

Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria

RAFAEL GIMENO GAMARRA
Magistrado

SUMARIO: *Primera parte.*—Concepto, naturaleza y contenido de la jurisdicción voluntaria.—I. Concepto.—1. Impropiedad de la denominación.—2. Dificultad de formular el concepto.—3. Teorías que atienden a los caracteres externos: la ausencia de contienda.—4. Teorías que se fijan en los efectos: la falta de cosa juzgada.—5. Teorías que tienen en cuenta el fin: la prevención de litigios o la constitución de estados o relaciones.—6. El fin de la jurisdicción voluntaria.—7. La falta de partes contrapuestas como nota característica de la misma.—II. Naturaleza jurídica.—8. La jurisdicción voluntaria y la función jurisdiccional.—9. La jurisdicción voluntaria como actividad administrativa.—10. Doctrinas que la consideran como función reguladora o legitimadora.—11. Organos a quienes debe encomendarse.—III. Contenido.—12. Amplitud del contenido que suele atribuirse a la jurisdicción voluntaria.—13. Teorías que estiman debe limitarse a los actos de documentación.—14. Conveniencia de limitarla a los negocios que hayan de ser encomendados a los órganos judiciales.—IV. Clasificación de los negocios de jurisdicción voluntaria.—15. Criterio que atiende a la naturaleza de los negocios.—16. Criterio que atiende a la rama de derecho o relación jurídica a que se refieren.—17. Criterio a seguir.—V. Fuentes.—18. Fuentes legales de la jurisdicción voluntaria.—19. Crítica de la regulación legal.—20. Legislación extranjera.—*Segunda parte.*—Régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria.—I. Sujetos.—21. El órgano judicial: A), Jurisdicción: intervención de los Cónsules; B), Competencia jerárquica; C), Competencia territorial; D), Cuestiones de competencia; E), Recusación y abstención.—22. El Ministerio fiscal.—23. Los interesados: A) Capacidad; B), Legitimación; C), Postulación.—24. La intervención de terceros.—25. Presencia o ausencia de los interesados: A), Inactividad del actor o solicitante; B), Inactividad de los demás interesados.—II. Objeto.—26. Solicitudes que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria.—27. La oposición a las mismas.—28. Pluralidad de objetos.—III. Requisitos de la actividad.—29. Lugar de los actos.—30. Tiempo.—31. Forma.—IV. Procedimiento.—32. Nacimiento de los negocios: la solicitud.—33. Desarrollo: A), Desarrollo normal; B) Desarrollo anormal: crisis del procedimiento.—34. Terminación.—35. Principios que dominan el procedimiento.—36. Tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria en general.—V. Efectos de las resoluciones.—37. Efectos jurídicos materiales.—38. Efectos jurídicos procesales: A), La cosa juzgada formal; B), La cosa juzgada material.—39. Efectos económicos: A), Los gastos o costas; B), El beneficio de pobreza.—40. Las resoluciones de jurisdicción vo

luntaria extranjeras.—VI. Medios de impugnación de las mismas.—41. El recurso de apelación.—42. El recurso de casación.—43. Otros recursos: A), El recurso de reposición; B), El de súplica; C), El recurso de queja; D), La petición de aclaración del art. 363 de la Ley de E. C.—44. Medios de impugnación que no caben en la jurisdicción voluntaria: A), Los recursos de revisión y de audiencia del rebelde; B), Las tercerías; C), El incidente de nulidad; D), La oposición de tercero a la cosa juzgada.

PRIMERA PARTE

Concepto, naturaleza y contenido de la jurisdicción voluntaria

I. CONCEPTO

1. *Impropiedad de la denominación.*

El nombre de jurisdicción voluntaria ha llegado a las legislaciones modernas desde el Derecho romano (1), en el cual, como dice Gómez Orbaneja, únicamente cubría aquellos casos en que las partes, puestas de acuerdo, entablaban y seguían un proceso ante el Magistrado con finalidad negocial, utilizando el proceso con un fin no procesal al objeto de conseguir para las estipulaciones—transmisiones de propiedad, emancipación, adopción, etc.—la declaración definitiva, inatacabilidad y ejecutoriedad de la sentencia. En el proceso aparente o ficticio había jurisdicción, y porque la había se explica la denominación romana, ya que el Magistrado presidía una litis, que se desarrollaba según el procedimiento de la *legis actio*. La expresión romana se mantuvo en el Derecho medieval, aunque en éste ya no tenía idéntico contenido. A los Tribunales medievales, tanto laicos como eclesiásticos, estaban adscritos notarios—*iudices chartularii*—, que llegaron por costumbre a autorizar los contratos de las partes, incluso cuando éstas se ponían de acuerdo fuera de la presencia del Juez y sin que existiera entre ellas contienda alguna; pero continuaba expidiéndose el documento en forma de sentencia, y esta ficción explica que se siguiese usando la denominación de jurisdicción voluntaria para actos que no implicaban ya ejercicio de una actividad jurisdiccional (2).

En el Derecho moderno se sigue empleando tal denominación, pero la misma resulta impropia para expresar el amplio contenido que actualmente se la atribuye, pues se emplea para designar un número considerable de negocios de la naturaleza más diversa y fines diferentes, de los cuales hay algunos que están atribuidos a

(1) Dig., I, 16, 2.—*pc.*—

(2) GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal*, 2.ª ed., volumen I, 1949, pág. 718.

los órganos judiciales, pero otros muchos no constituyen una actividad jurisdiccional ni están atribuidos a los jueces, como son los referentes a la documentación y registro, por lo que no hay razón, con respecto a éstos, para hablar de actos de jurisdicción; y de los que están atribuidos a los órganos jurisdiccionales, aunque hay algunos que tienen por objeto la declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción, a los cuales podría aplicárseles el calificativo de voluntarios, existen otros encaminados a la protección o tutela de personas incapaces o ausentes, en los cuales se ejerce la coacción igual que en la jurisdicción contenciosa, por lo cual, aunque pudieran denominarse actos de jurisdicción, no podrían calificarse propiamente como actos de jurisdicción voluntaria. Por tanto, la expresión jurisdicción voluntaria no sirve para dar idea de la diversidad de negocios que en el Derecho moderno se incluyen dentro de ella (3).

