protocoliza el testamento, bien porque no considera justificada su autenticidad, bien porque no estima la existencia de una disposición *mortis causa*, bien porque nadie ha instado la protocolización, cabe plantearse qué habrá de hacer el fedatario público con el testamento. Entendemos

¹³⁵ En palabras de RODRIGUEZ ADRADOS, A., "La apertura del testamento...", cit., p. 227, "el procedimiento judicial de apertura de testamento cerrado actúa siempre respecto a la cubierta o sobre que cubre el testamento, sin otra actuación respecto al testamento mismo que su lectura, que no altera su naturaleza documental ni puede impedir su protocolización por graves que sean los defectos que al leerle se hayan detectado", siendo esta doctrina aplicable al nuevo expediente notarial. En esta línea, DOMÍNGUEZ LUELMO quien afirma que "el juez no debe examinar si el escrito interior reúne los requisitos legales para la validez del testamento, pues el ejercicio de la acción de nulidad es algo que compete exclusivamente a los interesados". En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, "Comentario al artículo 714", *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 5417-5419. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El testamento...", cit., p. 442. Por su parte, opina ROCA-SASTRE que "las posibles irregularidades o defectos de un testamento cerrado (...) no impiden la inscripción de la partición efectuada en base al mismo, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar las acciones de nulidad en el juicio declarativo que corresponda". ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo I, cit. pp. 156-157. El mismo GONZÁLEZ POVEDA insiste en esta idea cuando concluye que la comprobación de la autenticidad y el control de la validez formal del testamento en que consiste el procedimiento "no implica que este control sane los defectos del testamento pues no impedirá el ejercicio de la acción judicial para declarar la invalidez del testamento". GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1245. Sin embargo, otros autores mantienen la posición contraria; así, ALBALADEJO opina que el Juez sí debe examinar el escrito interior para comprobar si reúne los requisitos que el Código Civil exige para la validez del testamento, pues a su juicio "tal procedimiento sería sumamente inconveniente, como inconveniente sería la mayor virtualidad que diese al testamento protocolizado a pesar de su invalidez manifiesta". ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentario al artículo 714", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), Tomo IX, vol. 2º, 2ª edición, Madrid, Edersa, 1983, p. 95.

que lo más razonable sería devolverlo al presentante o a otro interesado, porque incorporarlo al acta crearía frente a terceros la apariencia de su protocolización. Además, con el documento, sea o no testamento, en su poder, los interesados podrán hacer valer sus derechos ante los Tribunales en caso de que así lo consideren conveniente.

En cualquier caso, autorizada o no la protocolización, los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda.

Finalmente, debemos recordar que la regulación que acabamos de analizar sobre apertura, adverbación y protocolización del testamento cerrado será de aplicación a los testamentos militares y marítimos cerrados.

El testamento militar cerrado ordinario está previsto en el artículo 717 del Código Civil. Los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste podrán otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra. Desaparecido este cargo, habrá que entender hecha la referencia a los funcionarios militares que hayan asumido sus funciones y que ejercerán en este caso las funciones de Notario. Para este testamento cerrado ordinario, el artículo 717 se remite a las disposiciones de los artículos 706 y siguientes del Código Civil relativas al testamento cerrado. Si fuere cerrado el testamento militar extraordinario, se observará también, conforme al artículo 721 del Código Civil, lo prevenido en los artículos 706 y 707 para el testamento cerrado; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere¹³⁶. No está previsto plazo de caducidad para los testamentos cerrados.

Conforme al artículo 718 del Código Civil modificado por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, los testamentos militares cerrados ordinarios deberán ser remitidos con la mayor brevedad posible al Cuartel General y, por éste, al Ministerio de Defensa. El Ministerio, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio del difunto, y de no ser conocido éste, lo remitirá al Colegio Notarial de Madrid. El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador. Vemos, como en este caso, la competencia notarial prevista en el artículo 57 de la Ley del Notariado, queda limitada por una norma especial. Recibido por el Notario deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de

¹³⁶ Este art. 721 regula de forma deficiente el testamento militar cerrado extraordinario y entendemos con RIVAS MARTÍNEZ que “es tal el cúmulo de requisitos que exige para la situación excepcional que contempla que el propio Código lo hace inviable en la práctica”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* Tomo I, cit., p. 482.

protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente.

También se aplicarán los artículos 57 a 60 de la Ley del Notariado para advenir y protocolizar el testamento marítimo cerrado que sólo se prevé con el carácter de testamento ordinario, esto es, cuando lo otorgan en situación normal de travesía, sin peligro de naufragio, quienes se encuentren a bordo de un buque, ante el Comandante o Capitán y en presencia de dos testigos idóneos, tal como dispone el artículo 722 del Código Civil. Este testamento caducará, al igual que el ológrafo, pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria. Los testamentos cerrados y ológrafos podrá conservarlos el testador en su poder, entregarlos a un tercero para su custodia o bien entregarlos a la autoridad del buque, en cuyo caso se hará mención de ellos en el Diario de navegación. En todo caso, si durante el viaje falleciera el testador, tratándose de un testamento cerrado u ológrafo, el Comandante o Capitán recogerá el testamento para custodiarlo. Cuando el buque arribe al primer puerto español, el Comandante o Capitán entregará el testamento a la Autoridad marítima local y ésta sin dilación al Ministerio de Fomento para que, conforme a los artículos 728 y 729 del Código Civil, se le dé al testamento el curso que corresponda.

2.2.2.- Los testamentos ológrafos

a) Introducción. La situación anterior

Con algunos precedentes tanto en Derecho romano como en Derecho patrio¹³⁷, la regulación del testamento ológrafo como forma común de testar, junto

¹³⁷ En cuanto a los precedentes del testamento ológrafo, siguiendo a CASTÁN, podemos afirmar que en Derecho romano “el antecedente más claro del testamento ológrafo está en una Constitución de Valentiniano III del año 446, que admitía la validez de un testamento sin testigos a condición de que hubiera sido escrito por entero de mano del testador”, y ello en aras del máximo respeto a la *voluntas testatoris*. No se refiere la Novela de Valentiniano ni a la *subscriptio* del testador ni a la fecha del testamento. En el Derecho justiniano, que no recibió aquella Constitución, el sentido que se le daba al testamento ológrafo era muy diferente de la configuración que hoy tiene en nuestro ordenamiento jurídico, llamándose de esta forma “a aquella disposición que era escrita de propia mano del testador y firmada después por los testigos”. Como también nos recuerda CASTÁN, se considera precedente en el Derecho romano de este tipo de testamento “la forma ológrafa del *testamentum parentum inter liberos*, por virtud del cual el ascendiente podía testar privadamente a favor de sus descendientes, sin intervención de testigos ni de solemnidad alguna, siempre que su disposición estuviera por lo menos firmada por el mismo testador y constara en ella la fecha de su otorgamiento, la designación nominal de los herederos y la expresión en letra de la cantidad o porción en que se les instituyera”.

En Derecho español, se viene considerando como principal precedente el modo de testar autorizado por el Fuero Juzgo (Ley 15, Tít II), según el cual “cuando por la calidad de los lugares no podían hallarse tantos testigos como de ordinario se exigían para formalizar el testamento, podía hacerse éste con la sola intervención del testador, escribiéndolo todo de su mano, con expresión del día y año y firmándolo”. Estos testamentos requerían de una suerte de posterior adveración “que se realizaba presentándolo al Obispo o al Juez dentro de los seis meses siguientes a la muerte del testador, para que fuera confirmada la disposición testamentaria mediante el cotejo con otros escritos del mismo testador”. Tal como se produce la Recepción del Derecho romano canónico en nuestro Derecho patrio, el testamento ológrafo no se regula como forma común de testar ni en las Partidas, ni en el Ordenamiento de Alcalá, ni en las Leyes de Toro ni en la Novísima Recopilación. En este sentido, concluye el autor afirmando que “los Cuerpos legales que siguieron al Fuero Juzgo no se ocuparon de esta forma de testar. Ni ella ni el testamento del padre entre los hijos prevalecieron en el Derecho anterior al Código”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 67-68.

al testamento abierto y al testamento cerrado, fue una innovación del Código Civil español influenciada por el Código Civil napoleónico, a su vez inspirado en el Derecho consuetudinario francés¹³⁸.

El Código Civil regula el testamento ológrafo en los artículos 678 y 688 a 693, modificados todos ellos, a excepción del 678 y del 688, por la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En Derecho catalán también se prevé su regulación en los artículos 421-17, 421-18 y 421-19 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Modalidad testamentaria poco usada en la práctica, las características que configuran la esencia propia de este testamento, que en todo caso habrá de contener una auténtica voluntad de testar, son la autografía total¹³⁹ y el carácter

Puede verse también en cuanto al origen y antecedentes del testamento ológrafo en Derecho romano, Derecho histórico español y Derecho francés, TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 66-136, así como LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 69, 2009, pp. 177-194.

¹³⁸ En vista de los antecedentes analizados, sin perjuicio de la innegable influencia del modelo francés, donde encuentra su verdadero origen con el carácter de testamento ordinario, se trata de una reaparición más que de una novedad, si bien lo que pudo ocurrir, siguiendo a CASTÁN, es que esta modalidad no estaba en uso al tiempo de la Codificación. Con el precedente del Proyecto de 1851, el Código Civil cumplió el precepto de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que, en su base 15, ordenaba añadir a los testamentos admitidos conforme a la legislación anterior, el testamento ológrafo. Sin embargo, en palabras del mismo CASTÁN, "pueden citarse como formas ológrafas admitidas en el estado legal vigente a la publicación del Código Civil, el testamento militar, que podía ser hecho sin más formalidades que escribir el testador por su mano su última voluntad en un pliego de papel cualquiera y las memorias testamentarias, que eran una manifestación de última voluntad autógrafa, si bien (...) adicional, modificativa o derogatoria del testamento que les daba fuerza". Pero todos estos precedentes del Derecho histórico, concluye, "coinciden en no admitir el testamento ológrafo sino como forma excepcional y supletoria". CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 68.

¹³⁹ El carácter esencial de la autografía es defendido en la actualidad tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia. Así afirma GARCÍA CANTERO que "la autografía total del testamento ológrafo es su razón de ser y el quicio básico de sus efectos" GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?", *Actualidad Civil, La Ley*, núm. 11, Sección A Fondo, noviembre 2013, p. 1221. Disponible en <http://revistas.laley.es>. Fecha de última consulta 15 de abril de 2015.

Por su parte, la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 18/2008 de 31 de octubre de 2008 (Rec. 29/2008. Ponente, José Manuel Fernández Martínez. LA LEY 279966/2008), recuerda que la exigencia de autografía tiene por finalidad la acreditación de autenticidad del documento como expresión de la voluntad del testador y en su Fundamento de Derecho tercero mantiene la esencialidad de todas las formalidades exigidas por el art. 688 Código Civil, en especial la autografía del testador, precisamente para poder tener la plena certeza de que el documento recoge su voluntad testamentaria.

Sin embargo, hemos de referirnos, en relación con esta formalidad, siguiendo a TORAL LARA, a "ciertas tendencias que afirman que el requisito de que el testamento ológrafo sea íntegramente manuscrito por el testador no es esencial al mismo, y que podría ser perfectamente válido un testamento ológrafo escrito a través de medios mecánicos, en fundamental referencia a los electrónicos". Así, menciona la autora a ROMERO PAREJA, Agustín, "Testamentos electrónicos", *Diario La Ley*, 7 de abril de 2009, versión *on line*, pág. 1, quien mantiene que "la interpretación actual de los testamentos debe adaptarse a la nueva realidad social, que adquiere peculiaridades muy diversas no previstas por el legislador en el momento de la redacción del Código Civil". En consecuencia este autor entiende válido el testamento redactado como documento bajo firma electrónica, el otorgado mediante PC, o las disposiciones de última voluntad recogidas bajo firma en un CD o similar y presentadas como tal ante un depositario o autorizantes. Del mismo modo defiende la validez de las disposiciones otorgadas en medios audiovisuales, tipo video o cinta de audio". Según TORAL LARA "la argumentación fundamental a favor de la admisión del citado testamento electrónico como testamento ológrafo se centra en la necesaria adaptación a la realidad social. Tal adaptación, en su caso, podrá producirse a través de la regulación de una nueva modalidad de testamento que tenga en cuenta sus especiales características y los concretos riesgos que presenta". Pero entendemos, con ella, que no sería un testamento

absolutamente privado tanto de su contenido como de su existencia.

La autografía debe ser total porque el testamento ha de estar escrito y firmado por el testador. Con este requisito lo que se pretende es acreditar la identidad del testador y que el que escribe su última voluntad es realmente él mismo, en definitiva, la autenticidad del testamento. El testamento ológrafo no se puede escribir como el cerrado por otra persona a ruego del testador ni por medios mecánicos, ni tampoco se puede firmar por testigos ni suplirse la firma por la huella dactilar. Con la firma del testamento el testador pone de manifiesto que su voluntad de testar es auténtica y efectiva¹⁴⁰. La firma viene a completar, por tanto, el requisito de la autografía en orden a identificar al testador y puede decirse que con ella queda perfeccionado el acto de última voluntad manifestado privadamente por el causante¹⁴¹. Se entiende como firma suficiente para cumplir este requisito la firma usual del testador, la que él utilice habitualmente en un momento o época determinada¹⁴².

El testamento ológrafo tiene carácter absolutamente privado por no concurrir junto al testador ninguna otra persona, ni Notario ni testigos, al otorgamiento del testamento y por no exigirse, como en el cerrado, la autorización notarial de un acta de otorgamiento.

Junto a la autografía total, los demás requisitos de validez del testamento ológrafo se contienen en el artículo 688 del Código Civil¹⁴³ y en el artículo 421-17 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. El testamento deberá contener la referencia a la fecha en

ológrafo, sino otra forma testamentaria creada *ex novo* al amparo de los nuevos tiempos. Véase TORAL LARA, Estrella, "Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo", *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, coordinado por Margarita Herrero Oviedo, Andrés Domínguez Luelmo (dir.) y María Paz García Rubio (dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2014, p. 1402.

¹⁴⁰ En palabras de TORAL LARA "[e]l requisito de la firma busca que la declaración de voluntad que constituye el testamento tenga eficacia jurídica". Si el Código Civil exige este requisito es "para que se ponga de manifiesto [en el testamento ológrafo] la existencia de auténtica voluntad negocial y poder distinguirlo de los meros deseos, apuntes o borradores". TORAL LARA, E., "Presente, pasado y futuro...", cit., pp. 1389-1390.

¹⁴¹ En este orden de cosas, afirma GARCÍA CANTERO que "la concurrencia de ambos requisitos ofrecerá la garantía máxima respecto de la identidad y personalidad del autor y la amplitud de su *voluntas testandi*". GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Testamento ológrafo...", cit., p. 1221.

¹⁴² Recientemente, la STS 322/2011, de 5 de mayo de 2011, Sala Primera de lo Civil (Rec. 238/2011, Ponente Xabier O'Callaghan Muñoz, LA LEY 44720/2011) afirma que "como habitual debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias, sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas (...) Doctrina y jurisprudencia, desde la sentencia de 8 de junio de 1918, han considerado siempre un concepto amplio de la firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código Civil".

Sin embargo, a juicio de GARCÍA CANTERO "el calificativo jurisprudencial de que la firma sea meramente usual, conlleva a juicio del autor por su insuficiencia, graves problemas de su reconocimiento judicial a medida que nos alejamos del momento de la muerte del testador". GARCÍA CANTERO, G., "Testamento ológrafo...", cit., p. 1221.

¹⁴³ Junto con el 678 que define el testamento ológrafo, el art. 688, como hemos visto, es el único que no se modifica por la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se mantienen por tanto los mismos requisitos de validez de este testamento.

que se otorgue, año, mes y día¹⁴⁴, así como al lugar del otorgamiento, en Derecho catalán¹⁴⁵. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma¹⁴⁶.

Cabe destacar, por la especial trascendencia que reviste, el diferente criterio que ambas legislaciones sustantivas, la estatal y la catalana, tienen en cuanto a la capacidad del testador para otorgar el testamento ológrafo; en tanto, conforme al Código Civil sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad¹⁴⁷, la Ley 10/2008, de 10 de julio, permite también otorgar esta clase de testamento a los menores emancipados.

Esta forma de testar, aparentemente sencilla por su carácter privado y carente de especiales solemnidades, puede resultar en no pocas ocasiones una fuente de conflictos familiares que, ante la inesperada noticia de la existencia de un testamento ológrafo, estallan en la pugna, incluso judicial, por reconocerle o no validez en función de cuál sea la naturaleza y contenido de sus disposiciones¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Con la expresión de la fecha, sin necesidad de la hora, para la que no exige forma especial, se aprecia la edad y capacidad del testador y puede servir para determinar cuál fue la verdadera última voluntad del testador a efectos de una posible revocación. La determinación de la fecha puede expresarse tanto en letra como en número e incluso puede utilizarse una fecha por equivalencia. En definitiva, la datación del documento, como dice TORAL LARA, E., "Presente, pasado y futuro...", cit., p. 1395, "supone el mismo hecho del otorgamiento del testamento ológrafo, por lo que no debe faltar".

Resulta interesante la Sentencia de 10 Febrero de 1994 del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil (Rec. 1428/1991. Ponente Jaime Santos Briz, LA LEY 13727/1994) a partir de la cual se modifica el criterio jurisprudencial en cuanto a la apreciación de la fecha errónea o falsa como circunstancia determinante de la nulidad del testamento, diferenciándose los casos de fecha falsa intencionadamente puesta, de aquéllos otros en que sólo ha sido erróneamente transcrita, siempre que pueda fijarse con certeza el momento en que se otorgó el testamento.

¹⁴⁵ En efecto, el Código Civil suprime el requisito del lugar del otorgamiento que sí exigía el Proyecto de 1851 y que se mantiene en el Libro IV del Código civil de Cataluña en el art. 421-17.2 a). Por otra parte, cabe recordar que la exigencia del papel sellado fue suprimida por la Ley de 21 de julio de 1904. En palabras de CASTÁN TOBEÑAS "ha obedecido esta reforma a que, después de publicado el Código, se suprimió en el papel sellado la indicación del año y, además, como había territorios de España, [como] las Provincias Vascongadas que no usan el papel sellado, había surgido la duda de si era válido allí el testamento ológrafo hecho en papel común, resolviéndose la cuestión afirmativamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1901". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 71.

¹⁴⁶ En cuanto a la necesidad de doble firma en el caso de que se contengan palabras borradas, tachadas, enmendadas o entrerreglonadas, como opina GARCÍA CANTERO "si las alteraciones se efectúan una vez el testamento se haya otorgado, sí es necesario que se salven con una nueva firma, en cambio ésta no será precisa cuando aquéllas se efectúen en el momento en que está escribiendo el testamento y antes de perfeccionarse". GARCÍA CANTERO, G., "Testamento ológrafo...", cit., p. 1221.

¹⁴⁷ El art. 408 del CDFA dispone expresamente, al igual que el Código Civil, que pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad. Este requisito de edad supone una excepción a la regla general sobre capacidad de testar contenida en el art. 663 CC, conforme al cual no son capaces para testar los menores de catorce años. Según TORAL LARA "las razones de tal exigencia radican en dos motivos fundamentales. En primer lugar, puesto que se exige la completa autografía y firma del testador (...) para garantizar la firmeza en la constitución de los rasgos grafológicos (...) se exige la mayoría de edad. Por otra parte, tal exigencia deriva de la intención de tutelar la voluntad del testador y poder evitar la falsificación de la declaración testamentaria, exigiendo para poder testar de manera ológrafa la plenitud de capacidad jurídica". TORAL LARA, E., "Presente, pasado y futuro...", cit., pp. 1383-1384.

¹⁴⁸ De hecho, en palabras de ORELLANA DE CASTRO "muchos expedientes judiciales aparentemente sencillos que se instan para protocolizar este tipo de testamentos a través de la jurisdicción voluntaria acaban en sangrantes procedimientos ordinarios cuando familiares o supuestos beneficiarios *mortis causa* comparecen en el proceso para oponerse a la protocolización judicial alegando la falsedad del documento

Por ello, lo que en principio puede resultar una ventaja¹⁴⁹, esto es, que su contenido secreto y la ausencia de formalidades permita al testador otorgarlo en el tiempo y lugar en los que considere más idóneos sin intervención de terceras personas, puede sin embargo convertirse en su gran inconveniente por la falta de garantías sobre la libertad con que el testador plasmó su voluntad, para lo que, por otra parte, no dispuso tampoco de la asistencia y asesoramiento jurídico que presta el Notario. Y aunque es posible que la redacción se haga con asesoramiento de un jurista de la máxima confianza del testador, lo cierto es que ante la ausencia de fedatario público nunca existen absolutas garantías sobre cómo se manifestó la última voluntad, si ésta estuvo o no informada y por quién y si el testador fue o no absolutamente libre al expresarla en el testamento.

El testamento ológrafo, formalizado con estos requisitos, tiene la consideración de documento privado. El Notario no interviene en la redacción del testamento, asesorando y controlando la legalidad de su contenido. Es el testador quien, sin presencia de ningún fedatario ni testigo, redacta, sin necesidad de excesivas formalidades, de forma íntima y secreta su última voluntad. A diferencia de lo que ocurre en el testamento cerrado, en el ológrafo tampoco interviene el Notario dando autenticidad a ningún sobre, ni publicidad a su existencia. Este testamento, del que tampoco se tendrá, por tanto, con carácter general, constancia en el Registro General de Actos de Última Voluntad¹⁵⁰, permanece tanto en su existencia como en su contenido secreto hasta que por el fallecimiento del testador

testamentario". ORELLANA DE CASTRO, Juan Francisco, "La prueba caligráfica de testamentos ológrafos", *Diario La Ley*, núm. 7887, Sección Práctica Forense, 25 junio 2012.

¹⁴⁹ En cuanto a las ventajas e inconvenientes de esta forma testamentaria, afirma CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 70, que "en síntesis, el testamento ológrafo tiene inconvenientes serios como el peligro de suplantaciones y principalmente la posibilidad de su sustracción o desaparición y a la vez ventajas positivas, cuales son la facilidad que ofrece para la expresión y modificación en cualquier momento de la última voluntad y las garantías de secreto absoluto que presta a las determinaciones de la misma".

Por su parte TORAL LARA afirma que el testamento ológrafo "constituye el máximo reconocimiento jurídico a la libertad de testar del ciudadano [por cuanto] le permite ejercitar su facultad de testar cuando lo desee sin necesidad de tener que acudir a un Notario, y sin necesidad de participación de testigos". Destaca, asimismo, "la intimidad en la que el testador puede redactar su testamento [y] la ausencia de costes de ningún tipo para el mismo [no así para los herederos]". Tantas ventajas, opina la autora, han de tener una contrapartida y en este sentido afirma que el carácter ológrafo de la disposición testamentaria, "por la ausencia del carácter notarial, presenta mayores riesgos de que el testamento no logre expresar correctamente lo que verdaderamente constituye la última voluntad del testador [y] de que llegue a ser manipulado, destruido e incluso ignorado". TORAL LARA, E., "Presente, pasado y futuro...", cit., p. 1383.

En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, p. 191, afirma que "sus formalidades, muy sumarias, no ofrecen las mismas garantías de protección a la voluntad del testador que los testamentos notariales. Las posibilidades de presiones y de captación de voluntad son mayores; asimismo la de una falsificación".

Finalmente, puede verse en cuanto a las ventajas e inconvenientes del testamento ológrafo ROMERO COLOMA, Aurelia María, "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, abril-junio 2015, pp. 61-73.

¹⁵⁰ No obstante, se puede solicitar, conforme a lo previsto en el art. 3 b) del Anexo II del Reglamento Notarial, que se tome razón del testamento en el Registro General de Actos de Última Voluntad, haciéndolo constar por medio de acta notarial en que se expresen la fecha y lugar del otorgamiento y las circunstancias personales del otorgante.

se presente formalmente para su adveración.

Tampoco se exige su conservación en poder de persona determinada¹⁵¹. Por tanto, excepción hecha del caso en que el testador deposite el testamento ológrafo en poder de un Notario, debiendo éste autorizar la correspondiente acta de depósito, el Notario no tiene absolutamente ninguna intervención hasta el fallecimiento del testador.

Para que el testamento ológrafo pueda considerarse documento público y producir efectos legales equivalentes al testamento notarial abierto, una vez fallecido el testador deberá someterse a un procedimiento dirigido a su adveración y protocolización.

El objeto del procedimiento es comprobar la identidad del testador¹⁵² y la autenticidad del testamento, esto es, que ha sido escrito y firmado por quien dice ser el testador¹⁵³ y que contiene una verdadera voluntad testamentaria¹⁵⁴.

Al igual que en el caso del testamento cerrado, estamos ante un acto de homologación en el que no se emite ningún juicio decisorio, por lo que se trata de actuaciones perfectamente atribuibles a los Notarios¹⁵⁵.

Ante la falta de regulación de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, el Código Civil, aunque sin ser la sede adecuada, ha venido regulando desde su entrada en vigor, en sus artículos 689 a 693, el procedimiento judicial¹⁵⁶, considerado de jurisdicción voluntaria, para la adveración del testamento ológrafo. La intervención notarial hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se ha limitado a la autorización de un acta de

¹⁵¹ Sin embargo, ello no obsta, como dice CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 76, para que el testador pueda, “por propia iniciativa, proveer a dicha conservación depositando el documento en poder de otra persona o de un Notario”.

¹⁵² A este respecto será causa de denegación de la protocolización del testamento la falta de comprobación de la identidad entre el autor del documento presentado y el causante. Véase en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero 1981, Sala Primera de lo Civil, Ponente Carlos de la Vega Benayas, LA LEY 7696-NS/0000.

¹⁵³ En este sentido se manifiesta JIMÉNEZ PARÍS, quien afirma que “la autografía, es pues, la garantía de la autenticidad del testamento. Pero no sólo eso. Es también el mecanismo que impide la falsificación y la suplantación de personalidad (...) la autografía cumple también otras tres finalidades, ayudar a perfilar la capacidad del testador, garantizar la identidad entre el acto y la voluntad del testador (...) y manifestar el *animus testandi*”. JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción y JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel, “La escritura en el testamento ológrafo. Particular referencia al derecho francés”, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 67, julio-septiembre 2008, pp. 218-219.

¹⁵⁴ A este respecto, véase TORRES GARCÍA, Teodora y SOLÉ RESINA, Judith, “Otras formas testamentarias. El testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 468.

¹⁵⁵ Opinión manifestada por diversa doctrina, valga por todos ellos, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...”, cit., pp. 110-111.

¹⁵⁶ Para el que era competente, conforme al art. 689 CC, el Juez de primera instancia del domicilio del testador, o el del lugar en que éste hubiere fallecido.

protocolización del testamento, conforme al artículo 211 del Reglamento Notarial, una vez se hubiera adverado su contenido judicialmente.

Los trámites esenciales de este procedimiento consistían, conforme a la regulación anterior, una vez acreditado el fallecimiento del testador y presentado el testamento, en la apertura del mismo y comprobación de su identidad y autenticidad mediante la práctica de la prueba testifical o pericial precisa. Una vez justificada la identidad del testamento, se procedía a su protocolización en el Archivo del Notario correspondiente.

La nueva normativa en la materia, que se contiene en la Sección 3ª del Capítulo III del nuevo Título VII de la Ley del Notariado, bajo la rúbrica “De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos”, regula en los artículos 61 a 63 este nuevo expediente notarial¹⁵⁷. Con el fin de armonizar esta regulación con la contenida en el Código Civil, se modifican los artículos 689 a 693 del mismo, que reducen su contenido y se remiten para la tramitación del expediente a la legislación notarial¹⁵⁸. Se supera así la disfunción que suponía que un texto sustantivo como el Código Civil regulara los trámites de la adveración judicial de un testamento. Ahora se atribuye la competencia del expediente en exclusiva a los Notarios y su regulación se lleva a su sede específica, la legislación notarial.

Los artículos 421-17 y 421-18 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, prevén, tomando en consideración las tendencias desjudicializadoras ya existentes en la materia, la protocolización notarial del testamento ológrafo adverado bien judicialmente, bien ante el funcionario competente. Entendemos, no obstante y a pesar de la falta de coordinación entre la nueva regulación de la Ley del Notariado y la Ley 10/2008, de 10 de julio, que será de aplicación el nuevo procedimiento de adveración notarial¹⁵⁹ y que la adveración judicial quedará relegada en la práctica por la inexistencia, desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, de un procedimiento judicial dirigido a la adveración de testamentos.

¹⁵⁷ En el anterior intento de reforma, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 27 de octubre de 2006 en sus arts. 144 a 148, superando la postura mantenida en el Anteproyecto de que la adveración del testamento ológrafo se mantenía exclusivamente en sede judicial, opta por atribuir de forma compartida esta competencia a los Secretarios judiciales y a los Notarios. De esta forma, derogaba los arts. 691 y 692 del Código Civil y regulaba en los artículos mencionados un procedimiento de adveración judicial en términos muy similares a los que hoy contienen los nuevos arts. 61, 62 y 63 de la Ley del Notariado, si bien omitiendo cualquier norma de tramitación para el expediente notarial, limitándose a hacer referencia a su tramitación posterior por la normativa notarial.

¹⁵⁸ Cfr. art. 691 CC.

¹⁵⁹ Lo cierto, no obstante, es que el art. 421-18 CcCat., no regula procedimiento o tramitación alguna y se limita a decir que el Juez o el funcionario competente para advenir el testamento debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley, de modo que si resulta que el testamento es auténtico, debe acordarse su protocolización notarial y en caso contrario, debe denegarse la protocolización.

b) Notario competente

En la regulación de este nuevo expediente, sigue el legislador manteniendo los mismos criterios de competencia en materia sucesoria y así, conforme al artículo 61 de la Ley del Notariado, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente. Al igual que en los expedientes anteriores, los criterios tienen carácter alternativo, siendo el último criterio del domicilio del requirente, el único de carácter supletorio como criterio de cierre.

El Notario habrá de apreciar de oficio su competencia y lo hará constar así en el acta.

c) Iniciación y trámites principales del expediente

Al igual que en el procedimiento de protocolización del testamento cerrado, se viene distinguiendo en orden al inicio del expediente entre la presentación del testamento por quienes tienen obligación de presentarlo por tenerlo en su poder, sin que por ello hayan de ser considerados interesados en el procedimiento, y la puesta en marcha del expediente por quienes, siendo los verdaderos interesados en el testamento, no lo tienen sin embargo en su poder y requieren la presentación del mismo a quienes sean sus depositarios.

Conforme al artículo 690 del Código Civil, la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador, siendo responsable, en caso de incumplimiento, de los daños y perjuicios que haya causado.

Cuando comparezca ante Notario quien tenga en su poder un testamento ológrafo en cumplimiento del deber establecido en el artículo 690 del Código Civil, si manifestara no tener interés en la adveración y protocolización del testamento, el Notario, tal como dispone el artículo 57.3 para el testamento cerrado al que se remite el artículo 61.3, ambos de la Ley del Notariado, requerirá a quienes pudieran tener interés en la herencia, de acuerdo con lo manifestado por el compareciente y, en todo caso, si le fueran conocidos, al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, para que promuevan el expediente ante

Notario competente, si les interesase.

Junto a la obligación de presentar de quien posee el testamento, tenga o no interés en el mismo, al igual que hacía el artículo 690 del Código Civil en su anterior redacción, regula también el legislador, como hemos referido, la facultad de hacerlo que corresponde a cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto, como, por ejemplo, los acreedores de la herencia.

A tenor del artículo 61.2 de la Ley del Notariado, en el mismo sentido que el artículo 57.2 para la presentación del testamento cerrado, si habiendo transcurrido diez días desde el fallecimiento del otorgante, el testamento no hubiera sido presentado conforme a lo previsto en el Código Civil, cualquier interesado, siempre que pruebe el fallecimiento del testador, pueda solicitar al Notario que requiera a la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo para que lo presente ante él. Al igual que ocurre en el expediente de adverbación del testamento cerrado, si el interesado fuese extraño a la familia del fallecido, además, deberá expresar en la solicitud la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento¹⁶⁰.

Aunque este artículo no lo dice expresamente, entendemos que aquel a quien requiera el Notario, si no presenta el testamento, incurrirá en la misma responsabilidad por los daños y perjuicios causados que se prevé en el párrafo primero del artículo 690 del Código Civil.

Al hacer la presentación del testamento, en cualquiera de los casos, deberán acreditarse los datos identificativos del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias¹⁶¹. Aunque no lo diga expresamente la Ley del Notariado, entendemos que deberá también requerir el Notario que se le aporte Certificado de nacimiento del testador, a fin de comprobar si el testador tenía al otorgar el testamento la edad exigida.

A diferencia de lo que ocurre en el testamento cerrado, la presentación de

¹⁶⁰ En este sentido puede verse HERRERO OVIEDO, Margarita, "El testamento ológrafo...", cit., pp. 649-650 que califica como "sorprendente" este nuevo apartado segundo del art. 60 de la Ley del Notariado y manifiesta ignorar "las causas que han movido a incluir esta previsión", ya que lo importante es la presentación del testamento y no tanto las razones que muevan a solicitar su presentación.

¹⁶¹ Continúa concediéndose para cumplir la obligación de presentación un plazo de 10 días desde que se tenga conocimiento de la muerte del testador, de manera que, como afirma HERRERO OVIEDO, no se ha tenido en cuenta la sugerencia de TORRES GARCÍA, Teodora, "Comentario al artículo 690", en *Código Civil comentado*, Volumen II, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 401, a la que cita, quien, "para armonizar la legislación civil y notarial, proponía ampliar dicho período puesto que 'han podido transcurrir los 10 días y todavía no se ha podido pedir certificación al Registro de Actos de Última Voluntad para saber si el testador otorgó o no otro testamento posterior a este ológrafo'". No obstante, como sabemos, la existencia de otro testamento posterior no es óbice para la protocolización del primero. HERRERO OVIEDO, M., "El testamento ológrafo...", cit., p. 649.

testamento ológrafo sí está sujeta a un plazo de caducidad. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante Notario competente. No se admitirán las solicitudes de adveración y protocolización que se presenten después de transcurrido este plazo¹⁶².

En su redacción anterior, el artículo 689 del Código Civil disponía que no sería válido el testamento ológrafo que no se hubiera presentado para su protocolización en el plazo de cinco años desde el día del fallecimiento. La supresión de esta expresión “*sin este requisito no será válido*” puede llevar a pensar, en un primer momento, que en la nueva regulación la protocolización del testamento ológrafo no se configura como requisito de validez del mismo.

Sin embargo, analizados conjuntamente los artículos 689 del Código Civil y el párrafo cuarto del artículo 61 de la Ley del Notariado e incluso el artículo 421-17 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, podemos afirmar, en primer lugar, que la adveración y protocolización del testamento ológrafo son requisitos de validez del mismo, como por otra parte se exige con carácter general en el artículo 704 del Código Civil para todos aquellos testamentos otorgados sin la presencia de Notario¹⁶³; y en segundo término, que el plazo de cinco años contado desde el fallecimiento del testador es un plazo de caducidad¹⁶⁴ para cumplimentar ese requisito de validez, de forma que no se admitirán las solicitudes que se presenten para iniciar un expediente de adveración fuera del referido plazo. La caducidad deriva de la falta de presentación del testamento para su protocolización en ese plazo¹⁶⁵. Por tanto, entendemos que

¹⁶² Cfr. art. 689 CC y art. 61.4 LN.

¹⁶³ En este sentido HERRERO OVIEDO, en referencia al texto del Anteproyecto pero aplicable también al texto definitivo de la Ley, ante la nueva redacción del art. 689 en la que se omite la frase ‘sin este requisito-de la protocolización- no será válido’, se plantea si la protocolización de esta forma testamentaria “ha dejado de ser requisito *sine qua non* para la eficacia del acto tal y como una ingente jurisprudencia se ha encargado de recalcar (...) [y entiende que] ofrecer una respuesta positiva a este interrogante implicaría reconocer que el prelegislador ha perdido el norte jurídico, [siendo] más acorde con la sensatez que se le presupone, entender que ha pretendido evitar una dualidad pues ya el artículo 704 recoge el principio general de que aquellos testamentos que no estén autorizados por Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. HERRERO OVIEDO, M., “El testamento ológrafo...”, cit., p. 648.

¹⁶⁴ El plazo de cinco años es un plazo de caducidad, tal como ha declarado la Jurisprudencia en múltiples ocasiones. Entre otras, Sentencia 26/2002 de 22 Enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Segovia Rec. 203/2001. Ponente Luis Brualla Santos-Funcia. LA LEY 17787/2002; Sentencia 84/2015 de 25 Marzo de 2015, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª Rec. 216/2014, Ponente Emilio Buceta Miller. LA LEY 37579/2015; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 May. 1996, Rec. 3195/1992. Ponente Francisco Morales Morales. LA LEY 6688/1996; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 337/2015 de 16 Junio de 2015, Rec. 2651/2013, Ponente Xabier O’Callaghan Muñoz. LA LEY 89136/2015.

¹⁶⁵ Siendo el *dies a quo* el día del fallecimiento es posible, aunque ciertamente lo entiendo poco probable, que los interesados de buena fe no tengan conocimiento de esta circunstancia, por ejemplo por residir en el extranjero. En este caso, la duda que surge es si invocando el principio de buena fe y acreditando la imposibilidad de conocer el fallecimiento en este plazo, se podría admitir una presentación después de los cinco años. La regulación es clara al respecto y el art. 61.4 afirma que “[n]o se admitirán las solicitudes que se presenten después de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador”. RIPOLL reflexiona sobre

el plazo de caducidad no es sólo para presentar el testamento, sino también para protocolizarlo¹⁶⁶.

Frente al Código Civil que mantiene en su artículo 689 un único plazo de cinco años para presentar el testamento ológrafo a efectos de su adveración y protocolización, el legislador catalán en el artículo 421-19 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, reduce este plazo para su presentación a cuatro años y añade un plazo de seis meses más para que, una vez resuelto el expediente, se lleve a efecto su protocolización.

Cabe plantearse qué ocurre en el caso de que transcurrido el plazo de cinco años desde el fallecimiento, se le presente un testamento ológrafo al Notario requiriéndole para su adveración y protocolización. Lo correcto sería que el Notario dejase constancia documental de la solicitud autorizando un acta y manifestando en ella que, requerido a tal fin y habiéndole sido acreditado con el Certificado de Defunción del causante que han pasado ya más de cinco años desde su fallecimiento, declina continuar con el expediente cerrando el acta. Es importante la autorización de esta acta porque servirá en su caso como prueba documental para que los interesados puedan ejercer las acciones que correspondan ante los Tribunales¹⁶⁷.

Finalmente, conforme al artículo 691, una vez presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, se procederá a su adveración conforme a la legislación notarial, con una tramitación muy similar a la prevista para la adveración judicial en los artículos 689 a 693 del Código Civil antes de su modificación. Por tanto, con la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, sale del articulado del Código Civil la regulación de la adveración, ya notarial, del testamento ológrafo, regulándose en su sede propia, la normativa notarial.

Como diligencias a practicar en el expediente de adveración y protocolización, se prevé, en primer lugar, en el artículo 62.1 de la Ley del Notariado, la citación al cónyuge y demás parientes próximos del testador.

Una vez presentado el testamento ológrafo, a solicitud de quien lo presente o de otro interesado, el Notario deberá requerir para que comparezcan ante él, en el día y hora que señale, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los parientes colaterales

los efectos de la caducidad en este caso y afirma que sin existir apoyo legal, el Notario no puede admitir pasados los cinco años desde el fallecimiento ninguna solicitud aunque advierta la buena fe en los presentantes por el desconocimiento del fallecimiento. RIPOLL JAÉN, A., "Adveración del testamento...", cit.

¹⁶⁶ En este sentido puede verse expresamente la mencionada Sentencia 84/2015 de 25 Marzo de 2015, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª Rec. 216/2014, Ponente Emilio Buceta Miller. LA LEY 37579/2015.

¹⁶⁷ En este orden de cosas afirma RIPOLL JAÉN, que "[l]a naturaleza del expediente y la condición del Notario como funcionario público exige la constancia escrita de todo y su conservación, cuyo natural depositario es el protocolo". RIPOLL JAÉN, A., "Adveración del testamento...", cit.

hasta el cuarto grado¹⁶⁸ a fin de que puedan presenciar las diligencias que se practiquen y hacer en el acto¹⁶⁹ las observaciones que estimen oportunas sobre la autenticidad del testamento. Estas observaciones, de hacerse, serán reflejadas por el Notario en el acta y serán valoradas por el mismo a efectos de formarse el juicio sobre la autenticidad del testamento y la identidad de su autor¹⁷⁰.

Las citaciones o notificaciones a estas personas se harán por cualquiera de los medios reglamentariamente previstos. A estos efectos, en el momento de la presentación del testamento, el Notario habrá de requerir al presentante para que le facilite los datos necesarios para la citación de todos los posibles interesados.

Cuando cualquiera de las referidas personas fuese menor o persona con capacidad modificada judicialmente y carezca de representante legal, el Notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial y una vez designado entendemos que el Fiscal habrá de comunicárselo al Notario¹⁷¹. El artículo 692 decía a este respecto en su anterior regulación que, tanto en este caso, como cuando se ignorase la existencia de cualquiera de estas personas o residieren fuera del partido, se “hará la citación al Ministerio Fiscal”.

En el caso de ignorarse la identidad o domicilio de alguno de los interesados se regula la obligación del Notario de dar publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes.

Como segunda diligencia en el expediente notarial, al igual que en el anterior procedimiento judicial, se regula la práctica de una prueba testifical o pericial

¹⁶⁸ Se amplía el círculo de parientes colaterales a quienes debe citarse que ya no serán sólo los hermanos tal como preveía el art. 692 CC en su anterior redacción.

¹⁶⁹ No necesariamente de palabra como decía el art. 692 CC en su anterior redacción.

¹⁷⁰ En palabras de TORRES GARCÍA, la presencia de estas personas “tiene su razón de ser en garantizar que la adveración y en concreto el reconocimiento de la letra y de la firma del escrito se corresponde con la voluntad plasmada por el testador; por ello su presencia no se va a limitar a ver cómo se efectúan estas diligencias sino que tienen la posibilidad de realizar en el acto de palabra las alegaciones que estime oportunas sobre la autenticidad del testamento”. TORRES GARCÍA, T. y SOLÉ RESINA, J., “Otras formas testamentarias...”, cit., p. 462. RIPOLL JAÉN afirma por su parte que “los interesados, aunque no son testigos, tienen también el carácter de testigos impropios, cuyas declaraciones -si las hicieren- facilitarían el juicio notarial, lo cual justifica la amplitud de los llamados como interesados (...) [y] si se adhieren al juicio de los testigos, esa adhesión tiene un indudable valor, significadamente si son legitimarios”. RIPOLL JAÉN, A., “Adveración del testamento...”, cit. Esas declaraciones de los interesados, en palabras de HERRERO OVIEDO, M., “El testamento ológrafo...”, cit., p. 653, “no impedirán que, si es su deseo, puedan instar el correspondiente procedimiento judicial”.

¹⁷¹ Como dice RIPOLL JAÉN, “razones de índole práctica exigen, en estos casos especiales, que todas las notificaciones se hagan después de la comunicación al Notario del nombramiento de defensor judicial, pues hasta que este hecho se produzca es imposible fijar fecha para la comparecencia”. RIPOLL JAÉN, A., “Adveración del testamento...”, cit.

acreditativa de la autenticidad del testamento.

Así, cuando el solicitante hubiera pedido al Notario la comparecencia de testigos para declarar sobre la autenticidad del testamento, se prevé la citación a los mismos para que comparezcan en el día y hora que se señale. Entendemos, no obstante, que aunque el solicitante no lo haya pedido, si el Notario lo estima conveniente, al igual que podía hacerlo el Juez conforme al antiguo artículo 691 del Código Civil, habrá de recabar la presencia de testigos que conozcan la letra y firma del testador¹⁷².

Entendemos que la idoneidad de estos testigos se determina por la función que han de desempeñar, esto es, acreditar si el testamento está escrito y firmado o no de mano propia del testador. Por ello, no se les exige ser idóneos al modo de unos testigos instrumentales, conforme a los artículos 681 y 682 del Código Civil, sino que lo que se les exige, siempre que tengan capacidad natural de entender y de querer, es el conocimiento de la letra y firma del testador¹⁷³.

En el día y hora señalados tanto al cónyuge y parientes como a los testigos, el Notario, conforme al artículo 62.5 de la Ley del Notariado, abrirá el testamento ológrafo cuando esté en pliego cerrado, lo rubricará en todas sus hojas y examinará a los testigos.

No se dice qué número de testigos han de ser examinados en total, como sí recogía en número de tres el artículo 691 del Código Civil en su anterior redacción; si bien sí dice que cuando al menos tres testigos, que conocieran la letra y firma del testador, declarasen que no abrigan duda racional de que fue manuscrito y firmado por él, podrá prescindirse de las declaraciones testificales que faltaren.

En el caso contrario, a falta de testigos idóneos o si dudan los examinados, el Notario podrá acordar, si lo estima conveniente, que se practique una prueba pericial caligráfica. Entendemos, sin embargo, que en este caso de insuficiencia de la prueba testifical por no haberse encontrado al menos tres testigos que declaren en los términos expuestos, la prueba pericial habría de practicarse necesariamente¹⁷⁴, incluso podrá practicarla, a nuestro juicio, cuando, a pesar de

¹⁷² HERRERO OVIEDO estima, no obstante, en este punto que “parece que el impulso *pro parte* del expediente se lleva al extremo al requerir que los testigos sean propuestos por el solicitante.” HERRERO OVIEDO, M., “El testamento ológrafo...”, cit. p. 652.

¹⁷³ Se aplicarán analógicamente los criterios de la idoneidad o aptitud que se establecen en el art. 361 LEC 2000. Aunque, en definitiva, como dice GONZÁLEZ POVEDA, “testigo idóneo será aquél que tenga la aptitud y discernimiento necesario para ser testigo y sea conocedor de la firma y la letra del testador”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1258.

¹⁷⁴ En este sentido puede verse HERRERO OVIEDO que afirma que, si conforme al art. 62.5 “[c]uando al menos tres testigos, que conocieran la letra y firma del testador, declarasen que no abrigan duda racional de que fue manuscrito y firmado por él, podrá prescindirse de las declaraciones testificales que faltaren”, (...) *[s]ensu contrario*, habrá que entender que si no se presentan tres testigos o se proponen tres o más, pero no se logra que tres confirmen la autoría del testamento, al Notario no le quedará más salida que acudir a la prueba pericial.” HERRERO OVIEDO, M., “El testamento ológrafo...”, cit., p. 652.

concurrir los tres testigos, lo estime conveniente para formarse un juicio más fundado sobre la identidad del testamento. Esta prueba habrá de practicarse comparando o cotejando el testamento con otros escritos del testador, originales e indubitados, y preferiblemente escritos en la misma época en que se encuentra fechado el testamento ológrafo¹⁷⁵.

d) Resolución del expediente

Conforme a los artículos 692 y 693 del Código Civil y 63 de la Ley del Notariado, estos dos últimos con redacción similar, el Notario, si considera acreditada la autenticidad del testamento y la identidad de su autor, autorizará el acta de protocolización, en la que hará constar las actuaciones realizadas y, en su caso, las observaciones manifestadas, y expedirá copia de la misma a los interesados que la soliciten.

Formalmente, al igual que mantuvimos para el testamento cerrado, entendemos que el Notario habrá de autorizar una primera acta de requerimiento inicial, con fecha y número de protocolo del día del requerimiento, y un acta final de protocolización con su fecha y número correspondiente, donde se contenga todas la tramitación, pruebas y diligencias para la adveración y protocolización de testamento ológrafo.

Una vez protocolizado el testamento se garantiza su conservación en el protocolo del Notario autorizante y adquiere la eficacia de documento público pudiendo ser utilizado en el tráfico como título de la sucesión hereditaria.

Si el testamento no fuera adverado, por no acreditarse suficientemente la identidad del otorgante y la autenticidad del testamento, se procederá al archivo

¹⁷⁵ En relación con esta prueba pericial caligráfica sobre testamentos ológrafos afirma ORELLANA DE CASTRO que “requiere una especial formación y experiencia del experto que deberá dictaminar sobre su autenticidad o inautenticidad, por las singulares características del tipo de muestras gráficas analizadas y por los múltiples aspectos gráficos y no gráficos que se deberán verificar en el documento”.

El autor nos expone con precisión cuáles son los diferentes análisis que debe realizar el perito caligráfico antes de concluir si quien escribió y firmó el testamento fue efectivamente quien dice ser el testador. La prueba pericial se extiende en primer lugar al cotejo de las partes gráficas, escritura y firma, por lo que es de gran importancia, como sigue diciendo el autor “contar con el máximo número posible de muestras gráficas indubitadas del testador para el cotejo, producidas en períodos coetáneos o muy próximos a la fecha del testamento”. En segundo lugar, procede también el “análisis documentoscópico del propio soporte (documento), sobre el que puede haberse practicado una alteración o manipulación fraudulenta de origen físico o químico (raspados, lavados, enmiendas, añadidos por distinta mano, en distinto acto y con distinta tinta) mediante algún tipo de procedimiento”. En tercer lugar, “otro aspecto importante que tiene relación con el grado de formación del experto, es su conocimiento y experiencia en el trabajo sobre escrituras y firmas degradadas, puesto que las muestras gráficas que se analizarán en el testamento ológrafo seguramente habrán sufrido una modificación sustancial a causa del proceso involutivo de toda persona como consecuencia de su estado senil”. Por último, entiende ORELLANA DE CASTRO que será aconsejable que el perito “complemente su análisis grafoscópico teniendo acceso al historial médico y clínico del testador, lo más detallado posible y cronológicamente coetáneo al testamento, a fin de poner en relación sus enfermedades y trastornos con los signos grafopatológicos que concurren en su escritura y firma”. ORELLANA DE CASTRO, J.F., “La prueba caligráfica...”, cit.

En este orden de cosas, puede verse también TORRES GARCÍA, T. y SOLÉ RESINA, J., “Otras formas testamentarias...”, cit., p. 462.

del expediente. El Notario, en este caso, terminará el acta con una diligencia de archivo y no autorizará la protocolización del testamento.

En el caso de que no se protocolice el testamento, bien porque no considere el Notario justificada su autenticidad, bien porque nadie haya instado la protocolización, se plantea, porque la ley no lo dice, qué habrá de hacer el fedatario con el testamento. Tal como vimos para el supuesto del testamento cerrado, lo más razonable sería devolverlo al presentante, porque incorporarlo al acta sin protocolizar crearía una apariencia de haber sido protocolizado. Además, con el testamento en su poder, el presentante podrá hacer valer sus derechos ante los Tribunales en caso de que así lo considerase conveniente.

Aunque tanto la Ley del Notariado como el Código Civil omiten la referencia expresa a la oposición del expediente, como hacía el artículo 693.2 de este último en su redacción anterior y como dispone el artículo 421-18.3 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, lo cierto es que ésta no interrumpirá el curso de la actuación notarial. No se suspenderá el expediente más que cuando se le acredite al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho objeto del acta; por tanto, tampoco la presentación de otro testamento posterior o cuya existencia resulte del Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, que ahora necesariamente debe aportarse¹⁷⁶, interrumpe el expediente, aplicándose analógicamente el artículo 59.2 visto para el testamento cerrado.