2. *Dificultad de formular el concepto.*

A causa de ese amplio y heterogéneo contenido que actualmente se atribuye a la jurisdicción voluntaria, es muy difícil precisar su concepto y establecer una rigurosa diferenciación entre la misma y la jurisdicción contenciosa, existiendo autores que estiman no ser ello posible. Así, Kisch dice que sólo cabe indicar algunos criterios generales para delimitar la jurisdicción voluntaria del proceso civil, cuales son el que el proceso civil se propone preferentemente declarar los derechos dudosos, ejecutar los incumplidos y reponer los lesionados, siendo el camino natural para resolver cuestiones litigiosas por medio de la aplicación a ellas de reglas y principios jurídicos, mientras que el fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma e intervenir en la creación y en el ejercicio y liquidación de derechos y relaciones jurídicas, cuyos rasgos permiten ver con claridad una cierta diferencia; pero ir más lejos y pretender una rigurosa distinción conceptual es completamente inútil (4).

Otros autores alemanes, como Weismann, Schlegelberger, Oert-

(3) Más inapropiadas resultan aún las expresiones «jurisdicción honoraria» y «jurisdicción graciosa», con las cuales se la suele también designar, pues, como dice ALCALÁ ZAMORA, el nombre de jurisdicción honoraria sólo se justificaría teniendo en cuenta su derivación histórica, pero no se acomoda con su alcance actual ni con las acepciones hoy dominantes del calificativo; y en cuanto al de jurisdicción graciosa, que es el predominante en el Derecho francés y belga, resulta tan poco apto para apellidar a la jurisdicción voluntaria que, por ejemplo, en la larga lista de procedimientos de esa clase contenidos en nuestra Ley de E. C., sólo uno—las informaciones para dispensa de la ley—podría colocarse bajo tal signo, y en otras legislaciones ni siquiera uno (Cfr. *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, separata de *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1950, págs. 6-7).

(4) *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., pág. 39.

mann y Rosemberg, mantienen la opinión de que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria sólo puede hacerse caso por caso (5).

Entre nuestros procesalistas, De Pina sostiene que es un error excindir la jurisdicción civil en contenciosa y voluntaria, porque no existe, verdaderamente, una jurisdicción civil voluntaria, diferenciable de la jurisdicción civil contenciosa, sino que existe, simplemente, una jurisdicción civil, que no puede ser objeto de división tomando como base la naturaleza de los actos en que consiste, ya que la distinción que hasta ahora se ha establecido entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria se funda más en la regulación legal que se ha dado a las cuestiones que se consideran de jurisdicción voluntaria que en la esencia de las actividades que el Juez desarrolla con motivo de su ejercicio (6).

La mayor parte de los autores, sin embargo, tratan de formular el concepto de la jurisdicción voluntaria y de precisar la delimitación entre la misma y la contenciosa, aunque no se pongan de acuerdo acerca del criterio diferencial.

3. Teorías que atienden a los caracteres externos: la ausencia de contienda.

Las doctrinas clásicas se han venido fijando en la «contenciosidad» de la relación jurídica, considerando como actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que no hay empeñada ni se promueve cuestión o contienda entre partes (7).

En este sentido decía, entre nosotros, Vicente y Caravantes, que «la jurisdicción contenciosa se ejerce *inter nolentes*, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la jurisdicción voluntaria se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien importa la práctica de algún acto en cuya contradicción no aparece interés de tercero» (8). Y Manresa dice, de modo análogo, que la diferencia entre una y otra jurisdicción consiste en que la contenciosa se ejerce por el juez *inter invites*, es decir, entre personas que, no habiéndose podido poner de acuerdo entre sí, se ven precisadas a

(5) Citados por ALLORIO: *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1948, pág. 521.

(6) *Notas sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Derecho Procesal (temas)», México, 1951, págs. 207 y ss.

(7) Así, DONELLO: *De jure civile*, lib. XXVII, cap. VIII, págs. 965-966; CUJACIO, ad. lib. II, Dig. tit. I; *De jurisdic.* HEINECIO, *Pandect*, lib. II, título I; *De jurisd.* VOET, cod. lib. tit. POTHIER, *Pandect*, lib. II, tit. I, núm 3 MERLIN, *Repertoire*, v. *Jurisd Gracieuse*, núm. I. Citados por MATTEIROLLO, *Tratado de Derecho Judicial civil*, trad. esp. T. I, 1930, pág. 5.

(8) *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, T. I, Madrid, 1856, pág. 132.

deducir sus pretensiones ante los Tribunales para que, interponiendo su pública autoridad, administren justicia con arreglo a las leyes; al paso que la voluntaria se ejerce, no *inter invitos*, sino *inter volentés*, 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 el ministerio del juez para imprimirles un sello de autoridad (9).

Este criterio es el que se sigue también en nuestra ley de Enjuiciamiento civil, al definir la jurisdicción voluntaria en su artículo 1.811 diciendo que «se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas».