Finalmente, autorizada o no la protocolización del testamento, los interesados no conformes, que incluso hubieren manifestado su oposición en el expediente, podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda¹⁷⁷ ante el Juez o Tribunal competente.

Cabe plantearse al igual que hicimos con el testamento cerrado, si el Notario

¹⁷⁶ Como nos recuerda GONZÁLEZ POVEDA, el Código Civil “no exigía la presentación de la certificación del RGAUV, pues el hecho de que se haya otorgado un testamento posterior no debe impedir la protocolización del testamento ológrafo, [siendo esta protocolización] presupuesto necesario para que los llamados en dicho testamento puedan impugnar la validez de un testamento otorgado posteriormente”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1257.

No obstante, como afirma RIPOLL JAÉN, “un criterio de elemental prudencia exige que, concurriendo esta circunstancia, aunque solo resulte del certificado de Últimas Voluntades, el Notario advierta, en el acta de protocolización, que existe un testamento posterior, informando del contenido del artículo 739 del Código Civil”. RIPOLL JAÉN, A., “Adveración del testamento...”, cit.

¹⁷⁷ Como nos recuerda ROCA-SASTRE “la denegación de la protocolización no impide que pueda sostenerse en juicio ordinario su validez o que se demande su nulidad a partir de dicha denegación, siendo la acción personal y prescriptible a los quince años”. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo I, cit., pp. 171-172. En este mismo sentido se manifiesta la Jurisprudencia. Puede verse por todas la Sentencia 84/2015 de 25 Marzo de 2015, de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª Rec. 216/2014, Ponente Emilio Buceta Miller (LA LEY 37579/2015). En esta Sentencia se afirma que “la falta de protocolización no obsta para que en el procedimiento ordinario se pueda sostener la validez o solicitar la declaración de nulidad del testamento ológrafo ya que en cuanto a lo primero así lo reconoció el TS en sentencia de 21 de enero de 1911 declarando la eficacia de una disposición testamentaria no protocolizada y ello porque el juicio ordinario, con plenitud de conocimiento ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria (STS de 14 de mayo de 1996) cuyo objetivo es comprobar tan solo un requisito de forma (STS de 14 de enero de 1914)”.

ha de entrar en el examen del contenido del testamento. ¿Podía el Juez y puede entonces hoy el Notario denegar la protocolización del testamento por causas distintas de su falta de autenticidad? Dicho de otro modo, ¿cómo debe proceder un Notario si se le presenta un testamento que no reúna todos los requisitos del artículo 688 del Código Civil?

Como primera premisa, hemos de partir de que el Notario no puede declarar la nulidad del testamento por falta de alguno de los requisitos exigidos por la Ley para su validez. Esta declaración de nulidad sólo puede hacerla un Juez en el procedimiento ordinario que corresponda. Ahora bien, ello no implica de forma automática, a nuestro juicio, que el Notario deba advenir y protocolizar como testamento ológrafo un escrito que aun siendo auténtico, esto es, que aun habiendo sido escrito y firmado por quien dice haberlo hecho, sin embargo, bien no contenga una disposición de última voluntad, bien no reúna todos los requisitos de capacidad y forma exigidos por la legislación civil que resulte aplicable¹⁷⁸.

En estos casos, lo cierto es que no estaríamos ante un testamento ológrafo. El Notario debe admitir el requerimiento y, según cuál sea el requisito de nulidad, el expediente continuará con las diligencias que aquél estime oportunas, si bien el acta final será negativa denegándose la protocolización por no reunir el testamento los requisitos legales exigidos para su validez¹⁷⁹. En caso contrario, el Notario estaría omitiendo su obligación de controlar la legalidad de los documentos en que interviene, creando la apariencia de validez de un testamento ológrafo con la convicción de que éste no existe¹⁸⁰.

Conforme al artículo 3º c) del Anexo II del Reglamento Notarial, de la

¹⁷⁸ Por ello, entendemos, como expusimos más arriba, que tendrá además el Notario que pedir certificado de nacimiento para comprobar la edad del testador y habrá de entrar al examen de la fecha, porque aunque el testamento esté escrito y firmado de mano propia del testador, circunstancias como la edad insuficiente o una fecha errónea o imposible hacen que el testamento no pueda protocolizarse como ológrafo.

¹⁷⁹ Alguna doctrina mantiene, este mismo sentido, que el Juez debe además examinar si el documento presentado cumple los requisitos formales exigidos por el Código Civil para tenerle por testamento ológrafo, denegando su actuación cuando falte algún requisito formal, ya que, siendo el testamento inválido por falta de alguno de estos requisitos, no habría adveración del testamento, sino de un mero escrito del causante; puede verse al respecto lo expuesto previamente sobre la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al artículo 714" Comentarios..., Tomo IX, vol. 2º, p. 95, en sede de testamento cerrado, aplicable por analogía al ológrafo. Sin embargo, la opinión común, como afirma GONZÁLEZ POVEDA, "limita a la comprobación de la autenticidad el objeto del procedimiento y únicamente admite que se deniegue la adveración por razones de fondo cuando en el documento no se incorpore una disposición *mortis causa*". GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1249-1250.

¹⁸⁰ HERRERO OVIEDO afirma que "con la proyectada regulación de la protocolización, que queda exclusivamente en manos del Notario, ya no tiene sentido preguntarse sobre si caben otras causas para denegar el archivo notarial, estimamos que nada hubiera impedido que se previera que el Notario pudiera entrar a considerar la legalidad de otros aspectos del testamento ológrafo. Si el Notario debe velar por el cumplimiento de la legalidad, dentro de esa legalidad se encuentra, sin duda alguna, el conjunto de requisitos que esta forma de testamento exige". De esta forma confirma el criterio último mantenido sobre el asunto por TORRES GARCÍA, a la que cita, ampliando un criterio anterior cuando afirma en relación con esta polémica y en referencia aún al procedimiento de adveración judicial que "tampoco la naturaleza de la jurisdicción voluntaria debe ser obstáculo para que el Juez valore si el documento presentado puede ser calificado como testamento ológrafo". TORRES GARCÍA, Teodora, "Comentario al art. 693", *Código Civil comentado*, Volumen II, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 408.

protocolización de los testamentos ológrafos se tomará razón en el Registro General de Actos de Última Voluntad.

Las normas de tramitación expuestas serán también de aplicación a los testamentos marítimos ológrafos a los que se refiere el artículo 729 del Código Civil, que serán adverbados y protocolizados conforme a lo previsto para los testamentos notariales ológrafos en los nuevos artículos 61 a 63 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, una vez llegue el buque al primer puerto español y el Comandante o Capitán haga entrega del testamento a la Autoridad marítima local y ésta sin dilación al Ministerio de Fomento para que se le dé al testamento el curso que corresponda.

En cuanto a los testamentos ológrafos y cerrados otorgados por un español en el extranjero, el Código Civil contiene una serie de preceptos dirigidos a prever su otorgamiento y la tramitación posterior una vez fallecido el testador. Conforme al artículo 732 del Código Civil, “[l]os españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. (...) Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al art. 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento”. Conforme al artículo 734 del Código Civil, “[t]ambién podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento”. A lo que añade el artículo 736 que “[e]l Agente diplomático o consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción. El Ministerio de Estado hará publicar en la Gaceta de Madrid la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida”.

A diferencia de lo previsto por el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 en el anterior intento de reforma¹⁸¹, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ni modifica en la Disposición final primera los artículos reproducidos del Código Civil, ni en el nuevo Título VII de la Ley del Notariado contiene artículo

¹⁸¹ El Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 modificaba el art. 736 CC con la finalidad de darle una redacción más actual y resolver algunos problemas relativos a las funciones de los cónsules en materia de conservación de testamentos ológrafos y cerrados. Se sustituía la expresión del agente diplomático y consular por la de agente diplomático o funcionario consular y la expresión Ministerio del Estado por la de Ministerio de Asuntos Exteriores para adecuar la terminología decimonónica del Código Civil a otra más actual. El Proyecto no modificaba, sin embargo, el art. 735 CC a pesar de que utiliza las mismas expresiones “agente diplomático o consular” y “Ministerio del Estado”. Se mantenía la obligación del agente diplomático o funcionario consular depositario de remitir el testamento o sobre que lo contenga al Ministerio, sin fijar, no obstante, plazo para ello. Pero se sustituía la obligación del Ministerio de publicar en el Boletín Oficial del Estado la existencia del testamento para que los interesados lo pudieran recoger, por la obligación de remitirlo al Juzgado competente. La razón de esta modificación residía, según la Memoria justificativa tanto del Anteproyecto como del Proyecto de Ley, en el hecho de que estando el testamento en sobre cerrado, el Ministerio, desconociendo su contenido, no podía juzgar quienes eran los interesados, en tanto que el Tribunal competente sí podría abrir el sobre cerrado e iniciar el expediente de protocolización con quien procediera.

al respecto. Entendemos que en el caso de haber otorgado un español testamento ológrafo o cerrado en el extranjero y ante la falta de previsión, el funcionario diplomático o consular que hace las veces de Notario, una vez se le hayan acreditado el fallecimiento y la identidad y domicilio del causante, deberá remitir copia autorizada al Notario competente conforme a los criterios previstos por la nueva legislación notarial.

2.2.3.- Los testamentos otorgados en forma oral

a) Introducción. La situación anterior

Regulado hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria bajo la rúbrica “Del modo de elevar a escritura pública el testamento o codicilo hecho de palabra” en los artículos 1943 a 1955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, la finalidad de este procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria es la elevación a público de los testamentos otorgados sin intervención notarial, en especial, los otorgados en forma oral. La ausencia de fedatario público en estas clases de testamento les priva de toda la seguridad jurídica y garantías que conlleva la intervención de aquél en su otorgamiento¹⁸².

Por ello, una vez fallecido el testador deben someterse a este procedimiento para su adveración y protocolización con la finalidad de comprobar su existencia y contenido¹⁸³.

Acreditar la existencia del testamento o, en su caso, de las notas o papeles donde se haya consignado la última voluntad o bien de las declaraciones no escritas que según los testigos fueron hechas por el causante, implica comprobar la autenticidad de la voluntad del testador, que esta voluntad es inequívocamente una voluntad testamentaria, que hubo causa legal según el testamento especial de que se trate, que concurrieron los testigos idóneos en el número exigido y que no

¹⁸² A este respecto dice CASTÁN TOBEÑAS, en relación con el testamento en peligro de muerte aunque extrapolable a todos aquellos en que no interviene Notario, que “la práctica ha demostrado que esta forma de testar, desprovista de toda garantía seria, es fuente inagotable de extralimitaciones, abusos y litigios.” CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 123. En este sentido, en cuanto a las pocas garantías de fiabilidad de estos testamentos que pueden ser fuente frecuente de abusos, puede verse, también en referencia al testamento en peligro de muerte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 675/2000 de 27 Junio de 2000, Rec. 2593/1995. Ponente José Almagro Nosete. LA LEY 9171/2000.

¹⁸³ En este sentido, afirma GONZÁLEZ POVEDA que dadas las circunstancias y la forma en que se otorgan estos testamentos, “la función de control judicial es tanto más necesaria cuanto que estos testamentos solamente están autorizados en circunstancias especialísimas, propicias a fraudes y abusos, lo que hace preciso comprobar con todo rigor si efectivamente hubo disposición testamentaria, su contenido, la causa que motivó el otorgamiento y el cumplimiento de las formalidades legales, en cuanto ninguno de estos extremos constan de manera fehaciente”. Esta comprobación judicial, concluye el autor, “es absolutamente necesaria para la eficacia del testamento”. Este análisis hecho por el autor en referencia a la anterior regulación en la que la adveración era un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, resulta también de aplicación a la regulación vigente en la que se configura como expediente notarial. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1265-1267.

fue racionalmente posible la concurrencia de Notario¹⁸⁴.

Acreditar su contenido supone llegar a tener certeza sobre cuál fue la última voluntad del testador atendiendo a las declaraciones que sobre la misma hagan los testigos que concurrieron al acto de otorgamiento.

Conforme a los trámites previstos en la legislación procesal derogada, comprobados por el Juez la causa del otorgamiento y el cumplimiento de las formalidades relativas tanto a la comparecencia, número y calidad de los testigos, como a la escritura del testamento, en su caso¹⁸⁵; y, resultando clara y terminantemente de las declaraciones de los testigos que el testador tuvo “el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición” y que “los testigos, y el Notario, en su caso, han oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo o dando a leer alguna nota o memoria en que se contuviese”, el Juez decidía por medio de auto declarando testamento lo que de dichas declaraciones testificales resultare, con la calidad de sin perjuicio de tercero¹⁸⁶. A continuación, mandaba protocolizar el expediente, dotándolo de la eficacia de un documento público y procurando tanto su conservación como la posibilidad de expedir copias del mismo. La protocolización se hacía en los registros del Notario correspondiente que, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, era el Notario de la cabeza de partido y si hubiese más de uno, el que designare el Juez.

Este procedimiento tiene eficacia constitutiva. En este sentido, el artículo 704 del Código Civil, modificado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, disponía que “[l]os testamentos otorgados sin autorización del notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Hoy la remisión se hace a la legislación notarial.

La intervención que el Notario ha tenido hasta el día 23 de julio de 2015 en estos testamentos, además de la declaración que, en su caso, había de hacer si concurriendo al otorgamiento del testamento no lo hubiere elevado a escritura pública por cualquier causa, se ha centrado en la última fase del procedimiento, en

¹⁸⁴ Y ello es así porque dada su naturaleza de testamentos abiertos simplificados, entendemos que deben cumplirse en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario: capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar y presencia del testador y testigos en unidad de acto. En este sentido Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 675/2000 de 27 Junio de 2000, Rec. 2593/1995. Ponente José Almagro Nosete. LA LEY 9171/2000.

¹⁸⁵ Aunque se hubiere otorgado de forma oral, deberá escribirse inmediatamente salvo en aquellos casos en que la imposibilidad material o la urgencia obligare a prescindir de este requisito. Cfr. art. 702 CC.

¹⁸⁶ Se omitía toda citación a los interesados y a la posibilidad de oposición. Por ello, disponía el art. 1953 LEC 1881 que el Juez “declarará testamento (...) con la calidad de sin perjuicio de tercero y mandará protocolizar el expediente”. El que tuviera interés en impugnarlo podría hacerlo en el juicio declarativo correspondiente.

su protocolización una vez autenticado o adverado judicialmente¹⁸⁷.

La autenticación de estos testamentos, elevándolos a público y protocolizándolos, se configura como un acto de documentación y homologación¹⁸⁸ en el que no se garantiza derecho alguno ni se emite ningún juicio decisorio. Entendemos, en consecuencia, que no resulta artificiosa la atribución al Notariado del expediente en todas sus fases ya que, en estos tipos de testamento, las actividades hasta ahora desarrolladas por el Juez de examinar a los testigos y calificar, autenticar y documentar sus declaraciones, constituyen actuaciones perfectamente encajables en la función notarial¹⁸⁹.

Con una redacción que recuerda a la del antiguo procedimiento judicial, de la que incluso se reproducen algunos párrafos en forma idéntica¹⁹⁰, la Sección 4ª del Capítulo III del nuevo Título VII de la Ley del Notariado regula, en los artículos 64 y 65, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral que, al igual que la adveración y protocolización de los testamentos cerrados y ológrafos, se configura como un expediente de exclusiva competencia notarial¹⁹¹.

b) Notario competente

Continuando con los mismos criterios, conforme al artículo 64.1 de la Ley del Notariado, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

¹⁸⁷ Era Juez competente para conocer de la adveración y protocolización de estos testamentos, el de Primera Instancia del lugar en que se hubieren otorgado. Cfr. art. 63.22ª LEC 1881.

¹⁸⁸ En este sentido se manifiesta GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1265-1266, quien entiende que como acto de homologación, estamos ante un procedimiento que tiene por objeto "el acreditamiento de determinados hechos y la declaración de que se han justificado o no".

¹⁸⁹ Esta es opinión reiterada de FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., "Reflexiones y propuestas...", cit., p. 221.

¹⁹⁰ Cfr. al respecto art. 1953 LEC 1881 y art. 65.3 LN.

¹⁹¹ En el anterior intento de reforma, el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 también atribuyó competencia compartida a Secretarios judiciales y Notarios sobre la adveración y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral. El Proyecto en sus arts. 149 a 152 regulaba el procedimiento cuando la tramitación fuera en sede judicial y lo hacía de forma semejante, incluso con reproducción literal de algunos preceptos, al procedimiento previsto en los arts. 1943 a 1955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sobre el "modo de elevar a escritura pública el testamento o codicilo hecho de palabra". Se omitía, como en los demás expedientes, norma alguna de regulación cuando la tramitación era notarial.

Por excepción, los testamentos militares abiertos hechos en campaña se remiten, en caso de fallecimiento del testador, conforme a lo dispuesto por el artículo 718 del Código Civil, modificado por la Disposición final primera, por el Ministerio de Defensa al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio del difunto, y de no ser conocido éste, lo remitirá al Colegio Notarial de Madrid. El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador. Recibido por el Notario deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente.

Hay que tener en cuenta que, además, se remiten al artículo 718 del Código Civil, tanto el artículo 720 que regula el testamento militar en acción de guerra, como el 727 que regula los testamentos marítimos; indirectamente, por la remisión que hace al artículo 720, el artículo 731 que regula el testamento en peligro de naufragio, por lo que también les será aplicable a estos últimos. Entendemos, no obstante, que este expediente se utilizará cuando los testamentos militar y marítimo sean abiertos, ya ordinarios ya extraordinarios. Si son cerrados u ológrafos, como ya analizamos en los epígrafes anteriores, una vez hayan sido remitidos al Notario competente, conforme al artículo 718, se procederá a su adveración y protocolización conforme a los expedientes regulados en los artículos 57 a 60 y 61 a 63, respectivamente.

El Notario habrá de apreciar de oficio su competencia y lo hará constar así en el acta.

c) Iniciación y trámites principales del expediente

Conforme al artículo 64.2 de la Ley del Notariado, cualquier interesado podrá solicitar al Notario que autorice el acta correspondiente de protocolización del testamento otorgado en forma oral. A diferencia del esquema que sigue el legislador en la presentación de los testamentos cerrados y ológrafos, aquí no distingue entre personas obligadas a presentar por tener la nota o el soporte en su poder y personas interesadas que pueden solicitar al Notario que requiera a los posibles depositarios. Simplemente se limita a decir que cualquiera que tenga interés, entendemos a juicio del Notario, podrá solicitar de éste la adveración y protocolización del testamento.

Debe advertirse que estos testamentos tienen en general, como veremos, unos plazos breves de caducidad¹⁹², pasados los cuales no cabe su protocolización, por lo que el Notario deberá comprobar cuando reciba la solicitud que el testamento

¹⁹² Cfr. arts. 703 CC para los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia; 719 y 730 CC, respectivamente, para los testamentos militares y marítimos; art. 23.3 LDCV; y ley 191.5 CDCFN.

no ha caducado y, en otro caso, por analogía con lo dispuesto para los testamentos ológrafos en el artículo 61.4 de la Ley del Notariado, no la admitirá, lo que debe entenderse como que no aceptará el requerimiento. El problema que se planteará en la práctica será la apreciación de estos plazos en aquellos casos en que el *dies a quo* resulta ser un hecho de difícil constatación; el Notario deberá recabar todas las pruebas que estime oportunas, a fin de objetivar al máximo su valoración de cuándo el testador salió del peligro de muerte, cuándo finalizó la epidemia o cuándo el testador dejó de estar en campaña o, en su caso, desembarcó en un puerto donde pudo haber testado de forma ordinaria¹⁹³.

Tal como resulta del artículo 64.3 de la Ley del Notariado, con la solicitud se habrá de acompañar, en su caso, la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción y se hubieran tomado al otorgarse el testamento. Además deberán acreditarse los datos identificativos del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias.

Si el solicitante fuese extraño a la familia del fallecido deberá expresar, asimismo, en la solicitud, como en el resto de los expedientes examinados, la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento.

También se expresarán en el momento de la solicitud los nombres de los testigos que deban ser citados por el Notario para que comparezcan ante él a los efectos de su otorgamiento.

Una vez hecha y aceptada la solicitud por Notario competente, presentado el testamento, en su caso, y acreditados documentalmente todos los extremos vistos, el expediente consiste básicamente en el examen y calificación de las declaraciones de los testigos. El Notario citará, conforme al artículo 65.1 de la Ley del Notariado, a los testigos propuestos por el requirente para que comparezcan ante él en el día y hora que se señale. Como novedad en la legislación notarial, claramente heredada del antiguo procedimiento judicial¹⁹⁴, introduce el legislador en este artículo la posibilidad de que el Notario cite a una segunda comparecencia al testigo que no hubiere comparecido ni alegado causa que justifique su ausencia; al hacer esta segunda citación, indicará igualmente el día y la hora de la misma.

El examen de los testigos dependerá de si la voluntad manifestada oralmente

¹⁹³ En estos casos, entiende BAÑEGIL ESPINOSA que “quizás la prudencia aconseje la admisión inicial del requerimiento sin perjuicio de poder no acordar la protocolización si no se reúnen los requisitos que la ley exige o si se llega a la convicción que el testamento ha devenido ineficaz”. BAÑEGIL ESPINOSA, M. A., “Adveración, apertura y protocolización...”, cit., p. 9.

¹⁹⁴ La posibilidad de citar a los testigos a una segunda comparecencia se preveía en el antiguo art. 1947 LEC 1881.

por el testador fue o no escrita o grabada por algún medio de reproducción del sonido o la imagen.

En el caso de que no lo fuera, entendemos que el Notario se limitará a preguntar a los testigos si estuvieron presentes en el momento en que el testador manifestó su última voluntad, si la oyeron todos a un tiempo de viva voz y si les consta que había causa legal, según el testamento especial de que se trate, para el otorgamiento del mismo sin las solemnidades requeridas con carácter general. Finalmente, el Notario habrá de preguntar a los testigos sobre si, a juicio de éstos, era voluntad firme del testador dictar oralmente las disposiciones para la ordenación de su sucesión *mortis causa*.

En otro caso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 65.1 párrafo segundo de la Ley del Notariado, cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero¹⁹⁵, se pondrá de manifiesto a los testigos para que digan si es el mismo que se les leyó o grabó y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto. En definitiva, les preguntará si reconocen las notas o el soporte como auténticos y, como en el supuesto anterior, si, a su juicio, era voluntad firme del testador consignar en ese escrito, o soporte de que se trate, las disposiciones para la ordenación de su sucesión *mortis causa*.

Son de aplicación, conforme al artículo 65.2 de la Ley del Notariado, las disposiciones establecidas en los artículos anteriores en sede de testamento cerrado y ológrafo en cuanto a la citación y presencia de aquellas personas, cónyuge sobreviviente y parientes más próximos, que tuvieran interés en la práctica de dichas actuaciones.

Tratándose de testamentos en los que las garantías son mínimas en el momento del otorgamiento, entendemos que la nueva regulación ha sido muy parca y poco precisa en cuanto a las pruebas o diligencias a practicar. El Notario, aunque no estén legalmente previstas en el expediente, deberá practicar todas aquellas pruebas que estime convenientes a fin de que le resulte acreditada la autenticidad del testamento, en especial, entendemos, por analogía a lo visto en el testamento ológrafo, la prueba pericial designando al experto que corresponda según el soporte en el que se contenga la última voluntad del testador.

d) Resolución del expediente

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 65.3 de la Ley del Notariado, el

¹⁹⁵ Como vemos, a la posibilidad de que la voluntad del testador se hubiere consignado en una nota o memoria, expresamente referidas en el antiguo art. 1945 LEC 1881, ahora el legislador añade, como también se propuso en el anterior intento de reforma por el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006, de acuerdo con los nuevos medios de reproducción del sonido y de la imagen, la referencia a otro tipo de soporte en el que se haya podido hacer constar la voluntad del testador.

Notario reflejará todas las actuaciones practicadas en el acta y autorizará la protocolización del testamento, con la calidad de sin perjuicio de tercero, cuando de las declaraciones de los testigos resulten clara y terminantemente acreditadas las circunstancias siguientes: que concurrió causa legal para el otorgamiento del testamento en forma oral; que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición; que los testigos oyeron simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo o dando a leer alguna nota o memoria en que se contuviese; que los testigos fueron en el número que exige la ley, según las circunstancias del lugar y tiempo en que se otorgó, y que reúnen las cualidades que se requiere para ser testigo en los testamentos, conforme a los artículos 681 y 682 del Código Civil.

En estos tipos de testamento, la actuación del Notario, en principio, debería revestir un carácter más automático, limitándose a comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso por la ley, bien de ciencia propia, bien incluso por notoriedad, como ocurre por ejemplo con la constatación de la epidemia o el peligro de muerte.

Sin embargo, una de las mayores dificultades que encontrará el Notario será precisamente la de constatar si concurrió o no la causa legal para el otorgamiento del testamento en forma oral. Pueden plantearse algunas cuestiones: ¿cómo se acreditará el peligro inminente de muerte o el caso de epidemia en el lugar del otorgamiento, sólo con el examen de testigos? ¿Sería aconsejable, en el primer caso, citar al facultativo que hubiere atendido al testador en su enfermedad, incluso exigiéndole un certificado de capacidad? ¿Sería conveniente, a efectos de acreditar la imposibilidad de la concurrencia de Notario, que el fedatario que vaya a protocolizar el testamento cite a aquel o aquellos que fueran competentes en el lugar del otorgamiento a fin de cerciorarse sobre si alguno de ellos ha sido requerido al efecto; incluso a fin de descartar, como ocurre en el testamento declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo 675/2000, que algún Notario haya sido requerido previamente para el otorgamiento de testamento abierto y, sin embargo, haya rechazado la autorización del mismo por falta de capacidad del testador¹⁹⁶? Cuestiones todas ellas que entendemos deben tener respuesta afirmativa, si bien han quedado sin resolver en la nueva regulación, que

¹⁹⁶ Llama la atención cómo en el caso objeto de esta Sentencia, habiendo sido requerido el Notario para autorizar el testamento abierto de la interesada, ingresada en un centro sanitario, rechaza su ministerio por no juzgar a la testadora con capacidad suficiente, pero acto seguido aconseja la sustitución de la forma testamentaria, apartándose de la interpretación pacíficamente consolidada del art. 700 CC, tomando nota de las disposiciones de última voluntad de la referida testadora ante cinco testigos, a saber, tres componentes del equipo sanitario, una empleada del Notario y él mismo, circunstancia que acredita su presencia en el acto de otorgamiento. Se declara la nulidad del testamento otorgado en peligro de muerte ante cinco testigos y de los actos jurídicos otorgados posteriormente por los herederos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación de los demandados. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 675/2000 de 27 Junio de 2000, Rec. 2593/1995. Ponente José Almagro Nosete. LA LEY 9171/2000.

tanto en este, como en otros extremos, debiera haberse mostrado más precisa; quizás, aunque lo vemos poco probable, una futura reforma reglamentaria se detenga en algún aspecto. En definitiva, será el Notario, con su buen criterio y, nuevamente, con un notable margen de decisión, quien en cada caso practique todas aquellas pruebas y diligencias que estime necesarias a fin de acreditar la autenticidad del testamento.

Cabe plantearse, como hemos hecho en expedientes anteriores, si el examen que tradicionalmente ha venido haciendo el Juez, y que desde el 23 de julio de 2015 lleva cabo el Notario, se extiende a la legalidad del contenido del testamento. Con carácter general se viene entendiendo que no, de forma que para analizar y declarar la validez y eficacia de las disposiciones testamentarias habría de instarse un procedimiento judicial al efecto. Así, a nuestro juicio, el Notario no habrá de entrar en la eficacia que puedan tener los llamamientos o las distribuciones y asignaciones del patrimonio, ni tampoco, como ya vimos en relación con los testamentos cerrados y ológrafos, puede el Notario dejar de protocolizar un testamento porque en sus disposiciones, por ejemplo, no se respeten las legítimas o se desherede sin justa causa a un legitimario. Más al contrario, la adveración y protocolización del testamento será necesaria en estos casos para proceder a su impugnación. Sin embargo, qué duda cabe, así lo entendemos, no se podrá advenir y protocolizar aquello que no sea una auténtica disposición *mortis causa*.

Los párrafos 4 y 5 del artículo 65 de la Ley del Notariado se refieren, como hacía el antiguo artículo 1954 de la Ley procesal decimonónica, a la posibilidad de que exista alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, casos en los que es posible que se proceda a una protocolización parcial del testamento. En este caso, la divergencia se hará constar en el acta y tan sólo se protocolizarán como testamentarias aquellas manifestaciones en las que todos estuvieren conformes. Si no lo estuvieren en ninguna de las manifestaciones, se archivará el expediente sin protocolizar.

En caso de que la divergencia entre los testigos verse sobre la última voluntad consignada en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, se tendrá como testamento lo que de ella resulte siempre que todos los testigos estén conformes en su autenticidad, aun cuando alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones, reflejándose así en el acta de protocolización a la que quedará unida o incorporada la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero.

Si tras las diligencias y pruebas practicadas el Notario no considera justificada la autenticidad del testamento, lo hará constar así, cerrará el acta y no autorizará su protocolización. En estos casos, la Ley no dice qué debe hacer el Notario con las notas o los soportes magnéticos o digitales que se le han presentado. Entendemos que lo que procederá en este caso será su devolución al requirente, como

defendimos para el caso de los testamentos cerrados y ológrafos, para que pueda ejercer su derecho en el juicio que corresponda.

Se omite, al igual que en la regulación anterior, toda referencia a la posible oposición al expediente, sin perjuicio de que los interesados puedan hacer valer su derecho, tal como resulta de la expresión que utiliza el legislador cuando dice que la actuación del Notario se hará “con la calidad de sin perjuicio de tercero”. Autorizada o no la protocolización total o, en su caso, parcial del testamento, los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio declarativo que corresponda.

Hay que recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 c) del Anexo II del Reglamento Notarial, al protocolizar estos testamentos, es obligatorio para el Notario remitir el correspondiente parte al Registro General de Actos de Última Voluntad.

e) Casos a los que se aplica

Este expediente se aplicará para la adveración y protocolización de aquellos testamentos que se otorgan sin la presencia de Notario, regulados tanto en el Código Civil como en algunas de las legislaciones civiles de determinadas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Estos testamentos son los siguientes: testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia; testamentos militar y marítimo otorgados sin intervención de Notario y, en todo caso, cuando sean abiertos; testamento “hilburuko” del Derecho Civil vasco y, finalmente, el testamento en peligro inminente de muerte ante el Párroco y dos testigos o ante tres testigos en Derecho navarro.

e.1) Testamentos otorgados en peligro inminente de muerte conforme al artículo 700 del Código Civil

Conforme al artículo 700 del Código Civil, “[s]i el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Por lo que se refiere a los antecedentes de este testamento, puede verse a CASTÁN TOBEÑAS, quien nos recuerda que esta forma testamentaria tiene su origen en el Proyecto de Código Civil de 1851, en el que se preveía su otorgamiento ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, o ante dos, con escribano. No tiene sin embargo claros precedentes en el Derecho español antiguo, “porque sólo guarda una relación muy remota con el testamento que el Fuero Juzgo permitía hacer a los mayores de diez años y menores de catorce, en caso de enfermedad o peligro de muerte”. La forma de testar sin Notario y ante cinco testigos autorizada por el Ordenamiento de Alcalá para el caso de que no hubiera más, ni existiera aquél en el lugar del otorgamiento, “no puede tampoco considerarse equivalente al moderno testamento en peligro de muerte, pues lejos de ser como éste una forma excepcional de testar, era una de las tres formas ordinarias establecidas para el testamento nuncupativo por dicha ley”, junto al testamento ante Notario y tres testigos vecinos o ante cinco testigos, también vecinos, sin Notario. Posteriormente, como nos sigue diciendo el autor, “la Pragmática sanción de Felipe II en el año 1566 añadió una cuarta forma al disponer que se pudiera testar

Nos encontramos ante una forma de testar que simplifica notablemente las solemnidades requeridas en su otorgamiento con la finalidad de no abocar a nadie a morir intestado cuando ante la inminencia de la muerte y la imposibilidad de obtener la presencia de Notario, su voluntad pasa por no fallecer sin testamento, sino por dotar a la ordenación de su sucesión *mortis causa* de unas determinadas disposiciones.

El requisito esencial y fundamental para poder otorgar este testamento es que el testador se encuentre en peligro inminente de muerte. El testador debe encontrarse en una situación de urgencia o gravedad extrema que haga temer de forma inmediata un fatal desenlace¹⁹⁸, si bien, no se requiere que esta circunstancia quede así acreditada de forma rigurosa o técnica, sino que basta con que los testigos tengan la certeza de que existe ese peligro inminente para la vida del testador¹⁹⁹.

Ante la inmediatez de la muerte, el Código Civil autoriza a quien se halle en estas circunstancias extremas a manifestar su última voluntad sin intervención de Notario y en presencia exclusiva de cinco testigos idóneos, conforme a los artículos 681²⁰⁰ y 682 del Código Civil, que además habrán de conocer al testador y

ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las condiciones exigidas por el Derecho, aun cuando se pudieran hallar vecinos y hubiere en el pueblo Notario". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 83 y 118-124.

La consideración de esta forma de testamento ante testigos como una de las formas comunes de testar en ese momento histórico se entiende justificado por la falta de implantación y generalización aún de la figura del escribano público. En este sentido, el profesor GALICIA AIZPURUA, cuando afirma que "[s]ólo el transcurso del tiempo y la generalización y consolidación de la función pública notarial llevaron paulatinamente a considerar al testamento otorgado ante testigos como una modalidad excepcional a la que únicamente cabía recurrir en circunstancias excepcionales; es decir, la seguridad jurídica que la intervención del fedatario aportaba sólo debía ser sacrificada (...) en caso de absoluta necesidad", pasando el peligro inminente de muerte a considerarse como requisito necesario para la validez de esta forma testamentaria, no sólo en el Derecho vizcaíno al que se refiere el autor, sino también en el Derecho civil general. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, "Otros cauces testamentarios en el País Vasco", *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 599.

¹⁹⁸ La doctrina se ha planteado qué se entiende por peligro inminente de muerte. A este respecto afirma CASTÁN TOBEÑAS que no basta que el testador otorgue el testamento "en estado de enfermedad grave, sino en circunstancias urgentes y extremas, de peligro racional e inmediato de perder la vida". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 119. En el mismo sentido se manifiesta la Jurisprudencia, puede verse por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 675/2000 de 27 Junio de 2000, Rec. 2593/1995. Ponente José Almagro Nosete. LA LEY 9171/2000.

¹⁹⁹ En palabras de CASTÁN TOBEÑAS, "la apreciación de la inminencia del peligro de muerte no debe hacerse con criterio estricto, dada la finalidad del artículo 700, que es la de facilitar la expresión de la última voluntad". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 120.

²⁰⁰ Modificado por el número cincuenta y seis de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se suprime el párrafo Segundo y con él la inidoneidad para ser testigos de los ciegos y los totalmente sordos o mudos; y se modifica la redacción del párrafo Cuarto sustituyendo la expresión "los que no estén en su sano juicio" por "los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical". Por tanto no podrán ser testigos en estos testamentos: los menores de edad, salvo lo dispuesto en el art. 701, los que no entiendan el idioma del testador, los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical, ni, finalmente, los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo

procurarán asegurarse de su capacidad, conforme al artículo 685.2 del mismo Cuerpo legal.

El Código Civil se limita a decir que el testamento se podrá otorgar sin necesidad de Notario. Pero cabe plantearse si resulta discrecional para el testador que se halla en peligro de muerte el intentar o no intentar siquiera la concurrencia de fedatario público. Dicho de otro modo, si fuera racionalmente posible la presencia de Notario, ¿podría el testador acogerse a esta forma testamentaria? Pensemos que incluso, según los casos y la situación y circunstancias de la población en que se halle el testador, puede ser más dificultoso y lento conseguir la concurrencia de cinco testigos idóneos que la de un Notario. Aunque el Código no sea suficientemente expresivo al respecto y la imposibilidad de la intervención notarial no figure en el precepto, debemos entenderlo así, como por otra parte viene manifestando reiteradamente la Jurisprudencia. En definitiva, es también requisito necesario de esta forma testamentaria que materialmente fuere imposible o racionalmente no fuere prudente esperar la concurrencia de un fedatario público²⁰¹.

Como último requisito, aplicable tanto al testamento en peligro de muerte como al testamento en tiempo de epidemia, conforme al artículo 702 del Código Civil, “se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”.

Todos estos requisitos habrán de ser comprobados cuando se proceda a la adveración y protocolización del mismo.

e.2) Testamentos otorgados en tiempo de epidemia

Regulados en el artículo 701 del Código Civil, “[e]n caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos

de afinidad. No están comprendidos en esta última prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

²⁰¹ En palabras de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 120., “no puede entenderse el artículo 700 en el sentido de que el testador pueda prescindir discrecionalmente de la intervención de aquel funcionario público, cuando nada obste para que concurra; si bien no es preciso que se acredite el motivo que impida esa concurrencia, y la imposibilidad de la misma ha de ser apreciada con criterio amplio”. En el mismo sentido, puede verse a GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1267-1268.

Véase a este respecto la reciente y ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 675/2000 de 27 Junio de 2000, Rec. 2593/1995. Ponente José Almagro Nosete. LA LEY 9171/2000. En esta Sentencia el Alto Tribunal afirma que “el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido (...) que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto”.

mayores de dieciséis años”²⁰².

Si la existencia del peligro inminente de muerte es el requisito esencial que debe concurrir en el testamento regulado en el artículo 700, en el caso del testamento previsto en este artículo 701, la circunstancia esencial que debe concurrir para que se pueda testar con arreglo a esta especial regulación es que exista caso de epidemia en el lugar del otorgamiento, sin que sea necesario, porque el Código Civil no lo exige, que la misma haya sido declarada oficialmente²⁰³ ni que el testador esté afectado por la enfermedad epidémica²⁰⁴; sí se entiende necesario, no obstante, que exista riesgo de fallecer sin poder otorgar testamento si no se prescinde de la intervención notarial, que, por lo demás, debe resultar materialmente imposible, como mantuvimos para el testamento otorgado en peligro inminente de muerte. En este caso, el testamento habrá de otorgarse ante tres testigos mayores de 16 años que, además, deberán conocer al testador, asegurarse de su capacidad y cumplir las demás condiciones de idoneidad de los artículos 681 y 682 del Código Civil.

Es también aplicable el artículo 702 del Código Civil, por lo que habrá de escribirse el testamento siempre que sea posible, si bien la falta de escritura no afectará a la validez del testamento.

El legislador ha entendido que, por las especiales circunstancias en que se otorgan estos dos tipos de testamentos previstos en los artículos 700 y 701, es posible que no lleguen a tener efectos definitivos. A esto responden los plazos de caducidad a que se refiere el artículo 703 del Código Civil, modificado en su párrafo segundo por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria²⁰⁵. Este precepto prevé dos plazos de caducidad para ambos testamentos, de forma que quedarán sin eficacia, en primer lugar, si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de

²⁰² Véase a CASTÁN TOBEÑAS en cuanto al origen próximo de esta forma testamentaria en el Proyecto de Código Civil de 1851 donde recibe la misma regulación que el testamento en peligro de muerte. El mismo autor nos recuerda que los antecedentes más remotos del testamento en tiempo de epidemia están en la Constitución romana de los Emperadores Diocleciano y Maximiano que “dispensó en tiempo de peste el requisito de la unidad de acto, permitiendo que pudieran llenarse todas las formalidades del testamento en horas y días diferentes con relación a cada testigo”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., Tomo VI, Vol.II, cit., p. 124.

²⁰³ A juicio de CASTÁN TOBEÑAS, “dado el texto del artículo, que no exige que la epidemia esté declarada oficialmente y la finalidad del mismo, que podría quedar frustrada muchas veces por hacerse tardíamente la declaración oficial, nos inclinamos a la otra opinión, que nos parece menos arbitraria, sin perjuicio de que deba recomendarse a los Tribunales un cierto rigor en la apreciación del requisito esencial de que depende la validez de esta forma de testar”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., Tomo VI, Vol.II, cit., p. 125.

²⁰⁴ En este orden de cosas afirma CASTÁN TOBEÑAS que pueden testar con arreglo a esta forma testamentaria todos aquellos que se encuentren en el lugar infectado. Esta solución, dice el autor, “es la más conforme con la redacción empleada por el Código y la más racional, porque si sólo hubieran de testar en esta forma los atacados por la epidemia, holgaría el precepto, ya que éstos en la generalidad de las ocasiones, estarán dentro de las condiciones requeridas para utilizar el testamento en peligro inminente de muerte”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 124-125.

²⁰⁵ Modificado por el número sesenta y dos de la Disposición final primera a efectos exclusivamente de sustituir la referencia al “Tribunal competente” por la del “Notario competente” que será ahora quien asumirá en exclusiva las funciones de adverbación y protocolización de este tipo de testamentos.

muerte²⁰⁶ o desde que haya cesado la epidemia; quedando, en segundo término, también sin eficacia cuando, habiendo muerto el testador en el plazo antedicho, no se acuda, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, al Notario competente para que se eleve a escritura pública y se protocolice, ya se haya otorgado verbalmente ya por escrito.

e.3) Testamento “hilburuko” del Derecho Civil vasco

Con el nombre de testamento “hilburuko” se conoce, en Derecho Civil vasco²⁰⁷, a aquel testamento que se otorga en peligro de muerte sin necesidad de Notario y en presencia de tres testigos. Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, esta forma testamentaria venía regulada en el artículo 31 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, siendo de aplicación, como legislación civil propia del Territorio Histórico de Vizcaya, en el Infanzonado o Tierra Llana²⁰⁸.

Con la nueva legislación aprobada por el Parlamento Vasco, en vigor desde el día 3 de octubre de 2015²⁰⁹, el testamento *hilburuko*, hasta ahora forma de testar propia del Derecho vizcaíno y regulado en el Fuero de Vizcaya, rige en toda la Comunidad autónoma del País Vasco²¹⁰.

²⁰⁶ HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE ponen de manifiesto, en referencia al plazo de caducidad del testamento ante Párroco y ante testigos en Navarra, la dificultad de aplicar los diferentes plazos de caducidad por resultar el *dies a quo* “manifiestamente incierto, al no saber qué se entiende por salida del peligro de muerte”. Perfectamente aplicable esta reflexión tanto al testamento en peligro de muerte regulado en el art. 700 en relación con el art. 703 CC, como al testamento “hilburuko” del art. 23 LDCV. HUALDE MANSO, Teresa y NANCLARES VALLE, Javier, “Testamento de hermandad, testamento ante párroco y testamento ante testigos en Navarra”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 566.

²⁰⁷ Siguiendo al profesor GALICIA AIZPURUA, “[l]a doctrina vizcaína suele ubicar el origen del testamento *hilburuko* en el capítulo CXXVII o CXXVIII, según la edición que se maneje, del Fuero Viejo de 1452 y en la Ley IV, Título XXI del Fuero Nuevo de 1526, que regulaban (...) el testamento hecho ‘sin escrivano’. Y la justificación de esta forma testamentaria en estas normas se encuentra, como afirma el autor, en que dado el ‘carácter montañoso de Vizcaya y la distancia existente entre sus moradores (...), toda persona que habitara en ‘los tales logares de montanna’ podía ‘hacer testamento y postrimera voluntad’ ante ‘dos omes buenos e una muger’. Y es precisamente este último dato el que, como sigue diciendo GALICIA AIZPURUA, constituye la especialidad de esta regulación; especialidad que “no se cifraba tanto en la posibilidad de otorgar testamento ante testigos y sin necesidad de ‘escrivano’, ya que ésta era una opción igualmente admitida, con carácter general, por el Derecho [castellano] aplicable [con carácter supletorio] en la Tierra Llana vizcaína, [sino que] residía, antes bien, en la admisión de la mujer como testigo testamentario, posibilidad totalmente proscrita por el derecho castellano al seguir fielmente (...) en este punto los dictados del derecho romano”. GIL RODRÍGUEZ, J. y GALICIA AIZPURUA, G., “Otros cauces testamentarios...”, cit., pp. 598-599.

²⁰⁸ Con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designaba en el art. 6 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, y hoy en el art. 61.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, a todo el Territorio Histórico de Vizcaya, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao.

²⁰⁹ Publicada en el Boletín Oficial del País Vasco el día 3 de julio de 2015, 2015/2950 (1/39). Su Disposición Final dispone su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco.

²¹⁰ En este sentido afirma el art. 22 LDCV, que, “[e]n la Comunidad Autónoma del País Vasco rigen todas las formas de testar reguladas en el Código Civil y además el testamento llamado «hilburuko» o en peligro de muerte”.

La regulación de esta forma de testar se contiene en el artículo 23 de Ley 5/2015, de 25 de junio, que integra exclusivamente la Sección segunda del Capítulo primero del Título segundo de las Sucesiones, de forma prácticamente igual a la regulación que se contenía en el mencionado artículo 31 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, ahora derogada.

Esta regulación exige la concurrencia de una serie de requisitos para que un testador pueda acogerse a esta forma excepcional de testar. El que, por enfermedad grave u otra causa, se halle en peligro inminente de muerte²¹¹, podrá otorgar testamento ante tres testigos idóneos conforme a los artículos 681 y 682 del Código Civil, que además habrán de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad²¹², sin intervención de Notario y, lo que resulta más novedoso, sin necesidad de justificar su ausencia²¹³.

A diferencia de la regulación anterior que decía expresamente que el testamento podía otorgarse en forma escrita o de palabra, la nueva Ley valora positivamente la redacción del testamento del que se halle en peligro de muerte. Por eso, si bien precisa que, en caso de urgencia, no es necesario que se redacte por escrito y se lea al testador, sí habrá de escribirse lo antes posible una vez haya declarado el testador con palabras dispositivas su última voluntad²¹⁴.

Se mantienen los mismos dos plazos de caducidad del testamento. Quedará ineficaz si pasasen dos meses desde que el testador haya salido del peligro de

²¹¹ En cuanto a qué se entiende por peligro inminente de muerte y cómo lo viene interpretando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos remitimos a lo visto al respecto en el análisis del testamento en peligro de muerte regulado en el art. 700 del Código Civil.

²¹² Como afirma GALICIA AIZPURUA, el que los testigos procuren asegurarse de la capacidad del testador es un “aspecto que reviste especial importancia en el testamento *hil buruko* puesto que la circunstancia extrema en la que por definición se otorga hace tanto más importante el acto de constatación del pleno vigor mental del testador”. GIL RODRÍGUEZ, J. y GALICIA AIZPURUA, G., “Otros cauces testamentarios...”, cit., p. 602.

²¹³ En lo que se refiere a la no intervención de Notario, el derecho del País Vasco ha evolucionado de más a menos riguroso en cuanto a la acreditación de esta exigencia. Según el art.14 de la Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, para otorgar este testamento era necesario que el testador se hallase alejado de población y de la residencia de Notario público. El art. 31 del Fuero de Vizcaya no exigía expresamente la acreditación de la imposibilidad de obtener la presencia de Notario sin riesgo fundado de que el testador falleciera en ese lapso de tiempo; de hecho, se limitaba a decir que el que se hallare en peligro inminente de muerte podría otorgar testamento ante tres testigos, sin hacer mención expresa a la ausencia de fedatario público. El nuevo art. 23 LDCV dice expresamente que este testamento podrá otorgarse sin intervención de Notario y sin necesidad de justificar su ausencia. Esta evolución nos demuestra, como afirma GALICIA AIZPURUA que, frente a las tesis que se mantienen en relación a la no intervención del Notario en el caso del art. 700 del Código Civil, de entender que no puede ser discrecional la decisión del testador de obtener o no la concurrencia de Notario, “la aplicación al testamento *hil buruko* de la solución adoptada por el Tribunal Supremo en torno al artículo 700 del Código civil lo desnaturalizaría y lo convertiría en un remedio subsidiario del abierto notarial, contra la evidente intención del legislador vasco, quien, atendida la concurrencia de circunstancias excepcionales, pretende conceder mayores facilidades ante la dificultad de otorgar testamento en forma ordinaria”. En definitiva, se afirma que, para que el testador pueda hacer uso de esta forma testamentaria “es suficiente con que se dé el riesgo mortal, sin que exista la carga de llamar al Notario”. GIL RODRÍGUEZ, J. y GALICIA AIZPURUA, G., “Otros cauces testamentarios...”, cit., pp. 600-601.

²¹⁴ Lo que no será necesario, como afirma el profesor GALICIA AIZPURUA en relación con el anterior art. 31 de la Ley 3/1992, pero también aplicable al nuevo art. 23 de la Ley de Derecho Civil Vasco, es el cumplimiento de las “rigurosas solemnidades que el Código civil español impone al testamento abierto notarial”. GIL RODRÍGUEZ, J. y GALICIA AIZPURUA, G., “Otros cauces testamentarios...”, cit., p. 603.

muerte. Si el testador falleciese en dicho plazo, quedará también ineficaz el testamento si no se presenta para su adveración y elevación a escritura pública dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento. Y, en caso de que, habiendo salido el testador del peligro de muerte, quede incapacitado para otorgar un nuevo testamento, el plazo para la adveración y la elevación a escritura pública será de tres meses contados, no desde su otorgamiento como preveía la legislación anterior, sino desde aquel primer instante, esto es, desde el momento en que hubiere salido del peligro de muerte.

A pesar de la derogación por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de los artículos 1943 a 1955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero 1881, la Ley de Derecho Civil Vasco se remite, en el párrafo tercero del artículo 23, a las leyes procesales para su adveración y elevación a escritura pública, en tanto en su párrafo quinto dispone que adverado judicialmente el testamento, se procederá a su protocolización notarial.

Ante la inexistencia de procedimiento judicial al efecto, no sería viable acudir a los Tribunales a solicitar la adveración de un testamento “hilburuko”. Podrían entenderse aplicables las normas generales del nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria, ¿pero ante qué Juez se tramitaría la adveración? ¿Aplicaríamos analógicamente el criterio de competencia del artículo 63.22^a Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, ya derogada? Carece de todo sentido dar a estas preguntas una respuesta afirmativa. Llama poderosamente la atención la falta de coordinación entre el legislador autonómico y el legislador estatal, cuando en dos leyes publicadas exactamente el mismo día no han sido capaces de aunar esfuerzos para que nuestro ordenamiento jurídico se actualice y armonice con el rigor debido.

Las referencias a la adveración judicial y la remisión a las leyes procesales, a nuestro juicio, deben entenderse superadas por la tramitación notarial del expediente contenida en la Ley del Notariado.

e.4) Testamento en peligro inminente de muerte ante el Párroco y dos testigos o ante tres testigos en Navarra

Estas formas testamentarias²¹⁵ se encuentran reguladas en las leyes 189, 190 y 191 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra²¹⁶.

²¹⁵ La distinción entre el testamento ante Párroco y el testamento ante testigos nos pone de manifiesto, en palabras de HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE que “el Párroco o presbítero no es un testigo más (...) su posición cualificada puede deberse al prestigio social que históricamente se ha atribuido a los sacerdotes, especialmente en las áreas rurales”. HUALDE MANSO, T. y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad...”, cit., p. 563-564.

²¹⁶ Cfr. también con lo dispuesto en las leyes 185, 186 y 187 sobre idoneidad, condiciones y rogación de los testigos y sobre las mandas pías o benéficas.

Se trata de formas excepcionales de testamento que sólo se pueden utilizar concurriendo las especiales circunstancias que para cada caso se exigen.

El testamento ante Párroco²¹⁷ se regula como subsidiario del abierto ante Notario, cuando el testador se hallare en peligro inminente de muerte y no pudiere hallarse fedatario público; y el testamento ante testigos, a su vez, como subsidiario del testamento ante Párroco, cuando el testador se hallare en peligro inminente de muerte y ante la ausencia tanto de Notario como de Párroco²¹⁸.

Ante la inminencia de la muerte, como en el testamento previsto en el artículo 700 del Código Civil o en el testamento “hilburuko” del Derecho Civil vasco, el legislador navarro trata de dar una alternativa a quien quiera ordenar por testamento su última voluntad en ausencia de Notario, e incluso, llegado el caso, en ausencia de Párroco. Serán por tanto, según las circunstancias, bien el Párroco, bien los testigos, quienes hayan de tener la certeza o creencia racional de que se encuentra el testador en una situación de tal gravedad y urgencia que hace esperar una muerte inmediata.

El peligro inminente de muerte es nuevamente la circunstancia especialísima y excepcional que el legislador valora como suficiente para simplificar los requisitos formales exigidos con carácter general para el otorgamiento de los testamentos abiertos ante Notario²¹⁹, que no obstante, en Navarra, no olvidemos,

²¹⁷ En cuanto al testamento ante Párroco cabe destacar que, aunque ya suprimido, ha sido una modalidad testamentaria propia también tanto del Derecho catalán como del aragonés.

La Disposición transitoria tercera de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, contiene una norma relativa a los testamentos ante Párroco otorgados antes de la entrada en vigor de la referida Ley. Estos testamentos, suprimidos en la legislación vigente, venían regulados en los arts. 117 a 119 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, vigente hasta el 1 de enero de 2009. Básicamente, admitía la posibilidad de que en las localidades sin Notaría demarcada o con Notaría vacante, se otorgara testamento o codicilo en forma abierta ante el Párroco de la demarcación parroquial y con la presencia de dos testigos idóneos, observando las solemnidades de los testamentos abiertos ante Notario y que, sin necesidad de adveración judicial, había de ser protocolizado notarialmente por medio de acta. No se hacía referencia como en el art. 700, el testamento “hilburuko” o el testamento ante Párroco o testigos en Navarra a que el testador se encontrara en peligro inminente de muerte. Conforme a la referida Disposición transitoria tercera, estos testamentos caducan “si no se protocolizan en el plazo de cuatro años a partir del momento en que la ley entra en vigor, siempre y cuando el causante haya muerto anteriormente. Si el causante ha muerto después de la entrada en vigor de la presente ley, el plazo de cuatro años se cuenta desde su muerte”.

Tampoco se exigía el requisito del peligro inminente de muerte en el testamento ante Capellán regulado en los arts. 91 a 93 de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, que, en este caso, sí había de adverbarse judicialmente antes de su protocolización notarial con las diligencias practicadas. Suprimido por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, tampoco se regula esta forma de testamento, como no podía ser de otra manera, en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

²¹⁸ A juicio de HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE, la imposibilidad de acudir tanto al Notario, como al Párroco o presbítero ante los cuales se pueda otorgar testamento debe ser el “resultado de una valoración seria y fundada de las circunstancias concurrentes”. HUALDE MANSO, T. y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad...”, cit., p. 568.

²¹⁹ En cuanto a qué se conoce por peligro inminente de muerte y si debe o no entenderse discrecional la decisión del testador de prescindir de la intervención del Notario y cómo lo viene interpretando la

requieren la intervención de dos testigos²²⁰.

Ambos testamentos deberán constar por escrito con expresión del día, mes y año, bien en el mismo acto, bien inmediatamente después que el testador haya manifestado su voluntad, que habrá de ser auténtica voluntad testamentaria. Serán firmados por el testador y demás intervinientes, consignando, en su caso, la circunstancia de que alguno no sepa o no pueda firmar.

El testamento ante Párroco, prácticamente en desuso²²¹, requiere que el testador se halle en peligro inminente de muerte, que no se pueda obtener la presencia de Notario y que se otorgue ante el Párroco del lugar u otro Clérigo ordenado presbítero y dos testigos, uno de los cuales ha de poder leer y escribir y ambos deberán ser idóneos y rogados, deberán conocer al testador y apreciar su capacidad. Deberá consignarse, finalmente, la advertencia hecha al testador sobre si desea o no ordenar mandas pías o benéficas²²².

El testamento ante Párroco únicamente debe utilizarse cuando sea imposible o muy difícil la presencia de Notario, no siendo utilizable de forma arbitraria cuando pueda hacerse de forma ordinaria ante Notario. Y es precisamente esta arbitrariedad la que tiene que ser rechazada por el Párroco o presbítero, de modo que, si después de analizar racionalmente las circunstancias del testador y tras informarse diligentemente sobre la posibilidad de recabar la presencia de un Notario, entiende que no procede este testamento especial, deberá rechazar su otorgamiento.

El testamento ante testigos requiere que el testador se halle en peligro inminente de muerte y que no se pueda obtener la presencia de Notario, Párroco u otro Clérigo ordenado presbítero, otorgándose ante tres testigos, dos de los cuales han de poder leer y escribir y todos deberán ser idóneos y rogados, deberán conocer al testador, apreciar su capacidad y, además, tener su misma vecindad²²³.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos remitimos a lo visto al respecto en el análisis del testamento en peligro de muerte regulado en el art. 700 CC.

²²⁰ Cfr. ley 188 CDCFN.

²²¹ En este orden de cosas, afirman HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE que “[e]n un contexto social caracterizado, de un lado, por la facilidad en las comunicaciones y en el desplazamiento por toda la geografía de Navarra y de otro, por el enorme descenso del número de párrocos y de sacerdotes, especialmente patente en el ámbito rural donde posiblemente tendría más sentido la aplicación de la ley 189 de la Compilación, es aún menos probable el recurso a esta forma testamentaria (...) cuya vigencia responde al deseo de dar cobertura legal a unas situaciones excepcionales que, por otra parte, ya estarían cubiertas por el testamento ante testigos”. HUALDE MANSO, T. y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad” ..., cit., p. 560.

²²² Advertencia que no se exige en el testamento ante testigos, como dicen HUALDE MANSO, T. y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad” ..., cit., p. 569, por la falta de conocimientos técnicos que puede concurrir en los mismos.

²²³ Por vecindad del testador no se entiende, como dicen HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE, “la condición foral de navarro sino el hecho de residir en la misma localidad del testador, lo cual es entendido como una manera de garantizar la identificación y juicio de capacidad del testador, al correr ésta a cargo de quienes mejor le pueden conocer y apreciar su capacidad y salud mental”. HUALDE MANSO, T. y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad...”, cit., p. 569.

El Párroco, Clérigo o, en su caso, los testigos deberán conservar el documento o requerir a un Notario para su custodia²²⁴.

Ambos testamentos caducan pasados dos meses desde que el testador haya salido del peligro inminente de muerte.

Estos testamentos, tanto el otorgado ante Párroco como el otorgado ante testigos, son documentos privados y por tanto para que puedan tener la eficacia de un documento público y tener plena validez como disposición *mortis causa* tienen que ser autenticados, esto es, averados y protocolizados. Por ello, fallecido el testador quedará sin eficacia el testamento si transcurrido un año y un día desde la muerte, no se ha presentado por quien lo tenga en su poder, sea un Notario, el Párroco o los testigos²²⁵, dentro de ese plazo para su averación. Esta averación debe hacerse según la Compilación navarra, acorde con el carácter judicial que ha tenido tradicionalmente este expediente en nuestro Derecho, ante el Juzgado competente. Si bien la Ley 1/1973, de 1 de marzo, no se refiere expresamente a la protocolización posterior de estos testamentos, entendemos que así debe hacerse.

En cualquier caso, hoy se entiende superada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, la referencia a la averación judicial, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 64 y 65 nuevos de la Ley del Notariado sobre la presentación, averación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral.

e.5) Testamento militar abierto

El testamento militar tiene su origen en Roma y ha tenido importantes precedentes en nuestro ordenamiento jurídico patrio²²⁶. Se trata de una forma testamentaria cuya importancia ha ido aumentando en la práctica a medida que se han acrecentado las misiones en el extranjero en las que participan miembros del

²²⁴ Para evitar que al fallecer una persona que hubiere otorgado testamento ante Párroco, el desconocimiento de éste dado el plazo de un año y un día para su averación lleve a tomar en consideración como última voluntad del testador un testamento anterior que figure en el Registro General de Actos de Última Voluntad, o incluso a la apertura de la sucesión intestada ante un Certificado negativo, los Párrocos, conforme a los arts. 11, 12 y 13 del Anexo II del Reglamento Notarial, deberán dirigir dentro del tercer día al Decanato del respectivo Colegio Notarial comunicación del otorgamiento del testamento, disponiendo éste que inmediatamente se consignen los datos en el Registro particular que ha de llevarse en el Decanato, remitiendo la información al Registro de Actos de Última Voluntad.

²²⁵ No obstante, como entienden HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE, en el caso del testamento ante testigos, “la presentación del testamento en el plazo legal de un año y un día para su averación es un deber que concierne a todos los testigos, y no sólo a aquel que conserve el testamento para su custodia”. HUALDE MANSO, T. y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad...”, cit., p. 570.

²²⁶ CASTÁN nos recuerda que este testamento surgió en Roma “como un privilegio concedido a la clase militar, que era el apoyo del Imperio”; privilegio fundado “en los riesgos y peligros de la vida de campaña y en la imposibilidad en que se encuentran los sujetos a ella de testar en las formas ordinarias”. En nuestro Derecho patrio, sigue diciendo CASTÁN, “fue admitido el testamento militar por el Fuero Juzgo y las Partidas y alcanzó una injustificada extensión en las leyes de la Novísima Recopilación y en las Ordenanzas del Ejército que permitieron a los militares hacer uso de su fuero, no sólo estando en campaña, sino también fuera de ella, siempre que gozasen de sueldo”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 128-131.

ejército español²²⁷.

Junto al testamento marítimo y al hecho en país extranjero, el testamento militar es, conforme al artículo 677 del Código Civil, uno de los testamentos especiales que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico.

El testamento militar está regulado en los artículos 716 a 721 del Código Civil. Puede ser ordinario o extraordinario, según sea otorgado en campaña o en peligro próximo de acción bélica. Cada uno de ellos, a su vez, puede ser abierto o cerrado. El testamento militar que habrá de adverbarse y protocolizarse conforme al expediente examinado en este epígrafe será el testamento militar abierto, bien ordinario bien extraordinario. A la adverbación y protocolización de los testamentos militares cerrados ya hicimos referencia en un epígrafe anterior.

Hasta la reforma introducida por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en el artículo 718 en el Código Civil, la intervención del Notario en estos testamentos se limitaba a su protocolización.

Sin el carácter de testamento de clase que tuvo en su origen, hoy el testamento militar puede ser otorgado por personas que no tengan la condición de militares²²⁸ y, en principio, aunque el Código Civil no lo dice, parece que será un testamento otorgado por escrito. El testamento militar ordinario será el otorgado en campaña ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán²²⁹, siendo siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos. Estos testamentos caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Con carácter extraordinario, podrá otorgarse, asimismo, testamento de palabra ante dos testigos durante una batalla, asalto, combate, y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, conforme al artículo 720 del mismo Código Civil. Este testamento militar extraordinario quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó. Aunque no se salve, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida para el testamento ordinario abierto.

Por tanto, hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, estos testamentos, bien se hubieran otorgado de palabra, bien hubiera sido escrita por el funcionario competente del ejército la voluntad del testador, debían ser

²²⁷ A este respecto puede verse DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., "Problemas que plantea...", cit.

²²⁸ Conforme al art. 716.1 CC podrán otorgarlo los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste. Siendo también aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

²²⁹ Según el mismo art. 716 CC, párrafos 3 y 4, si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el Capellán o el Facultativo que le asista. Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

adverados y protocolizados siguiendo los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para el procedimiento de elevación a escritura pública de los testamentos hechos de palabra, regulado en los artículos 1943 a 1955. Los testamentos debían ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de Defensa. El Ministro, una vez fallecido el testador, a su vez remitía el testamento al Juez del último domicilio del difunto y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que, de acuerdo con el contenido del testamento, citare de oficio a los herederos y demás interesados en la sucesión con el fin de que instaren su adveración judicial. Adverados, se procedía a su protocolización notarial.

El artículo 718 del Código Civil ha sido modificado por la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para adaptarlo a la nueva naturaleza notarial del expediente de adveración y protocolización. Dispone que los testamentos deberán ser remitidos con la mayor brevedad posible al Cuartel General y, por éste, al Ministerio de Defensa. El Ministerio, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio del difunto, y de no ser conocido éste, lo remitirá al Colegio Notarial de Madrid. El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador. Recibido por el Notario deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente.

e.6) Testamento marítimo abierto

El testamento marítimo es otro de los testamentos especiales previstos en nuestro ordenamiento jurídico, tal como dispone el artículo 677 del Código Civil. El relieve que, de forma paulatina, ha ido alcanzando en los tiempos modernos la navegación marítima, ha hecho crecer la importancia de esta forma testamentaria, introducida en nuestro Derecho por las Ordenanzas de la Armada de 1748²³⁰. No obstante, la mayor velocidad alcanzada por los buques actuales y los medios técnicos que garantizan su seguridad han hecho que disminuya en la práctica la necesidad de este testamento.

Se trata de una forma especial de testamento que los tripulantes y pasajeros que vayan a bordo de un buque de guerra o mercante podrán utilizar para disponer su última voluntad ante la imposibilidad de utilizar las formas ordinarias

²³⁰ Son muy pocos los precedentes del testamento marítimo. Se admite en el Digesto donde se extiende a los pilotos y capitanes de buques, a los remeros, a los marineros y a los que vigilan a bordo. Tras su introducción en España por las Ordenanzas de la Armada de 1748, el Proyecto de 1851 sigue este precedente, pero elimina su configuración como privilegio de clase y se extiende no sólo a la tripulación sino también a los pasajeros. Véase a este respecto, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* Tomo I, cit., p.486 y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., Tomo VI, Vol.II, Madrid, Reus, 1950, p. 131.

de testar ante Notario. Se diferencia entre testamento marítimo ordinario y extraordinario, según se halle el testador en situación normal de travesía o en peligro de naufragio. El primero puede ser abierto o cerrado, si bien sólo está previsto el testamento marítimo extraordinario abierto. Tal como ocurría en el testamento militar antes de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la intervención del Notario en los testamentos marítimos, regulados en los artículos 722 a 731 del mismo Código Civil, se ha limitado a su protocolización última.

Los testamentos marítimos a los que les será de aplicación el expediente notarial analizado en este epígrafe son los abiertos, bien sean ordinarios, bien extraordinarios.

El testamento ordinario se otorgará, si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su visto bueno. En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos que se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo. El extraordinario abierto se otorgará en forma oral ante dos testigos, en virtud de la remisión que el artículo 731 hace al 720, ambos del Código Civil.

El testamento abierto será custodiado por el Comandante o por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

Los testamentos marítimos ordinarios abiertos caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria. Para el marítimo extraordinario, el artículo 731 se remite al 720, conforme al cual quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó. Aunque no se salvere, será ineficaz el testamento si no se formaliza en la forma prevenida en el artículo 718 para el testamento ordinario abierto.

Si el buque arribase a un puerto extranjero donde haya Agente diplomático o consular de España, el Comandante del de guerra, o el Capitán del mercante, entregará a dicho Agente copia del testamento abierto y de la nota tomada en el Diario. El Agente diplomático o consular hará extender por escrito diligencia de la entrega y, cerrada y sellada la copia del testamento la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministerio de Marina, entendemos Dirección General de la Marina Mercante, dependiente del Ministerio de Fomento, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

Cuando el buque, sea de guerra o mercante, arribe al primer puerto español,

el Comandante o Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, a la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y, si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite. La Autoridad marítima local lo remitirá todo sin dilación al Ministro de Fomento.

Estos testamentos, otorgados sin la presencia de Notario, han de adverbarse, una vez comprobada su autenticidad, y protocolizarse.

Fallecido el testador se remitía por el Ministerio al Juez del último domicilio del difunto y, no siéndole conocido al Decano de los de Madrid, como en el testamento militar²³¹. Se trataba, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, tanto para el testamento ordinario abierto como para el extraordinario abierto de palabra, por la remisión que el artículo 727 hace al 718, en el primer caso, y por la remisión que hace el artículo 731 al 720, en el segundo, de un procedimiento de adverbación judicial, el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 para la elevación a escritura pública de los testamentos hechos de palabra.

Desde el día 23 de julio de 2015, será igualmente aplicable a los testamentos marítimos abiertos, ordinarios y extraordinarios, la regulación prevista en los artículos 64 y 65 nuevos de la Ley del Notariado sobre la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral.

2.3.- Repudiación de la herencia

En nuestro ordenamiento jurídico, de tradición romana, el fallecimiento del causante no determina *ipso iure* la adquisición de la herencia. Para que esta adquisición sea efectiva es necesario que el heredero, bien instituido en testamento por la voluntad del testador, bien llamado por la ley y declarado formalmente como tal en la correspondiente acta de declaración de herederos, manifieste libremente su voluntad de aceptarla²³². Porque no se puede obligar a una persona a que herede a otra en contra de su voluntad.

En consecuencia, el heredero que sea conocedor de la situación patrimonial del causante, puede decidir libremente la renuncia a su herencia ante la sospecha, e incluso en ocasiones con la convicción, de que el finado ha fallecido con deudas suficientes como para hacerle desistir incluso de su aceptación a beneficio de inventario.

²³¹ Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Fomento remitirá el testamento al de Asuntos Exteriores para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda. Cfr. art. 728 CC.

²³² En este sentido se ha manifestado con rotunda claridad IRURZUN GOICOA afirmando que “[a]ntes de la aceptación, el nombrado, haya sido testado o intestado el tránsito sucesorio, sólo es un heredero en potencia (...) porque así como nadie puede oponerse o impedir que se le nombre heredero potencial de un causante si esto es lo que la ley establece, nadie tampoco puede exigir ni imponer a un nombrado que herede a otro si no fuere ésta su voluntad”. IRURZUN GOICOA, D., “Función del acta de notoriedad...”, cit., p. 88.

La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres y no podrán hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente.

En uno y otro caso, los efectos irrevocables de la aceptación o de la repudiación se retrotraen al momento de la muerte del causante²³³. El carácter retroactivo de la repudiación implica, de un lado, la extinción del llamamiento a favor del heredero que repudia, que nunca ha llegado a serlo, y, de otro, la entrada en su lugar de otros llamados a la herencia, bien por operar la sustitución vulgar prevista por el testador, bien, en su defecto, el derecho de acrecer, bien, en último término, el llamamiento intestado²³⁴.

Aunque en sus más remotos precedentes, tanto en Derecho romano como en el Derecho español más antiguo, se admitía la repudiación tácita de la herencia, nuestro ordenamiento jurídico configura la declaración de voluntad del llamado a la herencia en la que manifiesta su intención de no adirla, a diferencia de la aceptación, como un acto formal que debe hacerse, por tanto, de forma expresa²³⁵ y en el que la forma pública tiene el carácter *ad solemnitatem*, de modo que constituye un requisito para su existencia y validez.

El artículo 1280.4º del Código Civil prevé que deberán constar en documento público “la repudiación y renuncia de los derechos hereditarios”. Con un régimen más riguroso por exigir la forma pública *ad solemnitatem* y no *ad probationem* como el precepto anterior, afirmaba el artículo 1008 del mismo Código, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que “[l]a repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato²³⁶”. En el mismo sentido, el artículo 461-6.1 de la

²³³ En cuanto a los caracteres y efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia, cfr. arts. 988, 989 y 990 CC; arts. 411-5 y 461-1 y 2 CcCat.; ley 315 CDCFN; y arts. 322, 342, 343 y 345 CDFA.

²³⁴ Como nos recuerda RIVAS MARTÍNEZ, “la repudiación de una herencia no implica la renuncia de todos los derechos y beneficios derivados del causante”. Y cita el autor los siguientes artículos del Código Civil que así lo demuestran: art. 833, conforme al cual el hijo o descendiente mejorado podrá renunciar la herencia y aceptar la mejora; art. 890.2, en virtud del cual el heredero que sea al mismo tiempo legatario podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla; finalmente, art. 928, conforme al cual no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia. Véase a este respecto, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo III, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, p. 2510.

²³⁵ A este respecto puede verse ROCA-SASTRE MUNCUNILL cuando afirma que “[t]anto en Derecho romano [como] en las Partidas era posible la repudiación tácita de la herencia. Pero, a partir del Derecho consuetudinario francés se exige que sea expresa y formal, notarial o judicial (...) para dar seguridad, certeza, seriedad y claridad al acto de repudiación”. El Proyecto de Código Civil de 1851 preveía la forma exclusivamente notarial y en la redacción de 1889 se admitía tanto la notarial como la judicial. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo III, 1ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1994, pp. 493-495. En el mismo sentido CASTÁN, quien además añade que “[l]a razón de exigirse por el Código la forma expresa para la repudiación es (...) la de que el supuesto normal de la sucesión es la aceptación, y es conveniente la autenticidad de la renuncia, ya que ésta interesa a los acreedores y al orden público, puesto que abre paso a otros herederos”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. I, cit., p. 178.

²³⁶ Desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, los juicios sobre testamentarías y abintestatos han desaparecido como juicios con tipificación procesal propia dentro de la

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dispone que “[l]a repudiación de la herencia debe hacerse de forma expresa en documento público o mediante escrito dirigido al Juez competente”. En términos prácticamente idénticos, se manifiesta el artículo 351 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, cuando afirma que “[l]a repudiación de la herencia ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente”.

Nos encontramos ante un acto de documentación de una voluntad, perfectamente asumible por el Notariado por tratarse de su función propia, en el que la forma pública que se exige es requisito para la validez y eficacia de la declaración²³⁷.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria esta forma, como hemos visto, podía ser bien judicial bien notarial.

En los casos en que el heredero optaba por renunciar a la herencia mediante escrito presentado ante el Juez competente estábamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria sencillo que consistía en la mera documentación de una declaración de voluntad, cuyos trámites esenciales eran los siguientes: presentación del escrito manifestando la voluntad de renunciar por parte del heredero, comprobación de su identidad mediante la ratificación ante el Juez y finalmente resolución de éste teniendo por hecha la renuncia²³⁸. Lo cierto es que, incluso en estos casos en que la manifestación de la voluntad de repudiar se hacía ante el Juez, la naturaleza de este acto no era la de un acto de jurisdicción voluntaria propiamente dicho; se trataba de un acto de mera documentación judicial de la voluntad manifestada, sin necesidad de ninguna otra diligencia, prueba o notificación, más que la presentación del escrito y la comprobación, por su ratificación, de la identidad del presentante.

división que la Ley hace de los juicios declarativos, entre juicios ordinarios y juicios verbales, de manera que su inclusión en uno u otro dependerá de la cuantía, tal como disponen los art. 249.2 y 250.2 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Emilio y MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “La aceptación”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, Tomo V, Madrid, Thomson, Civitas, 2005, p. 471.

²³⁷ Han sido muchos los autores que expresan con rotundidad cómo la forma en la repudiación hereditaria constituye un requisito constitutivo. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...* Tomo V, cit., p. 78 y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.I, cit., p. 177. Más recientemente, puede verse GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “Adquisición de la herencia”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 313.

²³⁸ En la práctica judicial, como manifestaba GONZÁLEZ POVEDA, “no se utiliza la renuncia ante el Juez más que como accesorio de otro procedimiento”. Puede verse este autor en cuanto a los trámites del procedimiento judicial. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1305-1305.

En segundo lugar, la renuncia a la herencia podía formalizarse ante Notario. Por tanto, el Notario ya viene asumiendo estas competencias en orden a documentar la repudiación hereditaria, en general en todos aquellos supuestos en que la repudiación no se produce en el seno de un procedimiento judicial, esto es, cuando un heredero de forma libre y voluntaria decide rechazar la herencia a la que ha sido llamado.

Desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la repudiación de la herencia, conforme al artículo 1008 del Código Civil, que ha recibido nueva redacción por su Disposición final primera, deberá hacerse siempre en instrumento público ante Notario. Ello no obsta, entendemos, para que en el seno de un procedimiento de división judicial de la herencia, se documente judicialmente la renuncia de uno de los herederos parte en el procedimiento. A diferencia de los nuevos expedientes notariales que venimos analizando, la competencia exclusiva en sede de repudiación hereditaria, quizás por ser función notarial propia, no ha sido mencionada en el Título VII de la Ley del Notariado añadido por la Disposición final undécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Surge la duda de si en Cataluña y Aragón podrá seguir formalizándose la renuncia hereditaria en sede judicial, tal como se reconoce en su legislación específica, por los cauces del procedimiento general de la Jurisdicción Voluntaria regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio²³⁹. Si nos ajustamos al tenor literal de los artículos 461-6.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, y 351 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, es posible, aunque en la práctica entendemos que la renuncia en sede judicial irá dejando paso a la forma notarial de la misma, no sólo por la incompetencia de los Tribunales en vista de la regulación contenida en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, sino también por la agilidad y rapidez de la actuación del Notario y la propia naturaleza notarial del acto, como documentador de una declaración de voluntad.

Con la nueva redacción del artículo 1008 del Código Civil se superan las dudas existentes con la anterior regulación sobre si las expresiones “instrumento público o auténtico” se referían o no exclusivamente a la escritura pública²⁴⁰. Ahora, el

²³⁹ Surgiría, no obstante, la importante cuestión de decidir el Juzgado competente para conocer de la renuncia, ya que la Ley 15/2015, de 2 de julio, no da unas reglas generales de competencia territorial que, como afirma en su art. 2, vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso. Al no estar prevista esta competencia como judicial en la nueva regulación de la Jurisdicción Voluntaria carecemos de regulación al efecto. Habría que entender competente al Juez que lo sea para conocer de la división judicial de la herencia, al haber desaparecido los juicios de testamentaria y abintestato a que se refería el art. 1008 CC en su anterior redacción. Conforme al art. 52.4 LEC 2000 en los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

²⁴⁰ Las legislaciones catalana y aragonesa hablan de documento público y escritura pública, respectivamente, si bien en ninguno de los dos casos se menciona el documento auténtico.

artículo 1008 nombra expresamente y de forma exclusiva al Notario como funcionario competente para formalizar en “instrumento público” el acto de documentación en el que el heredero manifiesta su voluntad de renunciar o no aceptar la herencia a la que ha sido llamado.

Como se viene haciendo hasta ahora, el heredero habrá de acreditar al Notario el fallecimiento del testador mediante el correspondiente Certificado de Defunción, así como el título sucesorio en virtud del cual se le nombra o declara formalmente heredero. Por tanto, será necesario aportar al Notario el Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad y copia autorizada del testamento o del acta de declaración de herederos abintestato, según el causante hubiera fallecido testado o intestado.

En este caso, por no tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, sino de un auténtico acto de documentación propio de la función notarial, se aplican las reglas generales de competencia notarial.

2.4.- La aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el derecho de deliberar y la formación del inventario

2.4.1.- Introducción. La situación anterior: la formalización notarial de la declaración de voluntad para la aceptación de la herencia a beneficio de inventario

Conforme al artículo 659 del Código Civil, “[l]a herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”. En nuestro ordenamiento jurídico, de tradición romana, la herencia se configura

La expresión “instrumento público o auténtico” ha llevado a afirmar a algunos autores que la repudiación de la herencia podía formalizarse no sólo en escritura pública sino también mediante documento privado indubitado o reconocido por el repudiante. Sin embargo, esta opinión no es unánime. ROCA SASTRE opina que por instrumento público o auténtico debe entenderse la escritura pública, bien autorizada por Notario, bien autorizada por Agente diplomático o consular en funciones notariales en el extranjero, sosteniendo que la repudiación hereditaria es un acto formal, o sea, que la forma constituye un requisito constitutivo del acto, de modo que la referencia que el art. 1280.4º CC hace a la repudiación de la herencia es improcedente. ROCA SASTRE, Ramón María, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1951, pp. 308-309, citado por ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., pp. 493 y 494. En sentido contrario, LACRUZ cree, por su parte, que “acaso las palabras instrumento auténtico, en el art. 1008, significan documento indubitado, o sea, aquel en el cual el autor aparente y el real coinciden, pues esta es la interpretación más compatible con el artículo 1280.4º [del Código Civil] que de otra manera resultaría inútil, ya que exige la forma pública solo *ad probationem*, mientras el artículo 1008 la exige *ad solemnitatem*”. Concluye que, aceptándose esta opinión, “valdría realizar la repudiación en escrito privado reconocido por el repudiante (...) ello, sin perjuicio de que por aplicación del artículo 1279 los herederos podrían obligar al repudiante a que se eleve el documento a escritura pública y éste sólo surtiría efecto contra 3º desde que adquiere fecha cierta”. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, Tomo V, cit., p. 78. En este mismo sentido, afirma CASTÁN que es dudoso el sentido que hay que atribuir a la frase “instrumento público o auténtico” empleada por el art. 1008 y concluye que, en su opinión, frente a quienes parecen entender que la ley utiliza aquí como sinónimas las expresiones documento público y documento auténtico, es más lógico suponer “que no se trata de un pleonismo y que cada una de dichas expresiones tiene un significado propio y especial, [por lo que] en la frase documento auténtico podrán ser comprendidos los documentos privados reconocidos”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.I, cit., p. 178. En el mismo sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* Tomo III, cit., p. 2504.

como una unidad integrada tanto por el activo como por el pasivo hereditario²⁴¹. Frente a los sistemas llamados anglosajones o de liquidación, en los que al fallecimiento de un individuo su patrimonio entra en una fase de liquidación tras la cual se hará entrega al heredero del remanente líquido que resulte, en nuestro ordenamiento jurídico el heredero se subroga en la posición *ius* del causante, tanto en la titularidad de los bienes como en la de sus deudas y obligaciones²⁴².

Como acabamos de ver, el heredero, bien nombrado e instituido como tal en el testamento, bien así declarado formalmente en el acta correspondiente de declaración de herederos, necesita, para llegar a adquirir válidamente la herencia, proceder a su aceptación. La aceptación es la declaración de voluntad que hace el heredero con la finalidad de adir la herencia que le ha sido deferida.

Los efectos de la aceptación de la herencia difieren sustancialmente en cuanto a la responsabilidad del heredero según se haga con el carácter de pura y simple o a beneficio de inventario²⁴³.

Por la aceptación pura y simple quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia²⁴⁴. El patrimonio del heredero se confunde con el patrimonio hereditario de modo que el heredero puede llegar a tener que responder de las deudas del causante y de las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta sino también con los suyos propios²⁴⁵. Para limitar esta responsabilidad *ultra vires hereditatis* y la confusión de patrimonios que rigen como regla general en nuestro ordenamiento jurídico²⁴⁶, el heredero debe acudir al recurso de la aceptación a

²⁴¹ Puede verse ROCA-SASTRE en cuanto a la concepción romana de la herencia como *universitas*. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo I, cit., pp. 33-35 y LACRUZ BERDEJO, J.L., *Tratado teórico práctico... Tomo V, Derecho de Sucesiones, Vol. 1º*, cit., pp. 36-38. En cuanto a los diferentes sistemas de organización del Derecho sucesorio, véase RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones...* Tomo III, cit., pp. 2481.

²⁴² Cfr. arts. 659 y 661 CC y art. 322 CDFA.

²⁴³ La opinión doctrinal más difundida sostiene que “el alcance de la responsabilidad hereditaria depende, generalmente de que exista o no declaración expresa del heredero, por medio de la que manifiesta su voluntad (...) En definitiva, “sin voluntad expresa, la regla general es la de la aceptación pura y simple”. Frente a este modelo del Código Civil, en el Derecho catalán se facilita la opción por el beneficio de inventario flexibilizando el formalismo, tanto en la emisión de la voluntad, como en la formalización del inventario. En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “Responsabilidad hereditaria”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 345 y 353.

²⁴⁴ Cfr. art. 1003 CC y art. 461-18 CcCat.

²⁴⁵ En efecto, como dice DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “la doctrina dominante estima, interpretando *a contrario* el art. 1023 [del Código Civil], que los patrimonios se confunden, [formándose] una sola masa patrimonial, sobre la cual podrían concurrir, sin preferencia entre ellos, los acreedores del causante, los del heredero y los legatarios (...) Sin embargo, recientemente, parte de la doctrina sostiene que los efectos rigurosos que se siguen de la confusión de patrimonios llevada hasta sus últimas consecuencias, no pueden fundarse en la interpretación *a contrario* del artículo 1023.3 (...) y que de otros preceptos del Código civil resulta que puede sostenerse que los acreedores de la herencia son preferentes sobre los bienes hereditarios a los particulares del heredero y que a éstos se anteponen asimismo, los legatarios”. Véase, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 3ª edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 39-40.

²⁴⁶ En cuanto a la consideración de la responsabilidad *ultra vires* como regla general en nuestro Código Civil y las numerosas cuestiones que plantea el beneficio de inventario, hace notar CASTÁN TOBEÑAS cómo algunos

beneficio de inventario, recurso introducido por Justiniano para permitir al heredero restringir su responsabilidad en la adquisición de herencias gravadas en exceso por deudas del causante y con la finalidad de evitar la renuncia de las mismas²⁴⁷.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario es pues una forma de aceptación de efectos diversos a los de la aceptación pura y simple. Con más precisión, podemos afirmar que la aceptación de la herencia y la declaración de que se hace a beneficio de inventario son dos actos diferentes que, si bien habitualmente van unidos, pueden tener lugar en momentos diversos²⁴⁸. El beneficio de inventario es, por tanto, la facultad que la ley pone a disposición del heredero para reducir su responsabilidad hereditaria de modo que, antes o después de aceptar la herencia, opta por mantenerla separada de sus bienes propios hasta que resulten pagados los acreedores conocidos y los legatarios²⁴⁹.

sectores doctrinales se vienen planteando la duda de si no sería más adecuado a la configuración actual de la herencia, a la par que más sencillo, limitar por ley, sin necesidad de inventario, la responsabilidad del heredero, de manera que nunca pudiera éste verse perjudicado por la herencia, optando como regla general por un sistema de responsabilidad *intra vires hereditatis*. Como recuerda el autor, así lo establecen las legislaciones de tradición más germánica que romana y que siguió el Derecho aragonés anticipándose a las legislaciones y tendencias modernas. Y concluye que, a su juicio, para implantar este sistema sería necesario hacerlo con precaución y completarlo con “las adecuadas garantías a favor de los acreedores y de los legatarios, ya sean dichas garantías de tipo civil o más bien procesal.” CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.I cit., pp. 163-167.

En nuestro ordenamiento jurídico apuestan por la limitación de responsabilidad el Derecho navarro (cfr. ley 318 CDCFN), el aragonés (cfr. art. 355 CDFA) y el vasco (cfr. art. 21.2 LDCV).

²⁴⁷ Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS podemos afirmar, que la institución del beneficio de inventario tiene su origen en Derecho romano “donde por consecuencia de la confusión de patrimonios producida por la sucesión universal, el heredero estaba obligado a responder de las deudas del difunto aun con sus propios bienes, y sólo acudiendo al remedio de la *restitutio in integrum* -que suponía causas graves y excepcionales, justificando o excusando el error del heredero al aceptar la herencia y que se concedía muy difícilmente- podía el heredero que había aceptado reparar el daño producido por la aceptación”. Como nos recuerda el autor, fue Gordiano quien, para corregir estos efectos, primero concedió a los militares el privilegio de no responder de las deudas sino hasta donde llegaran los bienes hereditarios. Y Justiniano, en una Constitución del año 531 (Codex 22, 6,30), generalizó el beneficio a todos los herederos que al aceptar la herencia declarasen que lo hacían conforme a un determinado inventario. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.I cit., p. 168. Puede verse también en cuanto a los orígenes romanos del beneficio de inventario a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., p. 499.

²⁴⁸ Entendemos que el beneficio de inventario es una de las formas o modalidades de aceptación de la herencia. Sin embargo, como nos recuerda DE LA CÁMARA, se ha mantenido “que se trata más bien de una cualificación *a posteriori* de una aceptación que puede haber tenido lugar con antelación. No se ve, con todo, que esto esté demasiado claro [sigue diciendo el autor], si se leen con atención los artículos 1014 a 1016 del Código y menos aún que, aceptada la herencia pueda paralizarse la acción de un acreedor acogiéndose al beneficio de inventario si aún se está en plazo para ello, que sería parece, el principal efecto práctico de concebir de esta forma el beneficio de inventario”. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio...*, cit., p. 42. De esta última opinión es GETE-ALONSO Y CALERA, quien afirma, en este sentido, que “[e]l beneficio de inventario no es una forma de aceptación sino de responsabilidad hereditaria (...) Aunque acostumbran a ir unidas, aceptación y beneficio de inventario, se trata de actos diferentes y pueden producirse en tiempos distintos”. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., “Responsabilidad...”, cit., 2011, p. 353. ROCA-SASTRE es también de los que piensa que el “[e]l beneficio de inventario no es propiamente una forma o clase de aceptación hereditaria, sino simplemente un beneficio o medio concedido por la ley al heredero para que primordialmente pueda limitar o concretar su responsabilidad *intra vires*”. Por ello, entiende este último autor, que aceptación y beneficio de inventario constituyen dos actos o declaraciones de voluntad autónomos destinados uno a la adquisición de la herencia y el otro a la limitación de la responsabilidad. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., pp. 467-469.

²⁴⁹ Cfr. art. 1023 y 1026 CC y art. 461-20 CcCat.

Además, el heredero que acepta a beneficio de inventario conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto²⁵⁰.

La responsabilidad *ultra vires* del heredero que acepta pura y simplemente se torna en responsabilidad *intra vires hereditatis*. El heredero se subroga en la posición jurídica activa y pasiva del causante, no sólo en sus bienes y derechos, sino también en sus deudas, pero sólo responderá de ellas con los bienes propios de la herencia, no con los suyos propios. Es por ello que la responsabilidad del heredero será *intra vires y cum viribus*²⁵¹.

El beneficio de inventario puede tener lugar por disposición de la ley²⁵² o por

²⁵⁰ Como dice ROCA-SASTRE MUNCUNILL, a pesar de que el art. 1023.2 CC se refiera sólo a los derechos y acciones que el heredero tenga contra el difunto, se entiende que, al no haber confusión de patrimonios, “entran en el mismo [apartado 2] también los derechos y acciones que la herencia tenga contra el heredero”. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., p. 506.

²⁵¹ La doctrina se ha planteado si supuesta la responsabilidad *intra vires hereditatis* del heredero que acepta la herencia a beneficio de inventario, esta responsabilidad es *cum viribus* o *pro viribus*, esto es, si responde con los mismos bienes de la herencia o por el valor de los mismos bienes de la herencia. ROCA-SASTRE MUNCUNILL afirma que “[e]n la doctrina casi unánimemente y en la jurisprudencia (...) prevalece la solución de que el heredero responde con los mismos bienes hereditarios; (...) las bases de esta solución radican: en el propio artículo 1023, que en su número 3 dispone que no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia, de suerte que tal responsabilidad es de concreción, no de limitación o *pro viribus*, ya que en ésta se produce la correspondiente confusión de patrimonios; de los artículos 1003, *sensu contrario*, 1029, 1031, 1032 y 1034, que (...) se refieren siempre a los bienes hereditarios o al remanente de la herencia; y de la no exigencia de la valoración de los bienes de la herencia”. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., pp. 505-506. En este mismo sentido se expresa RIVAS MARTÍNEZ, cuando afirma que “[s]on exclusivamente los bienes relictos en los que se concreta la responsabilidad del heredero beneficiario, y ello porque nuestro sistema es el de responsabilidad *cum viribus hereditatis*, por ende, no responderán los bienes propios del heredero ya que éste sólo viene obligado *propter rem*, por lo que recibe y con lo que recibe, pero no personalmente”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo III, cit., p. 2520.

Sin embargo, el art. 21.2 de la LDCV claramente establece la responsabilidad *pro viribus* cuando dispone que el heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación.

²⁵² Entre los primeros casos, podemos señalar, sin ánimo exhaustivo y dentro del Código Civil, los siguientes: - conforme al art. 957, que ha recibido nueva redacción en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la aceptación de la herencia por el Estado, cuando éste sea llamado como heredero intestado por falta de parientes del testador, se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello; la herencia que se deja a los pobres, conforme al art. 992.2 se entenderá aceptada a beneficio de inventario; en sede de patria potestad, el supuesto del art. 166.2 del Código Civil, conforme al cual los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo y si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario; en sede de tutela, el art. 272.1 dispone que el Juez necesitará autorización judicial para aceptar la herencia pura y simplemente, por lo que, *a contrario sensu*, entendemos que, si falta la autorización, la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario; finalmente, el caso previsto en el art. 1021 del mismo Código Civil: “El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados”.

Conforme al art. 461-16 CcCat., que regula el beneficio legal de inventario en Cataluña, disfrutan de pleno derecho del beneficio de inventario, aunque no lo hayan tomado, los herederos menores de edad, tanto si están emancipados como si no lo están, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de derecho público, y las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social. También disfrutan del mismo las herencias destinadas a finalidades de interés general. Conforme al art. 117 LDCV, la herencia a favor de las Administraciones Públicas se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello; y el art. 139 del mismo Cuerpo legal dispone que durante la vigencia de la comunicación foral, el cónyuge llamado a una herencia no podrá repudiarla sin el consentimiento del otro y que a falta de acuerdo, se entenderá aceptada a beneficio de

voluntad del heredero, que podrá aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido²⁵³.

Cuando la aceptación de la herencia es pura y simple, ésta puede hacerse bien de forma expresa bien de forma tácita, según se haga en documento público o privado, nunca oralmente, o mediante actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sin la cualidad de heredero²⁵⁴. Sin embargo, no puede dejar de advertirse que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario no puede ser tácita.

En el régimen del Código Civil, los requisitos para poder disfrutar del beneficio de inventario son fundamentalmente dos: la manifestación, de forma expresa y solemne, de la decisión del heredero de acogerse al beneficio, conforme al artículo 1011; y la formalización de un inventario fiel y exacto del activo y del pasivo de la herencia, hecho en la forma y dentro los plazos previstos en los artículos 1013 a 1017 del mismo Código Civil.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha modificado el artículo 1011 del Código Civil en su Disposición final primera. Este artículo ha venido admitiendo, hasta el día 23 de julio de 2015, que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podía hacerse ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato²⁵⁵.

Sin embargo, en su nueva redacción, este precepto dispone de forma clara y concisa que “[l]a declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante Notario”. Por tanto, la formalización o documentación de la declaración de hacer uso del beneficio de inventario, antes o después incluso de haber sido la herencia aceptada, se convierte en una competencia exclusiva notarial.

Se trata de un acto de documentación o formalización de una declaración de

inventario. Finalmente, según el art. 268 LDCG, en los casos en que correspondiera heredar a la Comunidad Autónoma de Galicia la herencia se entenderá aceptada siempre a beneficio de inventario.

²⁵³ Cfr. art. 1010 CC y 461-14 CcCat. Existen, sin embargo, supuestos en que esta regla general no surte efectos y la ley impide al heredero aceptar la herencia a beneficio de inventario. Así, en el caso del art. 1002 CC cuando afirma que “[l]os herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia pierden la facultad de renunciarla y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir”; o en el supuesto previsto en el párrafo 2 del art. 1019 CC, modificado, cuando el heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deje de manifestar antes al Juzgado y ahora al Notario, dentro de treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiere concluido el inventario, si acepta o repudia la herencia, en cuyo caso, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

²⁵⁴ Cfr. art. 998 a 1000 CC y arts. 461-3 y 4 y 5 CcCat.

²⁵⁵ Suprimidos, como sabemos, los juicios de testamentaria y abintestato, el Juez competente, tanto para la documentación de la manifestación como para la formalización del inventario, era, conforme al art. 52.4 LEC 2000, el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

voluntad, ya asumido antes por el Notario de forma compartida con los Jueces, que se integra por su propia naturaleza en la función propia notarial y al que serán de aplicación las reglas generales de competencia notarial. No obstante, si la aceptación de la herencia a beneficio de inventario se hace al tiempo que se solicita, también notarialmente, la formación del inventario, habrá que ajustarse, como examinaremos más adelante, a los criterios de competencia previstos al efecto en el nuevo artículo 67 de la Ley del Notariado.

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, también regula expresamente la aceptación de la herencia a beneficio de inventario²⁵⁶, aunque de los dos requisitos exigidos en el Código Civil para la validez de esta aceptación, en Cataluña únicamente se exige la toma de inventario. No se requiere la forma expresa en la aceptación, pudiendo incluso el heredero disfrutar de este beneficio, tomándolo en tiempo y forma, aunque haya aceptado la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo. El requisito fundamental es aquí exclusivamente la formación del inventario²⁵⁷, notarial o judicialmente, como más adelante se analizará. De este modo, cuando el heredero no haya tomado el inventario en tiempo y en forma, será cuando se entienda aceptada la herencia pura y simplemente²⁵⁸.

En relación a la formación del inventario, ante la falta de precisión con la que se ha venido expresando el Código Civil hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que expresamente se refiere a la formación notarial del mismo, se ha cuestionado si había de ser siempre judicial o si, en algunos casos, podía aceptarse el inventario notarial. Las opiniones doctrinales han sido variadas²⁵⁹. Sin embargo, lo cierto es que los preceptos del Código Civil que regulan

²⁵⁶ Cfr. arts. 461-14 y 461-15 CcCat.

²⁵⁷ Excepcionalmente y conforme al art. 461-16 CcCat. que regula el beneficio legal de inventario, determinadas personas disfrutaban de pleno derecho del beneficio de inventario aunque no lo hayan tomado.

²⁵⁸ Cfr. art. 461-17 CcCat..

²⁵⁹ Las diversas opiniones doctrinales pasan desde admitir el inventario tanto notarial como judicial, hasta considerar que para que la forma notarial fuere eficaz, sería necesario que el Código Civil así lo previniera expresamente. ROCA SASTRE, Ramón María, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1951, p. 436, citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...* Tomo VI, Vol.I, cit., p. 168, nos habla como modalidad única de la formación judicial del inventario. En contra, el propio CASTÁN quien entiende que al no excluirla el Código Civil, “es lícita también la forma notarial en la práctica de inventario”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...* Tomo VI, Vol.I, cit., p. 178. Y en este último sentido, afirma ROCA-SASTRE que, según el parecer de la última doctrina, la forma del inventario “puede ser judicial, notarial o incluso privada, siempre que reúna las condiciones de fidelidad y exactitud. Se exceptúan los supuestos de los artículos 1014 y 1015 que deberá ser judicial” ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., p. 504. En palabras de RIVAS MARTÍNEZ, “[l]a doctrina española ha evolucionado de una posición rígida de considerar imprescindible el inventario judicial a una más flexible de aceptar, en algunos casos, el inventario notarial”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo III, cit., p. 2516. En sentido similar, GETE-ALONSO Y CALERA afirma que la mayoría de la doctrina, y ella se encuentra entre los que así opinan, entiende que el inventario puede formalizarse tanto judicial como notarialmente, aunque en la práctica no se formalizan inventarios ante Notario, al menos en territorios donde se aplica el Código Civil. No obstante, la autora excluye la forma notarial del inventario en los casos en que el heredero tiene en su poder bienes de la herencia, conforme al art. 1014, así como en aquellos supuestos en que exista desacuerdo entre los llamados. En los

la formación del inventario y que pudieron haber previsto el inventario notarial, con la misma claridad que se previó que la aceptación a beneficio de inventario podía hacerse ante Notario o ante el Juez, sin embargo, no lo hicieron y, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1011, en los artículos 1014, 1015, 1017 y 1019, a los que se remite el 1013 para la formación del inventario, no se hacía referencia para su formalización más que a la autoridad judicial²⁶⁰.

Ante la ausencia de regulación legal y tratándose de un asunto de gran trascendencia tanto para los herederos como para los acreedores, por la limitación de responsabilidad que conlleva, la prudencia ha aconsejado prescindir, tal como se ha constatado en la práctica, al menos en aquellos territorios donde rige el Código Civil²⁶¹, de la formación notarial de inventarios²⁶².

2.4.2.- El beneficio de inventario tras la modificación operada por la Ley 15/2015

Como acabamos de exponer, la declaración de hacer uso del beneficio de inventario, que antes de la modificación del artículo 1011 del Código Civil por la Disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, podía formalizarse notarial o judicialmente, desde el día 23 de julio de 2015 deberá

demás, es opinión bastante extendida que puede adoptar forma notarial. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Responsabilidad..." cit., p. 363.

Otros autores estiman, por el contrario, que el inventario se ha de hacer siempre judicialmente, tal como resulta de los arts. 1014 y siguientes CC. En este sentido, puede verse PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Carlos Mauro y GÓMEZ BLANCO, María Carlota, *La jurisdicción voluntaria*, Comares, Granada, 2008, p. 246

En palabras de GONZÁLEZ POVEDA, "[s]ea cualquiera la opinión que se sustente respecto a la admisión de la forma notarial, no es prudente adoptarla en la práctica en asunto de tanta trascendencia dado el silencio legal y la clara validez de la forma judicial". GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1324.

²⁶⁰ Cuando la aceptación de la herencia a beneficio de inventario adoptaba la forma judicial nos encontrábamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, no obstante, carecía de regulación específica, tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero 1881 como en Ley 1/2000, de 7 de enero. Para aquellos trámites necesitados de una regulación procesal, se acudía a las normas del procedimiento de división de herencia o de intervención del caudal hereditario y en concreto a lo que se establece para la formación del inventario en los arts. 793 y 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. Como nos recuerda GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, "el inventario es formado por el Secretario del Juzgado a quien el heredero proporciona los datos. Es decir, el inventario se formaliza por quien desempeña la fe pública judicial, por cuanto se realiza en el Juzgado". GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...", cit., pp. 167-168.

²⁶¹ Ya veremos más adelante como en diversos territorios con Derecho civil propio sí se prevé la formación notarial de determinados inventarios.

²⁶² La Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 18 de febrero de 2013 (LA LEY 21802/2013) admitió la formación notarial del inventario en una escritura pública de aceptación de herencia a beneficio de inventario. El Centro Directivo precisó que no puede denegarse la inscripción de la herencia por estimar que no se cumplen los requisitos legales para entenderla aceptada con ese beneficio, ya que no se ha celebrado un inventario fiel y exacto de los bienes de la herencia y no se ha citado a los acreedores conforme al artículo 1013 del Código Civil. En cuanto a la forma en que debe citarse a los acreedores, afirma la Dirección general que no es necesaria una citación o notificación notarial a los acreedores conocidos, ya que en ningún momento el Código Civil exige que la notificación sea fehaciente, por lo que basta el burofax al reunir las formalidades y garantías suficientes para entender cumplido el preceptivo trámite en un inventario notarial; tampoco entiende necesaria la citación por edictos a los acreedores desconocidos, por carecer dicha exigencia de regulación alguna, tanto en el Código Civil, como en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 y 1/2000, de 7 de enero, habiendo un absoluto vacío legal en orden a qué número de edictos deben publicarse, dónde y con qué contenido.

hacerse exclusivamente ante Notario.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con la finalidad de atribuir al Notariado funciones que hasta el momento sólo han correspondido al Juez y que, sin embargo, encajan perfectamente en el ámbito de competencias de aquéllos por ser actos de documentación y autenticación, modifica determinados artículos del Código Civil. Además del artículo 1011 ya visto, se reforman los artículos 1014, 1015, 1017, 1019, 1020, 1024, 1030 y 1033 y se añaden dos nuevos artículos en la Ley del Notariado, el 67 y el 68, que conforman la Sección 6ª del Capítulo III del nuevo Título VII, bajo la rúbrica “De la formación del inventario”²⁶³.