La anterior doctrina ha sido combatida por los autores modernos, como Wach (10) y Chiovenda (11), diciendo que la inclusión de un negocio en la jurisdicción contenciosa o en la voluntaria no puede hacerse partiendo del carácter contencioso o no contencioso de la relación jurídica a que el mismo se refiera, pues la actividad procesal no supone necesariamente una relación jurídica controvertida, cual se observa en los casos de rebeldía, allanamiento del demandado y renuncia del actor, y la jurisdicción voluntaria adopta en ocasiones la forma de un procedimiento sobre relaciones jurídicas litigiosas, como sucede, p. ej., con las cuestiones que pueden surgir entre el tutor y el Consejo de familia, los recursos gubernativos en materia registral y, en general, los recursos que se conceden contra las resoluciones de la jurisdicción voluntaria.

4. Teorías que se fijan en los efectos: la falta de cosa juzgada.

Entre los autores modernos, algunos estiman que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria ha de hacerse atendiendo al efecto. Así, para Allorio, la nota característica que diferencia a la jurisdicción verdadera y propia de la jurisdicción voluntaria y de la actividad administrativa es la cosa juzgada, que se produce en la primera y de la que están privadas la actividad administrativa y la jurisdicción voluntaria, estimando que ésta, igual que la actividad administrativa, está desprovista de cosa juzgada por ser el resultado de un procedimiento inidóneo a justificar tal efecto, aunque esté asignada a órganos que normalmente desempeñen una actividad jurisdiccional en sentido propio productora de la cosa juzgada (12.)

(9) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 6.ª edic., T. I, pág. 48.

(10) *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 1885, págs. 47 y ss. Citado por PRIETO CASTRO, en voz «Derecho Procesal» de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, I, pág. 954.

(11) *Instituciones de Derecho Procesal civil*, trad. esp., vol. II, 1940, páginas 18 y ss.

(12) Vid. artículo y lugar cit., págs. 511-516. En contra, puede verse, MI-

La mayor parte de la doctrina admite, en efecto, que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, lo mismo que los actos administrativos, no producen la cosa juzgada, a diferencia de lo que suele suceder en la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, ello, por sí solo, no basta para caracterizar a la jurisdicción voluntaria, pues, aparte de que en la jurisdicción contenciosa hay también casos en que no se produce la cosa juzgada o están limitados los efectos de la misma, como sucede en los juicios sumarios y en las medidas cautelares, las cuales tienen su eficacia funcionalmente limitada en el tiempo, la falta de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, a diferencia de lo que normalmente sucede en la contenciosa, es debida, según el propio Allorio reconoce, a que no se emplea en aquélla un procedimiento idóneo para producir dicho efecto, debiendo estimarse que tal procedimiento no se emplea y el referido efecto no se produce, por ser conveniente para la mejor consecución de los fines que en la jurisdicción voluntaria se persiguen que las resoluciones o mandatos que en la misma se acuerden no estén dotados de la inmutabilidad propia de la cosa juzgada. Como luego veremos, en la jurisdicción voluntaria no hay partes contrapuestas, y el fin que en ella se persigue es la tutela o protección de los derechos de los particulares, en ciertos casos en que existe un peligro de que sean lesionados y no estén los interesados en condiciones de defenderlos por sí mismos, y esa falta de partes contrapuestas y la mejor consecución de tales fines, aconsejan no dotar de los efectos de la cosa juzgada a las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, por lo que esta falta no es más que una consecuencia del procedimiento empleado y de la finalidad que en ella se persigue.

5. *Teorías que tienen en cuenta el fin: la prevención de litigios o la constitución de estados o relaciones.*

La mayoría de los autores modernos estiman que el concepto de la jurisdicción voluntaria ha de formarse atendiendo al fin de los actos.

Así, para Goldschmidt (13) la jurisdicción voluntaria se caracteriza por el fin que en ella se persigue, que es la prevención de infracciones jurídicas, a diferencia de la contenciosa, cuyo fin es reprimirlas (14). Y según Carnelutti, la institución procesal, y en particular la actividad del juez, puede servir tanto para compo-

CHELI, *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, en *Scritti Giuridici in onore de Francesco Carnelutti*. Padova.—Cedon, 1950, Vol. II, págs. 379 y ss. Publicado también en la revista «Jus», Milán, 1950, págs. 356 y ss.

(13) *Derecho Procesal civil*, trad. esp., Labor, 1936, pág. 126.

(14) Entre los autores alemanes la doctrina de la prevención fué también mantenida por GLUCK y lo es por RICHARD SCHMIDT. Cit. por ALLORIO, en el trabajo y lugar indicados, pág. 118.

ner o reprimir los litigios como para prevenirlos, y la prevención de los mismos es el fin específico del proceso voluntario (15).

Otros autores, como Chiovenda (16), y, entre nosotros, Prieto-Castro (17) y Gómez Orbaneja (18), siguiendo a Wach, reconocen que es acertada la opinión anterior en cuanto toma en consideración el fin, pero no en cuanto atribuye a la jurisdicción voluntaria un fin preventivo, por estimar que la misma realiza importantes tareas que no tienen finalidad preventiva, como la concesión de personalidad jurídica a determinados entes y el nombramiento de tutor, que son actos constitutivos y no preventivos; y además, porque en la jurisdicción contenciosa los procesos todos tienen carácter preventivo, en cuanto protegen contra futuras violaciones, independientemente de que por las acciones declarativas y por el embargo preventivo, entre otras instituciones, se logra específicamente tal finalidad.

Para estos autores últimamente dichos, el fin inmanente que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la creación de nuevos estados o relaciones jurídicas y el desenvolvimiento y modificación de las existentes, a diferencia de la contenciosa, que tiende a la actuación o restablecimiento de las lesionadas.

En contra de esta opinión se puede emplear y se ha empleado el mismo argumento que sus defensores han esgrimido contra la opinión de los que creen que el fin de la jurisdicción voluntaria es el preventivo, puesto que también en la jurisdicción contenciosa hay procesos que tienen por finalidad la constitución de nuevos estados jurídicos, cual sucede en los supuestos de las sentencias constitutivas (19). Chiovenda dice que ello no supone ninguna dificultad, porque las sentencias constitutivas contienen la actuación de un derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico, derecho que corresponde a un sujeto jurídico frente a otro, mien-

(15) *Instituciones del nuevo Proceso Civil Italiano*, trad. esp. Bosch, páginas 42-43.