Con la nueva regulación, no sólo la documentación de la declaración de hacer uso del beneficio de inventario, sino también la documentación de la declaración de hacer uso del derecho de deliberar y la formación del inventario exigido en ambos supuestos se extraen de la sede judicial y se configuran como competencias notariales exclusivas²⁶⁴.

Cuando un heredero es llamado a una herencia es posible que, atendidas las circunstancias personales y patrimoniales concurrentes, no albergue duda alguna sobre su intención, bien de aceptarla bien de repudiarla. Sin embargo, también es posible que las dudas empañen su decisión. El desconocimiento del patrimonio del causante o, incluso, las sospechas fundadas de que se trata de un patrimonio gravado por multitud de obligaciones, sitúan al llamado a una herencia en una posición incierta por la desconfianza que le genera subrogarse sin garantías en la posición jurídica del causante. Para ello, el ordenamiento jurídico no sólo le proporciona la opción de aceptar la herencia a beneficio de inventario con la consiguiente limitación de responsabilidad y separación de patrimonios, sino que aún antes de esta aceptación, puede solicitar la formación de inventario para

²⁶³ Puede verse en cuanto a la regulación del beneficio de inventario en los arts. 67 y 68 LN, OBARRIO MORENO, Juan Alfredo, “La regulación del beneficio de inventario en el Código Civil y el Derecho foral español”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, abril-junio 2015, pp. 230-234.

²⁶⁴ En el anterior intento de reforma, el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 modificaba los arts. 1014 y 1017 del Código Civil también con la finalidad de atribuir al Notariado nuevas competencias en esta materia, si bien se atribuían de forma compartida, bien al Juez competente, bien al Notario donde el finado hubiere tenido su último domicilio en España o donde estuviesen la mayor parte de los bienes. Con la particularidad de que la opción inicial del heredero por la tramitación judicial o extrajudicial del expediente, lo vinculaba para la realización de todas las actuaciones legalmente previstas en sede de beneficio de inventario y de derecho de deliberar. El Proyecto de Ley modificaba, asimismo, el art. 1020 del Código Civil con la finalidad de despojar al Juez de funciones que antes le correspondían sobre la administración o custodia de los bienes hereditarios, atribuyéndolas al Secretario Judicial y que ahora se atribuyen también al Notario. El Proyecto de Ley no modificaba, sin embargo, las referencias que los arts. 1015 y 1019.1 hacían a la intervención del Juez en la formación del inventario. La no reforma del art. 1015 se explicaba porque el Juez era, según aquella regulación, el único habilitado para hacer la *interpellatio* al llamado, fijándole un plazo para ello. Más dudas planteaba la no reforma del art. 1019.1, ya que si el art. 1.014 permitía que el Notario que fuera destinatario de la manifestación del heredero sobre su decisión de utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, practicase todas las actuaciones hereditarias subsiguientes, sería razonable permitir que la declaración del heredero de aceptar o repudiar la herencia, como declaración que culmina el trámite abierto con el derecho de deliberar, pudiera ser hecha mediante un escrito dirigido al mismo Notario. Con la nueva regulación se supera este primer intento de atribuir competencias a los Notarios en esta materia y de una forma más decidida se extraen de la sede judicial y se procede a su atribución en exclusiva al Notariado.

deliberar sobre su decisión de aceptar o repudiar la herencia, decisión que podrá tomar ya con conocimiento fundado de cuál sea la composición exacta del caudal hereditario.

El derecho de deliberar se regula por el Código Civil, única legislación en la que se prevé en nuestro ordenamiento jurídico²⁶⁵, con un carácter y unos efectos distintos de los que tenía en Derecho romano en el que se regulaba vinculado a la *interrogatio in iure* y en el que el silencio del heredero equivalía a la repudiación²⁶⁶. Su poca aplicación práctica quizás se deba al hecho de que requiere las mismas formalidades que el beneficio de inventario, si bien entendemos que si los herederos estuvieren convenientemente informados, y ahora que se trata de actuaciones notariales deberán estarlo por el Notario, el derecho de deliberar puede llegar a ser una institución de gran utilidad. Ante las dudas y vacilaciones del heredero, el Notario debe asesorarle sobre esta posibilidad, antes ejercitable judicialmente, de solicitar, con carácter previo a su decisión y con la finalidad de tomarla de forma fundada, la formación de inventario para deliberar sobre este punto. Incluso, dada la trascendencia de la decisión, creemos conveniente que el Notario haga constar expresamente en la escritura de aceptación de herencia a beneficio de inventario que el heredero ha sido debidamente informado sobre el derecho que le asiste para deliberar²⁶⁷.

Una vez hecha la correspondiente deliberación, el heredero decidirá si repudia la herencia o, por el contrario, si la acepta, y en este último caso si lo hace pura y simplemente o a beneficio de inventario²⁶⁸.

²⁶⁵ Cfr. art. 1010.2 CC. En Cataluña, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, ha suprimido la referencia al derecho de deliberar por su escasa aplicación práctica.

²⁶⁶ El plazo para deliberar lo tenía el heredero pero no podía hacer uso de él de forma voluntaria, sino que el Pretor, para favorecer a los acreedores, les concedió el derecho de interrogar *in iure* al instituido, sobre su voluntad de aceptar o repudiar la herencia. Pero como "hubiera sido contrario a la equidad el apremio a una respuesta inmediata, el magistrado concedía al instituido, a petición suya, un plazo para deliberar (*spatium deliberandi*), de suerte que, si dentro de él no daba su respuesta sobre la adición, se estimaba que repudiaba la herencia". JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho Privado Romano*, Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, Editorial Labor, 1937, parágrafo 212, pp. 472-473. Puede verse en el mismo sentido en cuanto al origen del derecho de deliberar en el Derecho romano a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., pp. 511-513. También en cuanto al origen romano, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Adquisición...", cit., p. 322, quien nos recuerda cómo Justiniano modificó la configuración de la institución a la que puso en relación con el beneficio de inventario que extendió a todo heredero. En esta nueva configuración el *spatium deliberandi* ya no era el mero tiempo en que el heredero examinaba la herencia para tomar una decisión, "sino además un compromiso del heredero que le comporta la eliminación de la facultad de repudiar, cuando calla, y la del beneficio de inventario cuando acepta".

²⁶⁷ En este mismo sentido se manifiesta LLOPIS cuando afirma que "dadas las posibles implicaciones que tiene esa autolimitación [de responsabilidad], será conveniente que quede constancia expresa en el documento de que se ha advertido de la posibilidad de formar inventario y deliberar y que la ha rechazado consiente y libremente, si opta por el heredero por la aceptación a beneficio de inventario directa". LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit.

²⁶⁸ Por su originaria vinculación a la *interrogatio in iure*, la doctrina se ha planteado tradicionalmente, debido a la confusa regulación del derecho de deliberar, si éste era o no compatible con el beneficio de inventario, esto es, si después del plazo para deliberar podía el llamado a la herencia repudiar o aceptar y en

El Código Civil regula conjuntamente y de forma confusa el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, aunque lo cierto es que son instituciones diferentes²⁶⁹. Mientras el derecho de deliberar es una facultad previa a la aceptación y repudiación, que precisamente se ejercita para reflexionar sobre este extremo; el beneficio de inventario opera cuando la herencia ya ha sido aceptada o, al menos, cuando el heredero ha decidido que quiere aceptarla, y tiene como consecuencia la limitación de la responsabilidad del heredero aceptante.

Y a pesar de que, hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, los requisitos formales para efectuar una y otra declaración no eran exactamente los mismos, la razón que lleva al legislador a regularlas conjuntamente es la necesidad de formalizar un inventario para la efectividad y validez de ambas declaraciones, inventario hecho, en uno y otro caso, con las formalidades y dentro de los plazos que se prevén en los artículos 1014 a 1019 del Código Civil.

La formación del inventario es un acto de documentación, con el que se acredita el hecho mismo de su realización, así como que han sido efectuadas las citaciones legalmente previstas. En la escasa utilización de esta figura en la actualidad influye de forma decisiva, a nuestro juicio, la complejidad y los costes y dilaciones que implicaba su tramitación judicial²⁷⁰. La dicción poco clara y confusa del Código Civil ha llevado a admitir casi de forma unánime que la formación del inventario había de ser exclusivamente judicial y lo cierto es que en la práctica notarial, como se ha dejado dicho más arriba, ha resultado infrecuente la formalización de los mismos²⁷¹.

Con la nueva regulación se superan las dudas existentes en atención a la posible formación notarial del inventario, que ahora se configura como actuación de competencia notarial exclusiva. De esta forma quizás se revitalice en un futuro la institución.

este caso hacerlo pura y simplemente o a beneficio de inventario, a diferencia de lo que previó Justiniano. La opinión mayoritaria ha sido la afirmativa, como nos recuerda ROCA-SASTRE. Además, tras la modificación operada en el artículo 1019 del Código Civil por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es el propio art. el que así lo dispone claramente despejando las posibles dudas al respecto. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., p. 512.

²⁶⁹ Ambas instituciones se regulan conjuntamente en la Sección 5ª del Capítulo V del Título III del Libro III, dentro de las disposiciones comunes a las herencias con testamento o sin él.

²⁷⁰ En este sentido, puede verse NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., pp. 202-203; y CAMPO GÜERRI, M.A., "La competencia notarial...", cit., pp. 615-616.

²⁷¹ En otras sedes se ha manifestado con más claridad el legislador. No olvidemos que desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en sede de liquidación de gananciales, donde se plantea un conflicto de características similares o equivalente al de la liquidación del patrimonio hereditario, el art. 1401 CC, mientras no se hayan pagado las deudas de la sociedad, permite al cónyuge no deudor limitar su responsabilidad frente a los acreedores del otro cónyuge, frente a los que responderá únicamente con los bienes que le hayan sido adjudicados y no con sus bienes privativos, siempre que haya formalizado debidamente inventario bien judicial bien extrajudicial.

a) Notario competente

La declaración de hacer uso del beneficio de inventario²⁷² o del derecho de deliberar puede formalizarse ante cualquier Notario, porque realmente en estos casos no estamos ante un acto de jurisdicción voluntaria sino ante la documentación de una voluntad en escritura pública, función propia notarial.

Sin embargo, el artículo 67.1 de la Ley del Notariado sí fija unos criterios de competencia para la formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia por los llamados a ella.

El legislador fija unos criterios idénticos a los que venimos examinando en las demás actuaciones que, mediante la modificación de la Ley del Notariado, la Ley 15/2015, de 2 de julio, ha atribuido a los Notarios en Derecho sucesorio. Será competente el Notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

El Notario habrá de valorar de oficio su competencia recabando para ello la documentación precisa del requirente y así lo hará constar en el acta que autorice. Cabe plantear, ante la posibilidad de que los herederos actúen por separado, qué ocurrirá si son varios los que solicitan la formación del inventario ante distintos Notarios competentes. Aunque la ley claramente separa como actuaciones diferenciadas la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y la formación del inventario, lo cierto, no obstante, es que en la práctica, irán comúnmente unidas y la aceptación de la herencia se hará en un solo acto por todos los llamados a ella. Por esto, entendemos que no será frecuente encontrar que en distintas Notarías se está formando a instancia de diferentes herederos el inventario de la herencia de un mismo causante. Sería útil y conveniente, a fin de evitar en la medida de lo posible estas situaciones, el sistema de comunicaciones del que venimos hablando que, al modo de las comunicaciones practicadas en sede de declaración de herederos, permitiera a los Notarios conocer si se ha iniciado previamente otro expediente de formación de inventario²⁷³. En cualquier caso,

²⁷² Conforme al art. 1012 CC. que conserva su anterior redacción, si el heredero se hallare en país extranjero, podrá hacerse dicha declaración ante el Agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento.

²⁷³ En este sentido puede verse LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit., cuando afirma que para el caso de encontrarnos con varios procedimientos abiertos ante distintos Notarios, "sería conveniente dotarnos, como ocurre con las declaraciones de herederos, de la posibilidad de obtener comunicación colegial de que no se ha comenzado otro expediente de inventario, pero con la particularidad de que, al permitirse la competencia del Distrito colindante, esa comunicación debería ser centralizada para todo el Estado". Entre

somos de la opinión de que iniciado un expediente de formación de inventario, cualquier otro Notario a quien con posterioridad se solicite nuevamente la formación del mismo, siempre que estuviere advertido por el requirente de esta circunstancia, debe rechazar el requerimiento recibido al efecto.

b) Iniciación y trámites principales del expediente

Conforme al artículo 67.2 de la Ley del Notariado, el heredero que solicite la formación de inventario, bien porque ha aceptado la herencia a beneficio de inventario o lo pretende hacer después, bien porque se ha reservado el derecho para deliberar sobre si acepta o repudia, deberá presentar su título de sucesión hereditaria y deberá acreditar al Notario, o bien comprobar éste mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y la existencia de disposiciones testamentarias. Tal como dice el párrafo primero del mismo artículo 67, la formación del inventario que se regula en este expediente es exclusivamente la de aquel que se solicita a los efectos de aceptar o repudiar la herencia por los llamados a ella.

La regulación legal separa como actuaciones distintas la aceptación de la herencia a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar y la formación del inventario, aunque en la práctica y con carácter general, son y seguirán siendo actuaciones desarrolladas de forma simultánea o conjunta²⁷⁴. Lo habitual, por tanto, será que el heredero manifieste al Notario su voluntad de formar el inventario a efectos de proceder a un tiempo, bien a la aceptación de la herencia, bien a la formalización del derecho de deliberar²⁷⁵. No obstante, aun en este caso, entendemos más conveniente desde un punto de vista formal separar la documentación de la voluntad del heredero, bien de aceptar la herencia a beneficio de inventario, bien de hacer uso del derecho de deliberar, mediante la autorización de una escritura pública, conforme al artículo 49 nuevo de la Ley del Notariado, de la formación del inventario, que habrá de formalizarse mediante la autorización de

tanto, sigue diciendo “será prudente recabar al menos manifestación del requirente de que no conoce otros procedimientos abiertos con el mismo objeto ante otro Notario”. Para el caso de el requirente manifieste al Notario que conoce la existencia de otro procedimiento abierto con el mismo objeto ante distinto Notario, entiende que tanto podría interpretarse que en este caso procedería “una suerte de “inhibición” del Notario en favor del que ya lo haya comenzado”, como la interpretación contraria por entender que cada formación de inventario tiene su tramitación independiente, al amparo del art. 6.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Si bien como regla general dispone este último art. que, cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados, también precisa en el párrafo segundo de ese mismo apartado primero, que este régimen será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Secretario judicial, pero, a *contrario sensu*, no a las demás que se les atribuyan de forma exclusiva.

²⁷⁴ Como dice GONZÁLEZ POVEDA, “este acto de documentación suele ser la iniciación del procedimiento de la formación del inventario o la conclusión del mismo y (...) difícilmente en la práctica puede[n] concebirse de modo independiente”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1321.

²⁷⁵ También es posible que el inventario se haya hecho con anterioridad, de manera que en el momento del otorgamiento el heredero presente al Notario un inventario detallado de todos los bienes, derechos y obligaciones que, bajo su responsabilidad y así entendemos que habría de declararlo en la escritura, integran el patrimonio hereditario.

un acta separada en la que el Notario irá dejando constancia de las sucesivas diligencias practicadas. Con el otorgamiento de la escritura no estamos ante un expediente o acto de jurisdicción voluntaria propiamente dicho, sino ante un acto de documentación de la voluntad que constituye función propia notarial. Será con la formalización del inventario cuando se inicia el expediente de jurisdicción voluntaria notarial.

Ahora bien, el heredero no podrá hacer la solicitud al Notario en cualquier tiempo, sino que habrá de respetar los diferentes plazos fijados por la Ley.

Cuando el heredero tenga en su poder la herencia o parte de ella²⁷⁶ y quiera hacer uso del beneficio de inventario o del derecho a deliberar, deberá comunicarlo a Notario competente y solicitarle en el plazo único de treinta días²⁷⁷, contados desde el siguiente a aquel en que supo ser tal heredero, la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere.

Cuando, por el contrario, el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero²⁷⁸, el plazo de treinta días se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero.

Finalmente, no concurriendo ninguna de las circunstancias vistas, si no se hubiere presentado demanda alguna contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar, mientras no transcurran treinta años, plazo para la prescripción de la acción para reclamar la herencia²⁷⁹.

La cuestión que se nos plantea, de indudable trascendencia práctica, es cómo se le va a acreditar al Notario que el heredero o herederos se encuentran en una u otra situación a fin de que aquél, como instructor del expediente, tenga la convicción de que se están cumpliendo los plazos previstos por la Ley. Ante la dificultad de valorar o apreciar con datos objetivos los diferentes supuestos, el Notario, en principio deberá aceptar las manifestaciones que, bajo su responsabilidad, haga el requirente sobre el momento en que ha conocido su condición de heredero y sobre si se encuentra o no en posesión total o parcial de la herencia²⁸⁰. Lo óptimo, no obstante, será que el Notario pueda tener certeza sobre

²⁷⁶ Cfr. art. 1014 CC.

²⁷⁷ El art. 1014 CC, en su anterior redacción, concedía al heredero bien diez días, bien treinta, desde el siguiente a aquel en que supiere ser tal heredero, según residiera en el lugar donde hubiere fallecido el causante de la herencia o residiera fuera.

²⁷⁸ Cfr. art. 1015 CC.

²⁷⁹ Regla general contenida en el art. 1016 CC.

²⁸⁰ Ante la duda, entiende LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit., que el Notario podrá informar al requirente de ciertas circunstancias que determinan que el heredero sea considerado como tal. Así, "si ha

el *dies a quo* en el que comienza, según los casos, el cómputo del plazo.

Analicemos, una vez vistos los plazos previstos en el Código Civil, las diferentes situaciones que pueden concurrir:

- Con carácter general entendemos que, en la gran mayoría de los casos, el heredero se encontrará en poder de la herencia o de parte de ella. En estos casos, deberá manifestar al Notario, además de aquella circunstancia, que no han pasado treinta días desde que conoce ser heredero. A nuestro juicio, “conocer ser heredero”, debe ser tener certeza al respecto. Es posible que un hijo pueda tener el pleno convencimiento de ser heredero de su padre desde el momento mismo del fallecimiento. Sin embargo, tomar en consideración la fecha del fallecimiento supondría, como veremos, en muchos casos, la inviabilidad del inventario por la aplicación simultánea de otros plazos legales al tiempo que transcurren los treinta días del artículo 1014 del Código Civil²⁸¹. No olvidemos que el Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad en el que figura el último testamento otorgado por el causante, no puede solicitarse hasta transcurridos 15 días desde la fecha de la defunción²⁸². Que si de este Certificado resulta que existe testamento, el Notario, desde que se le solicita copia autorizada del mismo, tiene un plazo de cinco días para expedirla²⁸³. Que si del Certificado resulta que el causante falleció intestado²⁸⁴, una vez hecho el requerimiento para la tramitación del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, han de transcurrir, con carácter general, veinte días hábiles para que el Notario pueda declarar formalmente a los herederos²⁸⁵. Por tanto, en estos supuestos, es muy probable que la formación de inventario llegara a ser inviable, como decimos, por haber transcurrido, desde el fallecimiento del causante hasta que tiene el heredero en su poder el título de la sucesión hereditaria, el plazo de treinta días previsto en el

realizado, de alguna forma, aceptación tácita de la herencia, o si tiene en su poder copia del testamento en que se le nombra heredero (restando entonces saber desde cuándo tiene en su poder la copia) o si hay una declaración de herederos en que se le declare como tal”.

²⁸¹ En este sentido entiende LLOPIS BENLLOCH, J.C., “El beneficio...”, cit., que “si entendemos “saberse heredero” como “intuirse heredero”, entonces probablemente sí deberíamos fijar el día del fallecimiento en la mayoría de casos y la posibilidad de que el inventario sea una realidad menguaría considerablemente”.

²⁸² Cfr. art. 5 del Anexo II RN.

²⁸³ Cfr. art. 249.1 RN.

²⁸⁴ En relación a las declaraciones de heredero, entiende LLOPIS que “hay más margen para entender que el heredero puede razonablemente saberse heredero desde que la insta, pues el Código Civil dice lo que dice y fija el orden sucesorio intestado sin posibilidad de duda. Pero, en ese caso, ¿no se “sabría heredero” el hijo desde el día en que comprueba en el Registro de Actos de Última Voluntad que no hay testamento? ¿Para qué esperar al inicio de la declaración?” Sin embargo, concluye el autor que para evitar la inviabilidad del inventario por el transcurso del plazo, “hay que interpretar ampliamente este cómputo de inicio y pensar que sólo cuando el interesado recibe la copia autorizada del último testamento, o cuando se cierra la declaración de herederos, tendremos un momento exacto para computar cuándo uno “se sabe heredero”. LLOPIS BENLLOCH, J.C., “El beneficio...”, cit.

²⁸⁵ Sin perjuicio, como vimos al analizar en expediente de declaración de herederos abintestato regulado en los nuevos arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado, de que pueda ampliarse ese plazo en caso de que hayan de exponerse durante un mes los anuncios correspondientes para el caso de desconocerse la identidad o domicilio de alguno de los llamados a la herencia.

Código Civil. Es por ello por lo que entendemos que el momento inicial para el cómputo del plazo no puede ser el día del fallecimiento del causante en el que, no obstante, muchos herederos pueden ya intuir o sospechar o incluso tener certeza de su condición de tal, sino desde que formalmente se pueda acreditar que lo son al haberse expedido copia autorizada del testamento o del acta de declaración de herederos abintestato. Aun en estos casos, en que se tiene certeza de cuál es el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo, se trata de un plazo excesivamente corto. No ha sido suficiente la unificación que el legislador ha hecho de los plazos de diez y treinta días, respectivamente, que el artículo 1014 en su anterior redacción concedía al heredero según residiera o no en el lugar del fallecimiento del causante. Debía, a nuestro juicio, haberse ampliado el plazo, como hace al respecto el Código civil de Cataluña²⁸⁶.

- Puede ocurrir, por el contrario, que el heredero manifieste al Notario no tener en su poder la herencia ni parte de ella. El Notario, en estos casos, ha de tomar en consideración para el cómputo del plazo de treinta días uno de los *dies a quo* que menciona el artículo 1015 del Código Civil.

El artículo 1015 resulta de difícil aplicación. Este precepto presenta una contradicción interna y el legislador podía haber aprovechado la ocasión para modificar su redacción²⁸⁷. Se dice que en el caso de que heredero no esté en poder de la herencia o parte de ella ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiere fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o, y aquí está la contradicción, desde que la hubiere aceptado o gestionado como heredero.

Nos encontramos con tres momentos diferentes para el inicio del cómputo del plazo: el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiere fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005; el día en que hubiere aceptado la herencia; y finalmente, el día en que la hubiera gestionado como heredero.

En cuanto al supuesto de que se haya procedido previamente a la *interrogatio*

²⁸⁶ En Cataluña, el art. 461-15 CcCat. dispone que el inventario debe tomarse en el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación.

²⁸⁷ La modificación que se hace en este artículo por la Disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria pasa por suprimir la referencia al Juez como autoridad que fija el plazo de la *interpellatio in iure*. GETE-ALONSO CALERA se refiere expresamente a la contradicción existente en la redacción del art. 1015 CC, conforme al cual “cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1.005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero”. Se ha tachado de antinomia el contenido del precepto, dice la autora, “por la contradicción interna que implica el indicar que se trata de un heredero que no posee, ni ha gestionado como tal, para a continuación decir que el término se computa desde la posesión o gestión”. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., “Responsabilidad...”, cit., p. 357.

in iure, el plazo de treinta días que señala el artículo 1014 se cuenta desde que haya finalizado el plazo de otros treinta días naturales que el Notario, conforme a la nueva redacción del artículo 1005 del Código Civil, le haya señalado para manifestar su voluntad de aceptar o repudiar la herencia. En este caso, será más sencillo determinar, sobre todo si la *interpellatio in iure* se ha conocido por el mismo Notario, cuándo ha finalizado el plazo de treinta días naturales fijado notarialmente para aceptar o repudiar la herencia. Tratándose de diferente Notario, la exhibición al Notario que conozca del expediente de formación de inventario del acta en la que se haya requerido el efecto al heredero, permitirá a este último tener constancia fehaciente de cuándo ha concluido el plazo notarial de los treinta días naturales.

En segundo lugar se refiere el artículo 1015 al día en que hubiere el heredero aceptado la herencia, cuando en principio nos dice que el supuesto de hecho es el de que el heredero no tenga en su poder en todo ni en parte dicha herencia. No deja de sorprender la contradicción en la que entra el artículo al fijar este *dies a quo*. Porque si la herencia ha sido aceptada expresamente, entendemos sin lugar a dudas que el heredero está en posesión de ella pues ya ha adquirido la cualidad de tal. Y, por tanto, el artículo que se aplicará no es el 1015, ya que se está fijando como *dies a quo* una circunstancia que determina que el heredero se sitúe en el supuesto de hecho del artículo 1014 que, a nuestro juicio, sería el aplicable.

En caso de no haberla aceptado expresamente, habrá de manifestar si lo ha hecho tácitamente. A estos efectos, entendemos que el Notario deberá informar al heredero o herederos requirentes qué actuaciones sobre los bienes de la herencia tienen legalmente la consideración de aceptación tácita²⁸⁸. Y si se concluye que hubo aceptación tácita, al igual que en el caso de la aceptación expresa, el heredero habrá entrado en poder de la herencia y será de aplicación el artículo 1014.

Finalmente, se refiere el artículo 1015 al día en que hubiere gestionado la herencia como heredero. Supuesto en el que se hace más patente la contradicción interna del precepto y la confusión con que está redactado, por la propia terminología empleada, ya que si el supuesto de hecho es que el heredero “no haya practicado gestión alguna” como tal, el cómputo del plazo no puede iniciarse desde que la “hubiere gestionado como heredero”.

En cualquier caso, por tratarse esta gestión de un supuesto asimilable a la aceptación tácita, en estos casos también entenderíamos que el heredero ha entrado en poder de la herencia y en consecuencia entraría en juego nuevamente el artículo 1014 del Código Civil.

Únicamente en el caso de que los actos de gestión realizados por el heredero

²⁸⁸ Cfr. arts. 999 y 1000 CC, art. 461-5 CcCat. y art. 350 CDFa.

sean meros actos de conservación, vigilancia o administración de la herencia con los que el heredero no tome el título o la cualidad de tal²⁸⁹ y por tanto no impliquen entrar en poder de la misma, podría aplicarse el artículo 1015 y los treinta días se contarían desde estos actos de gestión.

- A modo de conclusión se puede afirmar que, si el heredero no tiene en su poder todos o parte de los bienes de la herencia, ni ha sido interpelado para aceptar o repudiar la herencia, ni la ha gestionado sin tomar la cualidad de heredero, ni se ha presentado ninguna demanda contra él, tiene un plazo de treinta años, conforme al artículo 1016 del Código Civil para aceptar la herencia a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar. En todos los demás supuestos, dispone de escueto plazo de treinta días computado como acabamos de ver.

El plazo de treinta días es sólo para manifestar al Notario su voluntad de hacer uso del beneficio de inventario y solicitar su formación y la citación de acreedores y legatarios²⁹⁰. Pero no es necesario hacer las citaciones ni comenzar el inventario en ese plazo de treinta días.

Una vez aceptado el requerimiento hecho en plazo, el Notario deberá citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniera, a presenciar el inventario. Ante la ausencia de plazo fijado al efecto, no queda más que apelar al buen criterio del Notario que habrá de proceder a las citaciones con la máxima agilidad y diligencia, gozando de un amplio margen de decisión al respecto.

El heredero, al solicitar junto a la formación del inventario la citación de los acreedores y legatarios, deberá proporcionar al Notario, siéndole posible, los datos necesarios para identificar y localizar a los acreedores y legatarios que le sean conocidos.

La existencia de los legatarios resulta del testamento, pero es posible que el heredero desconozca tanto sus datos personales como su domicilio.

Es asimismo probable que la existencia de los acreedores sea incierta para el heredero. No obstante, deberá hacer saber al Notario, si así fuere, que tiene dudas fundadas sobre la existencia de posibles acreedores del causante. En este caso entendemos que, sin extralimitarse de su función, el Notario, atendida la fiabilidad y trascendencia de la información proporcionada por el heredero, podría hacer las indagaciones precisas a fin de confirmar si efectivamente existe o no pasivo hereditario.

²⁸⁹ Cfr. art. 999.4 CC y art. 350.2 CDFA.

²⁹⁰ Aunque la nueva redacción del art. 1014 ha suprimido la expresión “a la vez” referida a hacer a un tiempo la petición de formación de inventario y citación a los acreedores y legatarios, lo cierto es que con la nueva redacción, pedir “la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios”, entendemos que ambas solicitudes han de hacerse dentro del referido plazo de treinta días.

Cuando en otro caso, en el curso del expediente aparezcan acreedores cuya existencia se desconocía al hacer la citación, habrá de procederse a citarlos tan pronto se tenga constancia de los mismos²⁹¹.

En cuanto a la forma de las citaciones, ante la falta de previsión expresa, entendemos que habrán de hacerse en cualquiera de las formas reglamentariamente previstas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 18 de Febrero de 2013²⁹², antes referida, manifestó que esa citación no era un acta de notificación al uso y que, por tanto, no podían aplicarse sus reglas en sentido estricto. Con el argumento de que en ningún momento el Código Civil exigía que la notificación fuese fehaciente, el Centro Directivo entendió como medio adecuado el burofax, por reunir las formalidades y garantías suficientes para entender cumplido el preceptivo trámite en un inventario notarial. Sin embargo, esta resolución se refería a la citación de los acreedores y legatarios en el curso de un inventario notarial cuando la formación de éste ante Notario no estaba prevista legalmente y las dudas al respecto eran importantes y fundadas.

Tras la nueva regulación introducida en la Ley del Notariado, la situación a nuestro juicio ha cambiado sustancialmente. Ante una previsión de citación impuesta al Notario tanto por el Código Civil como por la Ley del Notariado no entendemos que haya otra forma válida de hacerlo, a falta de regulación expresa, que cualquiera de las previstas en la normativa notarial²⁹³. Las distintas citaciones se harán constar en el acta por diligencias separadas²⁹⁴.

El Notario citará por tanto a los acreedores y legatarios conocidos bien enviando a los destinatarios cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo, bien, siempre que no se utilice el procedimiento anterior, personándose en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deban practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de

²⁹¹ Entiende LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit., que "por ello quizás sea conveniente, en el requerimiento inicial, autorizar al Notario para que comunique, en los mismos términos que a los acreedores iniciales, a los que posteriormente puedan aparecer".

²⁹² LA LEY 21802/2013.

²⁹³ En sentido contrario se manifiesta LLOPIS, quien insiste en el tenor literal de los artículos que se refieren a la "citación" y no hablan de "notificación y requerimiento" por lo que no será necesario, a su juicio, aplicar las normas de estas últimas previstas reglamentariamente; a este respecto afirma que "en cuanto a la competencia (...) no hay que aplicar las normas del Reglamento Notarial sobre actas de notificación y requerimiento, y por tanto, no hay que entrar a valorar siquiera si el Notario puede o no citar a personas con domicilio fuera de su Distrito. La respuesta debe ser positiva. Otra consecuencia es que la citación no requerirá que se intente la vía personal si no se recibe la carta y que el citado no tendrá reconocido derecho a contestar". LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit.

²⁹⁴ Entiende LLOPIS que será posible que el Notario, "en función del número y complejidad de las notificaciones, y siempre con consentimiento del requirente, opte por practicar actas de citación separadas". LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit.

Notario y el objeto de su presencia²⁹⁵.

Al citar a los acreedores y a los legatarios se les informará de que en la Notaría se está procediendo a la formación del inventario en la herencia del causante en cuestión y se les informará asimismo de que pueden acudir a presenciarlo si les conviniera. No se prevé el plazo que tienen los acreedores y legatarios para concurrir, entendemos que podrán hacerlo mientras el Notario procede a la formación del inventario y en tanto no concluya el expediente. Ahora bien, sí resulta aplicable, a nuestro juicio, el plazo de dos días hábiles siguientes a aquel en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal, previsto en el artículo 204 del Reglamento Notarial, a efectos de que contesten sobre si desean o no concurrir al expediente.

Si se ignorase la identidad o domicilio de cualquiera de ellos, conforme al artículo 67.3 de la Ley del Notariado, el Notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación además de los anteriores, no en sustitución de los mismos. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes.

A diferencia de la regulación contenida en el Código Civil, el artículo 461-15.5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dispone que para tomar el inventario, no es preciso citar a ninguna persona, pero pueden intervenir los acreedores del causante y demás interesados en la herencia.

Una vez solicitada en plazo la toma del inventario y citados, en su caso, acreedores y legatarios, debe comenzar la formación del mismo.

Conforme al artículo 68.1 de la Ley del Notariado y 1017.1 del Código Civil, el inventario comenzará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios. Y deberá concluir dentro de los sesenta días siguientes a contar desde su comienzo. Sin embargo, si por justa causa se considerase insuficiente el plazo de sesenta días, podrá el Notario prorrogar el mismo hasta el máximo de un año. Se le concede como vemos al Notario la facultad para prorrogar el plazo del inventario por justa causa. En el mismo sentido se expresa el artículo 1017 del Código Civil que, sin perjuicio de que el Notario pueda apreciar otra justa causa, menciona como tal el hecho de que los bienes se hallen a larga distancia o que sean muy cuantiosos.

²⁹⁵ Cfr. art. 202 RN.

La apreciación de la justa causa por el Notario, sin que existan causas tasadas al efecto, entendemos que supone una judicialización de su actuación. Excediéndose a nuestro juicio de su función propia, el Notario habrá de apreciar la justicia de la causa y decidir de forma discrecional si concede prórroga y por cuánto tiempo, con el límite máximo de un año. Por ello, consideramos que hubiera sido más conveniente que el legislador hubiese concedido un plazo general y único, improrrogable, para la solicitud y la formación del inventario, tal como hace en Cataluña la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Frente a todos estos plazos previstos en el Código Civil, el artículo 461-15.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, manifiesta de forma clara y concisa que el inventario debe tomarse en el plazo improrrogable de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación. Se unifican en Derecho catalán el plazo para solicitar la formación de inventario y los plazos para comenzar y finalizar el mismo. Constatamos una vez más, cómo la Ley del Notariado en su reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, toma en consideración exclusivamente el régimen general contenido en el Código Civil.

Conforme al artículo 1018 del Código Civil, si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente. En el mismo sentido, aunque sin apreciación de culpas, el artículo 461-17 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dispone que si el heredero no toma el inventario en el tiempo y la forma establecidos, se entiende que acepta la herencia de forma pura y simple.

Para la formación del inventario, el heredero habrá de proporcionarle al Notario los datos necesarios a fin de que todos los bienes, derechos y deudas de la herencia queden perfectamente identificados. No obstante, aunque la obligación de facilitar los datos necesarios para la formación del inventario la tiene el heredero, entendemos que el Notario también podrá colaborar con el heredero para la obtención de la documentación precisa, accediendo a las bases del Catastro o solicitando del Registro de la Propiedad las certificaciones pertinentes. A este respecto, en relación con los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, dice el artículo 68.2 de la Ley del Notariado que se aportarán o se obtendrán por el Notario certificaciones de dominio y cargas.

En cuanto al contenido del inventario, según el mismo párrafo segundo del artículo 68, contendrá una relación de los bienes del causante, así como las

escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren²⁹⁶, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, como acabamos de ver, se aportarán o se obtendrán por el Notario certificaciones de dominio y cargas²⁹⁷. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada.

Aunque no lo dice con claridad el artículo 68 de la Ley del Notariado, consideramos conveniente que los bienes y derechos que conformen el inventario sean valorados por los interesados²⁹⁸. Si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el Notario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 50 esta Ley del Notariado.

El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibándose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación²⁹⁹.

El inventario debe comprender por tanto todos los bienes y derechos que integran el activo hereditario, así como también todas las deudas u obligaciones que conformen el pasivo, de modo que resulte completo y quede reflejado en él con exactitud cuál sea el patrimonio del causante. Si el heredero a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia, perderá el beneficio de inventario³⁰⁰.

El artículo 1020 del Código Civil permite al Notario, siempre que se trate de actuaciones notariales, lo que antes le correspondía al Juez, esto es, adoptar a instancia de parte interesada, que puede ser el requirente, otro heredero no requirente, un acreedor o un legatario, las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia³⁰¹.

²⁹⁶ ¿Papeles de importancia? Sorprende, a nuestro juicio, esta coloquial y poco técnica expresión empleada por el legislador carente de todo rigor jurídico y heredada del art. 794 LEC 2000, que regula la formación del inventario dentro del procedimiento de división judicial de la herencia.

²⁹⁷ Como entiende LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit., esta es "una vía para saber, si no se ha podido saber antes, si hay en curso otra tramitación de expediente de inventario abierta".

²⁹⁸ Dispone al contrario el art. 461-15.3 CcCat., que en el inventario deben reseñarse los bienes relictos, sin necesidad de valorarlos.

²⁹⁹ Cfr. art. 68.3 LN.

³⁰⁰ Cfr. art. 1024.1 CC.

³⁰¹ En relación con estas medidas, opina LLOPIS que "las medidas de administración serán las que el propio interesado solicite, y podrán realizarse notarialmente siempre que sean materia de actuación notarial, como

c) Resolución del expediente

Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. En este expediente, entendemos que caben dos posibilidades.

En primer lugar, puede autorizarse una única acta de formación y protocolización del inventario en la que se haga constar el requerimiento inicial; la referencia a la declaración hecha previamente en escritura pública de que el heredero acepta la herencia a beneficio de inventario o de que quiere hacer uso del derecho de deliberar, en su caso; se acredite el cumplimiento de los diferentes plazos legalmente previstos, según se esté en el supuesto de los artículos 1014, 1015 o 1016 del Código Civil o en el supuesto del artículo 461-15.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; se hagan constar, asimismo, las sucesivas diligencias practicadas, en especial la citación de cada uno de los acreedores y legatarios y la aportación de los diferentes documentos; y, finalmente, se cierre el acta con la formación y protocolización del inventario.

En segundo lugar, sobre todo para aquellos supuestos en que, por ignorarse la identidad o el domicilio de algún interesado, hayan de publicarse anuncios que dilaten la conclusión del expediente, quizás la tramitación revista mayor claridad documental si se autorizan dos documentos: una primera acta donde se contenga el requerimiento inicial y una segunda donde se contengan el resto de las actuaciones.

Una vez cerrada el acta deberá ponerse en conocimiento del heredero requirente, sobre todo cuando la formación del inventario la haya solicitado el heredero para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia. Y es que en este supuesto, conforme al artículo 1019 del Código Civil, el heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar deberá manifestar al Notario, dentro de treinta días contados desde el siguiente a aquel en que se hubiese concluido el inventario, si repudia o acepta la herencia y si hace uso o no del beneficio de inventario. Estas manifestaciones requerirán el otorgamiento de una nueva escritura pública y no podrán constar en el acta de formalización del inventario.

En este supuesto entendemos que en la escritura inicial en la que el heredero declare que se reserva el derecho a deliberar, deberá advertírsele que dispone del referido plazo para manifestar su decisión sobre la aceptación o repudiación de la herencia y que transcurrido el mismo sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

Si manifiesta que renuncia a la herencia, conforme al artículo 1022 del Código

por ejemplo un depósito de dinero, objetos preciosos, etc. Este trámite se sustanciará como instrumento separado y sometido a las reglas de los depósitos notariales". LLOPIS BENLLOCH, J.C., "El beneficio...", cit.

Civil, el inventario hecho por el heredero aprovechará a los sustitutos y a los herederos abintestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1.019 se contarán desde el siguiente a aquel en que tuvieron conocimiento de la repudiación.

En el caso de que acepte la herencia a beneficio de inventario, el heredero, o cualquier otra persona designada al efecto, asumirá la administración transitoria del caudal hereditario y procederá a su liquidación pagando a los acreedores y haciendo entrega de los legados³⁰² conforme a los artículos 1025 a 1029 del Código Civil³⁰³. En este punto también se atribuyen nuevas funciones al Notario ya que, conforme al artículo 1030 del Código Civil, cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios³⁰⁴, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, de manera que si se trata de valores negociables que coticen en un mercado secundario, se podrá disponer de ellos a través de la enajenación en dicho mercado; y tratándose de los demás bienes, mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa. Estas actuaciones de liquidación de la herencia posteriores al cierre del acta donde se ha formalizado el inventario, quedan desligadas de la misma por lo que se formalizarán de forma independiente mediante el documento que corresponda, bien escritura pública de venta o dación en pago, por ejemplo, bien acta de subasta, según los casos.

Quedarán a salvo, en todo caso, como en los demás expedientes de esta llamada jurisdicción voluntaria notarial, los derechos de terceros³⁰⁵, entendiéndose por tales los acreedores y legatarios que no hayan sido citados a presenciar el inventario, e incluso alguno de los coherederos a los que la ley no obliga a citar.

³⁰² Conforme al art. 1025 CC, los legatarios no podrán demandar el pago de sus legados durante la formación del inventario y el término para deliberar.

³⁰³ En palabras de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, "[s]e trata de una verdadera administración, que comporta funciones, facultades y deberes de conservación y defensa de los bienes, pero siempre con la finalidad fundamental de liquidación patrimonial". ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., p. 508.

El Código Civil regula esta materia en los arts. 1025 a 1033. En el art. 1028 prevé como resolver la prelación entre los créditos existentes y en el art. 1029 contempla la posibilidad de que concurran acreedores después de pagados los legados en cuyo caso sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles. Finalmente, cfr. art. 1033 CC, los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. A excepción de aquellos gastos imputables al heredero que hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de los gastos causados para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia.

³⁰⁴ Si no se respeta lo dispuesto en este art. 1024 y antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización, el heredero perderá el beneficio de inventario.

³⁰⁵ Cfr. art. 68.4 LN.

En la regulación de la formación notarial del inventario no se refiere el legislador en ningún momento, como sí hace en otros expedientes analizados anteriormente, a la posibilidad de que pueda estar interesado algún menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Entendemos que, como en el resto de los casos, de existir un menor, o mayor con capacidad modificada, no representado legalmente entre los herederos o los acreedores o legatarios que deban ser citados por el Notario, éste habrá de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 793.5 Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000 para la formación judicial del inventario en el caso de la intervención judicial del caudal hereditario.

De conformidad con la Disposición final decimonovena de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, este es uno de los expedientes en los que, por haberse atribuido su competencia de forma exclusiva al Notariado, puede solicitarse del Colegio Notarial que se reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita en lo referente a la reducción de aranceles, gratuidad de publicaciones y, en su caso, intervención de peritos.

En la nueva regulación contenida en la Ley del Notariado, sólo se prevé la formación notarial del inventario a efectos de aceptar la herencia a beneficio de inventario o de hacer uso del derecho de deliberar, siempre en relación con la regulación de la materia en el Código Civil, también modificado al efecto. No se prevé la aplicación de esta regulación para otros inventarios regulados en el Código Civil, como el que el artículo 977 exige, en sede de reserva viudal, hacer al viudo que repite matrimonio de todos los bienes sujetos a reserva.

Tampoco se contiene norma ni referencia alguna a los inventarios que las legislaciones civiles propias de determinadas Comunidades Autónomas han ido reconociendo en diversas sedes dentro del ámbito sucesorio. Inventarios que analizaremos en un epígrafe posterior y que, en la mayor parte de los casos, pueden formalizarse tanto notarial como judicialmente. En el primer caso, se practicarán ajustándose a lo dispuesto en la norma sustantiva de referencia; para el caso de su tramitación judicial, se acudirá para su formación a lo dispuesto en los artículos 793 y 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que regulan la formación del inventario en los supuestos de intervención judicial de la herencia.

3.- ACTOS, ANTES JUDICIALES, ATRIBUIDOS AHORA A LOS NOTARIOS ¿CONSTITUYEN O NO VERDADERA FUNCIÓN NOTARIAL?

3.1.- Fijación del plazo para aceptar o repudiar la herencia: la *interpellatio in iure*

Como regla general, puede afirmarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, la herencia puede ser aceptada por el heredero en cualquier momento, siempre que no haya prescrito la acción de petición de herencia, cuyo plazo es el de 30 años desde la muerte del causante³⁰⁶. Ahora bien, si el heredero guarda silencio sobre su voluntad de aceptar o repudiar la herencia, los interesados pueden instarle para que acepte o repudie.

Esta interpelación ha sido tradicionalmente judicial en el sistema del Código Civil. Con origen en el Derecho romano³⁰⁷ de donde pasó a las Partidas y de ahí al Código Civil y a otras legislaciones civiles territoriales, la institución conocida como *interpellatio* o *interrogatio in iure* está considerada como un acto de jurisdicción voluntaria que, no obstante, ha carecido de regulación específica propia en la legislación procesal.

El objeto del procedimiento, de carácter innominado, no era otro que fijar un plazo al heredero para que manifestase su voluntad de aceptar o repudiar la herencia, siendo sus trámites esenciales la solicitud del tercer interesado, la audiencia del heredero y, finalmente, la fijación discrecional de un plazo por el Juez y la notificación del mismo al heredero, momento a partir del cual comenzaba el cómputo del plazo fijado para aceptar o repudiar.

En el marco de la desjudicialización pretendida con la nueva regulación de la Jurisdicción Voluntaria, el legislador reforma el régimen de la *interrogatio in iure*

³⁰⁶ Cfr. art. 1016 CC. Como es sabido, en palabras de GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Adquisición...", cit., p. 298, "en el Código Civil, la falta de mención expresa de un plazo de prescripción determinado para aceptar o repudiar la herencia ha propiciado que la doctrina, de la interpretación sistemática de los preceptos y de las remisiones entre ellos, llegue a consensuar uno. El plazo que tiene la persona llamada a la herencia para aceptar o repudiar es el mismo que tiene la acción de petición de herencia, que es de treinta años". El art. 461-12.1 CcCat. sí recoge expresamente que el derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia caduca a los treinta años de la muerte del causante.

³⁰⁷ Ya en Derecho romano clásico y justiniano se arbitra una "institución de índole procesal mediante la que, a través de la fijación de un plazo judicial, se obligaba al heredero a pronunciarse sobre la aceptación o repudiación de la herencia". En la originaria acción, una vez fijado el plazo por el Juez, el silencio del heredero comportaba la repudiación de la herencia (Digesto, 29, 2, 69). En el Derecho romano justiniano se modificó este criterio y se entendió que cuando el heredero callaba, la herencia se entendía aceptada pura y simplemente (Codex, 6, 30, 22 14). En la actualidad se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico y con regulaciones que no son exactamente coincidentes porque en unos casos se sigue el sistema romano clásico y en otros el del derecho justiniano. Puede verse en este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Adquisición...", cit., pp. 299-300.

para configurar esta actuación como competencia notarial exclusiva.

Si bien, cabe precisar que el régimen de la *interrogatio in iure* que se ha modificado es el regulado en el artículo 1005 del Código Civil que ha recibido nueva redacción por la Disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. En las demás legislaciones civiles autonómicas que regulan la *interrogatio in iure*, continúa esta actuación, con la excepción de Navarra que admite tanto el requerimiento judicial como el extrajudicial, como una competencia del Juez³⁰⁸. A diferencia de lo que ocurre con el resto de expedientes que se asignan a los Notarios, en este caso al igual que en sede de repudiación hereditaria, el nuevo Título VII de la Ley del Notariado no hace mención al mismo. Por ello, sin la cobertura de esta Ley, dictada por el Estado al amparo de la competencia exclusiva que le reconoce el artículo 149.1.8ª de la Constitución española, no podemos entender aplicable el nuevo régimen del artículo 1005 del Código Civil a aquellos territorios con Derecho civil propio en los que, de momento y a la espera de lo que los legisladores autonómicos puedan disponer, la *interrogatio in iure* continuará siendo un expediente judicial tramitado conforme a las reglas del nuevo procedimiento general de la Jurisdicción Voluntaria. Se planteará, no obstante, al igual que vimos en el supuesto de la repudiación, el problema de determinar cuál sea el Juzgado competente al efecto.

Conforme a este artículo 1005 del Código Civil y siempre que hayan

³⁰⁸ La CDCFN sigue, en la ley 315, un sistema similar al del CC Con un plazo de treinta días dentro del cual el heredero habrá de aceptar o repudiar la herencia. El requerimiento puede ser judicial o extrajudicial y admite que el Juez, a instancia del heredero, pueda prorrogar el plazo a su prudente arbitrio. Al igual que en el art. 1005, transcurrido el plazo sin que el heredero renunciare, la herencia se entenderá adquirida definitivamente. La ley 321 aplica a la adquisición de los legados lo dispuesto para la herencia en la ley 315.

En Cataluña, el art. 461-12 CcCat, prevé que, una vez transcurrido un mes desde la delación a favor del heredero, los interesados en la sucesión puedan solicitar la fijación judicial de un plazo que no exceda de dos meses, sesenta días naturales decía el Código de Sucesiones, para que el llamado manifieste si acepta o renuncia; y una vez vencido el plazo fijado por el Juez sin que el llamado haya aceptado la herencia en escritura pública o ante el Juez, se entiende que la repudia, salvo que sea un menor de edad o un incapaz, en cuyo caso se entiende que la acepta a beneficio de inventario. Los arts. 427-16.7 y 427-22.5 aplican a la adquisición de los legados lo dispuesto para la herencia en el art. 461-12.

El CDFA dispone en su art. 348 que, transcurridos treinta días desde que se haya producido la delación, cualquier tercero interesado podrá solicitar al Juez que señale al llamado un plazo, que no podrá exceder de sesenta días, para que manifieste si acepta o repudia la herencia. El Juez apercibirá al llamado de que, si transcurrido el plazo señalado no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar, se tendrá la herencia por aceptada.

Finalmente, la LDCV regula en su art. 143 la interpelación a los herederos en un supuesto muy especial, en sede de disolución del régimen de comunicación de bienes, de aceptación de herencias por los sucesores a instancia del cónyuge viudo. Conforme a este artículo, el cónyuge viudo, cuando el matrimonio se haya disuelto con hijos o descendientes, podrá instar judicialmente a los sucesores del fallecido a que acepten cualquier herencia en que éste estuviera interesado. Transcurrido el plazo señalado por el Juez, que no excederá de treinta días, sin que manifiesten su voluntad de aceptar la herencia, o cuando repudien la misma, podrá dicho cónyuge aceptarla a beneficio de inventario. El supuesto de hecho es diferente, porque no se trata de que a instancia de un interesado se fije un plazo al heredero para que acepte o repudie, sino que un potencial heredero, el cónyuge viudo, insta al Juez para que fije un plazo a los herederos llamados en primer lugar, los hijos y descendientes, de modo que si transcurrido este plazo, que tampoco podrá exceder de treinta días, no manifiestan su voluntad de aceptar o la repudian expresamente, podrá el cónyuge aceptarla, pero a beneficio de inventario.

trascurrido nueve días desde la muerte de aquel de cuya herencia se trate³⁰⁹, “[c]ualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comuniquen al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente”.

En el régimen anterior, el plazo que debía señalarse al heredero no podía pasar de treinta días, por lo que el Juez podía decidir discrecionalmente en atención a las circunstancias del caso qué término señalar, siempre con el límite máximo de treinta días³¹⁰.