(16) *Instituciones*, cit. Vol. II, págs. 15 y ss.

(17) *Cuestiones de Derecho Procesal*, Edit. Reus, 1948, págs. 275 y ss.

(18) Ob. cit. Vol. I, págs. 718-722.

(19) Así, ALCALÁ ZAMORA, dice que a la doctrina que atribuye a la jurisdicción voluntaria una finalidad constitutiva se la pueden oponer cuatro fundamentales objeciones: a), que la finalidad constitutiva se manifiesta tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, y los distingos que con tal motivo se han intentado implantar entre ellas son demasiado sutiles como para constituir una buena línea demarcatoria; b), que por lo menos en el campo del proceso contencioso, el concepto de acción constitutiva no es unánimemente aceptado ni entendido de igual modo; c), que no todas las peticiones deducidas en vía de jurisdicción voluntaria son constitutivas, sino que hay en ella no pocas declarativas y aún algunas, si no de condena, por lo menos ejecutivas; y d), que la constitución de estados jurídicos desborda los límites de ambas jurisdicciones, sobre todo en el ámbito de la actividad contractual, y no puede, por tanto, erigirse en característica privativa y diferencial de una de ellas (cfr. *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, separata de *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1950, pág. 44. Publicado también en «Jus»—México, octubre 1948—y en la «Revista de Derecho Procesal», Argentina, 1949, I, págs. 267 y ss.

tras que la constitución o desenvolvimiento de estados jurídicos que se da en la jurisdicción voluntaria no actúa un derecho que corresponda a una parte frente a otra. Pero ello supone caracterizar a la jurisdicción voluntaria y diferenciarla de la contenciosa, no sólo por razón del fin, sino también por la existencia o inexistencia de partes contrapuestas, o sea por una nota o característica semejante a la de la «contenciosidad» en que se fijaban las doctrinas clásicas.

6. *El fin de la jurisdicción voluntaria.*

A nuestro juicio, para formar el concepto de la jurisdicción voluntaria ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, el fin que en ella se persigue. Este fin no es, como creen Wach y Chiovenda, la constitución de nuevos estados jurídicos o el desenvolvimiento o modificación de relaciones o estados existentes, porque la constitución o modificación de estados o relaciones más bien que fines de los actos de jurisdicción voluntaria, parecen medios para la consecución de otros fines distintos a la propia constitución o modificación de estados o relaciones, ya que ésta se realiza como medio para lograr la protección o tutela de los derechos de los particulares, que es el verdadero fin de tales actos.

Tampoco se puede estimar que el fin de los actos de jurisdicción voluntaria sea la prevención de litigios o infracciones jurídicas, como creen Gluck, Goldschmidt, Richard Schmidt o Carnelutti, porque si bien es cierto que la finalidad de prevenir las infracciones jurídicas puede considerarse como fin de los actos de jurisdicción voluntaria, en cuanto todos ellos al asegurar la certeza, legalidad y publicidad de los hechos o relaciones jurídicas, contribuyen, en definitiva, a la prevención de los litigios, dicho fin no es el fin específico e inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria, sino un fin ulterior o remoto, que no sirve para caracterizar a tales actos.

El fin próximo o inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria que permite caracterizar a los mismos es, a nuestro juicio, la tutela o protección de los derechos de los particulares, en ciertos casos en que se considera necesaria por no estar los interesados en condiciones de defenderse por sí mismos o existir el peligro de que sus derechos sean lesionados. Si observamos los actos que suelen comprenderse en la jurisdicción voluntaria, vemos que hay unos en que se trata claramente de proteger los derechos de menores, incapacitados, ausentes u otras personas que no están en condiciones de defenderlos por sí mismas. Esto es lo que sucede en los supuestos de enajenación de bienes de menores, habilitaciones para comparecer en juicio, tutela, nombramiento de defensores judiciales, declaraciones de incapacidad, ausencia, etc. En otros casos esta finalidad no se ve tan clara, como ocurre en la apertura y protocolización de testamentos, expedientes de dominio, actas de notorie-

dad, declaraciones de herederos y gran parte de los relativos a la materia mercantil; pero también en estos casos, con el acto de jurisdicción voluntaria, se trata de proteger a los terceros ausentes o ignorados contra los perjuicios que pudieran causarles ciertos actos de atribución o aseguramiento de derechos o liberación de obligaciones realizadas por otras personas, exigiéndose a éstas el cumplimiento de determinados requisitos para evitar la lesión de derechos de terceros. La finalidad de proteger los derechos de los particulares también se aprecia en los actos de documentación y de registro.

Por tanto, el fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos privados de los particulares, ejerciendo, como dicen Kisch (20) y Calamandrei (21), una especie de administración de Derecho privado. Esta finalidad de proteger los derechos privados es, como veremos (núms. 9 y 10), lo que diferencia a 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 ésa su finalidad específica, como lo es de la jurisdicción voluntaria.

En contra, Urrutia Salas ha sostenido recientemente que la jurisdicción voluntaria no sólo integra actividad dirigida a la satisfacción de intereses privados de los particulares, sino también actividades dirigidas a la satisfacción de intereses públicos de los particulares o de órganos públicos que, en ciertos casos, no pueden actuar ni originar relaciones jurídicas válidas sin la autorización o aprobación de otra autoridad, por lo que la jurisdicción voluntaria no es sólo administración pública del Derecho privado, sino también administración privada del Derecho público y administración pública del Derecho público, citando como ejemplos de actos de jurisdicción voluntaria que importan administración privada del Derecho público la inscripción en los Registros electorales y el mismo acto del sufragio, y como ejemplos de actos que suponen administración pública del Derecho público la ratificación del poder legislativo de los tratados internacionales firmados por el Jefe del Estado, la autorización concedida a éste para la venta de bienes del Estado y la dimisión del cargo hecha por el mismo, que no es ni más ni menos que la que hace el tutor (22).