La configuración del plazo en la nueva regulación es la de un plazo fijo de treinta días naturales improrrogables. De esta forma, se evitan los inconvenientes que, para su encaje en la función notarial, tendría la discrecionalidad que implica fijar un plazo atendidas las circunstancias del caso concreto. El Notario se limita, más acorde con su función propia, a comunicar al heredero que tiene ese plazo para manifestar si acepta o repudia la herencia³¹¹. Por ello, tal como se ha conformado esta nueva actuación notarial, consideramos que puede ser asumida por el Notariado sin disfunción alguna.

Para el desempeño de esta nueva función notarial serán de aplicación las reglas generales de competencia notarial, pudiendo el interesado en la herencia acudir a cualquier Notario para que requiera al heredero a los efectos de aceptar o repudiar la herencia³¹².

La *interpellatio in iure* puede solicitarse por cualquier persona que tenga interés en que el heredero acepte o repudie la herencia. Y este tercer interesado puede ser todo aquel que crea tener derecho a la herencia, como los coherederos, sustitutos, los legatarios y los posibles herederos abintestato, así como los

³⁰⁹ Cfr. art. 1004 CC.

³¹⁰ En palabras de RIVAS MARTÍNEZ en referencia al régimen anterior en que la *interrogatio in iure* era judicial, “la determinación del plazo, dentro del máximo de treinta días, corresponde discrecionalmente al Juez, que equitativamente puede tener en cuenta el tiempo transcurrido desde la apertura de la sucesión, la urgencia de la reclamación, la importancia del caudal hereditario y cualquier otra circunstancia especial del heredero, de la herencia o del derecho del que solicite la *interpellatio*”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo III, cit., p. 2503.

³¹¹ En este sentido, NIETO SÁNCHEZ afirmaba en relación a la asignación a los Notarios de esta competencia de la *interrogatio in iure* que “desde la perspectiva notarial cualquier dificultad dimanante de este plazo se obviaría señalando el máximo, tanto más cuanto la mayoría de la doctrina considera que no cabe prorrogarlo porque el Código no lo prevé”. NIETO SÁNCHEZ, J., “Competencia notarial...”, cit., pp. 202.

³¹² Hasta el día 23 de julio de 2015, por tratarse de cuestiones hereditarias, era competente, conforme al art. 52.4 LEC 2000, el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

acreedores del causante y los del heredero³¹³.

El requirente habrá de acreditar al Notario su interés legítimo en que la herencia tenga un titular, tratando de superar la incertidumbre que genera el silencio de los herederos al respecto para aquellas personas que necesitan de la aceptación de la herencia para hacer valer algún derecho sobre ella, evitando en consecuencia que se prolongue en el tiempo el estado de herencia yacente. A estos efectos, el tercer interesado podrá aportar como prueba documental el testamento, el acta de la declaración de herederos abintestato, el título de crédito o cualquier otro título previo que requiera de la aceptación o repudiación de la herencia para su plena efectividad. Si le surgiera alguna duda al Notario, consideramos que podrían practicarse las demás pruebas que estime oportunas, documentales o testificales, con citación incluso de otro heredero, legatario o acreedor, según los casos.

Asimismo, al Notario habrá de acreditársele el fallecimiento del testador, no sólo para constatar que se ha producido la delación a favor del heredero, sino también para cerciorarse de que han transcurrido al menos los nueve días a que se refiere el artículo 1004 del Código Civil.

Finalmente, el requirente habría de acreditar al Notario que el heredero a quien va a dirigir la comunicación, lo es realmente, aportando al efecto bien el testamento, bien el acta de declaración de herederos abintestato en los que se le nombre o declare formalmente como tal.

Una vez le quede al Notario acreditado el interés del requirente, el fallecimiento del causante de cuya herencia se trate y la cualidad de heredero del destinatario de la *interpellatio*, procederá sin más dilación a efectuar la correspondiente comunicación. Esta comunicación deberá formalizarse mediante un acta de notificación y requerimiento³¹⁴.

El acta, tras el juicio del Notario de que el requirente tiene interés legítimo, habrá de comprender el requerimiento, esto es, la intimación al heredero requerido para que adopte una determinada conducta, que podrá ser bien aceptar la herencia, ya sea pura y simplemente, ya a beneficio de inventario o bien repudiarla. A continuación, contendrá la diligencia de notificación en la que se le comunicará al heredero que tiene un plazo máximo de treinta días naturales para manifestar su voluntad y se le advertirá de que en caso de no contestar dentro de ese plazo se tendrá la herencia por aceptada con el carácter de pura y simple. En la diligencia se dejará constancia de la manera en que se haya producido la

³¹³ En este sentido puede verse ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo III, cit., p. 474. En el mismo sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo III, cit. p. 2503. El art. 461-12.2 CcCat. se refiere expresamente a los acreedores de la herencia o del llamado como interesados en la *interpellatio*.

³¹⁴ Cfr. arts. 202 a 206 RN.

notificación y, en su caso, la identidad de la persona con la que se haya entendido la misma.

La notificación y el requerimiento la hará el Notario en cualquiera de las formas reglamentariamente previstas, esto es, bien personalmente³¹⁵, bien enviando al destinatario la cédula, copia o carta en la que conste el texto literal de la notificación y el requerimiento por correo certificado con aviso de recibo o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega.

Aunque el artículo 204 del Reglamento Notarial dispone en su párrafo segundo que la contestación deberá hacerse de una sola vez, bajo la firma del que contesta, y en el plazo improrrogable de los dos días hábiles siguientes a aquel en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal, en este caso no se aplica el referido plazo que, tal como resulta del artículo 206.1 del mismo Reglamento notarial, será de aplicación supletoria por existir una regulación legal específica al respecto que prevé un plazo más amplio, de modo que, como hemos visto, el heredero requerido tendrá el plazo de treinta días naturales para contestar al requerimiento.

Finalmente, se hará constar bien la diligencia de contestación con la decisión manifestada por el heredero, aceptando la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario o repudiándola, bien la diligencia de cierre, en el caso de no haber manifestado nada, supuesto en que la herencia se entiende aceptada pura y simplemente.

3.2.- Expedientes relativos a los albaceas

En nuestro ordenamiento jurídico, de tradición latina³¹⁶, el albacea es la

³¹⁵ En este caso, conforme al art. 202 RN, el Notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deban practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia. De no hallarse presente el requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo. La diligencia se cumplimentará mediante entrega de cédula que, suscrita por el Notario con media firma al menos, contendrá el texto literal de la notificación o el requerimiento y expresará el derecho de contestación del destinatario y su plazo. Si la diligencia se entendiera con persona distinta del destinatario, la cédula deberá entregarse en sobre cerrado en el que se hará constar la identidad del Notario y el domicilio de la Notaría. El notario advertirá, en todo caso, al receptor de la obligación de hacer llegar a poder del destinatario el documento que le entrega, consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que recibiere.

³¹⁶ La figura del albacea no es una institución de origen romano, aun más se trata de una institución contraria a los principios del Derecho romano sobre la ejecución testamentaria que se encomienda al heredero. Por ello, a pesar de que formalmente algunos testamentos en Roma contenían referencias al ejecutor testamentario, lo cierto es que este *executor* no obtuvo reconocimiento legal hasta más tarde, gracias fundamentalmente a la influencia de la Iglesia, en el Derecho canónico. De acuerdo con este origen eclesial, en Derecho español antiguo la figura del albacea estaba especialmente dirigida a la ejecución de las disposiciones piadosas o a favor del alma hechas por el testador. Nos recuerda CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., p. 339, cómo era la intervención que se daba a la Iglesia en la materia, "autorizándola para fiscalizar y sustituir los albaceas nombrados por el testador y otorgando a los Obispos cierto carácter de

persona designada por el testador para llevar a cabo la ejecución de las disposiciones de última voluntad contenidas en su testamento³¹⁷. El albacea puede ser universal o particular, según tenga encomendadas las más amplias facultades para la absoluta consecución de aquella ejecución desde la muerte del testador hasta la completa adjudicación de los bienes, o bien únicamente aquellas que el testador le confiera de forma expresa para poder cumplir un encargo determinado o ejecutar disposiciones testamentarias concretas³¹⁸.

Se trata de un cargo privado testamentario, voluntario, temporal y gratuito, sin perjuicio de que el testador pueda señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente y, sin perjuicio también, del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos que pueda realizar, por ejemplo, como Abogado o perito en alguna materia. Finalmente

albaceas legítimos para velar por la ejecución de los legados piadosos". Y aún más, como añade COBAS COBIELLA, "la influencia de las ideas nuevas del cristianismo comienza a generar una tendencia a que parte de las herencias se destinen a los conventos o a las iglesias en vinculación con el creciente desarrollo de la jurisdicción eclesiástica, a lo que se une la estrecha interrelación entre el testamento y la confesión en esta etapa, así como la poca seguridad del testamento, lo cual hacía necesaria la presencia de un hombre de confianza encargado del cumplimiento cabal de la última disposición de voluntad, la donación *pro anima*". COBAS COBIELLA, María Elena, *El albaceazgo*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 151-152.

Desde el siglo XIII, cuando comienza la verdadera importancia de esta figura, los albaceas incrementan sus facultades sobre el testamento, desde la defensa del mismo asegurándose del cumplimiento último de la voluntad del testador, hasta incluso la interpretación de las disposiciones testamentarias. En los siglos posteriores, el fortalecimiento de la posición del heredero al modo del Derecho romano, unido a la progresiva pérdida de vigor de las ideas e influencia de la Iglesia, determina que, en los países de tradición latina, el albacea recupere la posición de mero ejecutor testamentario con la que llega hasta nuestro Derecho moderno. Como excepción, Inglaterra donde, en palabras de COBAS COBIELLA, "el papel preponderante que continuará teniendo la Iglesia en la Edad Media, en lo que respecta a los ejecutores testamentarios, unido al hecho de que los sucesivos cambios legislativos condujeron a una legislación caracterizada porque los bienes, tanto muebles como inmuebles, no pasaban directamente del causante a los sucesores [por no ser continuadores de la personalidad del *de cuius*], sino a través de un intermediario llamado ejecutor o administrador", configuró al ejecutor testamentario como un cargo o función de primera magnitud en la liquidación de las herencias. COBAS COBIELLA, M.E., *El albaceazgo*, cit., pp. 152-154. Porque, en efecto, podemos afirmar siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 340-341, dentro de las legislaciones modernas existen dos principales sistemas de ejecución testamentaria. El de las legislaciones de origen latino o germánico, en el que se encuentra nuestro Derecho, donde el llamado de forma natural a ejecutar el testamento es el heredero y "que atribuyen a la ejecución testamentaria una función secundaria y esencialmente subordinada a la voluntad del testador"; y el de las legislaciones anglosajonas, "que hacen de esta institución una rueda capital de las sucesiones, pues no admiten que el sucesor o sucesores puedan nunca liquidar la herencia y encomiendan esta misión a un ejecutor o administrador nombrado por el testador, o, en su defecto, por la justicia".

Para un análisis más en profundidad del origen del albaceazgo puede verse, entre los clásicos, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo IV, 1ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2000, pp. 311-312; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 337-340; PUIG FERRIOL, Luis, *El albaceazgo*, prólogo de Ramón Mª Roca Sastre, Barcelona, Bosch, 1967, pp. 21-33. En cuanto a su concepto y función, véase también ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 19-41.

³¹⁷ El art. 429-1 CcCat. los define como aquellas personas nombradas por el testador que "en nombre propio y en interés de otro e investidos de las facultades correspondientes, ejecuten respecto a su sucesión los encargos que [el causante] les haya conferido".

³¹⁸ Cfr. arts. 902 y 903 CC y art. 429-7 a 429-12 CcCat. que se refieren a las facultades de los albaceas según sean particulares o universales. Puede verse además en cuanto a la distinción entre albacea universal y albacea particular a CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...* Tomo VI, Vol.II, cit., p. 353.

es un cargo personalísimo por estar basado en la confianza del testador³¹⁹.

El Código Civil regula ampliamente la institución de los albaceas en los artículos 892 a 911, exigiendo para acceder al cargo que el nombrado tenga capacidad para obligarse³²⁰. La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, regula asimismo con precisión el régimen del albaceazgo en sus artículos 429-1 a 429-15, manteniéndose sustancialmente inalterado respecto de la regulación anterior contenida en el Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991, excepto en cuanto al sistema de retribución³²¹. También las leyes 296 a 299 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, contienen normas relativas a las facultades, plazo y retribución de los albaceas. En las demás legislaciones de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, aunque sin una regulación detallada, se contienen referencias diversas al albaceazgo que nos confirman la vigencia de esta institución. Así el artículo 36.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en sede de sucesión por comisario, dispone que el comisario podrá designar albacea y contador-partidor de la herencia del comitente, si éste no lo hubiera hecho. Y el artículo 484 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece que el disponente puede nombrar en pacto sucesorio o testamento uno o más albaceas y establecer con entera libertad las determinaciones que tenga por conveniente.

Además de por el contenido de su función, como hemos visto, por su nombramiento se distinguen los albaceas en testamentarios, legítimos y dativos³²². Los albaceas serán nombrados, con carácter general, por el testador³²³. No obstante, se infiere la existencia de albaceas legítimos del artículo 911 del Código Civil, conforme al cual en los casos en que termina el albaceazgo o cuando el albacea no haya aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador. Porque, en definitiva, los herederos son los verdaderos ejecutores testamentarios, a quienes corresponde de forma natural el

³¹⁹ Nos recuerda CASTÁN que otro de los caracteres que se asigna con frecuencia a la aceptación del albaceazgo, es el de ser un acto puro, no susceptible de estar sujeto ni a condición ni a plazo, "tanto por la naturaleza de éste [el cargo de albacea] como por analogía con el artículo 990 [del Código Civil]". CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...* Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 363-364. En el mismo sentido, COBAS COBIELLA, M.A., *El albaceazgo*, cit., p. 178.

³²⁰ Cfr. arts. 893 CC y 429-3 CcCat.

³²¹ Partiendo del respeto a la voluntad del causante, se atribuye al albacea universal una remuneración, por defecto, del 5% del valor del activo hereditario líquido, en vez del 10% anterior. Además, se establece que los honorarios profesionales del albacea, en su caso, deban imputarse a este porcentaje.

³²² En cuanto a las clases de albaceas, puede verse ALBALADEJO quien diferencia entre albaceas sustitutos y sucesivos; universales y particulares; mancomunados y solidarios; testamentarios legítimos y dativos. ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo...*, cit., pp. 45-109.

³²³ Cfr. arts. 892 CC y 429-1 CcCat.

cumplimiento de las disposiciones testamentarias. Pero la ley, ante la posibilidad de que no existan herederos, de que puedan repudiar la herencia o no se pongan de acuerdo sobre la ejecución del testamento, o incluso de que sus intereses no se correspondan con lo dispuesto por el testador, prevé que éste pueda nombrar una persona de su confianza a quien le encomiende el cumplimiento de su última voluntad³²⁴.

En cuanto a la posibilidad de albaceas dativos o nombrados por el Juez, el artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, ya derogado, regulaba, a propósito de los abintestatos en que el finado no dejaba descendientes, ascendientes, colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge que hubiere vivido en su compañía, la obligación del Juez de nombrar un albacea dativo que se encargare de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que fuera propio de este cargo, con arreglo a las leyes. En el Derecho vigente, el artículo 429-15 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, sí regula expresamente la figura del albacea dativo. Cuando no quede ningún albacea ni sustituto en el ejercicio del cargo y no se haya cumplido aún totalmente la misión o encargo de los albaceas universales, o los encargos atribuidos a los particulares, cualquiera de los interesados en la sucesión podrá solicitar a la autoridad judicial que, si lo estima procedente, designe a uno o más albaceas dativos con las mismas funciones y facultades que los albaceas testamentarios.

Una vez hecha una breve introducción sobre la figura del albacea, podemos afirmar que, en sede de albaceazgo, existen múltiples actuaciones, tradicionalmente atribuidas a la competencia del Juez, que tienen la consideración de actos de jurisdicción voluntaria. A la hora de dar nueva configuración a esta materia de la jurisdicción voluntaria, el legislador, en los dos procesos de reforma que han existido al efecto, el llevado a cabo en los años 2006 y 2007 y el definitivo, iniciado en el año 2013, ha tratado las actuaciones relacionadas con el albaceazgo de forma diferente.

Así, los artículos 153 y 154 del Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 permitían, en los supuestos en que el Código Civil exige la intervención judicial en el albaceazgo, la administración del expediente por el Secretario judicial o por el Notario, reconduciendo su tramitación al procedimiento general. La reforma incurría en la contradicción de regular expedientes de forma contraria al Código Civil, sin modificar, de forma correlativa, los correspondientes artículos del mismo. Estos expedientes eran el nombramiento de albacea dativo, la renuncia del albacea a su cargo, la fijación del plazo del albaceazgo o concesión de prórroga del mismo,

³²⁴ Puede verse en este sentido en cuanto al fundamento y la utilidad práctica del albaceazgo, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.II, cit., pp. 335-336.

la rendición de cuentas del albacea y, finalmente, la obtención de autorización para que el albacea pudiera efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia.

La previsión hecha por aquella reforma en materia de albaceazgo dejaba muchos interrogantes abiertos. Por lo que se refiere al nombramiento de albacea dativo, entendemos que el Notario no puede apreciar, sin excederse claramente de sus funciones, la idoneidad o aptitud de una persona para desempeñar el albaceazgo, como no fuera limitándose a constatar la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos expresamente previstos por la ley al efecto, al modo del procedimiento previsto en el nuevo artículo 50 de la Ley del Notariado para el nombramiento de contador-partidor dativo. Lo cierto es que el texto definitivo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no hace referencia alguna al nombramiento de albacea dativo por el Notario, que continuará siendo exclusiva competencia judicial en Cataluña y al que entendemos serán de aplicación las disposiciones del nuevo procedimiento general de jurisdicción voluntaria. Por su parte, la rendición de cuentas del albacea³²⁵ y la autorización para que el albacea efectúe actos de disposición sobre bienes de la herencia³²⁶ también planteaban, a nuestro juicio, serios inconvenientes en su atribución al Notariado por tratarse de actos de clara naturaleza jurisdiccional³²⁷. De forma acertada, la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, los mantiene de forma exclusiva, junto a la remoción del albacea, dentro de la sede judicial.

Y no es sólo que el legislador haya planteado esta materia relativa a los albaceas de forma diferente en los dos procesos de reforma. Es que incluso a lo largo del último proceso que ha culminado con la esperada publicación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria el día 3 de julio de 2015, el legislador también ha vacilado a la hora de proceder a la distribución de competencias en sede de albaceazgo entre los distintos operadores jurídicos.

³²⁵ Cfr. art. 907 CC, conforme al cual el albacea rendirá cuentas ante el Juez cuando hubiere sido nombrado, no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho; y con el art. 429-13.5 CcCat., que también ordena la rendición de cuentas ante el Juez en el caso de que los albaceas tengan que destinar los bienes o dinero a fines de interés público o general, aunque el causante los haya dispensado de hacerlo.

³²⁶ Cfr. art. 903 del CC. La venta de los bienes ha de tener por finalidad el pago de funerales y legados, siempre que no hubiere en la herencia dinero bastante y los herederos no lo aportaren de lo suyo. Se promoverá, en primer lugar, la venta de los bienes muebles y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos. La autorización de actos dispositivos es claramente un acto jurisdiccional que no puede excluirse de la órbita judicial, máxime cuando los casos en que el art. 903 CC exige la autorización son, entre otros, aquellos en que estén interesados menores, ausentes y también, entendemos, aunque no se diga expresamente, personas con capacidad modificada judicialmente, debiendo observarse, en consecuencia, la regulación prevista en los arts. 166.2, 271.2 y 186.3 CC. En todos estos supuestos, el interés superior de estas personas, dignas de una especial protección, exige la autorización del Juez. Véase también en cuanto a la disposición de bienes lo dispuesto en los arts. 429-9 y 429-10 CcCat. y ley 296.b) nueve CDCFN.

³²⁷ DE PRADA se mostraba tajante al respecto cuando afirmaba: "Me parece que en este punto la ley se ha equivocado atribuyendo estas facultades al Notario y dudo que ningún Notario se atreva a prestar su intervención en ella". Concluía diciendo que "[s]i se quiere atribuir estas facultades al Notario, habrá que concederle funciones que no tiene atribuidas por su legislación específica modificando, por tanto, la naturaleza de la función notarial". DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., "Problemas que plantea...", cit.

Así, en el Proyecto de Ley de 5 septiembre de 2014³²⁸, todas las competencias relativas a los albaceas se conservaban en sede judicial, desde la renuncia del albacea a su cargo, la prórroga del plazo del albaceazgo, la remoción de su cargo, la rendición de cuentas del albacea, hasta finalmente la obtención de autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia. Si bien la resolución de los dos primeros expedientes de renuncia y concesión de prórroga se atribuía al Secretario judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, en tanto sería el Juez la autoridad competente para la decisión de los demás.

Tras la presentación y debate de enmiendas, el texto definitivo varía sustancialmente. Y las dos competencias que en el texto del Proyecto de Ley se atribuían a los Secretarios Judiciales, ahora se asignan también al Notariado de forma compartida con aquéllos, sustituyéndose la exclusividad competencial de estos expedientes por la concurrencia de ambos profesionales, “lo que supone una ampliación de los medios puestos a disposición del ciudadano, para que a su libre elección pueda escoger la vía más acorde con sus intereses³²⁹”.

De este modo, el artículo 91 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula el ámbito de aplicación, competencia, postulación y tramitación de los diferentes expedientes relativos al albaceazgo que continúan en sede judicial. Los Letrados de la Administración de Justicia serán competentes para conocer y decidir los expedientes sobre la renuncia del albacea y la prórroga del plazo del albaceazgo. Y corresponderá al Juez la decisión de los expedientes de remoción del cargo del albacea, de rendición de cuentas del albacea y de obtención de autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia³³⁰.

Y por su parte, en el nuevo Título VII de la Ley del Notariado se incluye una Sección 5ª dentro del Capítulo III que, de forma conjunta con los expedientes relativos a los contadores-partidores, regula, en el artículo 66, las nuevas actuaciones notariales en sede de albaceazgo.

El artículo 66.1 a) dispone que el Notario autorizará escritura pública en los

³²⁸ Cfr. art. 95 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (121/000112) publicado en el BOCG, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 5 de septiembre de 2014. Núm. 112-1.

³²⁹ Justificación de la enmienda número 424 firmada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en la que se propone la modificación de la Sección 5.ª de la Ley del Notariado. Véase en <http://www.congreso.es>. Fecha de última consulta 18 de septiembre de 2015.

³³⁰ La tramitación de estos expedientes, para los que no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros, se ajustará a las normas comunes de esta Ley, siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o residencia habitual del causante, o de donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o el del lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. En defecto de todos ellos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del solicitante.

casos de renuncia del albacea a su cargo o de prórroga del plazo del albaceazgo por concurrir justa causa. Añade, por su parte, el párrafo 3 del mismo artículo 66 que también podrá autorizar escritura pública, si fuera requerido para ello, de excusa o aceptación del cargo de albacea. Y con la finalidad de adaptar la regulación del Código Civil a las nuevas competencias notariales, la Disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria da nueva redacción a los artículos 899 y 905 del mismo, relativos, respectivamente, a la renuncia y prórroga del albaceazgo³³¹.

El legislador catalán, a fin de coordinar la nueva regulación contenida en la Ley del Notariado con la regulación del albaceazgo prevista en la Ley 10/2008, de 10 de julio, debería modificar los artículos que mantienen a la autoridad judicial como operador jurídico competente para las actuaciones de renuncia y prórroga del cargo. Y debería hacerlo en un doble sentido: de un lado, debe sustituirse la referencia al Juez o autoridad judicial por la del Letrado de la Administración de Justicia, porque de otro modo surgiría un conflicto de competencia entre ambos; de otro, debería hacerse una remisión a lo previsto en la Ley del Notariado al efecto, sobre la posibilidad de que ambas actuaciones las asuma también el Notario.

3.2.1.- Notario competente

Será competente para conocer de estos expedientes el Notario que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

El Notario examinará su competencia y así lo habrá de justificar, dejando constancia de ello en la escritura.

En cualquiera de estos casos, cuando el albacea solicite al Notario que documente su renuncia al cargo o que le conceda prórroga para el desempeño del mismo, lo primero que habrá de acreditarle documentalmente será el fallecimiento del testador y la existencia del testamento del que resulta su nombramiento, así como, en su caso, la aceptación del cargo, en el supuesto poco habitual de que ésta se hubiera hecho expresamente. Para ello, aportará el Certificado de Defunción, del Registro General de Actos de Última Voluntad, la copia autorizada del testamento y, si procede, la escritura pública de aceptación.

³³¹ También se modifica el art. 910 en el que se regulan como causas de extinción del albaceazgo la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea y, finalmente, el transcurso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados. La reforma consiste en añadir un inciso final al art. en el que precisa que “[l]a remoción deberá ser apreciada por el Juez”.

3.2.2.- Aceptación, excusa y renuncia del albaceazgo

El albaceazgo es un cargo voluntario³³². El albacea, llamado por la confianza que el testador tiene depositada en él para ejercer este cargo privado, puede aceptarlo o excusar su desempeño libremente, sin alegar causa alguna.

La aceptación del albaceazgo no requiere forma especial, puede ser expresa o tácita.

Será expresa cuando el nombrado como albacea manifieste su voluntad de ejercer el cargo, pudiendo, si así lo desea, formalizarlo en escritura pública.

El legislador ha hecho referencia expresa a esta posibilidad en el artículo 66.3 de la Ley del Notariado al afirmar que el Notario, si fuere requerido para ello, podrá también autorizar escritura pública de excusa o aceptación del albaceazgo. La intervención del Notario en la aceptación del cargo del albacea supone la documentación o formalización de su declaración de voluntad; en esta declaración manifiesta expresamente la intención de admitir el cargo y se obliga a desempeñarlo con diligencia y con respeto a lo dispuesto por el testador. Función propia notarial a la que se aplicará las reglas generales de competencia, no creemos que fuera estrictamente necesario hacerlo constar de forma expresa como nueva actuación notarial.

La aceptación será tácita, en otro caso, si el albacea nombrado, sin manifestar expresamente que lo acepta, ejerce, no obstante, funciones propias del cargo.

Y finalmente, lo habitual, dentro del régimen del Código Civil, será que el cargo se presuma o se entienda aceptado, siempre que no se haya excusado dentro del plazo de los seis días siguientes a aquel en que el albacea tenga noticia de su nombramiento o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador³³³. En este último supuesto estamos ante una aceptación que se produce por ministerio de la Ley por el sólo transcurso del tiempo sin excusa del cargo³³⁴.

³³² Cfr. art. 898 CC y 429-4.1 CcCat. A este respecto, como afirma FERRER I RIBA, "[e]l causante puede incentivar la aceptación del cargo remunerándolo con generosidad o realizando alguna atribución patrimonial que esté condicionada a su asunción, como prevé el art. 900 CC, pero no puede garantizar que el albaceazgo llegue a ser efectivo". FERRER I RIBA, Josep, "La ejecución del testamento y el albaceazgo", *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 696. No obstante, en palabras de COBAS COBIELLA, este carácter voluntario de la aceptación del albaceazgo "históricamente no siempre fue así, pues los canonistas de la Edad Media al asimilar que el ejecutor cumplía una función parecida a la del tutor, lo convirtieron en una cuestión de orden público, rigor que fue suavizado a partir del siglo XIII [cuando] adquiriera la aceptación del albacea matiz de voluntariedad". COBAS COBIELLA, M.E., *El albaceazgo*, cit., p. 177.

³³³ Cfr. art. 898 CC.

³³⁴ En este sentido afirma FERRER I RIBA siguiendo a ALBALADEJO que "[l]a aceptación *ope legis* del artículo 898 es una vía drástica de entrada en el cargo del albacea técnicamente defectuosa, [y que] para paliar las consecuencias indeseables de una aceptación por ministerio de la ley producida bajo circunstancias que el

La excusa del albaceazgo, manifestada antes de la aceptación del cargo, no requiere tampoco forma especial, basta con que así lo manifieste expresamente el albacea³³⁵, en cuyo caso también la podrá formalizar en escritura pública ante Notario, como prevé el mismo párrafo tercero del artículo 66.3 de la Ley del Notariado.

El artículo 429-4 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, por su parte, no prevé un plazo al albacea para excusarse del cargo sino que permite al nombrado excusarlo sin causa alguna en tanto no se haya aceptado expresa o tácitamente. Sí prevé el plazo especial de un mes para la aceptación del cargo en el caso de que algún heredero o interesado en la herencia requiera notarialmente al albacea para ello; y, en este caso, el legislador catalán configura el silencio del albacea en sentido negativo, de modo que si no acepta el cargo ante Notario dentro del mes siguiente a la notificación, se entiende que renuncia al mismo.

Volviendo al régimen del Código Civil, dentro del mismo plazo de seis días que se fija para excusarse del cargo, debería el albacea, en su caso, requerir al Notario para que formalice en escritura pública su aceptación, ya que transcurrido dicho plazo sin excusarse del albaceazgo, se presumirá aceptado, sin que ya sea necesaria la aceptación expresa.

Por lo que se refiere al cómputo del plazo, ante la dificultad que puede suponer tener constancia fehaciente del día en que el albacea supo de la muerte del testador, el Notario deberá tomar en consideración como *dies a quo* aquel en que el albacea tenga noticia de su nombramiento y que, a nuestro juicio, será aquel en que se hubiera expedido la copia autorizada del testamento donde figure el referido nombramiento.

Una vez aceptado el cargo, su desempeño resulta de obligado cumplimiento para el albacea³³⁶. Por ello, cuando nos referimos a la renuncia del albaceazgo, partimos de un supuesto de hecho diferente. No se trata de declinar *ab initio* libremente el ejercicio del cargo como ocurre en la excusa³³⁷. Ahora, quien ya ha

albacea no pudo calibrar adecuadamente, se ha propuesto aplicar con generosidad el régimen de la excusa o renuncia con justa causa, tomando precisamente como causa de excusa el desconocimiento o conocimiento erróneo de los datos que llevaron al albacea a no repudiar". FERRER I RIBA, J., "La ejecución del testamento...", cit., pp. 697-699. Puede consultarse al respecto la opinión de ALBALADEJO sobre esta modalidad de aceptación del cargo de albacea por ministerio de la ley, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentario al artículo 898", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), Tomo XII, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1979, pp. 102-103 y 135-145.

³³⁵ A esta declaración del albacea en virtud de la cual rechaza el cargo, el Código Civil la califica de excusa, pero, en palabras de FERRER I RIBA es, "en puridad, una repudiación o renuncia libre, que no requiere alegación ni prueba de causa alguna". FERRER I RIBA, J., "La ejecución del testamento...", cit., p. 696.

³³⁶ Cfr. arts. 899 CC y art. 429-4.1 CcCat.

³³⁷ Como dice ROCA SASTRE, en este caso de excusa, "más que hablar de extinción del albaceazgo se trata de un supuesto en que el cargo no ha llegado a existir". ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho...*, Tomo IV, cit., p. 354. En el mismo sentido, COBAS COBIELLA, M.A., *El albaceazgo*, cit., p. 245.

aceptado el cargo de albacea manifiesta su voluntad de cesar en el ejercicio del mismo. Y puesto que aceptado el cargo, éste es de ejercicio obligatorio, sólo se podrá renunciar alegando una causa justa³³⁸ vigente en el momento de presentar la renuncia³³⁹.

Hasta la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la renuncia del albacea, precisamente por requerir justa causa, se dirigía y estaba sometida al control del Juez, quien valoraba y apreciaba la justicia de la causa según su prudente arbitrio³⁴⁰ en un expediente de jurisdicción voluntaria³⁴¹.

Así se reconocía tanto en el artículo 899 del Código Civil como en el artículo 429-4.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

El artículo 899 ha recibido nueva redacción por la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de modo que el albacea ahora podrá renunciar al cargo alegando causa justa, no ya al *prudente arbitrio* del Juez, sino al *criterio* del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario.

La renuncia, en principio, no requiere forma determinada, pero tiene que ser expresa y dirigirse a quien va a apreciar la justicia de la causa³⁴². Por tanto, con la nueva regulación prevista por la Ley del Notariado y el Código Civil, irá dirigida al Notario y éste habrá de documentarla en escritura pública.

Esta nueva actuación notarial se inicia cuando el albacea, una vez acreditado al Notario el fallecimiento del testador, su nombramiento como albacea y la

³³⁸ La doctrina ha discutido sobre la necesidad de justa causa para la renuncia. De un lado, quienes defienden la innecesidad de la justicia de la causa. Así, ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al artículo 898", *Comentarios...*, Tomo XII, vol. 2º, cit., p. 136, destaca que parecería más sensato admitir la salida del cargo de quien no quiere desempeñarlo, pues sería peor remedio el obligarle a seguir en él impidiendo la entrada de otro posible albacea o del ejecutor que corresponda; si bien, esa salida sin justa causa habrá de provocar la aplicación de ciertas sanciones al albacea. De otro lado, autores como CASTÁN que defienden la necesidad de la justicia de la causa para el acto de renuncia por exigirlo así el Código Civil. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...* Tomo VI, Vol.II, cit., 1950, p. 408.

³³⁹ Como dice RIVAS MARTÍNEZ, "la justa causa de renuncia debe de existir al presentar la renuncia [y] su desaparición una vez cesado por ella el albaceazgo no produce la reposición del albacea". RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo II, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, p. 2136.

³⁴⁰ Con esta frase, en palabras de GONZÁLEZ POVEDA, quiere indicar el art. 899 CC "que renuncia a toda posible enumeración exhaustiva de causas y a la imposibilidad de definir legalmente la justicia de la causa". Si bien, como afirma el autor, no debe entenderse que se confiera un poder discrecional al Juez para aprobar o no la renuncia por criterios de oportunidad, "el juez debe fundar su decisión en criterios objetivos y por ello perfectamente impugnables". GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., 2008, p. 1365.

³⁴¹ Siguiendo de nuevo a GONZÁLEZ POVEDA se trataba de un procedimiento atípico o innominado de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo cuyo objeto era "la valoración de la renuncia del albacea o, más precisamente, de la causa en que el albacea fundamenta su renuncia [y] cuyos actos fundamentales serán la solicitud, la justificación, la audiencia de los interesados, la resolución final y los recursos". Supone pues este procedimiento en palabras del autor "un control de mérito, es decir, de la bondad del acto, de la existencia de una causa legítima para la renuncia". GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., 2008, pp. 1363-1365.

³⁴² Además, como indica COBAS COBIELLA, ha de ser pura y total y no puede estar sujeta a condición y a término, de forma que la renuncia ha de recaer sobre la totalidad de funciones encomendadas por el testador. COBAS COBIELLA, M.A., *El albaceazgo*, cit., p. 247.

aceptación previa del cargo que ya ha comenzado a desempeñar, le manifiesta su voluntad de renunciar al mismo invocando una causa justa para ello.

Estamos ante la atribución al Notariado de una competencia claramente decisoria. Al haber renunciado el legislador a objetivar la actuación notarial enumerando las justas causas de renuncia³⁴³, lo que hubiera permitido al Notario limitar su actuación a comprobar la concurrencia o no de alguna de las causas legales tasadas, éste habrá de valorar según su criterio la causa alegada y su justicia, judicializándose su actuación en este punto³⁴⁴.

Por ello, consideramos que el Notario, antes de documentar la voluntad de renuncia del albacea, dejando constancia de la causa que alega, debe recabar las pruebas documentales e incluso testificales precisas a fin de constatar que la pretensión del albacea está suficientemente acreditada. Asimismo, el Notario deberá citar a los interesados en la herencia a fin de informarles de la solicitud del albacea, de modo que si todos los interesados en la sucesión están conformes con la causa aportada por el albacea, siendo éstos los únicos legitimados para impugnarla en juicio, quedaría la misma “convalidada” como justa causa³⁴⁵.

Las situaciones que pueden plantearse son varias. Si el Notario estima suficientes los motivos alegados por el albacea, deberá admitir la renuncia y formalizar la correspondiente escritura pública al efecto en que hará constar la

³⁴³ Ni el Código Civil ni la Ley del Parlamento catalán 10/2008, de 10 de julio, ni ahora la Ley del Notariado definen la justicia de la causa ni enumeran qué supuestos puedan considerarse incluidos en la misma.

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al artículo 898”, *Comentarios...*, Tomo XII, vol. 2º, cit., p. 138-141 y ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo...*, cit., pp. 549-554, menciona como justas causas de renuncia las siguientes: la imposibilidad de seguir desempeñando el cargo sin grave detrimento suyo; el detrimento de los herederos y legatarios; las dificultades en su gestión; la no percepción por el albacea de lo que el testador le dejó; haber llegado a ser albacea de forma irregular; haber agravado su responsabilidad el causante; las causas de excusa de la tutela; otras justas causas que señale el testador. Otros autores han propuesto la aplicación analógica de las causas de excusa para la tutela enumeradas en el art. 251 CC, conforme al cual, “[s]erá excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo”. En este sentido, GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1364. En la misma línea de objetivar alguna de las justas causas de renuncia, FERRER I RIBA también aporta un criterio apoyado en la analogía, el del art. 1736 CC, que libera al mandatario del deber de indemnizar al mandante si funda su renuncia en la imposibilidad de seguir desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo. FERRER I RIBA J., “La ejecución del testamento...”, cit., p. 700.

³⁴⁴ Ya que, siguiendo a GONZÁLEZ POVEDA, podemos afirmar que lo que se ha venido entendiendo es que “la justicia de la causa será una cuestión de hecho deferida al libre arbitrio del juzgador”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1363.

Por ello y en relación con el anterior intento de reforma, DE PRADA entiende que la renuncia que se haga ante Notario llevará consigo de forma implícita la pérdida de lo dejado por el testador al albacea. Dice DE PRADA que esta renuncia, perdiendo lo dejado por el testador, “sí creo que se podrá realizar ante Notario, pero si se quiere conservar lo que le hubiere dejado el testador (...) precisará la intervención del Juez o en su caso del Secretario Judicial”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Problemas que plantea...”, cit., p. 1630.

³⁴⁵ En este sentido, afirma FERRER I RIBA que “si todos los interesados en la sucesión están de acuerdo en la procedencia de la excusa, es defendible que puedan admitirla privadamente a todos los efectos y evitar los costes de la intervención judicial. Si la única consecuencia relevante de dicha intervención es que, apreciada la justificación de la excusa, el albacea quede liberado de responsabilidad por abandonar el cargo, quienes puedan exigir tal responsabilidad también han de poder tener la última palabra en esta cuestión”. FERRER I RIBA, J., “La ejecución del testamento...”, cit., p. 700.

causa alegada y la justicia de la misma según su criterio. Si además, en este caso, los interesados en la herencia, al comparecer ante el Notario, se han mostrado conformes con la renuncia del albacea, se continuará por quien corresponda con los trabajos de ejecución testamentaria y, llegado el momento de formalizar la partición hereditaria, el albacea podrá concurrir a la misma para recibir todo aquello que le hubiere dejado el testador, a excepción, entendemos, de la remuneración que le hubiera designado por el desempeño del cargo. Si, por el contrario, los interesados en la herencia muestran su disconformidad con la causa alegada por el albacea, en el caso de que el Notario la haya calificado como justa, deberán impugnar judicialmente la justicia de la causa a fin de privar al albacea de todo lo que le hubiere dejado el testador, a salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima. Porque, en otro caso, el Notario lo hará comparecer para el otorgamiento de la escritura de aceptación y partición de herencia.

En todo caso, partimos del supuesto de hecho de que el testador haya dejado algo al albacea, bien como heredero, bien como legatario, bien en concepto de remuneración del cargo. Porque, de no haberle dejado nada en ningún concepto, realmente la calificación de la causa como justa o injusta no tendrá ninguna consecuencia; el albaceazgo, en todo caso, quedará extinguido.

Pensemos en otro supuesto de hecho. El caso de que el Notario no estime justificada, según su criterio, la causa alegada por el albacea. ¿Cómo habrá de proceder? ¿Deberá o no documentar la renuncia al albaceazgo? Recordemos que, tal como está configurada la renuncia del albacea en nuestro ordenamiento jurídico, la inexistencia de justa causa no impide, en rigor, al albacea abandonar el cargo, sino que en efecto el cargo quedará extinguido³⁴⁶. La inexistencia de justa causa tiene como única consecuencia la pérdida por el albacea de lo que le hubiere dejado el testador. Porque entendemos que no se puede obligar al albacea a cumplir su encargo en contra de su voluntad. Por ello, a nuestro juicio, el Notario, en estos casos, deberá aceptar la renuncia, que será válida³⁴⁷, y otorgar la correspondiente escritura pública de renuncia del albacea, si bien haciendo la advertencia expresa de que a su juicio no concurre justa causa para ello y que, en consecuencia, el albacea quedará privado, sin perjuicio de la legítima, de lo que le hubiere dejado el testador³⁴⁸ y de la remuneración en su caso prevista. Y así, salvo en el caso de que los herederos convaliden con su conformidad la referida causa, el albacea de forma automática perderá lo dejado por el testador, no pudiendo comparecer al otorgamiento de la escritura de partición y adjudicación de herencia. En este supuesto, quedaría a salvo el derecho del albacea para impugnar

³⁴⁶ Cfr. art. 910 CC y art. 429-14 CcCat.

³⁴⁷ En este sentido, véase ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al artículo 898", *Comentarios...* Tomo XII, Vol. 2º, cit., p. 136.

³⁴⁸ Cfr. arts. 900 y 908 CC. Y, a contrario sensu, art. 429-4.3 CcCat.

judicialmente la valoración que el Notario ha hecho de la causa alegada y la consiguiente privación de derechos hereditarios.

En cualquier caso, la renuncia del albacea llevará consigo bien el llamamiento en su caso al albacea nombrado como sustituto o bien a los herederos como ejecutores naturales y legítimos de la voluntad del testador. En Cataluña, cualquiera de los interesados en la sucesión podrá además solicitar a la autoridad judicial que, si lo estima procedente, designe a uno o más albaceas dativos con las mismas funciones y facultades que los albaceas testamentarios.

3.2.3.- Prórroga del plazo del albaceazgo

El albaceazgo es un cargo temporal³⁴⁹, ya que no se puede dilatar excesivamente en el tiempo la ejecución del testamento y la adjudicación de los bienes y derechos que integran el patrimonio hereditario a sus legítimos titulares. Mediante la fijación de un plazo, el albacea es compelido a actuar diligentemente para poder culminar su encargo en el término fijado. Una vez cumplido el encargo o finalizado el tiempo señalado para cumplirlo, bien por el testador, bien por la ley, bien, en su caso, por los interesados, se extingue o termina el albaceazgo³⁵⁰, no siendo válidos los actos que el albacea realice fuera de plazo³⁵¹.

Con carácter general, el albacea deberá cumplir su encargo en el plazo fijado por el testador, cuya voluntad deberá ser respetada³⁵². En su defecto, cuando el

³⁴⁹ Cfr. arts. 904 a 906 CC, art. 429-13 CcCat. y ley 297 CDCFN.

La sujeción del albaceazgo a plazo, si éste es ajustado, contribuye según FERRER I RIBA “a asegurar que el albacea actuará con prontitud y diligencia, pero su fundamento último ha de verse más bien en el disfavor con el que la ley percibe las restricciones al tráfico patrimonial y las situaciones de disociación entre la titularidad y el poder de decisión sobre los bienes, cuando dicha disociación no ha sido propiciada por los mismos titulares sino impuesta a ellos por otra persona”. FERRER I RIBA, J., “La ejecución del testamento...”, cit., p. 725.

³⁵⁰ Cfr. art. 910 CC y art. 429-14 CcCat.

³⁵¹ En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 897/2006, de 18 de septiembre de 2006 (Rec.4792/1999, Ponente Antonio Salas Carceller. LA LEY 106012/2006). El Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por el demandante y declara la nulidad de la partición impugnada al haber sido realizada fuera del plazo del albaceazgo y de su prórroga. Dispone expresamente que los actos efectuados por el albacea fuera de plazo son nulos de pleno derecho, “al haber sido realizados por quien ya no tenía reconocidas las facultades necesarias para ello por haber terminado su función”.

³⁵² A pesar de que como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de 13 de marzo de 1989 (Ponente Mariano Martín-Granizo Fernández. LA LEY 153426-JF/0000), “constituye un principio general el de que la voluntad del testador, como claramente señala el artículo 904 y ratifica el 905, es soberana en esta materia”, entendemos con RIVAS MARTÍNEZ que esta libertad que concede el Código Civil al testador para la fijación del plazo inicial del albaceazgo en el artículo 904 hay que entenderla razonablemente. Así, dice el autor, “cuando el causante ha señalado un plazo a todas luces excesivo para el cumplimiento de su última voluntad, en realidad es como si no hubiere señalado plazo alguno, pues la autonomía de la voluntad no puede ser tan absoluta como para permitirle desnaturalizar la esencia del albaceazgo, señalando un plazo abusivo”. Como solución proponía, en referencia a la regulación anterior de prórroga judicial, que “puedan los interesados solicitar del Juez competente que reduzca el plazo a un tiempo adecuado o razonable”. Hoy debería entenderse esa referencia hecha al Notario o al Letrado de la Administración de Justicia. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones...* Tomo II, cit., p. 2123.

Nos resulta, por ello, sorprendente y francamente excesivo el límite temporal máximo de treinta años que el art. 429-13.4 CcCat., señala como el plazo que el causante puede fijar al albacea para el cumplimiento de su encargo. Si lo fija con relación a la vida de determinadas personas, no puede exceder de los límites de los fideicomisos.

testador no haya fijado plazo, deberá hacerlo en el plazo legal de un año a contar desde la aceptación de su cargo o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de algunas de sus disposiciones³⁵³.

Para el caso de que existan circunstancias que impidan al albacea concluir la ejecución del testamento en el plazo inicialmente fijado por el testador o por la Ley, el ordenamiento jurídico prevé distintos tipos de prórroga: la prórroga testamentaria, la judicial³⁵⁴ y, finalmente, la concedida por los herederos y legatarios.

En primer lugar, la prórroga la puede haber fijado el testador en el mismo testamento o acto de disposición de última voluntad equivalente. La prórroga testamentaria se fijará por el tiempo que el testador estime necesario, sin que exista limitación alguna al respecto más que la que la prudencia y el buen criterio impongan al causante³⁵⁵.

Haya o no fijado previamente prórroga el testador, los herederos y legatarios podrán de común acuerdo prorrogar el plazo del albaceazgo también por el tiempo que crean necesario³⁵⁶. El artículo 906 del Código Civil sí establece una limitación temporal en este punto y advierte que si el acuerdo fuere sólo por mayoría la prórroga no podrá exceder de un año.

Si transcurrida la prórroga fijada por el testador y, en su caso, por los herederos y legatarios, el albacea no hubiere todavía cumplido la voluntad testamentaria, cabe el recurso a otra prórroga que, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, concedía el Juez en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria³⁵⁷.

³⁵³ Cfr. art. 904 CC y art. 429-13.2 CcCat.

³⁵⁴ Según FERRER I RIBA, Josep, "La ejecución del testamento...", cit., p. 729, la prórroga judicial está subordinada a que el testador no lo haya prohibido, porque "éste puede forzar al albacea a remover obstáculos que surjan en la ejecución dentro del plazo que le haya concedido y asumir el riesgo de que no se pueda cumplir el encargo tempestivamente por circunstancias sobrevenidas o imprevisibles".

³⁵⁵ Expresamente dispone la ley 297 CDCFN que el causante podrá prorrogar el plazo "sin limitación".

³⁵⁶ Cfr. art. 906 CC. La ley 297 CDCFN declara aplicable, en cuanto a la prórroga de los herederos, lo dispuesto en el art. 906 CC. El art. 429-13.1 CcCat. concede esta facultad a los herederos que podrán hacerlo de común acuerdo sin necesidad del concurso de los legatarios. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 897/2006, de 18 de septiembre de 2006 (Rec.4792/1999, Ponente Antonio Salas Carceller. LA LEY 106012/2006) afirma que "el propio tenor de la norma [en referencia al art. 906 CC] lleva a considerar la necesidad de que se trate de un acuerdo expreso al referirse a "común acuerdo" y prever las consecuencias de su adopción sólo por mayoría; y así ha de entenderse fuera de supuestos en que concurran actos verdaderamente concluyentes de los herederos y legatarios que lleven a obtener un juicio de certeza sobre la existencia de tal voluntad e intención de prorrogar".

³⁵⁷ La concesión judicial de la prórroga daba lugar a un procedimiento atípico o innominado de jurisdicción voluntaria, cuyos trámites esenciales eran los siguientes: el albacea solicitaba al Juez de Primera Instancia, mediante un escrito, la concesión de una prórroga en el plazo para la ejecución de su encargo. El Juez, una vez admitido el escrito, practicaba las diligencias oportunas a efectos de justificar los hechos alegados que no pudieran acreditarse documentalmente y oía a los interesados y al Ministerio Fiscal conforme a las reglas generales de la jurisdicción voluntaria. Concluía el expediente mediante el auto del Juez concediendo o

Con la nueva regulación en la materia, según el artículo 66.1 a) de la Ley del Notariado, el Notario autorizará escritura pública en los casos de prórroga del plazo del albaceazgo por concurrir justa causa. Al contener esta actuación una declaración del Notario, entendemos, no obstante, que el instrumento más adecuado hubiera sido el acta notarial.

La prórroga judicial del albaceazgo se ha regulado en el artículo 905 del Código Civil, que ahora se modifica por la Disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, de forma que, desde el día 23 de julio de 2015, si transcurridos los plazos y prórrogas anteriores no se hubiese cumplido todavía la voluntad del testador, son el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario quienes podrán conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso.

No obstante, entendemos que el albacea, siempre que el testador no lo haya prohibido expresamente, podrá también solicitar la prórroga del Notario o del Letrado, como antes del Juez, aun tratándose de una primera prórroga, cuando por no haber fijado el testador ni los herederos ninguna previamente, prevea aquél la imposibilidad de cumplir la voluntad del testador en el plazo testamentario o legal fijado inicialmente³⁵⁸.

La concesión de esta prórroga por el Notario nos plantea nuevamente la cuestión de si estamos ante una judicialización de la actuación notarial, máxime cuando la Ley del Notariado la condiciona, al igual que en el caso de la renuncia, a la concurrencia de una justa causa, pero sin tasar ni precisar supuestos objetivos para ello. Además, el plazo de esta prórroga no se configura como un plazo fijo, ni se prevé ningún límite temporal máximo para su concesión. Antes el Juez, hoy el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, concederán el plazo por el tiempo que estimen necesario y a tenor de las circunstancias del caso. A nuestro juicio, tal como está configurada, al modo de la anterior prórroga judicial, se trata de una competencia decisoria por tener que apreciar o valorar el Notario las razones en las que el albacea funda su pretensión³⁵⁹.

denegando la prórroga solicitada. La concesión de la prórroga por el Juez era discrecional en atención a las circunstancias del caso, tanto para otorgarla como para fijar su duración. En este sentido, Según FERRER I RIBA, J., "La ejecución del testamento...", cit., p. 730.

³⁵⁸ En relación con la anterior prórroga judicial prevista en el art. 905.2 CC, dice RIVAS MARTÍNEZ, "se deduce claramente que el Juez puede conceder una segunda prórroga, pero deja en nebulosa si puede otorgarla si es primera". Como sigue diciendo el autor, "una interpretación literal de la norma nos llevaría a una solución negativa, que ha sido mantenida por parte de la doctrina española; pero una interpretación más acorde con el espíritu de la disposición nos lleva a una contestación afirmativa como la mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de enero de 1935". RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* Tomo II, cit., p. 2134.

En este mismo sentido puede verse también, FERRER I RIBA, J., "La ejecución del testamento...", cit., p. 730.

³⁵⁹ Como entiende DE PRADA, con quien estamos de acuerdo, "[o]tro tema sería una vez más, que la prórroga o fijación del plazo se haga de común acuerdo por todos los herederos, en cuyo supuesto es indiscutible la posibilidad de hacerlo notarialmente; pero en cualquier otro supuesto, bien a petición del albacea, bien a petición de solo alguno o parte de los herederos, es muy dudoso que encaje dicha prórroga o

Una vez hecha la solicitud, bien por el albacea, bien por alguno de los interesados³⁶⁰, y entendemos antes de concluir el plazo de duración del albaceazgo³⁶¹, el albacea habrá de acreditar y justificar documentalmente o, en su caso, mediante el ofrecimiento de testigos, las circunstancias del caso o justa causa concurrente, el plazo inicialmente señalado, los motivos por los que no se ha podido completar la ejecución del testamento, la parte de éste que queda por cumplir y la prórroga que a su juicio es necesaria para ultimar la ejecución.

Al igual que hemos mantenido para el supuesto de renuncia, sería de especial interés que el Notario citase a los interesados en la herencia a fin de informarles de la solicitud del albacea, poder oírlos y formarse un juicio sobre el retraso en la ejecución y llegar al convencimiento de que la misma no está ocultando una actuación irresponsable o poco diligente, incluso dolosa, del albacea. Y en este caso, si los herederos y legatarios estimaren justificada la solicitud de prórroga del albacea, ésta quedaría legitimada o convalidada por los mismos, a modo de una prórroga concedida por aquéllos aunque documentada notarialmente.

De todo ello quedará constancia en la escritura pública, que finalizará con la manifestación del Notario concediendo o denegando la prórroga, según haya o no estimado justificadas las razones o causas alegadas por el albacea; y, en el primer caso, de haber apreciado la justicia de la causa, expresará en la escritura el plazo fijado al efecto.

3.3.- Expedientes relativos a contadores-partidores dativos

El contador-partidor es aquella persona designada para realizar la partición de la herencia con la misma eficacia que el propio testador o los herederos. El contador-partidor puede ser testamentario o dativo, bien su designación la haya hecho el causante en su testamento, bien se nombre por un tercero que, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, era el Juez y, desde este momento, lo será el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia.

El contador-partidor, como su propio nombre indica, tiene encomendada exclusivamente la cuenta y partición de la herencia, en tanto el albacea puede tener, como hemos visto, las más amplias facultades en aras de la ejecución del testamento, incluidas facultades de administración y disposición de los bienes

fijación del plazo entre las facultades que puede ejercer el Notario". DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., "Problemas que plantea...", cit.

³⁶⁰ En cuanto a quién deba solicitar la concesión de la prórroga al Notario, del Código Civil parece entenderse que es el propio albacea quien está legitimado para ello. El art. 429-13.2 CcCat. se refiere a cualquiera de los interesados, siendo uno de ellos, sin duda, el albacea.

³⁶¹ Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria, véase a GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1370.

relictos³⁶². Se trata de cargos personalísimos, voluntarios y temporales separados fundamentalmente por su origen o nombramiento y por el contenido de su función³⁶³. Por tanto, de no haber sido nombrado también un contador-partidor, el albacea universal e incluso particular, siempre que expresamente le haya conferido el testador esta facultad conforme al artículo 901 del Código Civil, puede asumir la cuenta y partición de la herencia y, en consecuencia, a un tiempo, la función de albacea y de contador-partidor. En cualquier caso, la similitud existente entre ambas figuras³⁶⁴ y la escueta regulación que el Código Civil dedica al contador-partidor, hace necesaria la aplicación analógica a esta institución de muchos de los preceptos dedicados a la regulación del albaceazgo³⁶⁵.

La importancia de la figura del contador-partidor radica precisamente en la eficacia de la partición por él efectuada, ya que en tanto no lesione derechos legítimos, los herederos y legatarios, siempre que hayan aceptado la herencia y los legados, habrán de pasar por la cuenta y partición hecha por aquél sin más recurso, en caso de no estar conformes, que la impugnación judicial³⁶⁶. En el caso del contador-partidor dativo, al no proceder su nombramiento directamente de la voluntad del testador, el legislador añade un requisito más para la eficacia de la partición por él practicada, bien la conformidad de todos los herederos y legatarios, bien la aprobación de un tercero que, al igual que en su nombramiento, tradicionalmente ha sido el Juez y desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, es el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia.

El documento elaborado por el contador-partidor, complementado en el caso del contador-partidor dativo con la aprobación necesaria, se configura como título

³⁶² Cfr. arts. 902 y 903 CC.

³⁶³ Tradicionalmente se ha discutido si el albacea y el contador-partidor son o no instituciones diferentes. Puede verse en cuanto a las notas características y diferenciadoras de los albaceas y contadores-partidores a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., pp. 158-159.

³⁶⁴ Así lo entiende la doctrina mayoritaria, como recuerda RIVAS MARTÍNEZ, quien afirma que, “sin duda, una de las funciones integrantes de la ejecución testamentaria es la de contar y partir el caudal relicto, ahora bien, la ley, así como para tal ejecución en general, denomina albaceas a los encargados de ella, cualquiera que sea el tipo de misión o la parte que en tal ejecución se les confía, a las personas a quienes se les encomienda hacer la cuenta y partición, las califica de contador partidor y hasta les dedica una disposición aparte, con lo que al menos puede dudarse si es que junto al albacea, crea un cargo distinto, con la tarea específica de contar y partir”. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo IV, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 2597-2598.

³⁶⁵ En relación con la aplicación analógica al contador-partidor de muchas de las normas del albaceazgo, puede verse RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit. pp. 2597-2598. En el mismo sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 octubre 1982 (LA LEY 311/1982) en la que el Centro Directivo considera que “la institución del contador partidor de bienes no aparece regulada en forma concreta en el Código Civil, y de ahí que el Tribunal Supremo, a través de reiterada jurisprudencia, haya tenido que suplir esta omisión, y declarar que dada la semejanza que guarda el cargo de Contador o Comisario con el de albacea hayan de ser equiparados y en consecuencia aplicar a los primeros las normas que nuestro Cuerpo legal contiene respecto de los segundos”.

³⁶⁶ En este sentido, afirma ESCORIAZA que “el comisario contador partidor es un verdadero árbitro cuyas decisiones es preciso acatar mientras no se lesione la legítima de los herederos forzosos”. ESCORIAZA, Nicolás, “La figura jurídica del Comisario Contador-Partidor en la legislación española”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1715, 5 agosto 1994. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>. Fecha de última consulta 15 de abril de 2015, p. 4339.

jurídico particional plenamente eficaz y directamente inscribible en el Registro de la Propiedad³⁶⁷.

El único precedente de contador-partidor dativo en nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos en el párrafo segundo de la ley 344 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra³⁶⁸, conforme al cual “[e]n defecto de partición hecha por el causante, si tampoco éste hubiera nombrado contador-partidor o si el cargo hubiese quedado vacante, los herederos y legatarios que sumen al menos dos tercios de caudal hereditario líquido podrán acudir al Juez para que designe contador que practique la partición, la cual requerirá aprobación judicial, salvo que fuere ratificada por todos los herederos y legatarios.”

Con este antecedente, la figura del contador-partidor dativo se introdujo en el artículo 1057.2 del Código Civil³⁶⁹ por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio³⁷⁰. Enmarcada dentro del nuevo régimen de pago en

³⁶⁷ Estos efectos son los propios de todo documento particional conforme al art. 1068 CC, según el cual “la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hubieran sido adjudicados”.

³⁶⁸ Como nos recuerda ROCA SASTRE la regulación originaria se contenía en la ley 345, si bien actualmente, tras la Ley Foral de 1 de abril de 1987, de modificación de dicha Compilación, se contiene la referencia al contador-partidor dativo en su ley 344 párrafo 2. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., pp. 154-155.

³⁶⁹ Como nos recuerda ESCARTÍN IPIÉNS, este párrafo no figuraba en el Proyecto de Ley del Gobierno, ni en ninguna de las enmiendas y fue fruto del debate parlamentario, mediante la redacción por el mismo ESCARTÍN IPIÉNS de una enmienda transaccional aceptada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 1.980, que, sin vetos ni enmiendas en el Senado, fue el texto definitivo. Se aprovechó el debate sobre el pago en metálico de la legítima y la cuota hereditaria, de los actuales arts. 841 a 847 CC, para introducir la figura del contador-partidor dativo, cuya denominación se tomó de la tutela, “como uno de los remedios a las perversas consecuencias que se derivan del principio de unanimidad de los herederos o partícipes de la comunidad hereditaria en la partición extrajudicial”, en los casos de falta de testamento, de partición del testador, o falta de contador partidor por su no nombramiento o por quedar vacante el cargo”. ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contador partidor dativo: notas sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento”, *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum” Teodora F. Torres García*, coordinado por Margarita Herrero Oviedo, Andrés Domínguez Luelmo (dir.) y María Paz García Rubio (dir.), Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2014, pp. 413-414 y ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso y jurisdicción voluntaria”, publicado el 20 de julio 2015 en <http://www.notariosyregistradores.com>. Fecha de última consulta 20 de julio de 2015.

A este respecto, también nos recuerda ROCA-SASTRE que la ley de reforma de 1981, “no obstante referirse a las materias de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y a la necesidad de adaptar a las modificaciones introducidas en dichas materias las relativas principalmente a adopción, ausencia, tutela, emancipación, donaciones y sucesiones, ha supuesto, respecto del Derecho de sucesiones, una profunda y casi total reforma de determinadas instituciones, en especial la preterición legitimaria, el pago en dinero de las legítimas y la creación *ex novo* de la figura del contador-partidor dativo” ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., pp. 154-155.

³⁷⁰ Diez años después de la introducción del art. 1057.2 CC, el artículo 56 del Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991 también reguló la figura del contador-partidor dativo de forma similar. Disponía este artículo 56.1 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, derogado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, que “[s]i el testador no ha hecho la partición y no ha nombrado a ningún contador partidor, o el cargo ha quedado vacante, los herederos y los legatarios que representen la mitad del caudal hereditario podrán solicitar al Juez la designación de un contador partidor que practique la partición de la herencia. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo que fuera ratificada por todos los herederos y legatarios”. Esta figura desaparece, sin embargo,

metálico de las legítimas regulado en los artículos 841 a 847 del Código Civil³⁷¹, la regulación de la figura del contador-partidor dativo en nuestro ordenamiento jurídico supuso que, junto a la posibilidad de nombramiento de contador-partidor por el testador, se introdujera otro sistema supletorio para su nombramiento, a modo de una partición arbitral³⁷², con la finalidad de facilitar la partición extrajudicial, soslayando el principio de unanimidad de los herederos en la partición y evitando, en la medida de lo posible y a pesar de existir divergencias entre los interesados, el recurso a la división judicial de la herencia³⁷³.

Ya existen, no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico remedios para tratar de superar los inconvenientes del principio de unanimidad de los herederos en la partición. Desde el testamento particional, pasando por el nombramiento de contador-partidor testamentario o albacea universal, la facultad concedida al cónyuge conforme al artículo 831 del Código Civil³⁷⁴, hasta la posibilidad de hacer en vida la distribución de bienes. Pero el legislador, para el caso de no concurrir ninguna de estas situaciones y con la finalidad última de favorecer la partición extrajudicial³⁷⁵, concede a los herederos y legatarios que no se pongan de acuerdo sobre el modo de hacer la partición, siempre que sean una mayoría, la facultad de solicitar el nombramiento de un contador-partidor dativo.

en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, al entender el legislador catalán en su Exposición de Motivos que este resultado ya es posible, sin acuerdo mayoritario, por los medios que establece la legislación procesal. Cfr. art. 782.1 LEC 2000, modificado por la Disposición final tercera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme al cual “[c]ualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario”.

³⁷¹ No cabe duda, en palabras de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., pp. 155-156, “que la innovación de este contador partidor judicial en el régimen del Código Civil respondía en un principio al deseo de encontrar una fórmula de equilibrio en la concurrencia sucesoria de hijos matrimoniales y no matrimoniales, en relación con el nuevo régimen de los artículos 841 y siguientes del Código Civil, que atribuía a los primeros la facultad de satisfacer la legítima o la porción hereditaria a los segundos en dinero”. Pero la dudosa constitucionalidad de este régimen, dice el autor, “provocó un cambio, dando a la función del contador partidor dativo una significación más amplia y trascendente ya que se integra plenamente en la materia de la partición hereditaria, como una excepción o fórmula de escape a la regla general de la necesaria unanimidad de los herederos y legatarios parciarios que establece el artículo 1059 del Código Civil”.

³⁷² En este sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., p. 2643.

³⁷³ Esa es la opinión de ROCA SASTRE cuando afirma que “su innovación tiene la fundamentación práctica de lograrse con el mismo una fórmula de simplificación procesal para evitar tener que acudir a los juicios de testamentaría o abintestato, y una fundamentación técnica consistente en la necesidad de establecer fórmulas legales que eviten cuestiones, divergencias y susceptibilidades entre los interesados en una sucesión, especialmente cuando se da la circunstancia de coexistencia y concurrencia en una misma herencia de personas, especialmente de hijos y descendientes del causante, de distinto origen generacional, matrimonial o no matrimonial, o por adopción. Con ello se evitará básicamente, a falta de unanimidad de voluntad particional de los interesados, tener que acudir a los juicios universales particionales”. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., pp. 154-155.

³⁷⁴ En este mismo sentido, entiende ROCA-SASTRE MUNCUNILL que se excluye el nombramiento de contador partidor dativo cuando el causante haya conferido en testamento facultades al cónyuge para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., p. 160.

³⁷⁵ Cfr. arts. 1058 y 1059 CC.

La naturaleza y el contenido del cargo de contador-partidor dativo del artículo 1057.2 del Código Civil son los mismos que los del contador-partidor testamentario previsto en el párrafo primero del referido artículo³⁷⁶. En uno y otro caso, le corresponde al contador-partidor la facultad de hacer la cuenta y partición de la herencia, esto es, examinado el testamento o en su caso el acta de declaración de herederos abintestato, procederá a la práctica de las operaciones particionales de inventario, avalúo, liquidación, colación, en su caso, fijación de haberes y legítimas, entrega de legados, y, finalmente, división y adjudicación de bienes, guardando la posible igualdad al hacer los lotes adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie³⁷⁷, con respeto, en todo caso, a las previsiones hechas por testador y a las contenidas en la ley. Además, al igual que el contador-partidor testamentario, el contador partidor dativo podrá, conforme al artículo 841.2 del Código Civil, hacer uso de la facultad de adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. En este punto, su función se asimila a la del albacea universal³⁷⁸.

Pues bien, la introducción de la figura del contador-partidor dativo en la legislación sustantiva no se acompasó con la que hubiera sido necesaria desde el punto de vista procedimental³⁷⁹. La Disposición transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, disponía que mientras no se modificara la Ley de Enjuiciamiento Civil, serían de aplicación las normas de la Jurisdicción voluntaria, entre otras actuaciones, para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley.

Por tanto, la intención del legislador era que la actuación del contador-partidor dativo quedara enmarcada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, el carácter obsoleto de la regulación decimonónica vigente en ese momento no favoreció la utilización en la práctica de esta figura a los fines previstos y, ante la inadecuación de la regulación contenida en el Libro III de la Ley

³⁷⁶ A este respecto ESCARTÍN IPIÉNS, quien afirma que no sólo ambos se incluyen en el mismo artículo, sino que les afecta el mismo estatuto orgánico y funcional. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., "El contador partidor dativo: notas sobre su origen...", cit., p. 416. Puede verse también, ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., "El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...", cit.

³⁷⁷ Cfr. arts. 1061 y 1062 CC. Como excepciones al principio del art. 1061, además del supuesto del art. 841, cabe mencionar el caso de que exista una cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, que podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, conforme al art. 1062 CC.

³⁷⁸ Con estas últimas facultades, dice ROCA SASTRE, la función del contador-partidor dativo se acerca algo más al albaceazgo universal, "sobre todo en el caso de que se sostenga que la decisión de que se paguen cuotas hereditarias, legados parciarios o legítimas en dinero quede al total arbitrio del contador-partidor dativo, sin previsión alguna por parte del testador ni de los herederos o legatarios que han solicitado su nombramiento". ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., p. 158.

³⁷⁹ En efecto, afirma ESCARTÍN IPIÉNS que en aquel momento "la gran omisión de la reforma del Código Civil de 1981 fue la de no precisar cuál sería el instrumento procedimental". ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., "El contador partidor dativo: notas sobre su origen...", cit., p. 420.

de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, la institución del contador-partidor se integró, una vez aprobada la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a modo de una suerte de perito, en el juicio especial de división de herencia, sin posibilidad de desenvolver todas las capacidades de las que el legislador de 1981 le quiso investir dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria³⁸⁰.

Como sabemos, la Ley procesal del año 2000 aplazó la reforma de la jurisdicción voluntaria que, finalmente y con años de retraso, ha entrado en vigor el día 23 de julio de 2015. El tratamiento dado a la figura del contador-partidor dativo ha buscado una fórmula de equilibrio que, de un lado, respeta su tradicional encaje dentro de la sede judicial y, de otro, reconoce que dentro de las aspiraciones del Notariado por asumir ciertas competencias en sede de jurisdicción voluntaria, también se encuentran las relacionadas con los contadores-partidores dativos.

Como en sede de albaceazgo, el legislador, no obstante, ha oscilado a la hora de proceder a la distribución de competencias en esta materia. Ya en el anterior intento de reforma³⁸¹, el artículo 156 del Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 disponía que, sin perjuicio de la competencia del Secretario judicial, la administración de los expedientes relativos a contadores-partidores, en concreto el nombramiento, la renuncia y la fijación de prórroga del plazo, podía efectuarse por un Notario.

El Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014 se apartó de ese criterio de atribución compartida de competencias, confiriendo en exclusiva al Notario las competencias en materia de nombramiento de contador-partidor dativo, renuncia del cargo y fijación de prórroga para su ejercicio; en tanto, asignó con carácter exclusivo al Secretario Judicial la aprobación de la partición efectuada por el contador-partidor dativo nombrado³⁸².

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria recupera el criterio de las competencias compartidas del Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 y atribuye tanto a Notarios como a Letrados de la Administración de Justicia la competencia en las siguientes materias: designación de contador-partidor dativo, renuncia del contador-partidor dativo nombrado y fijación de prórroga del

³⁸⁰ En estos casos, como nos recuerda ESCARTÍNS IPIÉNS, el título jurídico particional en el contencioso es la sentencia y no el documento del contador-partidor dativo, que queda relegado a un simple dictamen pericial. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., "El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...", cit.

³⁸¹ Ya en relación con la atribución de competencias en esta materia a los Notarios en el anterior intento de reforma de 2006, afirmaba CAMPO GÜERRI que "[e]stamos ante una atribución de competencias que engloba actuaciones de diversa naturaleza, pero que suponen un reconocimiento de extraordinaria importancia en el devenir de la constante reivindicación del Notariado en esta materia". CAMPO GÜERRI, M.A., "La competencia notarial...", cit., pp. 619-620.

³⁸² Cfr. arts. 96 del Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014 y el que según el referido Proyecto era art. 65 nuevo de la Ley del Notariado.

plazo para la realización de su encargo y, finalmente, aprobación de la partición cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

El artículo 92 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, único que integra el Capítulo II de los contadores-partidores dativos, del Título IV dedicado a los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio, regula, dentro de la sede judicial, el ámbito de aplicación, competencia, postulación y tramitación de estos expedientes competencia de los Letrados de la Administración de Justicia³⁸³.

Por su parte, el artículo 66.1 letras b), c) y d), único que integra la Sección 5ª del Capítulo III del nuevo Título VII de la Ley del Notariado, prevé las nuevas actuaciones notariales en sede de contadores-partidores dativos. Dispone que el Notario autorizará escritura pública para el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil, en los casos de renuncia del contador-partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo y finalmente, para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Además, con el fin de armonizar su regulación con la de la Ley del Notariado, se modifica el párrafo segundo del artículo 1057 del Código Civil por la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Sin perjuicio de que entendamos, como iremos examinando, que con algunas de estas competencias se está atribuyendo al Notario funciones que exceden de su misión propia, lo cierto es que con esta nueva configuración debería revitalizarse la figura del contador-partidor dativo a fin de poder conseguir con su actuación todos los resultados beneficiosos pretendidos por el legislador de 1981.

3.3.1.- Notario competente

Para todos los expedientes relativos a los contadores-partidores, el artículo 66.2 de la Ley del Notariado reproduce idénticos criterios de competencia a los examinados para las actuaciones relativas al albaceazgo y en general para todas las nuevas actuaciones notariales en materia sucesoria. Será competente el Notario

³⁸³ En la tramitación de estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros y se ajustará a las siguientes normas: las normas generales contenidas en el Capítulo II, del Título I de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria; a lo dispuesto en el artículo 1057 del Código Civil; y supletoriamente, conforme al artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo lo no regulado por aquélla. Corresponderá su conocimiento al Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o residencia habitual del causante, o de donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o el del lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. En defecto de todos ellos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del solicitante.

que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un Distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

El Notario, como también hemos mantenido hasta el momento, valorará de oficio su competencia y la justificará o acreditará en la escritura.

3.3.2.- Nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil

El nombramiento de contador-partidor dativo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 1057 del Código Civil ha sido desde la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico una competencia judicial. No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representaren, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podía nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la designación de peritos³⁸⁴.

Frente al criterio seguido por el prelegislador en el Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014, donde se configuraba un expediente mixto en el que el nombramiento del contador-partidor dativo se atribuía al Notario y la aprobación de la partición por él efectuada al Secretario judicial, la Ley 15/2015, de 2 de julio, tras las diversas enmiendas presentadas³⁸⁵, recupera el criterio de las competencias compartidas del anterior intento de reforma y atribuye, como hemos visto, de forma compartida a Notarios y Letrados de la Administración de Justicia tanto el nombramiento de contador-partidor como la aprobación de la partición llevada a cabo por el contador nombrado.

³⁸⁴ Los trámites a seguir en este expediente de jurisdicción voluntaria comenzaban con un escrito de los herederos y legatarios que representaren el haber hereditario indicado, dirigido al Juez de Primera Instancia competente, solicitando el nombramiento de contador-partidor dativo. Al escrito se acompañaban los documentos justificativos de los hechos alegados: testamento o, en su defecto, acta de declaración de herederos abintestato, para acreditar que el causante falleció intestado o bien sin nombrar contador en su testamento. El Juez admitía el escrito a trámite y citaba a los demás interesados, cuyos domicilios fueran conocidos, designando contador en la forma establecida en los arts. 339 y siguientes LEC 2000 para el nombramiento de peritos. El expediente concluía con el auto del Juez aprobando la partición llevada a cabo por el contador, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

³⁸⁵ Véanse las Enmiendas número 383 y número 424 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de Ley (121/000112) de 5 de septiembre de 2014, donde el Grupo Firmante justifica que se “opta por la alternatividad, sustituyendo la exclusividad competencial de este expediente a favor de los Notarios por la concurrencia entre éstos y los Secretarios judiciales, lo que supone una ampliación de los medios puestos a disposición del ciudadano, para que a su libre elección pueda escoger la vía más acorde con sus intereses”. <http://www.congreso.es>

Este expediente de nombramiento de contador-partidor dativo, a nuestro juicio, no es función propia notarial³⁸⁶. Consideramos que el Notario en el ejercicio de su función no puede apreciar la idoneidad o aptitud de una persona para desempeñar el cargo, como no sea limitándose a constatar la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos expresamente previstos por la ley al efecto. Sin embargo, hemos de reconocer que, tal como se ha configurado esta nueva competencia, puede asumirla el Notario sin que se produzcan importantes disfunciones. De un lado, por haberse modificado al efecto el artículo 1057.2 del Código Civil atribuyendo expresamente la competencia en esta materia al Notario; de otro lado, por haberse previsto un procedimiento especial objetivo en el artículo 50 de la Ley del Notariado para la designación de peritos, aplicable, por la remisión que hace al mismo el artículo 66.1 b), a los contadores-partidores dativos. Se trata, en definitiva, de proceder al nombramiento del contador-partidor dativo ajustándose a una tramitación en la que el Notario, con una actuación bastante automática, no debe emitir ningún juicio decisorio.

El supuesto de hecho en el que el Notario puede proceder al nombramiento del contador-partidor dativo no ha variado respecto del regulado con anterioridad. Lo que se modifica es el funcionario que puede proceder a ese nombramiento. Conforme a este párrafo segundo del artículo 1057 del Código Civil, “[n]o habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario³⁸⁷, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”.

El artículo 66.1 b) de la Ley del Notariado dispone que el Notario autorizará escritura pública para el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil.

A pesar de que el artículo 1057.2 utiliza desde su redacción originaria la expresión “podrá”, que no se ha modificado, entendemos que ni antes el Juez, ni ahora el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia podrán decidir si nombran o no al contador-partidor siempre que concurran los requisitos

³⁸⁶ En este sentido se manifiesta DE PRADA afirmando que “no parece encajar en la forma de actuar del Notario la misión de elegir quién deba ejercer el cargo [de contador]”. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “Problemas que plantea...”, cit., p. 1631.

³⁸⁷ En opinión de GONZÁLEZ POVEDA, la expresión haber hereditario “debe entenderse referida al remanente hereditario después de satisfechas las deudas hereditarias y los legados que no sean de parte alícuota ordenados por el testador y demás cargas hereditarias”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1402-1403.

subjetivos y objetivos previstos en el precepto, sino que, en estos casos, estarán obligados a su nombramiento³⁸⁸.

La solicitud al Notario habrán de hacerla, al igual que en la regulación anterior al Juez, herederos y legatarios que representan el 50 por 100 del caudal hereditario, que manifestarán su voluntad de que se proceda notarialmente al nombramiento de contador-partidor dativo.

Por tratarse de un expediente complejo que, como veremos, comprende tanto declaraciones de voluntad, como la constatación o verificación de hechos, así como sus juicios o calificaciones, debe ser documentado en sus distintas fases mediante sucesivas diligencias. Así expresado, parece que el instrumento más conveniente para su formalización sería un acta, sin embargo el artículo 66 de la Ley del Notariado dispone que, para todos los actos relativos a contadores-partidores y albaceas, el Notario autorizará una escritura pública³⁸⁹.

Requerido el Notario, lo primero que habrá de constatar es que efectivamente el requerimiento está hecho por quien está legitimado para ello. Se entiende que deben ser herederos y legatarios que integren la comunidad hereditaria, ya que lo que trata precisamente de facilitar el legislador al introducir esta figura es que no haya que acudir a la vía judicial para proceder a extinguir y liquidar la comunidad hereditaria indivisa. Por tanto, estarán legitimados los herederos instituidos en una cuota indivisa³⁹⁰ y los legatarios de parte alícuota³⁹¹.

Cabe plantearse, como por otra parte viene haciendo tradicionalmente la doctrina, qué ocurre con los herederos *ex re certa* y los legatarios de cosa específica o incluso de cantidad. Y sobre todo, qué ocurre con el cónyuge del causante. ¿Están o no, unos y otros, legitimados para solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo? En cuanto a los herederos *ex re certa*, aunque como herederos se verán afectados por las operaciones de la partición en cuanto se refieran, por ejemplo, al pago de deudas hereditarias, lo cierto es que no integran

³⁸⁸ En el mismo sentido, GONZÁLEZ POVEDA afirma que “en caso contrario se frustraría la finalidad de la institución, la prevención del litigio sucesorio”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1403.

³⁸⁹ Estamos de acuerdo con ESCARTÍN IPIÉNS cuando dice que “será conveniente a estos efectos alguna clarificación en norma reglamentaria”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...”, cit.

³⁹⁰ Precisa, además, GONZÁLEZ POVEDA que los herederos o legatarios de parte alícuota “deberán tener además un derecho efectivo sobre los bienes hereditarios, lo que excluye a los que lo sean bajo condición suspensiva, pues hasta que la condición no se cumpla no podrán pedir la partición”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1403.

³⁹¹ Se ha objetado que el Código Civil debía referirse a los integrantes de la comunidad hereditaria. Al menos, entendemos que el nuevo artículo 1057.2 debería haberse referido de forma específica a los legatarios de parte alícuota, no a los legatarios en general. Cfr. art. 782 LEC 2000, que legitima junto con los herederos a los legatarios de parte alícuota para reclamar judicialmente la división de la herencia. En este orden de cosas, ya advertía ESCARTÍN IPIÉNS que “estas imprecisiones del texto deberían ser subsanadas en el que se proyecta sobre la Jurisdicción Voluntaria”, subsanación que no se ha producido. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., p. 424.

el activo indiviso de la herencia y por tanto, en nuestra opinión, no estarán legitimados para solicitar el nombramiento, como tampoco lo estarán los legatarios que no sean de parte alícuota³⁹². Finalmente, en cuanto a la situación del cónyuge viudo, no hay duda, en primer lugar, de que si forma parte de la comunidad hereditaria tendrá legitimación activa conforme al artículo 1057.2 del Código Civil; en otro caso, como ocurre hasta ahora en los casos de partición hecha por contador-partidor testamentario, habrá de concurrir con el contador en la medida que la partición hereditaria debe hacerse al tiempo que se procede a la liquidación de la sociedad conyugal³⁹³ y, como titular de esta última, entendemos que estará legitimado junto a los herederos y legatarios de parte alícuota para pedir el nombramiento de aquél³⁹⁴.

En segundo lugar, deberá cerciorarse el Notario requerido de que concurre cualquiera de los supuestos de hecho que previene el propio artículo 1057.2 del Código Civil, esto es, que, habiendo fallecido el testador, no hay testamento³⁹⁵, ni contador-partidor en él designado³⁹⁶ o que está vacante el cargo³⁹⁷. Todos estos

³⁹² Porque como dice RIVAS MARTÍNEZ, “el legatario de cosa cierta no tiene un verdadero interés en la partición, *strictu sensu* considerada”. Además, si el art. 782 LEC 2000 no concede al legatario de cosa cierta la posibilidad de solicitar el procedimiento para la división de la herencia, en palabras de RIVAS MARTÍNEZ “no resultaría lógico que se le concediera en el presente”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., p. 2646. Sin embargo, ESCARTÍN IPIÉNS no ve tan clara “la exclusión a los instituidos herederos *ex re certa* o a aquellos herederos a los que el testador ha asignado ya bienes determinados en pago de su cuota; y ello en razón a su responsabilidad por las deudas”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., pp. 424-428.

³⁹³ Así lo reconoce expresamente el art. 302 LDCG en el procedimiento previsto que prevé para la partición de la herencia ante Notario.

³⁹⁴ En cuanto a la legitimación del cónyuge para solicitar este nombramiento afirma ROCA SASTRE que “hay que entender que se tratará de los herederos y legatarios de parte alícuota, con la concurrencia de los legitimarios que sean titulares de una legítima *pars bonorum* y, entre ellos, el cónyuge viudo por razón de su cuota legal usufructuaria”. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., p. 162. En este sentido puede verse también, ESCARTÍN IPIÉNS, quien entiende que está legitimado para pedir el nombramiento el cónyuge viudo titular de la comunidad indivisa “sea hereditaria o conyugal”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., pp. 424-428.

³⁹⁵ Opinamos con GONZÁLEZ POVEDA que a la inexistencia del testamento “habrán de equipararse todos los supuestos de ineficacia e incluso algún caso de nulidad parcial”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1401-1402.

³⁹⁶ En este caso, en palabras de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, “la ley es poco respetuosa con la voluntad del testador, soberana para ordenar la sucesión. Si el testador no nombró contador-partidor, puede deberse a que su voluntad había previsto y estaba conforme de que, caso de desacuerdo entre los herederos o interesados sobre la partición, acudieran al juicio de testamentaría, o puede deberse a un mero olvido o no previsión”. Y esto último fue lo que presumió la reforma de 1981 que introdujo este artículo, si bien, no obstante, como sigue diciendo el autor, “siempre cabrá la improcedencia de nombramiento de contador-partidor dativo si aparece o resulta claramente la voluntad del testador en contrario”, porque, en definitiva, como concluye ROCA-SASTRE MUNCUNILL “no cabe ser partidario de la intervención de terceras personas en las cuestiones sucesorias, salvo en casos muy excepcionales, muy complicados o de gran potencialidad litigiosa, debidos a muchas circunstancias, incluso de coste o económicas.” ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., pp. 160-161.

³⁹⁷ Entendemos que el cargo puede quedar vacante por cualquiera de las causas de extinción del albaceazgo contenidas en el art. 910 CC, causas aplicables por analogía a los contadores-partidores. En este caso, la ley coadyuva al cumplimiento de la voluntad del testador, permitiendo la sustitución del contador-partidor nombrado pero que no puede ocupar el cargo, por otro designado a instancia de los herederos y legatarios. Puede verse en este sentido, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., p. 161. En la misma línea, RIVAS MARTÍNEZ, quien interpreta la expresión relativa a la vacancia del cargo en sentido lato y la entiende

extremos habrán de acreditársele al Notario documentalmente aportando los requirentes el Certificado de Defunción, del Registro General de Actos de Última Voluntad y el testamento o el acta de declaración de herederos, en su caso. El Notario podrá solicitar de los requirentes la aportación de otros datos o documentos que a su juicio resulten de interés.

Finalmente, y antes de efectuar el nombramiento del contador-partidor dativo, deberá el Notario proceder a la citación de “los demás interesados si su domicilio fuere conocido”. Se nos plantean dos cuestiones, quiénes son esos demás interesados y cómo deberá el Notario proceder a su citación ante el silencio legal al respecto.

En primer término, deben ser citados, como interesados en el expediente, los herederos y legatarios integrantes de la comunidad hereditaria que no hayan promovido el nombramiento de contador-partidor dativo y, no sólo a fin de informarles, sino que de este modo se garantiza, sin que haya plazo previsto al efecto, su adhesión al expediente una vez conocido mediante la oportuna notificación³⁹⁸.

Junto a los herederos y legatarios parciarios no peticionarios, entendemos que se deben citar a los demás legatarios, a los legitimarios que no sean ni herederos ni legatarios de parte alcuota³⁹⁹, a los cesionarios de cuota hereditaria e incluso al cónyuge viudo. Nos surgen dudas sobre si los acreedores, bien de la herencia bien de los herederos, son interesados a los que hay que citar a los efectos de este artículo. Podría entenderse que los interesados del artículo 1057.2 serán los mismos a que se refieren los artículos 1014 y siguientes del Código Civil y que, por tanto, habría que citar a todos ellos para proceder al nombramiento de contador-partidor dativo. Sin embargo, el evidente interés que tienen los acreedores en la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y en la formación de este último, por la limitación de responsabilidad que conlleva para el heredero, no es tal en este supuesto del nombramiento de contador-partidor dativo que, para ellos, debe resultar indiferente, y, por tanto, a nuestro juicio, no deben ser citados⁴⁰⁰.

referida a la circunstancia en que el nombramiento del contador-partidor ordinario venga ineficaz por cualquier causa. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., p. 2644.

³⁹⁸ A este respecto, puede verse ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., p. 417.

³⁹⁹ Como dice RIVAS MARTÍNEZ, “a ellos puede no serles indiferente la persona en quien recae el nombramiento de contador-partidor dativo, ya que éste tiene facultades no sólo de entrega o cumplimiento de los legados sino también para fijación de legítimas y atribución de bienes en pago de ellas”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., p. 2648. En el mismo sentido, puede verse ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, Tomo IV, cit., p. 163

⁴⁰⁰ Las opiniones doctrinales al respecto son muy diversas. GONZÁLEZ POVEDA entiende, en relación con los acreedores tanto de la herencia como de los coherederos que, a diferencia de los demás legatarios y los cesionarios de los herederos a quienes sí reconoce como interesados de una forma directa en la sucesión, “sólo tienen un interés indirecto en la partición de la herencia por lo que su intervención en ella no es necesaria y

La segunda cuestión que se nos plantea en relación a la citación de los interesados tenía que ver con el modo de hacer esta citación. El tenor literal del artículo 1057.2 del Código Civil se limita a exigir la citación “si su domicilio fuere conocido⁴⁰¹”.

En este caso, y al igual que en todos aquellos supuestos que venimos examinando en los que en las nuevas actuaciones atribuidas a los Notarios se exige hacer citaciones sin especificar el modo de hacerlas, entendemos que el Notario habrá de proceder a notificar por alguno de los medios reglamentariamente previstos, así pues, bien personalmente, bien enviando al destinatario la cédula, copia o carta en la que conste el texto literal de la notificación por correo certificado con aviso de recibo o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega. A estos efectos, los promoventes del expediente deberán facilitar al Notario todos aquellos datos de que dispongan a fin de identificar y localizar a los demás interesados.

Las dudas surgen, ante el silencio legal, en el caso de que existiendo otros interesados en el expediente se desconozca, sin embargo, su domicilio. Del tenor literal del artículo se entiende *a contrario sensu* que, en este caso, no procede citación alguna. Tal como está redactado el artículo, y teniendo en cuenta que en otros expedientes sí se ha previsto expresamente la citación por edictos de los interesados cuya identidad o paradero se desconoce, podemos entender que el legislador en este caso, opta por prescindir de estas publicaciones, de modo que si se desconoce el domicilio de los interesados simplemente se omite esta diligencia de citación.

Puede ser ciertamente una omisión intencionada heredada del régimen anterior o puede ser un olvido del legislador. En cualquier caso, a nuestro juicio, hubiera sido más conveniente la regulación de estas citaciones como preceptivas. Varias razones nos llevan a esta conclusión. En primer lugar, la analogía con lo previsto en otras de las nuevas actuaciones atribuidas al Notariado. En segundo

mucho menos en el nombramiento del contador partidor que en nada afecta a sus intereses”. GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1403. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., p. 2648, opina, por su parte, que no deberán ser citados los cesionarios de los herederos ni los acreedores de la herencia. En tanto, finalmente ESCARTÍN IPIÉNS afirma en contrario que también serán interesados los acreedores de los herederos y en su caso los cesionarios de cuota. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., pp. 424-429.

⁴⁰¹ Con esta expresión “con citación de los demás interesados, si su domicilio fuera conocido” que se ha mantenido en el texto vigente, nos recuerda ESCARTÍN IPIÉNS que el legislador trataba de “evitar nulidades provocadas por interesados no citados al procedimiento”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., *El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...*, cit.

En sede judicial, sin embargo, la citación a los interesados en el caso de que el expediente sea conocido por el Letrado de la Administración de Justicia se hará, tal como dispone el art. 17 LJV, en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los arts. 149 a 168 LEC 2000 regulan los diferentes actos de comunicación judicial y para el caso de que resulte desconocido y no pueda averiguarse el domicilio del demandado u otras personas que deban ser citadas, el Letrado de la Administración de Justicia, conforme al art. 156 *in fine*, sí ordenará que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos.

lugar, fundamentalmente, por la trascendencia que tiene este nombramiento para el resto de los interesados. La partición que haga el contador-partidor dativo será efectiva, a falta de acuerdo, con la aprobación del Notario. Por ello entendemos que, al menos, debieran estar informados y que deberían tomarse todas las medidas necesarias para ello⁴⁰², incluso las correspondientes publicaciones de edictos, como, por otra parte, prevé el artículo 297 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, en el procedimiento previsto en esta Ley para la partición de la herencia ante Notario.

Una vez acreditada la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 1057.2 del Código Civil y hechas las oportunas citaciones, de todo lo cual el Notario dejará constancia en la escritura, procederá, a través de un procedimiento objetivamente tasado, al nombramiento de contador-partidor dativo. El nombramiento, tal como dispone el mismo artículo 66.1 b) *in fine*, se realizará de conformidad con lo previsto en el nuevo artículo 50, ambos de la Ley del Notariado⁴⁰³. Cabe precisar, no obstante, que la referencia del artículo 1057.2 del Código Civil a las reglas que “la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos”, heredada de la redacción originaria, así como la propia referencia al nombramiento de peritos contenida en el artículo 50 nuevo de la Ley del Notariado, no es más que la determinación del criterio objetivo en base al cual se va a proceder al nombramiento, pero en ningún caso supone asimilar la esencia de ambas instituciones, peritos y contadores-partidores⁴⁰⁴.

Conforme al artículo 50 de la Ley del Notariado, en el mes de enero de cada año se interesará, por parte del Decano de cada Colegio Notarial, de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente, podrán solicitar formar parte de esa

⁴⁰² Ya advirtió a este respecto ESCARTÍN IPIÉNS que esta reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria era “la ocasión de realizar algunas precisiones sobre todo en relación a la expresión *si su domicilio fuere conocido* que tuvo por objeto poner coto a las posibles impugnaciones de nulidad”. No se ha hecho precisión alguna y no se prevé qué ocurre en caso de que haya interesados cuyo domicilio se ignora. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., p. 424.

⁴⁰³ Apunta ESCARTÍN IPIÉNS que puede plantearse con este procedimiento un conflicto “entre automatismo e idoneidad del designado” que quizá requiera de unos criterios de desarrollo reglamentario dentro del notarial. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., p. 429.

⁴⁰⁴ Esta referencia a la palabra “perito”, como opina ESCARTÍN IPIÉNS y hemos visto anteriormente, “facilitó el equívoco de considerarlo como tal, desnaturalizando su función de Órgano Sucesorio”. A lo que añade el autor que “[d]eterminar cuál es el criterio objetivo de la designación no es determinar la naturaleza de su función en el ámbito de la Jurisdicción Voluntaria”. Éste fue el sistema elegido, en definitiva, por ser el que la Ley procesal de 1881 disponía para la designación del contador-partidor dirimente en el juicio de testamentaría. ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit., p. 418; y ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...”, cit.

lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial y, a partir de ella, se efectuarán por el Colegio las siguientes designaciones por orden correlativo conforme sean solicitadas por los Notarios que pertenezcan al mismo.

Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el mismo procedimiento, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona⁴⁰⁵.

Cuando llegue el momento de solicitar el nombramiento de contador-partidor, el Notario que conozca del expediente comunicará al Colegio Notarial qué conocimientos específicos e incluso qué títulos oficiales debería tener preferentemente la persona que se designe para desempeñar el cargo de contador⁴⁰⁶.

Como requisitos mínimos o básicos, los contadores-partidores habrán de tener conocimientos de tasación, según los bienes de que se trate, así como los conocimientos jurídicos necesarios para elaborar con la técnica suficiente un cuaderno particional. Si concurre en el contador-partidor la doble condición de jurista, Abogado preferentemente, y perito en tasación de los bienes que componen el patrimonio hereditario, podría él solo proceder a la formación del cuaderno particional. En otro caso, ante la falta de conocimientos adecuados o suficientes, o bien debería declinar su nombramiento o bien requerirá de la asistencia jurídica o pericial oportuna, en función de las materias objeto de pericia que concurren en la partición en cuestión, como por otra parte suele ocurrir en la práctica cuando es un contador-partidor testamentario el encargado de hacer la cuenta y partición de la herencia⁴⁰⁷. Pero, en este caso, más que el recurso a esa

⁴⁰⁵ Está claro que será de aplicación en sede de nombramiento de contador-partidor dativo la prohibición que establece el párrafo primero del art. 1057 cuando dispone que se podrá designar “a cualquier persona que no sea uno de los coherederos”. La ley 341 CDCFN dispone, por su parte, que “[n]o pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota, el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por Ley”.

⁴⁰⁶ El art. 340 LEC 2000 establece como condición de los peritos que sean nombrados en el curso de un expediente o procedimiento judicial, el poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.

⁴⁰⁷ Puede verse en cuanto a la idoneidad para ser contador-partidor, GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1400-1401.

asistencia externa, debería valorarse la posibilidad de efectuar el nombramiento no de una, sino de dos personas en el seno del procedimiento del artículo 50 de la Ley del Notariado, al igual que en el artículo 784 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, se prevé el nombramiento de contador y de perito en el juicio de división de herencia⁴⁰⁸.

Este artículo 50 de la Ley del Notariado, novedoso en la legislación notarial, reproduce, sin embargo, casi de forma idéntica la redacción del artículo 341 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que, junto a los demás preceptos que integran la Sección 5ª del Capítulo VI, del Título I, del Libro II de la Ley procesal, regula el dictamen de peritos como uno de los medios de prueba que se pueden practicar comúnmente en los procesos declarativos. Sin embargo, a diferencia de la regulación que se introduce en la legislación notarial, que se limita a prever el sistema de designación de peritos, la Ley de Enjuiciamiento civil también regula el llamamiento al perito designado y la aceptación y nombramiento, así como las tachas de los peritos, su tiempo y forma. Entendemos que ante el vacío legal existente en el ámbito notarial⁴⁰⁹ y en tanto no se proceda a un desarrollo reglamentario, será de aplicación supletoria lo dispuesto en los artículos 335 a 352 de la mencionada Ley procesal siempre que no se opongan o sean incompatibles con la esencia de la función notarial.

Hecha la comunicación por el Colegio notarial correspondiente al Notario requerido de quién sea el contador-partidor asignado para el expediente, aquél pondrá fin a la escritura pública documentando su nombramiento.

Para concluir este expediente, hemos de referirnos a la regulación contenida en la ley 344 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Como dijimos con anterioridad, este es el único precedente que en nuestro ordenamiento jurídico tuvo el artículo 1057.2 del Código Civil.

Con una configuración casi idéntica, se prevé la solicitud al Juez para el nombramiento de contador-partidor dativo a efectos de que practique la cuenta y partición de la herencia que, a falta de ratificación por todos los herederos y

⁴⁰⁸ Efectivamente, especialmente clarificador al respecto resulta el art. 784 LEC 2000, a efectos de la designación del contador y de los peritos en el juicio de división de herencia en el que los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre “el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes, no pudiendo designarse más de un perito para cada clase de bienes que hayan de ser justipreciados”. A falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, “de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio”. Si tampoco hubiera acuerdo sobre los peritos, “se designarán por igual procedimiento los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos, pero nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados”.

⁴⁰⁹ El art. 157 del Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 regulaba la aceptación del cargo y entrega de la documentación al contador.

legatarios, requerirá aprobación judicial. Sólo se diferencia en que en Navarra la solicitud deben hacerla herederos y legatarios que sumen al menos, no el 50 por 100, sino dos tercios de caudal hereditario líquido. Pero, sin embargo, el artículo 66 de la Ley del Notariado cuando enumera las actuaciones relacionadas con los contadores-partidores en las que el Notario será competente, afirma que autorizará escritura pública para el nombramiento de contador-partidor dativo “en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil”⁴¹⁰. Esta omisión u olvido del legislador no puede ser óbice para que en Navarra también se aplique lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley del Notariado que, para ser más precisa y en atención al título competencial que ampara la redacción de la Disposición final undécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, debía haber obviado la referencia expresa al artículo 1057.2 del Código Civil y referirse, en su lugar, al nombramiento de contador-partidor dativo en todos los casos previstos por las distintas legislaciones civiles aplicables en España.

3.3.3.- Aprobación de la partición efectuada por el contador-partidor dativo

Una vez efectuado su nombramiento, el contador-partidor dativo habrá de proceder a la cuenta y partición de la herencia elaborando el correspondiente cuaderno particional conforme a la Ley y a lo dispuesto, en su caso, por el testador⁴¹¹. Con esta finalidad, el contador-partidor, en primer lugar, interpreta el testamento, forma y valora el inventario del patrimonio hereditario teniendo en cuenta tanto el activo como el pasivo, fijando las deudas, cargas y demás gastos de la herencia. En caso de tratarse de un causante fallecido en estado de casado, y aun sin existir base legal sólida al respecto, puede liquidar con el cónyuge viudo el régimen de sociedad de gananciales o comunidad conyugal equivalente⁴¹². Fijará las legítimas y los haberes de los partícipes para, finalmente, concluir adjudicando bienes a los herederos en pago de sus respectivas cuotas hereditarias⁴¹³.

Si bien el cargo de contador-partidor es personalísimo e indelegable, en la

⁴¹⁰ Lo mismo ocurre en el art. 92 LJV cuando atribuye competencia a los Letrados de la Administración de Justicia para la designación del contador-partidor dativo sólo en los casos previstos en el art. 1057 CC.

⁴¹¹ Conforme al art. 1057.1 CC, el contador-partidor tiene encomendada la simple facultad de hacer la partición. La doctrina ha analizado y estudiado tradicionalmente cuál es el contenido exacto de esta facultad. A este respecto, en cuanto a cuáles sean las funciones del contador-partidor y las dificultades que pueden surgir en relación determinados actos que se encuentran en una zona intermedia entre la actuación meramente particional y los actos de disposición, puede verse, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, pp. 2606-2618.

⁴¹² En este supuesto, el cónyuge viudo suscribirá junto al contador el cuaderno particional.

⁴¹³ La adjudicación de bienes a los coherederos en pago de su derecho o cuota hereditaria constituye una de las actuaciones estrictamente particionales que integran el contenido de la función del contador-partidor. Pensemos además, como dice RIVAS MARTÍNEZ, que en algunos de estos supuestos surgen serias dificultades en orden a determinar si el contador se excede o no de su función tratándose de actos que están situados en una zona intermedia entre el acto estrictamente particional, para el que está legitimado el contador, y el acto que implica enajenación, para el que no lo está. El autor hace una exposición bastante detallada de diversos supuestos que pueden presentarse en la práctica. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., pp. 2612-2618.

práctica y tratándose de un contador-partidor testamentario es ciertamente frecuente que se encomiende a un jurista especializado, como un Notario o un Abogado, la redacción del cuaderno particional, que en todo caso habrá de ajustarse a las indicaciones y directrices dadas por el propio contador. Del mismo modo, cuando la dificultad de la valoración de los bienes y derechos así lo exija, el contador suele ser asistido por un experto en tasación. Estas asistencias “externas”, más comprensibles, como hemos visto, en los casos del contador-partidor testamentario, deberían ser excepcionales en los casos del contador-partidor dativo. De ahí, la importancia, a la que antes hicimos referencia, de que el contador-partidor dativo tenga los conocimientos técnicos y jurídicos necesarios para poder llevar a efecto la partición sin requerir asistencia de ningún tipo.

La partición es por tanto un acto unilateral del contador-partidor. No obstante, tratándose de la partición efectuada por un contador-partidor dativo, la Ley exige para su plena efectividad bien la confirmación o ratificación expresa de todos los herederos y legatarios⁴¹⁴, bien la aprobación de funcionario competente. Estos requisitos posteriores no transforman la naturaleza de la partición: ni la ratificación posterior de los titulares de la comunidad hereditaria, la convierte en un acto convencional⁴¹⁵, ni la aprobación posterior, tradicionalmente competencia de los Jueces, la convertía en una partición judicial⁴¹⁶.

Ante la falta de conformidad de todos los herederos y legatarios, la aprobación de la partición contenida en el referido documento ha venido siendo, como hemos referido, una competencia de la autoridad judicial. Superando tanto el

⁴¹⁴ Entiende RIVAS MARTÍNEZ que esta confirmación habrá de darse por todos los herederos y los legatarios de parte alcuota, pero no es necesaria la confirmación de los herederos *ex re certa*, al igual que tampoco estaban estos legitimados para solicitar el nombramiento del contador-partidor por no formar parte en sentido estricto de la comunidad hereditaria. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., pp. 2653-2654.