Es, desde luego, cierto que algunos de los actos indicados presentan ciertas analogías con las autorizaciones y complementos de capacidad que integran uno de los grupos o categorías de los

(20) Ob. cit., pág. 39.

(21) *Instituciones de Derecho Procesal civil*, según el nuevo Código, ed. Argentina, 1943, pág. 114.

(22) *La jurisdicción voluntaria*, en *Estudios en memoria de James Goldschmidt*. «Revista de Derecho Procesal» (Argentina), 1951. Vol. II, págs. 303 y siguientes.

actos de jurisdicción voluntaria; pero ello no es bastante para que hayan de ser considerados como negocios de esta clase, de la misma manera que, p. ej., el hecho de que los contratos o convenios administrativos sean análogos, en esencia, a los contratos o negocios jurídicos privados no es motivo para incluirlos entre éstos y estudiarlos conjuntamente con ellos en el Derecho privado. Los actos que Urrutia Salas menciona como actividades dirigidas a la satisfacción de intereses públicos de los particulares o de órganos públicos, han de considerarse como actividades políticas o administrativas, en cuanto se ejercen para el cumplimiento de fines públicos o de interés general, y no como actividades de jurisdicción voluntaria, la cual, como dice Satta, se ejerce en relación a intereses individuales y a situaciones jurídicas individuales también, aunque se tomen por la norma como intereses generales (23).

7. *La falta de partes contrapuestas como nota característica de la misma.*

La indicada finalidad de proteger los derechos privados de los particulares no basta, sin embargo, para caracterizar a la jurisdicción voluntaria y diferenciarla de la contenciosa, porque el citado fin, al igual que los otros indicados que se atribuyen a la misma, se cumple también a veces por la jurisdicción contenciosa.

Además de que cumpla tal fin, es necesario, para que un negocio pueda considerarse de jurisdicción voluntaria, que en él no exista una dualidad de partes contrapuestas, sino que han de ser diversos interesados que procedan de acuerdo o uno solo que pida la actuación de que se trate, pero sin formular ninguna pretensión contra o frente a otra persona, porque en este caso, aunque se persiga la finalidad de proteger o asegurar un derecho, el negocio será de jurisdicción contenciosa. O sea, que, en último término, el criterio diferencial entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria hay que buscarle en la existencia o inexistencia de partes contrapuestas. Así lo vienen a reconocer la mayor parte de los autores modernos (24), incluso aquellos que estiman que el carácter diferencial de la jurisdicción voluntaria es su fin constitutivo, como Chioyenda, el cual termina por decir que característica de la jurisdicción voluntaria no es la falta de controversia, sino la falta de dos partes, pues también la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contienda, pero no sin dos partes: una resolución

(23) Así, por ejemplo, la ley regula la tutela en interés general, pero el Juez que nombra un tutor, no lo hace como la Administración pública para servir los intereses de carácter general, sino para constituir, en interés del menor, la situación jurídica prevista por la norma: SATTI, *Diritto processuale civile*, Padua, 1948, pág. 491.

(24) Vid. por ejemplo, PRIETO CASTRO, *Sobre el concepto y delimitación del Derecho Procesal civil*, «Revista de Derecho Procesal», 1947, pág. 562. ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1941, T. I, pág. 555. CASARINO VITERBO, *La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, «Revista de Derecho Procesal», Argentina, 1948, 1.ª parte, págs. 334 y ss.

jurisdiccional puede ser dictada inaudita parte, pero siempre contra o frente a una parte, y en la jurisdicción voluntaria existen uno o más solicitantes, pero no partes; el padre, p. ej., que pide al Juez una autorización en interés del hijo menor no pide precisamente que se declare frente al hijo su derecho de patria potestad y la utilidad del acto, y si el Juez examina una y otra cosa, lo hace sólo para determinarse él mismo a cumplir oportunamente la misión estatal de tutelar a los incapaces (25).

Por lo demás, esta característica había sido ya observada por algunos partidarios de la doctrina clásica. Así, Caravantes, citando en su apoyo a Merlin, decía que aun cuando las partes estuvieran de acuerdo en cuanto a sus pretensiones, no por eso dejaba el asunto de pertenecer a la jurisdicción contenciosa, porque ésta existe allí donde se puede mandar a una de las partes lo que de ella exija la otra (26). Y Reus, al comentar el artículo 1.211 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, que definía los actos judiciales no contenciosos, hacía constar que la definición no era muy exacta al dar importancia preponderante al aspecto no contencioso de la relación procesal, porque bien puede ser que falte la contienda y no por eso deja el asunto de pertenecer a la jurisdicción contenciosa, por cuanto ésta existe siempre que hay poder o facultad para obligar a una parte a que haga o deje de hacer lo que la otra demande (27).

II. NATURALEZA JURIDICA

8. *La jurisdicción voluntaria y la función jurisdiccional.*

La denominación que se da a la misma parece indicar que la jurisdicción voluntaria es una función de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, como ya hemos visto, en el derecho moderno la denominación resulta impropia y no sirve para expresar el contenido que se atribuye a la jurisdicción voluntaria.

Si a la función jurisdiccional, de acuerdo con el significado etimológico de la palabra jurisdicción, se la considera como la función mediante la cual se declara o aplica el derecho al caso concreto, habrá de reconocerse que la jurisdicción voluntaria es una actividad jurisdiccional, puesto que en ella se declara el derecho y se aplica la norma al caso concreto (28). Pero, la función jurisdiccional no puede ser equiparada a la actividad mediante la cual se declara el derecho o se aplican las normas en los casos concretos,

(25) Ob. cit., pág. 20.

(26) *Tratado* cit., T. IV, pág. 322.

(27) *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*. T. IV, pág. 122. En términos casi idénticos se expresa MANRESA, Ob. cit., 6.ª edic. T. I, pág. 48.

(28) RUIZ DEL CASTILLO dice que la función jurisdiccional no consiste sólo en resolver litigios, sino en deslindar zonas jurídicas mediante la declaración concreta del derecho o en precaver, en interés de la seguridad de las relaciones jurídicas y de las garantías que las tutelan: *Manual de Derecho Político*. 1939, páginas 144 y ss.

porque, como dice Merkl, la finalidad de realización o aplicación del orden jurídico es, en cierto modo y con unos u otros matices, común a todas las funciones jurídicas estatales, no siendo ni siquiera extraña a la actividad administrativa (29).

Entre los procesalistas modernos no faltan quienes consideran a la jurisdicción voluntaria como una función jurisdiccional. Así, Carnelutti estima que la jurisdicción voluntaria es una función jurisdiccional, porque la función del Juez y el proceso sirven tanto para reprimir los litigios como para prevenirlos, y esta misión preventiva es la finalidad de la jurisdicción voluntaria (30). Satta también opina que la función que el Juez ejerce en la jurisdicción voluntaria y en la contenciosa es substancialmente idéntica y merece en uno y otro caso la calificación de jurisdiccional (31). Micheli cree igualmente que los procesos que suelen comprenderse en la jurisdicción voluntaria pueden incluirse en la actividad jurisdiccional (32). Y, entre nuestros autores, De Pina, sostiene que la jurisdicción voluntaria es verdadera y propia jurisdicción (33), y Alvarez Castellanos, opina igualmente que, a excepción del grupo de negocios correspondiente a registro y constatación de personas, cosas y actos, que son puramente materia administrativa, todos los demás negocios que se comprenden en el amplio ámbito de la jurisdicción voluntaria son de naturaleza jurisdiccional y en ellos se dan las notas o características diferenciales del proceso, pues existe una pretensión y se declaran derechos igual que en la jurisdicción contenciosa (34).

9. *La jurisdicción voluntaria como actividad administrativa.*

La opinión dominante, sin embargo, considera a la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa. Así, Glasson y Tissier dicen, que los Jueces, fuera de su labor propia, o sea, la de resolver litigios, tienen también intervención en la constatación de ciertos actos o en la concesión de determinadas medidas, actuaciones todas que tienen un fin de tutela, de protección, de vigilancia, en las cuales no se trata de verdadera jurisdicción, sino propiamente de administración (35). Para Chiovenda la jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del Estado, que pertenece a la función administrativa, y que, no obstante, se

(29) *Teoría general del Derecho administrativo*, trad. esp. 1935, pág. 34.

(30) *Instituciones*, cit. págs. 42-43.

(31) *Ob. cit.*, pág. 491.

(32) *Per una revisione della nozione di Giurisdizione volontaria*, en «*Rivista di Diritto processuale*», 1947, págs. 18 y ss. Y *Efficacia, validità e revocabilità del provvedimento di Giurisdizione volontaria*, en la misma revista y año, págs. 190 y ss.

(33) *Ob. y lugar cit.*

(34) *El Proceso de Jurisdicción voluntaria*, en «*Revista de Derecho Procesal*», 1945, págs. 332 y ss.

(35) *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3.^a edic., Paris, 1925, T. I, pág. 32.

atribuye una gran parte de ella al Juez, porque tratándose de actos que requieren una especial aptitud y especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria (36). En igual sentido, Grispigni, dice que la jurisdicción voluntaria es una actividad objetivamente administrativa sustraída a los órganos de la Administración por razones de garantía (37). Calamandrei (38), Guasp (39), Plaza (40), Alsinna (41), Allorio (42) y Ballbe (43), consideran también a la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa ejercida por órganos judiciales (44).

Si se analiza el concepto de la función jurisdiccional y su diferenciación de la función administrativa, se observará que, en efecto, la jurisdicción voluntaria no puede ser propiamente incluida en aquella. De las varias teorías que se han formulado para diferenciar la función jurisdiccional y la administrativa, la que cuenta con más partidarios es la que atiende al fin de una y otra. Según ella, la función jurisdiccional tiene por misión específica la realización del derecho o aplicación de la ley a los casos concretos, mientras que la función administrativa tiene por misión la realización o cumplimiento de fines de interés general, y si al hacerlo aplica también la ley al caso concreto, no lo hace como fin de su actuación, sino como medio de que tiene que servirse para la realización de los intereses que tiene a su cuidado, o sea, que para la jurisdicción la aplicación del derecho es el fin, mientras que para la administración no es más que un medio para la consecución de sus fines de carácter social (45).

Con este criterio diferencial viene a coincidir en el fondo el que fórmula Guasp, al decir que la jurisdicción es una función pública de actuación de pretensiones, que requiere la existencia de una pretensión cuya actuación constituye el objeto de su actividad, mientras que la administración es una función pública de cumplimiento de fines de interés general, que no requiere la existencia de una

(36) *Instituciones*, II, pág. 16.

(37) *Diritto processuale penale*, 1.ª edic., pág. 80.

(38) *Instituciones*, cit., pág. 115.

(39) *Comentarios*, T. I, págs. 277-278.

(40) *Derecho procesal civil*, 2.ª edic., Vol. I, pág. 154 y Vol. II, pág. 687.

(41) *Tratado*, cit., pág. 554.

(42) Lugar cit.