⁴¹⁵ La declaración de voluntad de todos ellos manifestando su conformidad a la partición y, en su caso, la confirmación posterior del cónyuge, se hará constar en la escritura por nueva diligencia.

⁴¹⁶ En este sentido de considerar la función del comisario como un acto unilateral y no bilateral o contractual se manifiesta ESCARTÍN IPIÉNS cuando afirma que “la confirmación expresa de todos los herederos y legatarios es un acto complementario del documento particional otorgado por el contador-partidor dativo, que no la convierte en partición convencional de los herederos”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., *El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...*, cit. En el mismo sentido, puede verse ESCORIAZA, N., “La figura jurídica del Comisario...”, cit., p. 4342.

Sin embargo, ésta no es una opinión unánime. Por el contrario, RIVAS MARTÍNEZ entiende en relación con el contador-partidor testamentario, “que no es una nueva modalidad de partición por contador partidor porque su fuerza vinculante no deriva de la voluntad del contador partidor, que a su vez es continuación de la del causante, sino bien de una aprobación de los herederos bien de una aprobación del Juez. Ello lo convierte o en una partición contractual o en una partición judicial, pero especial (...) en caso de que haya aprobación de los herederos es evidente que no estamos ante un supuesto de partición unilateral hecha por contador partidor que por voluntad y mandato del testador la impone a los herederos. Por el contrario es el concurso de voluntades de éstos la base de esta modalidad particional. Por tanto, estamos ante una verdadera partición contractual, cuando es confirmada por todos los interesados (...) En el caso de aprobación judicial estamos ante una partición que, aun siendo una modalidad de partición judicial, no puede asimilarse a ninguno de los supuestos que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estaremos ante una nueva modalidad de partición judicial en la que el Juez actúa no tanto en el ejercicio de su función jurisdiccional sino en una función arbitral a la que es llamado por razón de su cargo. (...) Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., pp. 2643-2644.

criterio mantenido en el anterior intento de reforma del año 2006, en el que esta función seguía en manos de los Jueces, como el adoptado en el Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 2014 donde se configuraba un expediente mixto en el que el nombramiento del contador-partidor dativo se atribuía al Notario y la aprobación de la partición al Secretario judicial, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria atribuye tanto el nombramiento del contador-partidor dativo como la aprobación de la partición de forma compartida a Notarios y Letrados de la Administración de Justicia.

A este respecto se modifica el artículo 1057.2 del Código Civil y el nuevo artículo 66.1 d) de la Ley del Notariado establece que el Notario autorizará escritura pública para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

A diferencia de lo ocurre en sede de nombramiento de contador-partidor dativo, donde el artículo 66.1 b) de la Ley del Notariado se refiere expresamente al supuesto del artículo 1057 del Código Civil, en este caso, la Ley del Notariado⁴¹⁷ se refiere a todos los casos en que resulte necesaria la aprobación por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Con la finalidad de armonizar el Código Civil con la nueva regulación contenida en la Ley del Notariado, la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, ha modificado, además del párrafo segundo del artículo 1057, el artículo 843 del mismo Cuerpo legal en relación con lo dispuesto en el artículo 841. Este artículo 841 regula una excepción a la regla general contenida en el artículo 1061 del Código Civil sobre el principio de igualdad que debe presidir la formación de lotes en la partición hereditaria. Y permite no sólo al testador y al contador-partidor por él designado, sino también, en su párrafo segundo, al contador-partidor dativo, adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios⁴¹⁸. Al igual que prevé el artículo 1057.2, el artículo 843 del Código Civil también exige para la validez de esta partición, bien la confirmación, en este caso no de todos los herederos y legatarios, sino de todos los hijos y descendientes, bien su aprobación posterior. La modificación de este precepto va en la misma dirección de sustituir a la autoridad competente para aprobar la partición, de modo que la aprobación judicial deja paso a la aprobación hecha bien por el Notario bien por el Letrado de la Administración de Justicia.

⁴¹⁷ En el mismo sentido el art. 92 LJV para el caso de que el expediente sea conocido por el Letrado de la Administración de Justicia.

⁴¹⁸ Conforme al art. 842 CC, no obstante lo dispuesto en el art. 841, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos, podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los arts. 1.058 a 1.063 de este Código.

Tampoco se plantean dudas sobre la aplicación del artículo 66.1 d) de la Ley del Notariado a los casos previstos por la ley 344 de la Compilación navarra, máxime cuando en este supuesto, ni la Ley del Notariado, ni la de la Jurisdicción Voluntaria se han referido expresamente a los artículos 1057.2 y 843 del Código Civil. Sería conveniente que el legislador autonómico modificare al efecto este precepto, como mínimo para sustituir la referencia al Juez por la del Letrado, a fin de evitar en caso de que se solicite a un Juzgado competente la aprobación de la partición, un conflicto de competencia entre las diferentes autoridades dentro del órgano judicial.

Esta nueva competencia atribuida al Notariado nos lleva a reflexionar sobre diversas cuestiones.

En primer término, cabe plantearse quién debe hacer el requerimiento al Notario a efectos de que éste proceda a la aprobación de la partición, si el contador-partidor dativo o los herederos y legatarios que solicitaron su nombramiento y ante su falta de conformidad.

A nuestro juicio, en un principio, el legitimado para hacer el requerimiento será el contador-partidor dativo. Éste deberá, en primer lugar, obtener la confirmación expresa de todos los herederos y legatarios o de todos los hijos y descendientes, según los casos, y, en su defecto, solicitará del Notario la aprobación de la partición. No obstante, en caso de que el contador-partidor dativo hiciere dejación de sus funciones y ante la falta de conformidad de aquéllos no presentare el cuaderno particional a la aprobación del Notario, consideramos que los herederos y legatarios que solicitaron su nombramiento, de quienes recibe su legitimidad, podrán asimismo requerir al Notario para que proceda a la aprobación de la partición.

En segundo lugar, debemos cuestionarnos quién ha de aprobar la partición, si el mismo Notario que haya hecho el nombramiento del contador-partidor o si puede aprobarla un Notario distinto, siempre que sea competente. Incluso, cabe plantearse si puede aprobar la partición un Notario competente cuando el contador-partidor dativo fue nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia.

El legislador no ha sido en absoluto preciso a la hora de dar nueva redacción al artículo 1057.2 del Código Civil, limitándose a sustituir la referencia al Juez por la referencia al Letrado de la Administración de Justicia o al Notario. Pero justamente por haberse sustituido la competencia única del Juez por la compartida para Letrados y Notarios en dos actuaciones que están íntimamente vinculadas, ya que la partición que se ha de aprobar es la practicada por el contador-partidor dativo previamente designado, se debía haber especificado más, a nuestro juicio,

en la redacción de este precepto, clarificando si es o no indiferente quién haya nombrado al contador-partidor para determinar quién deba aprobar la partición.

Al no haberse previsto limitación alguna al respecto, ni haber vinculado el legislador el nombramiento de contador-partidor con la aprobación posterior, la primera conclusión a la que llegamos, en efecto, es que para el legislador es indiferente que al contador-partidor lo haya nombrado el mismo u otro Notario, o hasta un Letrado de la Administración de Justicia. Sin embargo, a nuestro juicio, estas competencias están íntimamente conectadas. No se trata de dos expedientes diferentes, sino que, al modo de dos fases de un mismo expediente complejo, la aprobación debe hacerla la misma autoridad que haya nombrado al contador-partidor⁴¹⁹. En la práctica entendemos que será así. Lo normal es que cuando el expediente llegue a manos de un Notario, sea el mismo Notario el que se ocupe de su tramitación hasta el final. Igual que si el contador-partidor se nombra en sede judicial, quizás porque existe mayor beligerancia entre los coherederos y así lo consideran conveniente los Abogados que les asistan, la aprobación también la hará, en su momento, el mismo Letrado de la Administración de Justicia.

Otra cosa es que discutamos el fondo de la cuestión. Ésta es la tercera y más trascendente duda que nos plantea la atribución de esta competencia al Notariado, esto es, saber si se están excediendo las funciones propias notariales, judicializándose, en consecuencia, la actuación de los Notarios.

La respuesta a esta cuestión dependerá de la naturaleza y contenido que se le dé a la aprobación⁴²⁰. Como afirmación de principio, diremos que, a nuestro juicio, con esta competencia el Notario se extralimita de su función propia. Pero, en cualquier caso, no podemos obviar y debemos valorar positivamente la trascendencia práctica de la medida. Con esta nueva competencia notarial van a agilizarse muchas particiones hereditarias a las que un desacuerdo enquistado con alguno de los partícipes, y ante la ausencia de contador-partidor nombrado por el

⁴¹⁹ El art. 306 LDCG dispone expresamente que la partición se formalizará mediante escritura pública de protocolización del cuaderno particional ante el mismo Notario que hubiera intervenido en los trámites anteriores.

⁴²⁰ En relación con la regulación anterior en que la aprobación correspondía al Juez no existe ni doctrina ni jurisprudencia unánime al respecto de cuál es el contenido y naturaleza de esta aprobación. Mientras en unos casos se entiende que el Juez, al dar o no su aprobación, debe controlar solamente que el contador-partidor dativo no se ha extralimitado en sus funciones, en otros se ha llegado a defender que el Juez puede negar aprobación no sólo por falta de aplicación de alguna norma legal o por defectos formales, sino también por lesión de un partícipe o inexacta valoración de un bien. En este sentido, véase RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo III, cit., p. 2654, o GÓMEZ-FERRER SAPIÑA quien opina que la función del Juez en la aprobación de la partición hecha por contador-partidor dativo en el supuesto del art. 1057 CC, es "enjuiciar la labor del contador partidor preventiva del juicio sucesorio". GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...", cit., p. 122.

La DGRN, por su parte, ya hace más de un siglo en Resolución de 30 de abril de 1906 (LA LEY 12/1906) mantenía que esa aprobación tiene un carácter meramente formal y ritual, sin implicar el examen de la validez del contenido de la partición, y no puede equipararse al de las sentencias que dictan los Jueces, si bien entiende el Centro Directivo que falta "un precepto que decida este caso terminantemente, o, en su defecto, una jurisprudencia racional y justa que imponga la única solución que debe prevalecer".

testador, las mantiene durante años en estado de suspensión con imposibilidad de llegar a buen fin si no es acudiendo a los Tribunales, lo que por otra parte tratan de evitar a toda costa generalmente los herederos.

Desde la introducción de la figura del contador-partidor dativo se ha venido planteando el por qué de esta necesaria aprobación, antes judicial, hoy del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario, si el contador-partidor dativo tiene la misma naturaleza que el testamentario y la partición efectuada por este último es válida y eficaz por sí misma sin necesidad de requisitos posteriores. La exigencia de aprobación se debe fundamentalmente a que la actuación del contador-partidor dativo no deriva directamente de la voluntad del testador, sino de los herederos y legatarios y además no de todos ellos. Por lo tanto, el legislador creyó necesario reforzar o complementar esa legitimidad del contador-partidor dativo, bien con la confirmación de todos los titulares de la comunidad hereditaria bien con la aprobación posterior de una autoridad. De esta forma se garantizaba que el contador-partidor dativo, además de estar legitimado, no se había extralimitado en sus funciones.

Este nuevo expediente, o para ser más precisos, esta nueva fase del expediente, comenzará cuando efectuado el requerimiento, el Notario, informado por el contador-partidor dativo sobre cuáles son los motivos o discrepancias por los que los herederos y legatarios o los hijos y descendientes, en su caso, no han confirmado expresamente la partición, se disponga al examen del cuaderno particional. Este examen implica comprobar que la partición hereditaria está correcta desde el punto de vista jurídico, asegurándose de que el contador-partidor ha procedido a una correcta formación del inventario, a la fijación de haberes y adjudicaciones con respeto a la ley y al testamento. En definitiva, hará el correspondiente control de legalidad tanto del proceder del contador como del cuaderno particional por éste elaborado, como por otra parte ya viene haciendo cuando se lo presenta el contador-partidor testamentario⁴²¹. Esta calificación notarial sí constituiría función propia.

Sin embargo, la aprobación creemos que es algo más. Es dar algo por bueno o por suficiente. No es únicamente el control de legalidad de un documento. Y según las circunstancias del caso, va a ser francamente muy probable que el Notario, excediéndose de sus funciones propias, tenga que enjuiciar la labor e intervención del contador-partidor.

Así pensemos en supuestos en que el Notario estime necesario interpretar el

⁴²¹ No obstante, tratándose de un cuaderno particional elaborado por un contador-partidor testamentario, el Notario ante una partición que, a su juicio, no se ajusta a la ley y al testamento, habrá de advertir e informar al contador-partidor sobre las serias posibilidades de impugnación, pero no dejará de protocolizarlo si el contador insiste en ello.

testamento de forma diferente al contador-partidor dativo; juzgar la formación del inventario o discutir el avalúo de los bienes⁴²², por entender que una valoración arbitraria de los mismos lleva al perjuicio de alguno o algunos de los partícipes; entrar a valorar si hay lesión de algún partícipe en cuanto a sus derechos legitimarios o si el contador, excediendo su mera función de partir ha llevado a cabo algún acto dispositivo. En cualquiera de estas actuaciones, sí estaría extralimitándose de su función propia que adquiriría, en este punto, tintes judiciales. Pero lo cierto es que en estos casos, si constata que se ha dejado de incluir algún bien o alguna deuda en el inventario, si entiende que se lesionan las legítimas o que el contador se ha excedido de su misión de partir haciendo actos dispositivos, lo que procedería sería la denegación de la aprobación.

Para que la aprobación quedase enmarcada en la función notarial debería configurarse como un acto meramente formal y rituario, como decía la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴²³, pero de este modo carecería de sentido la atribución de esta competencia al Notariado. Una aprobación así configurada no conseguiría la finalidad pretendida, desjudicializadora y agilizadora de trámites, pues la partición estaría abocada a la impugnación judicial.

En definitiva, como ya adelantamos, con esta competencia se judicializa, en nuestra opinión, la función notarial, pero las ventajas prácticas de la medida y su oportunidad, enmarcada en la nueva configuración de la jurisdicción voluntaria, hacen conveniente su atribución al Notariado. El legislador y la sociedad, en general, confían al prudente y formado criterio de los Notarios la buena gestión de esta nueva herramienta notarial.

Si el Notario, tras su calificación, aprueba la partición, deberá dejar constancia de ello en el instrumento público correspondiente. El instrumento público que exige la Ley del Notariado es una escritura pública, pero entendemos que debería ser un acta, ya que la voluntad que se recoge no es la de los herederos y legatarios, ni la de los hijos y descendientes, ni la del contador-partidor, sino la del propio Notario. La aprobación podrá formalizarse como una cláusula o diligencia en la propia escritura de aceptación y partición de herencia o de protocolización de cuaderno particional⁴²⁴.

⁴²² A nuestro juicio, en aquellas particiones que el Notario deba aprobar, éste habrá, cuando menos, aconsejar al contador-partidor que las valoraciones sean llevadas a cabo por una tasadora oficial.

⁴²³ Véase la Resolución de 30 de abril de 1906 (LA LEY 12/1906) antes mencionada.

⁴²⁴ Lo cierto es que la partición efectuada por contador-partidor dativo puede constar formalizada en documento público o privado, ya que en esta materia rige la regla general de libertad de forma del art. 1278 CC. Ahora bien, cuando en el patrimonio hereditario existan bienes inmuebles o derechos reales y la aprobación haya sido prestada por el Notario, para obtener la inscripción de la adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos se deberán presentar, conforme al artículo 80.1 a) del Reglamento Hipotecario, escritura de partición, escritura o, en su caso, acta de protocolización de operaciones particionales formalizadas con arreglo a las Leyes.

Si a juicio del Notario ha habido errores al efectuar la partición, así lo declarará en la misma escritura denegando la aprobación de la partición y el contador-partidor podría proceder, en este caso, bien a elaborar una nueva partición teniendo en cuenta los defectos detectados por el Notario o, en último término, deberá acudir a la partición judicial.

Como hace la Ley del Notariado para algunas de las nuevas competencias atribuidas a los Notarios, el artículo 1057 del Código Civil en su párrafo tercero prevé el caso de que, entre los coherederos, haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela, en cuyo caso el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas⁴²⁵.

Finalmente, debemos hacer referencia al procedimiento de partición de la herencia ante Notario regulado en los artículos 295 a 308 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que se analizará posteriormente, conforme al cual cuando no haya contador-partidor designado por el causante o esté vacante el cargo, los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean al menos dos podrán promover ante Notario la partición de la herencia respetando en todo caso las disposiciones del causante. A diferencia de lo que ocurre en la nueva regulación contenida en el artículo 1057.2 del Código Civil, en este procedimiento son los mismos promoventes e incluso los partícipes no promoventes quienes designarán o propondrán a los contadores-partidores, a fin de elegir a uno de ellos por sorteo, entre los cinco que como mínimo deben proponerse, en la forma y plazos regulados.

3.3.4.- Renuncia del contador-partidor nombrado y prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo

Siguiendo el criterio de competencias compartidas del prelegislador en el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 y frente a su exclusiva atribución al Notariado en el de 5 de septiembre de 2014, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, otorga en estas materias competencia a los Notarios de forma compartida con los Letrados de la Administración de Justicia. Conforme al

En el caso de que el expediente sea conocido y resuelto por el Letrado de la Administración de Justicia, el título particional inscribible será el mandamiento judicial oportuno (cfr. art. 22 LJV y arts. 521 y 522 LEC 2000, a los que se remite aquél). En este caso, como dice ESCARTÍN IPIÉNS, “se tratará de expedientes percederos, entre tanto que los realizados en sede notarial quedarán protocolizados, dentro de un sistema multisecular de custodia, válido para las pasadas, presentes y futuras generaciones”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo. Procedimiento contencioso...”, cit.

⁴²⁵ Este párrafo 3 del art. 1057 que fue redactado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, recientemente modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sin afectar, no obstante, a la redacción de aquél párrafo. Como dice ESCARTÍN IPIÉNS, “este artículo pone de relieve otra razón que justifica la figura del contador-partidor, sea testamentario o dativo, y es la de simplificar las operaciones particionales en los supuestos de concurrencia de menores o personas con discapacidad o capacidad limitada”. ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “El contador partidor dativo: notas sobre su origen...”, cit. p. 424.

artículo 66.1 c) de la Ley del Notariado, el Notario autorizará escritura pública en los casos de renuncia del contador-partidor nombrado, que implicará la sustitución por el siguiente de la lista, o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo⁴²⁶.

Ante la falta de disposiciones expresas al respecto, le será de aplicación al contador-partidor, como cargo voluntario y temporal, por analogía, las normas contenidas en los artículos 898 y 899 del Código Civil sobre la aceptación y renuncia⁴²⁷ del albaceazgo y 904 a 906 del mismo Cuerpo legal sobre plazo para el desempeño del cargo y prórroga del mismo⁴²⁸, sin perjuicio de que en la escritura en la que se proceda a su nombramiento se precise el plazo de que dispone para efectuar su encargo⁴²⁹, como suele hacerse en el testamento para el caso de contador-partidor testamentario.

Además, tratándose de contador-partidor dativo, igual que la Ley del Notariado ha previsto en su nuevo artículo 50 un procedimiento *ad hoc* para su nombramiento, tomado de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, podía el legislador haber introducido normas relativas a la aceptación, renuncia y tachas del cargo, al modo de las previstas en los artículos 342 y 343 de la Ley procesal. Normas que, ante el vacío legal existente, podrán ser tenidas en cuenta e inspirar, junto a los preceptos relativos al albaceazgo, la actuación de los Notarios en estos casos.

Nos remitimos para estos dos expedientes al análisis hecho anteriormente

⁴²⁶ El art. 92 LJV, antes visto, regula el ámbito de aplicación, competencia, postulación y tramitación de estos expedientes en sede judicial.

⁴²⁷ En este sentido GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1406. Véase también la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 octubre 1982 (LA LEY 311/1982).

Por el contrario, en palabras de ESCORIAZA, “si bien podría invocarse la aplicación analógica del citado precepto [en relación con el artículo 899], consideramos más justa y equitativa la posibilidad de que el comisario renuncie a su cargo en cualquier momento y sin necesidad de justificar esa decisión, basándonos en las siguientes consideraciones: el cargo de contador partidor es más técnico y complejo y de más difícil cometido que el de albacea puesto que requiere una serie de conocimientos jurídicos mínimos, lo que no sucede con este último; como lógica consecuencia de lo anterior, cualquier persona con tal de que sea mayor de edad y tenga una cultura mínima puede ser albacea pero por el contrario para efectuar una labor participacional son necesarios esos conocimientos, circunstancia ésta que no concurre en todas las personas”. ESCORIAZA, N., “La figura jurídica del Comisario...”, cit., pp. 4362-4363.

⁴²⁸ En este sentido, como dice CASTÁN, “aunque el artículo 1057 no fija plazo al contador para practicar la partición, no es posible suponer que la omisión signifique propósito de que se prolongue indefinidamente al arbitrio del partidor el desempeño de su cometido, debiendo aplicarse por analogía las disposiciones relativas a los albaceas”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol.I, cit., p. 352.

En lo que afecta a la prórroga tácita, opina ESCORIAZA que se podría admitir si se hace constar en el respectivo cuaderno participacional “el que a pesar del transcurso del tiempo en el que el comisario debería haber efectuado la partición sin haberla verificado, ello no obstante, los herederos, en ningún momento, se han opuesto, mostrándose conformes con la continuidad de su misión”. ESCORIAZA, N., “La figura jurídica del Comisario...”, cit., pp. 4359-4360.

⁴²⁹ Así lo entendía RIVAS MARTÍNEZ en relación con la regulación anterior en la que el nombramiento lo hacía el Juez, afirmando al respecto que “no se ve inconveniente en que el Juez que es el que en definitiva lo nombra, pueda fijar un plazo al contador para que cumplimente su encargo”. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, Tomo IV, cit., p. 2650.

sobre la renuncia y prórroga del albaceazgo.

4.- OTROS ACTOS SUCESORIOS DE COMPETENCIA NOTARIAL PRETERIDOS POR LA LEY 5/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En este epígrafe vamos a referirnos a determinados actos de jurisdicción voluntaria en Derecho de sucesiones en los que el Notario tiene o ha tenido cierta intervención y que, sin embargo, han sido olvidados por el legislador en la nueva configuración de la institución, bien por ser actuaciones obsoletas y en desuso, bien por encontrarse ya regulados en otras normas, bien, fundamentalmente, por tratarse de supuestos previstos por las legislaciones civiles autonómicas, cuyas especialidades, como venimos denunciando a lo largo de nuestra exposición, han sido prácticamente olvidadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

4.1.- Protocolización de memorias testamentarias

Las memorias testamentarias son escritos autógrafos del testador o, al menos, firmados por él en los que se contienen disposiciones de última voluntad, siempre en relación a un testamento anterior⁴³⁰ del que reciben su legitimidad y al que generalmente complementan⁴³¹. Están admitidas por algunas legislaciones civiles dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las más respetuosas con la tradición romana.

El artículo 672 del Código Civil dispone que “[t]oda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo”⁴³².

⁴³⁰ Al justificarse sólo por la previa existencia de un testamento al que complementan, como dice VILA RIBAS, pueden ser considerados como negocios *per relationem*. VILA RIBAS, María del Carmen, “Los codicilos y las memorias testamentarias”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 617.

⁴³¹ Puede verse a VILA RIBAS en cuanto a la inidoneidad, como la propia autora dice, de las memorias testamentarias para constituir título sucesorio formal. VILA RIBAS, M.C., “Los codicilos...”, cit., pp. 607-608.

⁴³² Conforme a la Disposición Transitoria segunda del Código Civil, serán válidas las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo. Sin embargo, por el tiempo transcurrido desde la publicación del Código Civil, hoy, en la práctica, ya resulta esta disposición transitoria inaplicable.

Por tanto, las únicas memorias testamentarias válidas, conforme al Código Civil, serán las que reúnan los requisitos dispuestos en éste para el testamento ológrafo. En consecuencia, se les niega virtualidad y eficacia como tales memorias y se les convierte en auténticos testamentos ológrafos que habrán de adverbarse y protocolizarse notarialmente como tales⁴³³.

Hay que acudir al Derecho catalán y al navarro para encontrar dentro de nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica de las memorias testamentarias.

El artículo 421-21 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dispone en su párrafo primero que “[l]as memorias testamentarias firmadas por el testador en todas las hojas o, si procede, por medio de una firma electrónica reconocida y que aluden a un testamento anterior valen como codicilo, sea cual sea su forma, si se demuestra o se reconoce en cualquier tiempo su autenticidad y cumplen, si procede, los requisitos formales que el testador exige en su testamento⁴³⁴”. No se exige plazo alguno para acreditar su autenticidad ni tampoco se especifica cuál sea el procedimiento para ello.

Las leyes 196 a 198 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, prevén y regulan las memorias testamentarias. Éstas pueden otorgarse como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que el testador o testadores se hubieren reservado la facultad de otorgarlas determinando a la vez los lemas, signos u otros requisitos que habrán de contener para su eficacia. Deberán estar firmadas en todas sus hojas por el testador o testadores y llevar los lemas o signos y cumplir los demás requisitos prevenidos en el testamento. También pueden otorgarse estas memorias como complemento de cualquier otro acto de última voluntad.

La Compilación Navarra sí prevé un plazo de caducidad de cinco años, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, dentro del cual las memorias testamentarias deberán presentarse para su abonamiento y protocolización, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. También se refiere expresamente la Compilación a este procedimiento de jurisdicción voluntaria, a diferencia del Código Civil de Cataluña, expresando que habrán de cumplirse los trámites establecidos para su adverbación en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Porque, en efecto, el procedimiento para la adverbación y protocolización de

⁴³³ En este sentido véase GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria...*, cit., p. 1281.

⁴³⁴ Bastante preciso en cuanto a su contenido, sigue diciendo el mismo artículo que, en las memorias testamentarias, solamente pueden ordenarse disposiciones que no excedan del 10% del caudal relicto y que se refieran a dinero, objetos personales, joyas, ropa y menaje de casa o a obligaciones de importancia moderada a cargo de los herederos o legatarios. Pueden también adoptarse previsiones sobre la donación de los propios órganos o del cuerpo y sobre la incineración o la forma de entierro. Cfr. art. 421-21.2 y 3 CcCat.

las memorias testamentarias ha estado regulado, hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, bajo el epígrafe 'De la apertura del testamento cerrado y protocolización de las memorias testamentarias', en los artículos 1969 a 1979 del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. Aplicable exclusivamente a los supuestos admitidos en los Derechos civiles especiales, en los que, con una clara falta de uniformidad, se admiten las memorias testamentarias.

Se trata de un acto de homologación⁴³⁵ sustanciado a través de un procedimiento judicial dirigido a la adveración de la memoria, esto es, a la comprobación de su autenticidad, en el que el Notario ha venido interviniendo exclusivamente en la fase final a fin de protocolizarla.

Una vez presentada la memoria por quien la tuviera en su poder, acreditando el fallecimiento del testador y exhibiendo copia autorizada del testamento, los trámites esenciales del procedimiento diferían según en la memoria existieran o no señales que la identificaran.

En el primer caso, el procedimiento consistía, en esencia, en la lectura de la memoria, salvo que estando ésta en pliego cerrado existiera alguna disposición del testador ordenando que no se hiciera pública en todo o en parte alguna de sus cláusulas hasta época determinada, y en la confrontación de sus señales con las expresadas en el testamento, con citación de los interesados, de manera que pudieran concurrir y hacer en el acto las observaciones que estimaren oportunas. A continuación, se procedía al examen de las señales requeridas en el testamento para que debiera tenerse como legítima la memoria, con las halladas en ésta. Resultando del expediente que la memoria reunía las condiciones exigidas por el testador para considerarse auténtica, se dictaba auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarlo en el juicio correspondiente.

En el segundo supuesto, cuando el testador hacía referencia a alguna memoria escrita de su puño y letra, o sólo firmada por él, sin mencionar ninguna otra señal especial que la identificase, el Juez, una vez hecha la presentación como en el caso anterior, mandaba su reconocimiento por tres testigos que conocieran perfectamente la letra del testador, testigos que habían de declarar no abrigar duda racional de que el citado documento estaba escrito por el testador, y si estuviere sólo firmado, que era suya la firma. Si además lo estimaba conveniente se procedía, de forma complementaria, al reconocimiento por parientes no favorecidos por la memoria y al cotejo pericial de letras, mandando protocolizarla,

⁴³⁵ Véase al respecto del carácter de acto de homologación a GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 1281-1286.

asimismo, si resultaba auténtica.

La protocolización, si fuere posible, debía hacerse en los registros del Notario que autorizó el testamento y juntamente con éste. En otro caso, el Notario autorizante del testamento debía poner diligencia, al margen del mismo, expresiva de la existencia de la memoria y del libro y folio en que se hallare protocolizada.

La protocolización y comprobación de la autenticidad de las memorias testamentarias, como instituciones propias de Cataluña y Navarra, son actos de homologación perfectamente encuadrables dentro de la función notarial, al igual que hemos defendido de la adveración y protocolización de las demás formas testamentarias. Entendemos que, a falta de previsión expresa al respecto en la nueva regulación de la Ley del Notariado, por tratarse de una institución de escasa utilización práctica y dada su asimilación al testamento ológrafo, debe ser de aplicación la regulación prevista, en cuanto a tramitación y criterios de competencia notarial, en los artículos 61 a 63 de la Ley del Notariado para la apertura, adveración y protocolización del mismo.

4.2.- Protocolización de lo practicado en las informaciones para perpetua memoria si se refiere a hechos de reconocida importancia

Este procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, regulado en los artículos 2002 a 2010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 febrero de 1881, hasta su derogación por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, tenía por objeto la documentación de las declaraciones de testigos sobre hechos de interés para el solicitante del procedimiento y su aprobación siempre que de ellas no se siguiera perjuicio para persona cierta y determinada. Finalmente, y ésta era la intervención reservada a los Notarios, se protocolizaba el auto aprobatorio de las informaciones *ad perpetuam memoriam* que se refirieran a hechos de reconocida importancia.

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, prevé ciertas actuaciones de jurisdicción voluntaria notarial en las que se sigue mencionando a las informaciones *ad perpetuam memoriam* junto a las actas notariales de notoriedad como instrumentos para acreditar determinadas circunstancias.

La ley 180 las contempla como medio de acreditar la condición de único descendiente del instituido en los pactos sucesorios de institución.

La ley 201 en sede de revocación del testamento de hermandad, cuando la revocación se hace por uno de los otorgantes separadamente, dispone que, para que surta efecto, habrá de constar el conocimiento de todos los demás en forma

fehaciente. En estos casos, si un otorgante se halla en paradero desconocido, esta circunstancia se acreditará mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*. Y una vez justificada esta situación se procederá a hacer la notificación por edictos.

La ley 236 prevé el acta de notoriedad y la información *ad perpetuam* como medio de determinar a los fideicomisarios no designados nominativamente.

Finalmente, la ley 275 permite el acta de notoriedad y la información *ad perpetuam memoriam* para determinar los reservatarios cuando éstos deban heredar conforme al orden de sucesión legal.

Como acto de documentación, es asimilable a la función propia notarial⁴³⁶. Sin embargo, sustituidas en la práctica las informaciones *ad perpetuam* por las actas de notoriedad⁴³⁷, el procedimiento que preveía su protocolización ha quedado derogado por obsoleto e inutilizado, sin que se prevea en la nueva legislación ni como procedimiento de jurisdicción voluntaria ni como actuación notarial específica.

4.3.- Protocolización de las operaciones de división judicial de la herencia y del auto aprobatorio de las mismas

Cuando el testador no hace la partición en el testamento, ni nombra contador-partidor al efecto, los herederos, en las condiciones previstas en el artículo 1057.2 del Código Civil pueden solicitar, antes al Juez, hoy al Notario o al Letrado de la Administración de Justicia, tras la modificación operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el nombramiento de contador-partidor dativo. A falta de partición testamentaria o de partición hecha por el contador-partidor, bien testamentario, bien dativo, lo habitual en la práctica es que sean los herederos, mayores de edad y plenamente capaces, quienes de común acuerdo partan los bienes de la herencia como tengan por conveniente, formalizando para ello la correspondiente escritura de aceptación y partición de herencia. En el caso, finalmente, de que los herederos no se pongan de acuerdo sobre el modo de hacer la partición, queda a su disposición, como última instancia, el recurso a la partición judicial⁴³⁸. Este procedimiento para la división de la herencia, heredado del juicio de testamentaría previsto en la Ley procesal de 3 de febrero de 1881, pero más

⁴³⁶ Véase GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 219.

⁴³⁷ A este respecto, afirma GONZÁLEZ POVEDA que "la práctica demostró la ineficacia del nuevo procedimiento por su limitación objetiva y la complicación y lentitud de sus trámites, lo que motivó la apertura de nuevos cauces para llenar las necesidades sentidas". Entre estos cauces destaca el autor los expedientes para declaraciones con valor de simple presunción, las informaciones, fes de vida y de estado, las actas de presencia y, sobre todo, las actas de notoriedad. Véase, GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 219-222.

⁴³⁸ Cfr. arts. 1058 y 1059 CC; art. 464-6 y 7 CcCat.; ley 345 CDCFN; arts. 294 a 307 LDCG; arts. 365 a 367 CDFa.

sencillo en sus trámites, viene regulado en los artículos 782 a 789 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. La intervención del Notario se limita, como función propia, a la protocolización de las operaciones divisorias y del auto aprobatorio de las mismas.

Solicitada la división judicial de la herencia y acordados, en su caso, la intervención del caudal hereditario y la formación del inventario, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a Junta a los interesados en la herencia, en la que deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal y una vez hayan manifestado los interesados su conformidad a las mismas, el Letrado dictará decreto aprobándolas y mandando protocolizarlas ante Notario⁴³⁹. En este caso, no se aplican las reglas de competencia previstas en los nuevos artículos de la Ley del Notariado, sino que la protocolización podrá hacerla cualquier Notario hábil conforme a las reglas generales de competencia notarial.

4.4.- Acta de notoriedad para determinar los sustitutos no designados nominativamente

Se consideran actos de jurisdicción voluntaria notarial las actas de notoriedad que autoriza el Notario para determinar los sustitutos no designados nominativamente, a que se refiere el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba, así como para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella. En este supuesto, también serán de aplicación las reglas generales de competencia notarial y la tramitación de estas actuaciones se ajustará a las normas que en el Reglamento Notarial regulan las actas de notoriedad, en particular, el artículo 209.

4.5.- Práctica de inventarios en los Derechos catalán, balear, navarro, aragonés y gallego

A diferencia de lo que ha ocurrido con los inventarios que, en sede de Derecho de sucesiones, prevé el Código Civil, cuya formalización, hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, viene siendo tradicionalmente judicial, en las legislaciones de algunas de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio se ha reconocido, junto al inventario judicial, la formación notarial del mismo en distintas circunstancias. En este caso, se practicarán, como veremos, ajustándose a lo dispuesto en la norma sustantiva de referencia; en el caso de su tramitación judicial, se acudirá para su formación a lo dispuesto en los artículos

⁴³⁹ Cfr. arts. 787.2 y 788.2 LEC 2000.

793 y 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que regulan la formación del inventario en los supuestos de intervención judicial de la herencia⁴⁴⁰.

4.5.1.- Cataluña

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, prevé la formación notarial de inventario en numerosos casos.

a) Aceptación de la herencia a beneficio de inventario

Ya nos referimos al analizar anteriormente la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y la formación del mismo a las especialidades que presenta el Derecho catalán. Los artículos 461-14 y 461-15 regulan expresamente la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. El heredero puede disfrutar de este beneficio aunque el causante lo haya prohibido y, a diferencia de la normativa anterior, aunque acepte la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo. El requisito fundamental es ahora la formación del inventario. Para ello se exige al heredero la toma de inventario, antes o después de su aceptación, pero en todo caso en el plazo de seis meses a contar del momento en que conoce o puede razonablemente conocer la delación.

Este inventario debe formalizarse ante Notario o por escrito dirigido al Juez competente⁴⁴¹. Incluso, el inventario formalizado por el heredero en documento privado que se presente a la Administración pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión también surte los efectos legales del beneficio de inventario.

Resulta de interés, de un lado, cómo se exige expresamente que junto a los

⁴⁴⁰ La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco prevé la formación de inventarios en diversas sedes en Derecho sucesorio, pero en ninguno de ellos se prevé su formación notarial. Los arts. 31 y 34 prevén la formación de inventario en el testamento por comisario. En el plazo de seis meses desde que, fallecido el testador, tenga el comisario conocimiento de su designación, que habrá de hacerse en testamento ante Notario, deberá realizar un inventario de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la herencia, de cuyo contenido deberá dar cuenta a los presuntos sucesores, quienes, una vez transcurrido dicho plazo, podrán requerirle para que cumpla esta obligación. No se dice expresamente si el inventario habrá de ser judicial o notarial, si bien lo cierto es que si el comisario, pese al requerimiento, no cumple el deber de inventariar los bienes en el plazo de seis meses, será el Juez quien podrá acordar que se realice a su costa. También de carácter judicial y a los efectos de la responsabilidad de los herederos, se establece en el art. 21 LDCV el beneficio de separación de los bienes de la herencia que los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez al tiempo que solicitan la formación de inventario. Todo ello con el fin de satisfacer con los mismos bienes sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores.

⁴⁴¹ El art. 461-23, por su parte, regula el beneficio de separación de patrimonios que pueden solicitar los acreedores por deudas del causante y los legatarios, así como los acreedores del heredero, si bien habrá de hacerse en procedimiento de jurisdicción voluntaria. Tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, entendemos que su tramitación se ajustará al procedimiento general previsto en los arts. 1 a 8 y 13 a 22 LJV.

bienes que conforman el activo, sin necesidad de valorarlos, también figuren en el inventario las deudas y cargas hereditarias, con indicación de su importe; de otro, que, para la toma del inventario, no es preciso citar a ninguna persona, pero que pueden intervenir los acreedores del causante y demás interesados en la herencia.

El inventario tomado puede aprovecharse para detraer las cuartas del fideicomiso o de la herencia gravada con legados, que ahora veremos.

b) Toma de inventario del fiduciario

Conforme al artículo 426-20, el fiduciario debe formalizar notarial o judicialmente inventario de los bienes de la herencia o del legado fideicomisos, a cargo de la misma herencia o del mismo legado y cerrarlo en el plazo de seis meses a contar del momento en que el fiduciario conozca o pueda razonablemente conocer que le ha sido deferido el fideicomiso⁴⁴². En este caso, y a diferencia de lo previsto en el supuesto anterior, debe indicarse el valor de los bienes al abrirse la sucesión. Para formar el inventario no es preciso tampoco citar a ninguna persona, pero pueden intervenir los fideicomisarios que lo soliciten.

c) Inventario para detraer la cuarta trebeliánica

Salvo que el causante lo haya prohibido, el heredero fiduciario que ha aceptado la herencia tiene derecho a detraer y a hacer suya, libre del fideicomiso, una cuarta parte del patrimonio fideicomiso, llamada cuarta trebeliánica o cuota libre. Para detraer la cuarta trebeliánica, es preciso que el heredero haya tomado inventario en el tiempo y la forma establecidos por el artículo 426-20 y podrá hacerlo en cualquier momento, de una vez o en varias veces⁴⁴³.

Además, según el párrafo 2 del artículo 426-33, para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre, el fiduciario debe otorgar escritura pública, previa notificación a los fideicomisarios o curadores, notificación que se podrá hacer por medio de la autoridad judicial competente, por procedimiento de jurisdicción voluntaria o por acta notarial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 426-42.

d) Inventario para detraer la cuarta falcidia

Salvo que el causante lo haya prohibido, el heredero puede reducir los legados si su ordenación no le deja libre la cuarta parte del activo hereditario líquido. La reducción se hace en la medida necesaria para que el heredero pueda retener en propiedad esta cuarta parte, llamada cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima⁴⁴⁴. Al igual que ocurre con la cuarta trebeliánica, para retener la cuarta falcidia o cuota

⁴⁴² Esta obligación es también exigible en el fideicomiso de residuo conforme al art. 426-58 CcCat.

⁴⁴³ Cfr. arts. 426-31 y 426-33 CcCat., conforme a los cuales, además de tomar el inventario, deberá haber prestado, si procede, las garantías a que se refiere el artículo 426-21, y haber pagado o afianzado las deudas y cargas de la herencia y las legítimas.

⁴⁴⁴ Cfr. art. 427-40 CcCat.

hereditaria mínima, el heredero debe haber tomado inventario, en el tiempo y la forma establecidos por el artículo 426-20.

e) Otros inventarios

Finalmente, también se exige la toma de inventario a los herederos de confianza⁴⁴⁵ en el plazo de seis meses a contar del momento en que conocen o pueden razonablemente conocer la delación, bajo sanción de pérdida de la remuneración, así como a los albaceas universales de la herencia⁴⁴⁶ en el plazo de un año a contar de la aceptación del cargo, pero en ninguno de los dos casos se dice la forma en que deba practicarse el inventario, por lo que entendemos de aplicación supletoria lo previsto para los anteriores inventarios en el artículo 426-20.

4.5.2.- Baleares

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, prevé en los artículos 29, 30 y 38 la formación de inventario notarial tanto para que el fiduciario pueda detraer la cuarta trebeliánica como para que el heredero detraiga la cuarta falcidia.

a) Inventario para detraer la cuarta trebeliánica

Conforme al artículo 29, si el fideicomitente no lo hubiere prohibido expresamente, el fiduciario que hubiere practicado inventario, notarial o judicial⁴⁴⁷, de la herencia fideicomitida, podrá detraer la cuarta trebeliánica consistente en la cuarta parte de la herencia fideicomitida previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso la que corresponda al propio fiduciario.

El inventario de la herencia fideicomitida, previa convocatoria con treinta días de antelación a los fideicomisarios si fueren conocidos y, de no serlo, al representante del Ministerio Fiscal, habrá de estar terminado dentro de los ciento ochenta días siguientes a su delación a excepción de que los bienes que la constituyan se encuentren en municipios distintos, o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyos supuestos el plazo será de un año.

b) Toma de inventario del fiduciario

El artículo 30 de la Compilación balear dispone que el fiduciario estará obligado a formar inventario que se realizará de acuerdo con lo prevenido en el artículo 29 y a garantizar la restitución de los bienes. Se considerarán relevados de dichas obligaciones los fiduciarios dispensados por el testador y los hijos y

⁴⁴⁵ Cfr. art. 424-12 CcCat.

⁴⁴⁶ Cfr. art. 429-8.3 CcCat.

⁴⁴⁷ Se efectuará el inventario en el lugar donde el causante hubiere tenido su último domicilio habitual, conforme al artículo 29 letra c).

descendientes del fideicomitente que resulten recíprocamente sustituidos.

c) Inventario para detraer la cuarta falcidia

Conforme al artículo 38, el heredero a quien, por razón de los legados, no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, podrá, salvo disposición contraria del testador, reclamar dicha parte. A este fin se reducirán en la proporción necesaria los legados, pudiendo retenerlos el heredero hasta que aquélla le haya sido satisfecha.

Sólo podrá ejercitar este derecho el heredero que primeramente adquiera la herencia y haya practicado inventario en el tiempo y forma preceptuados para la cuarta trebeliánica, en el que se procederá a la valoración de los bienes y deudas de la herencia y a la de los legados⁴⁴⁸.

4.5.3.- Navarra

a) Inventario en el usufructo de fidelidad

La Ley de 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, prevé la formación del inventario que, conforme a la ley 257, debe realizar el cónyuge viudo para adquirir el usufructo de fidelidad. El inventario constará en escritura pública y se iniciará dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la muerte o de la declaración de fallecimiento del consorte y se terminará dentro de otros cincuenta.

b) Toma de inventario por el fiduciario

Por otra parte, la ley 231 prevé que, en cualquier momento y salvo que el disponente hubiera establecido lo contrario, los fideicomisarios puedan exigir al fiduciario la formación de inventario de los bienes adquiridos y la garantía de su restitución, pero no regula su formación, pudiendo aplicarse con carácter supletorio tanto las normas de la legislación procesal, como lo previsto para la formación del inventario en el usufructo de fidelidad⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Se contienen, tanto en el art. 29 para la cuarta trebeliánica, como en el art. 38 para la falcidia, normas sobre los gastos y deudas que habrá que detraer, incluidas legítimas, para proceder al cálculo de las referidas cuartas, así como en el caso de la falcidia reglas sobre la imputación y reducción de determinados legados.

⁴⁴⁹ Y la ley 278, redactada por Ley 5/1987, de 1 de abril, ordena la aplicación a las reservas, en el supuesto de la reserva del bñubo, de las disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria sobre inventario y garantías de los reservatarios. Cfr. arts. 977 CC y 184 LH que expresamente disponen que el inventario deberá hacerse con intervención judicial.

Finalmente destacar, al igual que ocurre en Derecho catalán, que la ley 319 exige para el ejercicio del derecho de separación la formación de inventario judicial. NIETO SÁNCHEZ entiende justificado en este caso el carácter judicial del inventario, pues en la medida en que dicho beneficio corresponde a los acreedores hereditarios, la formación del inventario implica funciones de averiguación de un patrimonio ajeno que parecen más propias de la actuación judicial" que notarial. NIETO SÁNCHEZ, J., "Competencia notarial...", cit., p. 204.

4.5.4.- Aragón

a) Inventario del fiduciario

El artículo 450 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, prevé, en sede de fiducia sucesoria, la obligación del administrador del patrimonio pendiente de asignación, de formalizar en escritura pública un inventario comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión, bien en el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento.

b) Inventario del viudo en el usufructo viudal

Los artículos 285 y 286 regulan la formación del inventario, bien judicial, bien extrajudicial, que en determinados casos⁴⁵⁰ habrá de hacer el cónyuge viudo en el usufructo viudal y que siendo inventario extrajudicial habrá de formalizarse en escritura pública.

4.5.5.- Galicia: inventario en sede de legítimas de los descendientes

Conforme al artículo 249 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, se prevé, en sede de legítimas de los descendientes, que el legitimario pueda exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante Notario.

4.6.- Actos de jurisdicción voluntaria notarial en relación con el fideicomiso en Cataluña, Baleares, Navarra y Aragón

4.6.1.- Cataluña

El artículo 426-42 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, prevé el procedimiento de notificación a los fideicomisarios, cuando sea preceptivo o crea el fiduciario conveniente notificárselos, de aquellos actos que el mismo fiduciario pretenda hacer sobre los bienes del fideicomiso. Esta notificación podrá hacerse por medio de la autoridad judicial competente, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria o por acta notarial. Las notificaciones deben expresar las circunstancias del acto proyectado y deben hacerse a todos los fideicomisarios existentes y que estén determinados. Además, si el testador no ha designado nominativamente a los

⁴⁵⁰ Conforme al art. 285, cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público; cuando lo exijan los nudos propietarios, salvo disposición contraria del premuerto; y cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, para salvaguardar el patrimonio hereditario.

fideicomisarios, pueden determinarse por medio de un acta de notoriedad.

La Disposición transitoria cuarta de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña prevé, por su parte, cuál sea el derecho aplicable a los fideicomisos y en especial prevé la posibilidad de que se cancelen en el Registro de la Propiedad los asientos referentes a sustituciones fideicomisarias condicionales sin necesidad de expediente de liberación de cargas en los siguientes casos: en primer lugar, si se acredita, mediante acta de notoriedad, el incumplimiento de la condición, siempre y cuando los hechos que lo producen puedan acreditarse por este medio; y, en segundo lugar, si se acredita, mediante acta de notoriedad que contenga el certificado del Registro Civil y las demás pruebas documentales y testificales oportunas, que han transcurrido más de treinta años desde la muerte del fiduciario y que los herederos de éste o sus causahabientes han poseído de forma pública, pacífica e ininterrumpida los bienes gravados con el fideicomiso, siempre y cuando no conste en el Registro de la Propiedad ninguna inscripción o anotación a favor de los fideicomisarios tendente a hacer efectivo su derecho.

4.6.2.- Baleares

El artículo 33 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, dispone que el fiduciario podrá, por ministerio de la Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos y cuando esta enajenación tenga por objeto satisfacerse su cuota legítima y la cuarta trebeliánica habrá de notificarlo previamente a los fideicomisarios conocidos, sin prever el carácter judicial o extrajudicial de esta notificación. Entendemos que por tratarse de un acto de documentación, la notificación debería ser notarial⁴⁵¹.

4.6.3.- Navarra

La ley 236 de la Ley de 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra prevé el acta de notoriedad como medio de determinar a los fideicomisarios no designados nominativamente.

4.6.4.- Aragón

El artículo 462 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, prevé, en sede de fiducia sucesoria, como una de las causas de pérdida de la condición de fiduciario,

⁴⁵¹ En este sentido GONZÁLEZ POVEDA quien entiende este procedimiento como un acto de documentación "de naturaleza estrictamente notarial, por lo que lo único que justifica la intervención judicial es el posible nombramiento de curador y la tramitación de la oposición al acto proyectado que los fideicomisarios pueden formular". GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria...*, cit., p. 1435.

la renuncia del mismo, entendiéndose que renuncian a esta condición los que requeridos, bien notarial bien judicialmente, por cualquier persona con interés legítimo, no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación.

4.7.- Procedimiento ante Notario para la partición de la herencia en Derecho civil gallego

Regulado en los artículos 295 a 308 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, nos referimos, finalmente, al procedimiento de partición de la herencia promovido ante Notario, cuando no haya contador-partidor designado por el causante o esté vacante el cargo.

En estos casos, los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean al menos dos, podrán promover ante Notario la partición de la herencia ajustándose a las disposiciones previstas por el causante y a lo dispuesto en esta Ley.

El Notario habrá de notificar⁴⁵² a los demás interesados no promoventes del procedimiento, el propósito de los promoventes de partir la herencia. Sólo aceptará el requerimiento si quienes lo promueven le acreditan la titularidad de una cuota de más de la mitad del haber partible y designan contadores-partidores.

A diferencia de lo que ocurre en la nueva regulación contenida en el artículo 1057.2 del Código Civil y los artículos 50 y 66.1.b) nuevos de la Ley del Notariado, en este procedimiento son los mismos promoventes e incluso los partícipes no promoventes quienes designarán o propondrán a los contadores-partidores, a fin de elegir a uno de ellos por sorteo, entre los cinco que como mínimo deben proponerse, en la forma y plazos regulados⁴⁵³.

El Notario deberá autorizar dos actas de sorteo. La primera, para nombrar al contador-partidor que, junto al viudo, en su caso, a efectos de la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, deberá formar inventario sobre la base de los

⁴⁵² A diferencia de lo dispuesto en el artículo 1057.2 del Código Civil, en el que sólo se prevé la citación a los interesados si su domicilio fuere conocido, si el domicilio de alguno o algunos de ellos no fuere conocido, la notificación la hará el Notario por edictos en la forma que se dispone en el art. 297. La publicación de edictos se hará en el Boletín oficial de la Provincia, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en uno de los periódicos de mayor circulación, todo ello respecto al lugar en donde el causante tuvo el último domicilio en España.