(43) Vid. voz «Derecho administrativo», en *Nueva Enciclopedia jurídica*. Seix, I, pág. 67.

(44) Una relación de autores que comparten la tesis administrativista puede verse en ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica de dir. privato*, en «Rivista dir. pubbl.», 1919, pág. 178. Y en ALCALÁ ZAMORA, *Premisas*, cit., pág. 48.

(45) Cfr. SANTI ROMANO: *Principii di Diritto amministrativo*, Napoli, 1912, páginas 266-267 y 274. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1938, II, pág. 80. GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, págs. 4-5. FLEINER: *Instituciones de Derecho administrativo*. Ed. esp., Labor, 1933, página 6. CALAMANDREI: *Instituciones*, cit., pág. 109. También STEIN y ROSENBERG, citado por GÓMEZ ORBANEJA, en ob. cit., pág. 78.

pretensión, y que si ésta existe es examinada y actuada con un fin distinto al de proceder a dicha actuación por sí misma, es decir, con el fin de cumplir otra función de interés general (46).

Teniendo en cuenta lo expuesto, no parece que la jurisdicción voluntaria pueda ser considerada como una actividad jurisdiccional, porque en ella no se declara el derecho, se aplica la ley al caso concreto o se actúa una pretensión, por el derecho mismo, o sea, con el fin de hacer esa declaración, aplicación o actuación, sino como medio para conseguir los fines de protección y tutela que en ella se persiguen. La jurisdicción voluntaria, dice Calamandrei, entra en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado; también para ella, lo mismo que para la administración, el derecho no es fin, sino medio que sirve para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia (47).

Se señala también por varios autores como nota o característica diferencial entre la función administrativa y la jurisdiccional, que quien ejerce aquélla es sujeto de la relación sobre que incide, al contrario de lo que sucede en la función jurisdiccional, en que el sujeto que la ejerce es ajeno a la relación. Así, para Micheli, la diferencia específica entre la Jurisdicción y la Administración, consiste en que en ésta el órgano estatal obra para la tutela de un interés público referible a aquella particular rama de la Administración a la que el citado órgano pertenece, mientras que en la Jurisdicción el órgano estatal persigue la satisfacción de un interés público que no es el de ninguna de las partes, sino que es independiente y consiste en la actuación del derecho objetivo, dando la razón a quien la tenga (48). Y Fernández de Velasco, en análogo sentido, dice que entre el acto administrativo y el jurisdiccional no hay más que una diferencia, y es que, en éste, el órgano queda al margen y como extraño de la relación impuesta; en aquél la Administración es sujeto de la relación misma que ella impone (49).

De ser esto cierto no sería posible asimilar la jurisdicción voluntaria a la actividad administrativa, porque el órgano que ejerce la jurisdicción voluntaria no puede ser considerado como sujeto de la relación sobre la que recae su actividad, sino que es ajeno a ella. Pero no puede considerarse como nota aplicable a toda la actividad administrativa la consistente en que el órgano que la ejerce sea sujeto de la relación sobre que recae, pues, aunque ello sea cierto con respecto a una gran parte de dicha actividad, existen actividades administrativas en las cuales el órgano es ajeno a los

(46) *Comentarios*, cit., T. I, págs. 269-270.

(47) *Ob. cit.*, pág. 113.

(48) *Vid. los trabajos citados en «Rivista di Diritto processuale», marzo 1947, págs. 18 y ss. Y en la revista «Jus», Milán, 1950, págs. 336 y ss.*

(49) *El Acto administrativo*, págs. 150 y 151.

hechos o a la materia sobre la que recae su actuación. Así, el Alcalde que, en cumplimiento de su misión de tutelar la seguridad de los habitantes, adopta medidas con respecto a las casas que amenazan ruina, ejerce una actividad que recae sobre una materia o relación ajena al órgano que la ejerce.

Lo que sí parece nota que diferencia a la función administrativa de la jurisdiccional es que en aquélla el órgano no actúa como en ésta por encima de los intereses de las partes, sino que ha de situarse en la misma línea de intereses que se traten de proteger en cada caso. Y ello corrobora la opinión de que la jurisdicción voluntaria es más bien una actividad administrativa que jurisdiccional, pues el órgano judicial, en los negocios de jurisdicción voluntaria en que interviene, como actúa con el fin de proteger los derechos de los particulares en ciertos casos en que no están los interesados en condiciones de hacerlo por sí mismos, no ha de actuar por encima de los intereses de las partes, sino que ha de procurar la defensa de los intereses cuya protección se le encomienda.

10. *Doctrinas que la consideran como una función reguladora o legitimadora.*

Aunque la jurisdicción voluntaria haya de ser considerada como una función administrativa, presenta ciertas notas o caracteres que la diferencian de la generalidad de los actos administrativos y la aproximan a la actividad jurisdiccional, pues en la mayor parte de la actividad administrativa, como se ha visto, el órgano que la ejerce es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en la cual, de modo análogo a lo que sucede en la actividad jurisdiccional, el órgano es ajeno a los hechos o a la materia sobre la que recae su actuación. Esto es lo que ocurre también en las medidas de policía, que constituyen la actividad jurídica de la Administración más próxima a la función jurisdiccional. Y entre éstas y la jurisdicción voluntaria se pueden apreciar ciertos rasgos diferenciales, que aproximan todavía más la jurisdicción voluntaria a la función jurisdiccional, cuales son, que los actos o negocios de jurisdicción voluntaria se encaminan de modo inmediato a la tutela o protección de los derechos privados, aunque de una manera mediata contribuyan a la conservación del orden público y, por tanto, a la consecución de fines de interés general, mientras que los proveídos o medida de policía se encaminan directamente al mantenimiento del orden público, aunque de una manera indirecta protejan o tutelén los derechos de los particulares.