⁴⁵³ Dispone el art. 298 que “[e]n el requerimiento inicial al notario, cada uno de los que lo promuevan podrá designar hasta un máximo de tres contadores-partidores, a fin de elegir a uno de ellos por sorteo. En el requerimiento inicial también se fijará la fecha y hora en que se realizará el sorteo ante el notario requerido para la notificación. En ningún caso podrá realizarse el sorteo hasta que hayan transcurrido treinta días hábiles desde la fecha en que se practicó la última de las publicaciones o notificaciones y sesenta días hábiles desde el requerimiento inicial al notario”. A lo que añade el artículo 299 que “[d]urante los treinta días hábiles siguientes a la práctica de la notificación o publicación, cada uno de los partícipes no promoventes también podrá proponer hasta un máximo de tres contadores-partidores”. Transcurrido este plazo, tal como prevé el artículo 301, “se designará un contador-partidor por insaculación de entre los propuestos, que habrán de ser, al menos, cinco”.

documentos que los interesados le aporten y procederá, por sí o con asesoramiento pericial, a la valoración de los bienes, procediendo a continuación a formar, siendo posible, los lotes homogéneos que correspondan según los partícipes en la herencia; la segunda, para distribuir los lotes entre los mismos cuando sus cuotas fueran iguales o cuando siendo desiguales fuera posible formar tantos lotes homogéneos como fuera preciso. En otro caso, el contador-partidor propondrá a los partícipes un proyecto de partición que habrá de ser aprobado por quienes representen las tres cuartas partes del haber hereditario.

Finalmente la partición se formalizará mediante escritura pública de protocolización del cuaderno particional otorgada por el contador-partidor designado o, en su caso, por los partícipes que representan la mayoría de tres cuartas partes del haber hereditario y, en todo caso, ante el mismo Notario que hubiera intervenido en los trámites anteriores.

El Notario notificará la formalización de la partición a los interesados que no comparecieran a la protocolización.

CONCLUSIONES

I. Desde la primera configuración de la institución, los Jueces han sido los destinatarios naturales, casi en exclusiva, de las competencias en materia de jurisdicción voluntaria, aunque los Notarios no han sido ajenos a ella. La clásica *iurisdictio voluntaria* no pasa de ser una ficción procesal por la que el Magistrado documenta y dota de eficacia judicial a los negocios jurídicos previamente consensuados por los interesados. Este concepto se amplía en la época posclásica para abarcar una serie de actuaciones que requieren, por disposición expresa de la ley, la intervención del Magistrado a los efectos de declarar derechos, constituir relaciones jurídicas o conceder autorizaciones previa comprobación de la legalidad de lo pretendido. Desde su aparición, el primer *tabellio* justiniano, precedente del actual Notario, comienza a asumir algunas de estas funciones y se aproxima a la jurisdicción voluntaria negocial documentando negocios entre particulares así como otros asuntos afines en los que la intervención del Magistrado no resulta preceptiva. Es con el surgimiento del Notariado moderno cuando se atribuye a estos profesionales del Derecho la formalización y documentación de los negocios jurídicos entre particulares, tarea que, con el paso del tiempo, se ha venido considerando función notarial típica, mientras queda para el Juez tanto la actividad propiamente jurisdiccional o *ius dicere* en los procesos civiles, como aquellas otras actuaciones de naturaleza heterogénea que, sin implicar contención ni ser estrictamente procesales, se habían atribuido en Roma a los Magistrados.

II. El *statu quo* de la jurisdicción voluntaria, como institución judicial, se mantiene a lo largo de los siglos, consolidándose tanto en la práctica como en nuestro ordenamiento jurídico procesal moderno, principalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, en cuyo Libro III, a modo de cajón de sastre, se van acomodando expedientes de naturaleza heterogénea por la mera dificultad de encontrar para ellos una sede científica y normativa más adecuada, sin más hilo conductor entre los mismos que la ausencia de contienda entre las partes. Junto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, diversas Leyes sustantivas, civiles y mercantiles, han ido regulando otros muchos actos específicos de jurisdicción voluntaria de naturaleza heterogénea, si bien, al igual que en aquélla, la mayor parte de los mismos ha sido atribuida a la competencia de los Jueces y Tribunales, quedando relegada la intervención del Notario.

III. La actualización de la jurisdicción voluntaria, dotándola de una regulación adecuada a fin de convertirla en un instrumento útil y eficaz para el ciudadano, quedaba enmarcada en la pretensión más general de modernizar y racionalizar nuestra Justicia civil, reorganizando la distribución de funciones dentro del órgano judicial y, tal como se venía demandando incluso desde algunos Organismos internacionales, desjudicializando múltiples competencias en las que ni el Juez venía ejerciendo jurisdicción, ni se encontraban necesitadas de especial tutela

judicial. Una desjudicialización carente de riesgo en una sociedad moderna que cuenta con acreditados y prestigiosos profesionales del derecho (Secretarios Judiciales, hoy denominados Letrados de la Administración de Justicia, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y Notarios) capaces de asumir estas competencias desjudicializadas. Otra cosa es que la tradicional polémica en torno a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, su sanción constitucional y la configuración de la contradicción como criterio diferenciador de la institución, así como los diferentes intereses manifestados desde los diversos sectores profesionales afectados, de difícil satisfacción a un tiempo, hayan convertido esta aspiración general del sistema en una cuestión bastante espinosa y de difícil y lenta solución.

IV. La legislación procesal civil decimonónica se modificó en nuestro país en el año 2000. Pero la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, optó por sustraer de su contenido la materia relativa a la jurisdicción voluntaria, manteniendo la vigencia provisional del Título III de la Ley de 1881, al tiempo que en su Disposición Final decimoctava emplazaba al Gobierno para que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, remitiera a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre la misma. En el año 2002, superado en exceso el *spatium deliberandi* acotado en la nueva Ley de Ritos, se inició el primer intento de dotar a la jurisdicción voluntaria de una regulación actualizada. Sin embargo, la decidida toma de posición del legislador en relación a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, que pasaba de la tradicional concepción judicialista a una configuración mixta, con tendencia a administrativizarla, su expresa inclusión dentro del párrafo 4 del artículo 117 de la Constitución Española, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos, la configuración de la ausencia de contradicción como criterio delimitador de la institución, así como la ampliación de las competencias atribuidas a los Notarios a funciones que excedían de la suya propia, suscitaron múltiples críticas y ocasionaron posiciones enfrentadas abocando al fracaso, finalmente, al Proyecto de 2006.

La actualización de una regulación a menudo defectuosa y tremendamente condicionada por el paso del tiempo; la necesidad de dotar a la materia de mayor seguridad jurídica; la simplificación de los trámites en los asuntos en que no existe controversia relevante, sin merma, no obstante, de las garantías procedimentales básicas; la desjudicialización de determinadas competencias aprovechando la capacidad y experiencia de otros operadores jurídicos y, en definitiva, la racionalización de un sistema que permita dinamizar y hacer más efectiva nuestra Justicia Civil, son los principios que deben inspirar la labor del legislador en la nueva configuración de la institución.

V. El reto del legislador en el nuevo y definitivo intento, iniciado en el año 2012, de dotar a la jurisdicción voluntaria de una regulación actualizada y uniforme, ha sido superar, inspirándose en todos aquellos principios, los obstáculos que en 2006 frustraron la primera propuesta de reforma. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria merece, en general, una

valoración positiva. No se pronuncia de forma expresa sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria como categoría unitaria, ni sobre su sanción constitucional, bien en el párrafo 3º, bien en el 4º, del referido artículo 117, optando, al tomar en consideración su contenido heterogéneo y la pluralidad de órganos que pueden tener competencia en la materia, por un planteamiento mucho más pragmático del estado de la cuestión, incardinado en el proceso de reforma y actualización de la Administración de Justicia. Por otra parte, reconociendo que la controversia puede surgir y que, de hecho, surge en muchos expedientes de jurisdicción voluntaria, admite la contienda siempre que no sea de tal entidad que deba sustanciarse en un proceso contencioso y prevé expresamente la formulación de la oposición al expediente, que no lo hará contencioso, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario.

Casi quince años después de lo previsto, se afronta de forma decidida la nueva configuración de la institución, dotando a la materia de una normativa actualizada y reorganizando, en aras de la prestación de un mejor servicio al ciudadano, las competencias en la materia.

VI. El nuevo marco competencial de la jurisdicción voluntaria es ya una realidad. La nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, reconociendo la dispersión legal existente en la materia y la heterogeneidad en el contenido y naturaleza de sus procedimientos, procede a su revisión, suprime expedientes obsoletos, opta por mantener sólo una parte de los mismos en el ámbito de la Administración de Justicia y traslada otros muchos al ámbito de competencia de otros profesionales del Derecho. La nueva configuración de la jurisdicción voluntaria permite distinguir dos categorías, tal como se refleja en la misma estructura de la Ley 15/2015, de 2 de julio. La jurisdicción voluntaria judicial, no considerada como función jurisdiccional *stricto sensu*, sino más bien a modo de actividad jurisdiccional entendida en sentido amplio, integrada exclusivamente por los expedientes que continúan en sede judicial, de los que conocerán Jueces y Letrados de la Administración de Justicia y que se encuentran regulados en el cuerpo mismo del articulado de la Ley. Y la que llamamos jurisdicción voluntaria notarial o registral, a la que el legislador dedica las Disposiciones finales y que está constituida por todos aquellos nuevos expedientes o actuaciones notariales y registrales, de naturaleza eminentemente administrativa, que, rompiendo la tradición histórica, se encomiendan a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles por su cualificación, experiencia técnica y por su encaje o extraordinaria aproximación, en muchos casos, a la función típica notarial y registral, que pasan a regularse, de forma acertada, en su legislación específica, notarial e hipotecaria, respectivamente.

VII. Este marco competencial ha sido consensuado. El legislador ha sido capaz de conseguir entre los profesionales afectados, los necesarios puntos de encuentro para el éxito de la regulación. Frente al criterio general mantenido a lo largo de la tramitación parlamentaria, de atribución exclusiva de competencias a cada uno de los diferentes operadores jurídicos, que hubiera permitido diseñar un marco

competencial más preciso y dotado de una mayor seguridad jurídica, la solución por la que finalmente ha optado el legislador ha sido la de atribuir de forma compartida a Notarios y a Letrados de la Administración de Justicia o a éstos y a Registradores, según los casos, muchas de las nuevas competencias que salen de la órbita de la Autoridad judicial. Con este criterio de alternatividad, en el que, no cabe duda, también han influido intereses corporativos y políticos, se mantiene el *statu quo* en sede judicial, se descarga de funciones no jurisdiccionales a Jueces y Tribunales y se reconocen las históricas aspiraciones de Notarios y Registradores, cuya consideración como funcionarios públicos se ve reforzada, al tiempo que se intenta favorecer el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia y beneficiar, en definitiva, al ciudadano, que podrá optar por uno u otro administrador en función de cuál de ellos le ofrezca más confianza, mayor agilidad en la tramitación o menor coste económico.

VIII. Después de un largo camino lleno de reivindicaciones, por fin el Notariado español ha podido constatar cómo su tradicional aspiración de obtener mayores competencias en sede de jurisdicción voluntaria, en la que hasta el momento se había tenido que conformar con medidas parciales en normas dispersas, se colma con una regulación uniforme y de conjunto. Con cerca de treinta nuevas competencias en la materia, casi la mitad de ellas en el ámbito del Derecho sucesorio, los Notarios recuperan determinadas funciones de autenticación, homologación o documentación de negocios o actos jurídicos, cercenadas en el movimiento codificador del siglo XIX y que les corresponden por su naturaleza propia. Junto a estas razones históricas, debe apreciarse, y así lo ha hecho el legislador, el valor añadido que supone la intervención del Notariado en las relaciones jurídicas entre particulares como pieza esencial, junto a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva.

La intervención notarial aporta seguridad jurídica, eficacia, agilidad y eficiencia económica y social al tráfico jurídico privado. Todas estas aportaciones, fruto de la configuración del Notariado moderno en la que confluye el doble carácter de función pública y ejercicio privado y profesional del Derecho y de la que emana el documento público notarial dotado de eficacia sustantiva, probatoria y ejecutiva, hacen del mismo una institución social y jurídicamente útil para asumir otras funciones de jurisdicción voluntaria.

IX. La intervención notarial en la jurisdicción voluntaria, no obstante, debe tener límites: los Notarios no deberían convertirse en jueces preventivos, ya que no ejercen jurisdicción y carecen de *imperium*, ni invadir la fe pública judicial, de la que son titulares exclusivos los Letrados de la Administración de Justicia. El respeto a la esencia propia de la función notarial y a su contenido característico así lo exige. El Notario, en consecuencia, podrá asumir, además de aquellos actos que se integran propiamente en la tarea formalizadora de negocios, toda esa serie de actuaciones de jurisdicción voluntaria que constituyen función notarial propia, pues en ellos se procede a documentar, calificar, legitimar, homologar o autenticar

actos o contratos, así como aquellos casos en que se declaran o fijan situaciones con trascendencia jurídica, lo que implica aplicar el Derecho a hechos previamente fijados o comprobados, siempre que no exista contradicción relevante.

X. Conectado con aquel valor añadido que aporta la intervención notarial en el tráfico jurídico privado, el respeto al *statu quo* de la propia función notarial puede, no obstante, ser matizado, aunque siempre con extrema prudencia. Junto a estas competencias que se entienden propias de la función notarial, se valoran, en aras de la nueva configuración de la jurisdicción voluntaria y de la racionalización de nuestra Justicia Civil, razones de oportunidad o utilidad práctica que hacen conveniente la asunción por el Notariado de determinadas atribuciones concretas que, no encajando a la perfección en aquella función típica, sí encuentran en esta sede, por su aproximación al ámbito funcional y de especialización jurídico-material, el lugar óptimo donde alcanzar las respectivas finalidades perseguidas y donde poder ser ejercitadas con rigor y sin merma de garantías. La ampliación de la función notarial en esta dirección conlleva, sin embargo, el riesgo de su desnaturalización, sobre todo en aquellos casos en que el Notario haya de tomar una decisión o incluso hacer una declaración de voluntad, actividades ajenas a su función propia. Por ello, estas nuevas atribuciones han de estar suficientemente justificadas y exigen una regulación precisa del modo de proceder de los Notarios, según sus propias normas de funcionamiento, objetivando al máximo la decisión notarial, a fin de evitar que se conviertan en jueces preventivos.

XI. La atribución al Notariado de nuevas competencias requiere, de forma paralela, la regulación *ad hoc* de normas de procedimiento que, a diferencia del procedimiento general previsto en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se contienen en el nuevo Título VII de la Ley del Notariado donde, en ocasiones, sin la precisión y el rigor esperados, se prevé la tramitación de cada uno de los expedientes. La actuación notarial en estos expedientes debe adolecer de todo influjo procesal con carácter general, aunque se observa cómo la regulación de determinados trámites se encuentra inspirada en la legislación procesal civil. En cualquier caso, los Notarios, con plena autonomía e independencia en su actuación, habrán de tramitar y resolver, sin necesidad de postulación, en la inmensa mayoría de los supuestos, los expedientes que se les encomiendan, sin control judicial posterior, aunque sin perjuicio de la impugnabilidad del juicio notarial en vía jurisdiccional.

XII. La jurisdicción voluntaria notarial habrá de desenvolverse a través de los medios técnicos documentales de los que dispone el Notario. El contenido y finalidad de las escrituras públicas y de las actas determinan, en cada caso, qué instrumento público será más adecuado para el expediente en cuestión. Con carácter general, el instrumento óptimo para tramitar las nuevas funciones notariales en sede de jurisdicción voluntaria es el acta notarial y, dentro de los distintos tipos de actas, el acta de notoriedad, cuyo objeto se ajusta bastante al pretendido en estos nuevos expedientes notariales. En definitiva, sin las actividades que despliega el Notario cuando autoriza un acta de notoriedad,

comprobando y fijando hechos notorios, reconociendo derechos y legitimando situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica y, finalmente, emitiendo juicios sobre los mismos, declarándolos formalmente, se dificultaría extraordinariamente la tramitación notarial de muchos de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

XIII. La aparición de terceros interesados en los expedientes de jurisdicción voluntaria notarial puede implicar la formulación de una oposición. Tal como ocurre en el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, no toda oposición va a impedir la continuación del expediente notarial, ni, incluso, que éste llegue a resolverse de forma favorable, cuando las pruebas en las que se funde no consigan desvirtuar los hechos alegados por el requirente. Sólo si el Notario estima que la oposición formulada, y fundada a su juicio, puede llegar a constituir una auténtica pretensión procesal, debería interrumpir su actuación, aunque sólo estará obligado a hacerlo cuando se le acredite la presentación de la correspondiente demanda judicial.

XIV. Como todos los instrumentos notariales autorizados o intervenidos por Notario, las escrituras y actas que documentan expedientes de jurisdicción voluntaria, gozan de fe pública y producen, en cuanto al contenido de sus declaraciones, una presunción *iuris tantum* de autenticidad. Si bien, de forma análoga a la eficacia de las resoluciones que ponen fin a los expedientes de jurisdicción voluntaria judicial, no producen efectos de cosa juzgada y quedan, en todo caso, sujetas a una posible revisión judicial.

XV. Si hay una materia donde la jurisdicción voluntaria notarial cobra especial importancia, ésta es el Derecho de Sucesiones, campo jurídico en el que el Notariado español desempeña un papel prioritario, hasta el punto de haberse convertido, en el ámbito sucesorio y testamentario, en el jurista de referencia para los ciudadanos. En un sistema jurídico como el nuestro en el que coexisten distintas legislaciones civiles, los actos de jurisdicción voluntaria en Derecho de sucesiones han ido regulándose y añadiéndose tanto por el Código Civil español como por los diferentes ordenamientos de aquellas Comunidades autónomas con Derecho civil propio, si bien en la inmensa mayoría de los casos se han configurado como actos de jurisdicción voluntaria judicial, quedando relegada la intervención notarial. No obstante, ya antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, el Notariado venía desempeñando diversas competencias en la materia: la declaración de herederos abintestato cuando los llamados a heredar fueran el cónyuge, los descendientes y los ascendientes; la protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y otorgados en forma oral, una vez adverbados judicialmente; la protocolización de memorias testamentarias, de lo practicado en las informaciones para perpetua memoria y de las operaciones de división judicial de la herencia; la determinación de los llamados como sustitutos a una herencia cuando no hubieran sido designados nominativamente; la formalización de la voluntad de repudiar la herencia o de aceptarla a beneficio de inventario; y

finalmente, la formación de algunos inventarios así como determinados actos en relación con el fideicomiso en distintas legislaciones civiles autonómicas.

XVI. Con la nueva configuración de la jurisdicción voluntaria, los Notarios adquieren un mayor protagonismo como sujetos depositarios de múltiples actuaciones en Derecho sucesorio, algunas de las cuales se verán revitalizadas en la práctica, superados la complejidad y los costes y dilaciones que implicaba su tramitación judicial. La Disposición final undécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria modifica la Ley del Notariado creando al efecto un nuevo Título, el VII, sobre la intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales, dentro del cual el Capítulo III regula los expedientes en materia sucesoria; al tiempo que en su Disposición Final primera, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria modifica, en unos casos, y deja sin contenido, en otros, diversos artículos del Código Civil en materia de Derecho de sucesiones, con la finalidad de hacer posible la atribución a los Notarios de las nuevas competencias, adaptando estos preceptos al nuevo régimen de la jurisdicción voluntaria.

XVII. En el marco de la nueva atribución de competencias, el legislador se olvida del título competencial a cuyo amparo se dicta la Disposición final undécima, a saber, la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.^a CE) y, no obstante la coexistencia de distintos ordenamientos civiles en la regulación del Derecho sucesorio español, ha pensado principalmente en las instituciones propias del Código Civil, sin tomar en consideración las especialidades existentes en las demás legislaciones civiles vigentes en España. Las formas especiales de testamentos, las memorias testamentarias, la práctica de inventarios en sede diferente a la aceptación de la herencia, así como diversas singularidades en sede de contadores-partidores y albaceas, han sido obviadas en la regulación que atribuye estas nuevas competencias al Notariado. Fruto de esta realidad son las múltiples disfunciones que surgen entre la nueva regulación contenida, de un lado, tanto en la Ley del Notariado como en los preceptos modificados del Código Civil y, de otro, en las diferentes Leyes autonómicas, donde algunas de las competencias atribuidas en exclusiva a los Notarios en aquéllas continúan enmarcadas en la órbita judicial. Resulta aconsejable un esfuerzo conjunto del legislador estatal y de los distintos legisladores autonómicos afectados en aras a la deseable y necesaria cohesión de nuestro ordenamiento jurídico.

XVIII. A excepción de aquellas actuaciones que se atribuyen al Notariado por implicar la documentación de una declaración de voluntad, que podrán ser autorizadas, conforme al principio general de libre elección de Notario (art. 3 RN), por el fedatario elegido por el requirente, tratándose de competencias notariales que proceden de la jurisdicción voluntaria judicial, la competencia funcional del Notariado en las nuevas actuaciones de Derecho sucesorio queda limitada: aunque con una mayor flexibilización respecto de los criterios previstos en el Reglamento Notarial (art. 209 bis RN) para la tramitación de aquellas declaraciones de herederos en las que los Notarios ya tenían competencias, así como respecto de los

mantenidos hasta ahora en sede judicial, se introducen algunos límites en la convicción de que, en estos casos, acreditar la notoriedad de determinados hechos se hará mejor y con mayores garantías siempre que exista cierta conexión territorial con cualquiera de los elementos reales o personales del expediente.

XIX. Ante la ampliación de la competencia notarial en estos expedientes, debe arbitrarse un sistema de comunicaciones telemáticas al Colegio Notarial y al Consejo General del Notariado que permita conocer, a nivel nacional y no sólo dentro del ámbito territorial de un Colegio Notarial, la iniciación de la tramitación de cualquiera de ellos, para evitar duplicidades y, en definitiva, dotar de la máxima seguridad jurídica a la actuación notarial en el desempeño de estas nuevas funciones.

XX. De forma exclusiva, serán nuevas funciones notariales, la declaración de herederos abintestato cuando los llamados a suceder sean no sólo los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, sino también cuando se trate de personas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, en aquellos territorios cuya legislación civil atribuya derechos sucesorios a estas personas, así como también, parientes colaterales (arts. 55 y 56 LN); la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y otorgados en forma oral (arts. 57 a 65 LN); la formalización de la repudiación de la herencia (art. 1008 CC); la fijación del plazo para aceptar o repudiar la herencia (art. 1005 CC) y, finalmente, la declaración de hacer uso del beneficio de inventario y del derecho de deliberar (arts. 1011 y 1011 CC) y formalización del mismo en sede de aceptación de herencia (arts. 67 y 68 LN y arts. 1014 a 1017 CC).

De forma compartida con Letrados de la Administración de Justicia, los Notarios asumen competencias en las siguientes materias: la formalización de la renuncia del albacea por concurrir justa causa y la prórroga del cargo del albaceazgo atendidas las circunstancias del caso; el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057.2 del Código Civil; la formalización de la renuncia del contador-partidor nombrado y la prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo; y, finalmente, la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios (arts. 66 LN y arts. 899, 905 y 1057.2 CC). El Notario podrá también autorizar escritura pública, si fuera requerido para ello, de excusa o aceptación del cargo de albacea.

XXI. En la configuración del nuevo marco competencial el legislador ha tratado, en un principio, de ser respetuoso con la naturaleza propia de la función notarial. Se le han asignando tanto funciones de formalización de voluntades, como expedientes de documentación, calificación, legitimación y homologación que se dirigen a declarar derechos que se asientan sobre hechos o situaciones jurídicas que el Notario no puede percibir de forma directa, debiendo alcanzar, por notoriedad, la convicción de su existencia mediante la práctica de determinadas pruebas, perfectamente asumibles, unos y otros, por estar integradas en la función propia notarial.

XXII. Sin embargo, incluso algunas de estas nuevas competencias que encajan en la función propia notarial implican un cambio en la forma de proceder de los Notarios. El Notario se convierte en el administrador de unos expedientes en los que para decidir si declara herederos a determinadas personas, protocoliza un testamento o formaliza un inventario, debe practicar múltiples pruebas o diligencias, no siempre previstas por la Ley, para tratar de objetivar al máximo su actuación y llegar al convencimiento de estar adoptando la resolución que se corresponda con la realidad de los hechos previamente comprobados. Para ello, junto a las pruebas documental, testifical y pericial, el legislador prevé, en muchos de los nuevos expedientes, la citación y notificación a terceros interesados que incluso exigirán, en caso de desconocerse su identidad o domicilio, la publicación de los anuncios preceptivos. En estos supuestos, la determinación de quiénes sean los interesados en cada caso, cuáles sean los plazos de publicación y comparecencia y, en definitiva, la intervención que haya de darse a los mismos una vez comparezcan o, en su caso, el tratamiento de la oposición manifestada al expediente, son cuestiones que amplían de forma considerable el margen de decisión del Notario.

XXIII. La asunción de competencias en materia de jurisdicción voluntaria por los Notarios no debería suponer su configuración como órganos pseudo-judiciales. No obstante, la nueva regulación también les atribuye actuaciones de naturaleza decisoria o en las que el Notario tiene que emitir una declaración de voluntad, que exceden claramente de su función propia. Estas competencias son el nombramiento del contador-partidor dativo, la apreciación de la justa causa en la renuncia del albacea y del contador-partidor, la fijación de la prórroga del plazo para el ejercicio de ambos cargos y, sobre todo, la aprobación de la partición hecha por el contador-partidor dativo. Su atribución a los Notarios sin grandes disfunciones hubiera exigido una regulación más precisa y tasada de los casos en que procedan, causas que los justifican, pruebas a apreciar y requisitos y plazos a cumplir, para, en definitiva, objetivar al máximo la actuación notarial. Pero, salvo en el supuesto del nombramiento de contador-partidor dativo en el que se regula un procedimiento específico al efecto, no ha sido así, judicializándose, en cierto modo, la actuación notarial.

XXIV. La regulación de algunos de los nuevos expedientes o actuaciones adolece, en efecto, de la precisión jurídica deseada, por ello, las dificultades interpretativas y las dudas a la hora de su aplicación práctica no se harán esperar. En nada va a ayudar la escueta *vacatio legis* de veinte días fijada por el legislador, cuando lo aconsejable, en una Ley de tal trascendencia, hubiera sido optar por un plazo de, al menos, varios meses, para permitir su estudio y análisis por los diferentes operadores jurídicos que pasan a convertirse en sujetos depositarios de la nueva jurisdicción voluntaria. Es por ello deseable que no se demore la aprobación de los desarrollos reglamentarios previstos en la Disposición adicional quinta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en tanto sean precisos o vengán exigidos para una correcta aplicación de la nueva normativa. Estos desarrollos reglamentarios, junto a las Resoluciones que pueda dictar la Dirección General de

los Registros y del Notariado en respuesta a consultas formuladas y la propia praxis notarial contribuirán a solventar aquellas lagunas e imprecisiones. Entre tanto, es probable que algunas normas del procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria puedan, cuando menos, inspirar y orientar el criterio notarial ante determinados vacíos legales.

XXV. La oportunidad y conveniencia, la especialización material y la confianza en que las nuevas actuaciones se desempeñarán con rigor y garantías han llevado al legislador a ampliar los precisos límites de la función notarial. Pensemos no sólo en las nuevas competencias atribuidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, sino también en las importantes funciones, también de jurisdicción voluntaria, asumidas en el ámbito inmobiliario-registral con la modificación operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, así como en la posibilidad de que el Notario desempeñe la función de mediador y, sobre todo, la de árbitro, con la eficacia de cosa juzgada que se atribuye al laudo arbitral. En definitiva, la configuración tradicional de la función se actualiza, amplía y renueva. Ahora es el Cuerpo Notarial el que tiene la obligación de asumir este nuevo reto con la responsabilidad, el rigor y la diligencia que se espera del mismo, dando una respuesta satisfactoria a la confianza depositada. Intuimos que no será tarea sencilla. Al tiempo que supone un refuerzo de la función notarial en su vertiente funcional, esta nueva configuración de la jurisdicción voluntaria notarial conlleva una mayor responsabilidad del Notario como profesional del Derecho. Es probable, incluso, que nos encontremos en los albores de un camino que conduzca al Notariado a la modificación de su propia naturaleza. Sólo la aplicación efectiva de las competencias asumidas y el paso del tiempo nos lo irán revelando.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Madrid, Tecnos, 1969.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentario al artículo 898", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), Tomo XII, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1979.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentario al artículo 714", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), Tomo IX, Vol. 2º, 2ª edición, Madrid, Edersa, 1983.
- ALBURQUERQUE SACRISTÁN, Juan Miguel, "Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana "iurisdictio voluntaria" -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I-, hasta la actualidad: breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp. 1285-1294.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria", *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, Instituto de investigaciones jurídicas, 1974, pp. 167-236.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Premisas para determinar la índole de la jurisdicción voluntaria", *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, Instituto de investigaciones jurídicas, 1974, pp. 115-165.
- ALLORIO, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal*, Tomo II, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1963.
- ALMAGRO NOSETE, José, "La Jurisdicción Voluntaria (I)", *Derecho Procesal*, Tomo I, (Vol. II), 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 541-560.
- ALMAGRO NOSETE, José, "La Jurisdicción Voluntaria (II)", *Derecho Procesal*, Tomo I, (Vol. II), 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 561-600.
- ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULÉ, José, *Instituciones de Derecho Procesal, Proceso Civil*, 2ª edición, Madrid, Trivium, 1994.
- AMELOTTI, Mario, "Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIX, 1990, pp. 133-146.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, "Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral", *El Notario del*

Siglo XXI, núm. 63, septiembre-octubre 2015, pp. 6-14.

BELLOCH JULBE, José-Félix, “Ley de Seguridad Jurídica Preventiva: hoy más necesaria que nunca”, *La Notaría*, núm. 3, 2010, pp. 13-17.

BELLOCH JULBE, José-Félix, “Situación límite”, *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, pp. 14-15.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio 1992, pp. 9-42.

BOLÁS ALFONSO, Juan, “La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 24, octubre-diciembre 1997, pp. 31-99.

BONO HUERTA, José, *Historia del Derecho Notarial Español, I. La Edad Media. 1. Introducción, Preliminar y Fuentes*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1979.

BONO HUERTA, José, “Sobre la esencia y función del Notariado Románico hasta la Codificación”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio 1984, pp. 7-53.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Según el nuevo Código*, Vol. I, Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962.

CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel, “Notariado y Jurisdicción Voluntaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLV-XLVI, 2009, pp. 431-467.

CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel, “La competencia notarial en asuntos no contenciosos”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. X, extraordinario 2010, pp. 513-641.

CAPILLA RONCERO, Francisco, “Comentario al art. 7 de la Ley de Arbitraje”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 36/1988, 5 de diciembre*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 75-95.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I, Traducción de la 5ª edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1973.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, núm. 1, marzo 2014, pp. 5-44. Disponible en www.uc3m.es/cdt. Fecha de última consulta 29 de abril de 2015.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*,

Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de sucesiones. La sucesión en general. La sucesión testamentaria (1ª parte)*, Tomo VI, Vol.I, 9ª edición, Madrid, Reus, 1989.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de sucesiones. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria y la sucesión forzosa*, Tomo VI, Vol.II, 7ª edición, Madrid, Reus, 1973.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Juan Ignacio, “La seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. X, extraordinario 2010, pp. 9-115.

CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, “El Notario como garante de los derechos de la persona”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. X, extraordinario 2010, pp. 117-511.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor José Casais y Santaló, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1922.

COBAS COBIELLA, María Elena, *El albaceazgo*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.

COBAS COBIELLA, María Elena, “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp. 153-172.

CORRAL MARTÍNEZ, José, “Notariado, derecho de los consumidores y jurisdicción voluntaria”, *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, pp. 14-15.

COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Zaragoza, Guara, 1984.

COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal*, 3ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.

CUENCA ANAYA, Francisco, “El Notario y los fines del derecho”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 22 de marzo de 1984), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, pp. 9-40.

CUEVAS CASTAÑO, José Javier, “Futuro de la seguridad jurídica preventiva”, *La Notaría*, núm. 3, 2012, pp. 7-10.

DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Vol II, Barcelona, Banchs Editor, 1975.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “El Notariado Latino y su función”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXVI, abril-junio 1972, pp. 65-321.

- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español”, Ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950, *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1975, pp. 429-506.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 3ª edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2011.
- DE LA CRUZ LAGUNERO, José Manuel, “Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial (Panorama actual de la doctrina notarial española)”, Comunicación presentada al Tema II de la IV Jornada Notarial Iberoamericana (Acapulco, México, 1988). *Separata Revista de Derecho Notarial*, núm. CXLI-CXLII, julio-diciembre, 1988, pp. 335-354.
- DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, Antonio, FONT BOIX, Vicente, MADRIDEJOS SARASOLA, José y SIMO SANTONJA, Vicente Luis, “Sistemas jurídicos y documento: la forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIII, enero-marzo 1984, pp. 67-268.
- DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, Antonio, MADRIDEJOS SARASOLA, José y SIMO SANTONJA, Vicente Luis, “Características del Notariado en el mundo de hoy”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio 1984, pp. 79-197.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil*, 7ª edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, noviembre-diciembre 2007, pp. 70-74.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “Reflexiones en torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 20, julio-agosto 2008, pp. 32-35.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “La urgencia de publicar una Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 25, mayo-junio 2009, pp. 16-21.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Civil*, núm. 14, 2009, pp. 1614-1640. Disponible en <http://revistas.laley.es>. Fecha de última consulta 3 de octubre 2014.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm.

4, 2007, pp. 1568-1577.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, “La Función Notarial”, *Ponencias presentadas por el Notariado Español, VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1993, pp. 229-287.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, “El testamento notarial”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 401-448.

ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contador partidador dativo: notas sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento”, *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, coordinado por Margarita Herrero Oviedo, Andrés Domínguez Luelmo (dir.) y María Paz García Rubio (dir.), 1ª edición, Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2014, pp. 405-432.

ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contador partidador dativo. Procedimiento contencioso y jurisdicción voluntaria”, Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/varios-o-r/el-contador-partidor-dativo/>, publicado el 20 de julio 2015. Fecha de última consulta 20 de julio de 2015.

ESCORIAZA, Nicolás, “La figura jurídica del Comisario Contador-Partidor en la legislación española”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1715, 5 agosto 1994, pp. 4339 a 4364. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>. Fecha de última consulta 15 de abril de 2015.

FAIREN GUILLEN, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal. Historia. Teoría general*, Tomo I, Madrid, Tecnos, 1969.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, Bosch, 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa: (el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 941-960.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Adiós a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2000, pp. 311-344.

FAZZALARI, Elio, *La giurisdizione volontaria: profilo sistematico*, Padova, Cedam, 1953.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª edición, Madrid, Reus, 1999.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)", *Actualidad civil*, núm. 4, 2001, pp. 1277-1316.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *La Jurisdicción Voluntaria*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 2001.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "Documentación y notariado en Derecho Romano", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 3, diciembre 2004. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 4, junio 2005. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 5, diciembre 2005. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, pp. 259-282 y *Revista General de Derecho Romano*, núm. 5, diciembre 2005. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 4 de noviembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "A propósito del oficio de *tabellio* como jurista práctico en la experiencia jurídica romana", *Liber Amicorum Juan Miquel, Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, Colección Ágora, núm. 3, Universidad Pompeu Fabra, 2006, pp. 305-320.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de Octubre de 2006 (I)", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 7, diciembre 2006. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 4 de noviembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, 1ª edición, Madrid, Iustel, 2007.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, "Notariado y Jurisdicción Voluntaria", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 8, junio 2007. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 23 de enero 2015.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (II): La Jurisdicción Voluntaria en las Cortes Generales*, Madrid, Iustel, 2008.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 8, 2011, pp. 127-150. Disponible en <http://e-spacio.uned.es>. Fecha de última consulta 5 de marzo de 2015.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista jurídica del Notariado*, núm. 79, julio-septiembre 2011, pp. 177-226.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “La Jurisdicción Voluntaria en el plató”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero 2012, pp. 22-32.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 18, junio 2012. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8273, Sección Doctrina, 18 marzo 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, disponible en <http://diariolaley.laley.es> y *Revista General de Derecho Romano*, núm. 22, junio 2014, disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, Antonio, “Misteriosa, heterogénea y fascinante jurisdicción voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 890, 11 de septiembre de 2014, p. 2.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y SAINZ MORENO, Fernando, *El Notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1989.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana, “Un supuesto de Jurisdicción Voluntaria notarial: el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato”, en *Estudios sobre Derecho Procesal*, coord. por Ignacio Díez-Picazo Jiménez y Julián Martínez-Simancas Sánchez, Vol. 3, Aravaca, Madrid, Sopec, 1996, pp. 3881-3908.
- FERRER I RIBA, Josep, “La ejecución del testamento y el albaceazgo”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 679-741.
- FONT BOIX, Vicente, “La función notarial y la jurisdicción voluntaria”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. XXIX-XXX, julio-diciembre 1960, pp. 225-283.

- FONT BOIX, Vicente, “El Notario y la Jurisdicción Voluntaria”, *VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965, Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, pp. 661-738; y *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XV, 1967, pp. 211-295.
- FONT BOIX, Vicente, “La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 26 de abril de 1984), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, pp. 127-156.
- FUGARDO ESTIVILL, Josep María, “Ley del Notariado, fe pública y función notarial”, *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, pp. 32-35.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?”, *Actualidad Civil, La Ley*, núm. 11, Sección A Fondo, noviembre 2013, p. 1221. Disponible en <http://revistas.laley.es>. Fecha de última consulta 15 de abril de 2015.
- GARCÍA VILA, José Antonio, “De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, pp. 26-29.
- GARRIDO CHAMORRO, Pedro, “La función notarial, sus costes y beneficios”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 37, enero-marzo 2001, pp. 9-166.
- GERONA PEÑA, Gonzalo, “La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral”, en *Estudios sobre Derecho Procesal*, dirigido por Ignacio Díez-Picazo Jiménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez, Vol. III, Aravaca, Madrid, Sopec, 1996, pp. 3909-3974.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “Adquisición de la herencia”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 275-324.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “Responsabilidad hereditaria”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 325-373.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Otros cauces testamentarios en el País Vasco”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 570-606.

- GIMENEZ ARNAU, Enrique, "Apuntes para la historia del Notariado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 180, año XIX, mayo 1943, pp. 289-305.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho notarial español*, Vol.I, Pamplona, Universidad de Navarra, 1964.
- GIMENO GAMARRA, Rafael, "Ensayo de una teoría general de la jurisdicción voluntaria", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 1, enero-marzo 1953, pp. 3-80.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1981.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio, "El arbitraje en el Derecho sucesorio. El arbitraje testamentario", *El Notario del Siglo XXI 2R*, Revista científica online, publicado el 16 de julio de 2013. Disponible en <http://www.elnotario.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Jurisdicción voluntaria y función notarial", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. I extraordinario, 1992, pp. 9-161.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario", *VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Ponencias presentadas por el Notariado Español*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1993, pp. 5-176.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Visión notarial de la jurisdicción voluntaria", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 70, abril-junio 2009, pp. 115-133.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, Volumen primero, Parte General, El proceso declarativo ordinario*, 8ª edición, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979.
- GONZALEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo I, Madrid, Reus, 1948.
- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, "Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 16, 1996 (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción voluntaria / Bienvenido González Poveda (dir.)), pp. 15-56.
- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, 4ª edición actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez, Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil (II), Procesos especiales y Jurisdicción Voluntaria*, 4ª edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses Alonso, Madrid, Civitas, 1998.

- GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, IV edición, Madrid, Reus, 1995.
- HERRERO OVIEDO, Margarita, "El testamento ológrafo en el anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: el final de una disfunción", *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum"* Teodora F. Torres García / coord. por Margarita Herrero Oviedo; Andrés Domínguez Luelmo (dir.), María Paz García Rubio (dir.), 1ª edición, Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2014, págs. 635-656.
- HUALDE MANSO, Teresa y NANCLARES VALLE, Javier, "Testamento de hermandad, testamento ante párroco y testamento ante testigos en Navarra", *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 531-570.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, Historia e Instituciones*, 11ª edición revisada con la colaboración de Juan Iglesias Redondo, Barcelona, Ariel, 1993.
- IRURZUN GOICOA, Domingo, "Función del acta de notoriedad en el abintestato (Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013)", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 85, enero-marzo 2013, pp. 71-96.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción y JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel, "La escritura en el testamento ológrafo. Particular referencia al derecho francés", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 67, julio-septiembre 2008, pp. 207-296.
- JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho Privado Romano*, Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, Editorial Labor, 1937.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Tratado teórico práctico de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, Parte General*, Tomo V, Vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1961.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009
- LARA HERNÁNDEZ, Rafael, "Jurisdicción Voluntaria, encuentro e inquietud", *Escritura Pública*, núm. 87, 2014, p. 29.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, "Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria (a propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de Octubre de 2005)", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 3, 2005, pp. 163-182. Disponible en <http://www.unirioja.es>. Fecha de última consulta 29 de septiembre de 2014.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, "Sobre la jurisdicción voluntaria en Derecho

histórico español”, *e-legal history review*, núm. 14, 2012. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre de 2014.

LIÉBANA ORTÍZ, Juan Ramón, “La nueva jurisdicción voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 876, 9 de enero 2014, p. 11.

LIÉBANA ORTÍZ, Juan Ramón, “Aproximación crítica al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 890, 11 de septiembre 2014, p. 4.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Principales novedades de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria”, disponible en www.legaltoday.com. Publicado el 22 de junio de 2015. Fecha de última consulta 22 de octubre de 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. I, 4ª edición, Milano, Giuffrè, 1980.

LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo, “Cómo hacer una declaración de herederos ante Notario”, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1278/73/como-hacer-una-declaracion-de-herederos-ante-notario>, publicado el día 7 de julio 2015. Fecha de última consulta 16 de julio de 2015.

LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo, “El beneficio de inventario”, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1282/73/el-beneficio-de-inventario-en-la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-i>, publicado el día 14 de julio 2015. Fecha de última consulta 14 de julio de 2015.

LÓPEZ CANDELA, Inmaculada, “La declaración de herederos ab intestato tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1697, 5 febrero 1994, pp. 667 a 677. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>. Fecha de última consulta 15 de abril de 2015.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, “Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 69, enero-marzo 2009, pp. 173-224.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, “La copia notarial electrónica”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLVII, 2009, pp. 429-600.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “La Jurisdicción Voluntaria. (Sobre el Proyecto de Ley)”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto, 2006, pp. 66-67.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “La función notarial a la luz de las últimas reformas legislativas”, *Escritos Jurídicos*, Tomo I, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010, pp. 497-547.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y*

explicada, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de J. Morales, 1856.

- MARÍN LÓPEZ, Juan José, “Derecho de sucesiones y jurisdicción voluntaria (sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria)”, *La Notaría*, núm. 25-26, 2006, pp. 54-71.
- MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, “La mediación y el Notariado”, *La Notaría*, núm. 3, 2012, pp. 11-12.
- MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, “Seguridad jurídica preventiva: valoración”, Jornada sobre la seguridad jurídica: conferencias y mesa de debate celebrada en Madrid el 3 de febrero de 2014 organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en colaboración con el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Disponible en <https://sic.notariado.org/liferay/web/sic/el-consejo-informa/noticias>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.
- MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, “La declaración notarial de herederos en la reforma de la jurisdicción voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 62, julio-agosto 2015. Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/4158-la-declaracion-notarial-de-herederos-en-la-reforma-de-la-jurisdiccion-voluntaria>. Fecha de última consulta 17 de julio de 2015.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael, “Seguridad jurídica y función notarial (Aproximación al párrafo 2 del art. 24 de la Ley del Notariado)”, *El Notario y la reforma de la fe pública*, Monográficos La Notaría, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, pp. 87-100.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Comentario al artículo 714”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2013.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Delfín, “El principio constitucional de seguridad jurídica. La seguridad jurídica preventiva y paliativa”, Jornada sobre la seguridad jurídica: conferencias y mesa de debate celebrada en Madrid el 3 de febrero de 2014 organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en colaboración con el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Disponible en <https://sic.notariado.org/liferay/web/sic/el-consejo-informa/noticias>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “El Notariado en la Baja Romanidad”, (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1978), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXII, fascículo 1, 1980, pp. 15-112.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “Línea evolutiva de la actividad notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CVIII, abril-junio 1980, pp. 127-150.

- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “El Notariado español y su papel en las estructuras del Estado y Sociedad”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIII, enero-marzo 1984, pp. 366-393.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “La función notarial y la seguridad jurídica”, (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 4 de abril de 1984), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, pp. 81-108.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 1. Teoría de la seguridad jurídica*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 1989.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, 2. Sistema español de Derecho cautelar, Parte General y Apéndice eurocomunitario*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 1989.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Emilio y MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “La aceptación”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel, Madrid, Thomson, Civitas, 2005, pp. 407-596.
- MICHELI, Gian Antonio, *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1970.
- MORGIONE, Federica, “Notarii - tabelliones: materiales para el estudio de la aparición en la antigüedad de la figura del notario y de su necesidad en la actualidad”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, julio 2011 extraordinario. Disponible en <http://www.iustel.com>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- NAVARRO AZPEITIA, Fausto, “Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de la función notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXVII-LXXVIII, julio-diciembre 1972, pp. 7-29.
- NIETO SÁNCHEZ, José, “Competencia notarial en asuntos no contenciosos”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. XI, extraordinario, 2008, pp. 71-230.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el documento público*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Serie 3ª Monografías de Derecho español, núm. 10, 1950.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “El Derecho Notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. V-VI, julio-diciembre 1954, pp. 211-266.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial”, *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo II, Madrid, Instituto de España, 1986, pp. 89-182.

- NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo II, Madrid, Instituto de España, 1986, pp. 3-88.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo, “La regulación del beneficio de inventario en el Código Civil y el Derecho foral español”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, abril-junio 2015, pp. 149-234.
- ORELLANA DE CASTRO, Juan Francisco, “La prueba caligráfica de testamentos ológrafos”, *Diario La Ley*, núm. 7887, Sección Práctica Forense, 25 junio 2012.
- PANERO GUTIERREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- PASTOR PRIETO, Santos, *Intervención notarial y litigiosidad civil*, 2ª edición, Madrid, Consejo General del Notariado, 2000.
- PAZ-ARES, Cándido, “Seguridad jurídica y sistema notarial (Una aproximación económica)”, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994, en *La fe pública*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1994, pp. 73-154.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Carlos Mauro y GÓMEZ BLANCO, María Carlota, *La jurisdicción voluntaria*, 5ª edición, Granada, Comares, 2008.
- PÉREZ HERESA, Juan, “La formación del contrato: el problema de la nulidad y su prevención (una reflexión sobre el sistema de seguridad jurídica preventiva)”, *El Notario del Siglo XXI 2R*, Revista científica online, publicado el 19 de diciembre 2013. Disponible en <http://www.elnotario.es>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1986.
- PUIG FERRIOL, Luis, *El albaceazgo*, prólogo de Ramón Mª Roca Sastre, Barcelona, Bosch, 1967.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Barcelona, Bosch, 1979.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2006, pp. 7-26.
- RIPOLL JAÉN, Antonio, “Adveración del testamento ológrafo”, disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/adveracion-de-testamento-olografo/>, publicado el 8 de julio de 2015. Fecha de última consulta 8 de julio de 2015.

- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo I, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo II, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo III, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones: común y foral*, Tomo IV, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009.
- RIVAS RUIZ, Amanay, "Competencia notarial territorial en los expedientes sucesorios tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, septiembre-octubre 2015, pp. 34-41.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1995.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo III, 1ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1994.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo IV, 1ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2000.
- RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, "Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios", *Revista de Derecho Notarial*, núm. CIV, abril-junio 1979, pp. 303-409.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", *Revista de Derecho Notarial*, núm. CVII, enero-marzo 1980, pp. 255-409.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "La función notarial y los principios y valores constitucionales", *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXX, abril-junio 1983, pp. 475-483.
- RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, "El documento notarial y la seguridad jurídica", (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 29 de marzo de 1983), *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, Edersa, 1986, pp. 41-80.
- RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, "Jurisdicción civil y Notariado", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre 2004, pp.191-204.
- RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, "La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre-diciembre 2004, pp. 211-230.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Comentario al artículo 1 de la Ley del Notariado", *Nueva Legislación Notarial comentada*, Tomo I, Legislación Notarial, Madrid,

- Colegio Notarial de Madrid, 2007, pp. 37-52.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, abril-junio 2015, pp. 61-73.
- ROMERO HERRERO, Honorio, “Reflexiones sobre la situación actual del Notariado”, *La Notaría*, núm. 4, 2011-1 2012, pp. 21-23.
- SÁNCHEZ-PEDREÑO, Antonio, “La Mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 38, julio-agosto 2011, pp. 30-33.
- SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso, “El Notario en el arbitraje: un camino reabierto”, *La Notaría*, núm. 2, 2011, pp. 22-24.
- SATTA, Salvatore, *Derecho Procesal Civil, El proceso de ejecución. Los procedimientos especiales*, Vol. II, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1971.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús, “Breve examen crítico del anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006, pp. 1694-1704.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús, “El Secretario judicial, órgano principal en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, núm. 7906, Sección Tribuna, 2012. Disponible en <http://diariolaley.es>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús, “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, núm. 8184, Sección Doctrina, 2013. Disponible en <http://diariolaley.es>. Fecha de última consulta 29 de septiembre 2014.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “Seguridad jurídica y seguridad jurídica preventiva”, *La Notaría*, núm. 3, 2012, pp. 3-4.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aspectos de mayor relevancia notarial”. *Especial nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, Wolters Kluwer, julio 2015.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis, “El Notario y los Derechos Fundamentales”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 28, octubre-diciembre 1998, pp. 87-505.
- SOLÍS VILLA, Carlos, “Comentario al artículo 209 del Reglamento Notarial”, *Nueva*

Legislación Notarial comentada, Tomo I, Legislación Notarial, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2007, pp. 600-606.

SOLÍS VILLA, Carlos y MORILLO, Francisco Javier, “Comentario al artículo 209 bis del Reglamento Notarial”, *Nueva Legislación Notarial comentada*, Tomo I, Legislación Notarial, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2007, pp. 607-611.

TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 9ª edición, Granada, Publicaciones de la Academia granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2011.

TENA ARREGUI, Rodrigo, “Archivo de Revocación de Poderes. ¿Una pérdida irreparable?”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto 2009. Disponible en <http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-26/corporativa/1503-archivo-de-revocacion-de-poderes-una-perdida-irreparable-0-37545059097507094>. Fecha de última consulta 25 de septiembre 2014.

TORAL LARA, Estrella, “Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo”, *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, coordinado por Margarita Herrero Oviedo, Andrés Domínguez Luelmo (dir.) y María Paz García Rubio (dir.), 1ª edición, Madrid, Wolters Kluwer, La Ley, 2014, pp. 1381-1402.

TORRES ESCÁMEZ, Salvador, “Actualidad de la mediación”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 25, mayo-junio 2009, pp. 22-24.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y SOLÉ RESINA, Judith, “Otras formas testamentarias. El testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 449-469.

URRUTIA SALAS, Manuel, “La jurisdicción voluntaria”, *Estudios en memoria del James Goldschmidt*, Tomo II, publicado en *Revista de Derecho Procesal*, 1951, pp. 303-318.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans., “Orígenes del Notariado Latino en Italia y en España”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 47, julio-septiembre 2003, pp. 305-310.

VARA GONZÁLEZ, José Manuel, “Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 82, abril-junio 2012, pp. 439-482.

VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, Miguel, “La Reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 38, julio-agosto 2011, pp. 20-25.

VILA RIBAS, María del Carmen, “Los codicilos y las memorias testamentarias”, *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, coordinado por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), Tomo. 1, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 607-624.