Por ello, podría pensarse que la jurisdicción voluntaria constituye una actividad intermedia entre la Administración y la Jurisdicción, y existen, en efecto, autores, como Ahrens (50) y Mo-

(50) *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*. trad. esp., 1873, página 106.

nasterio (51), que han pretendido encuadrar la jurisdicción voluntaria dentro de una función del Estado distinta a la jurisdiccional y a la administrativa, denominándola función reguladora o legitimadora. Castán, recogiendo la opinión de los mismos y explicando lo que constituiría el contenido de esta función, dice, que «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, los Registros públicos en sus diversas especies» (52).

Sin embargo, la doctrina sobre esa función de justicia reguladora o legitimadora, defendida principalmente en el campo del Derecho notarial, no está todavía lo suficientemente elaborada como para que pueda admitirse su existencia. El propio Castán lo viene a reconocer así, al decir que la función notarial, en su actual concreción y grado de desenvolvimiento histórico, actúa como una de las ruedas del mecanismo—todavía un poco borroso—de la legitimación (53). Y los más modernos tratadistas de Derecho notarial, como González Palomino (54) y Azurza (55), aun estimando que los Registros, la función notarial y alguna parte de la jurisdicción extraprocesal del Juez reflejan funciones análogas, que deberían estudiarse en un sistema general de las formas jurídicas, reconocen que por ahora constituyen funciones de carácter administrativo.

Aunque la jurisdicción voluntaria presente, pues, ciertos rasgos o características que la diferencian del resto de la actividad

(51) *Biología de los derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de actos de la vida civil*, en «Revista Jurídica», 1910, páginas 605 y ss.

(52) CASTÁN: *Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho*. Editorial Rens, 1946, pág. 36.

(53) Ob. cit., pág. 38.

(54) *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, T. I, págs. 81-82.

(55) *Esquema de la misión Notarial*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1949, págs. 535-536.

administrativa, en el estado actual de la ciencia jurídica no hay posibilidad de considerarla como una función especial del Estado distinta de la Jurisdicción y la Administración, sino que ha de ser considerada como una función administrativa.

11. *Organos a quienes debe encomendarse.*

Intimamente relacionada con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria está la cuestión referente a los órganos a quienes debe atribuirse la misma, pues si no es una actividad jurisdiccional parece lógico pensar que no deba recomendarse a los órganos judiciales. No obstante, la división de funciones y de poderes del Estado no se entiende hoy en un sentido rígido, de modo que cada órgano no deba tener encomendada más que la correspondiente función sin ingerirse en la actividad de otros, sino que, por el contrario, se estima que la separación no es absoluta y que la actividad de los distintos órganos del Estado se entrecruza constantemente en persecución del fin jurídico integral del mismo (56). Por ello, aunque no se considere que los negocios de jurisdicción voluntaria sean de naturaleza jurisdiccional, ello no es obstáculo para que se atribuyan a los órganos judiciales, si se cree conveniente para el mejor cumplimiento del fin que con ellos se persigue que sean tales órganos los que conozcan de los mismos.

La discusión acerca de los órganos a quienes deben encomendarse los negocios de jurisdicción voluntaria, no suele plantearse más que en relación con los que actualmente están atribuidos a los órganos judiciales. Con respecto a éstos, hay autores, como Vázquez Campo (57), que opina debe atribuirse todos a los Notarios (58), y, otros, como Ossorio Gallardo (59) y Celorio (60), que, sin decirlo expresamente, hacen una enumeración de los que deben encomendarse a los Notarios que comprende casi todos los actualmente atribuidos a los órganos judiciales. En cambio, otros, como García González (61), Bellón (62) y Alvarez Castellanos (63),

(56) Cfr. CASTÁN: *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Editorial Reus, 1946, págs. 16-17, con la bibliografía que cita.

(57) *Ideario notarial: Naturaleza y desenvolvimiento del Poder legitimador del Estado*, Burgos, 1928, págs. 103 y ss.

(58) La Unión Notarial también propuso que se encomendaran a los Notarios los actos de jurisdicción voluntaria. Y el primer Congreso Internacional del Notariado Latino aprobó una declaración haciendo constar que era su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial.

(59) *La justicia Poder*. Conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, edit. Pueyo, págs. 18-20.

(60) *La reforma notarial*, Habana, 1917, págs. 102 y ss.

(61) *Ensayos de unas bases para la reorganización completa del Poder judicial y radical organización de la Justicia municipal, reforma del Notariado y variaciones en los Registros*. San Sebastián, 1927, pág. 23.

(62) *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*. Edit. Nacional, 1941, págs. 281 y ss.

(63) *El proceso de jurisdicción voluntaria*, cit. pág. 333.

mantiene la opinión de que los actos de jurisdicción voluntaria atribuidos en nuestras leyes a los Tribunales deben seguir atribuidos a los mismos. Sin embargo, la mayor parte de los autores (64) adoptan una postura intermedia, distinguiendo aquellos negocios que suponen una actividad constatadora o legitimadora, que deben encomendarse a los Notarios, y aquellos otros de protección de personas con capacidad nula o disminuida, que deben seguir atribuidos a los Jueces. Esta posición intermedia es la que nos parece más acertada.

Hay, en efecto, actos de jurisdicción voluntaria atribuidos por la ley a los órganos judiciales, que son de naturaleza documental o autenticadora, y que no se ve la razón para que sean atribuidos a tales órganos, ya que no son actos jurisdiccionales y existen otros órganos más adecuados para conocer de los mismos, como son los Notarios, que tienen como función típica esa función autenticadora o documental (65). En tal caso se encuentran las informaciones para perpetua memoria, deslindes y amojonamientos, toma de posesión de bienes, petición de consejo para contraer matrimonio y algunos análogos en materia mercantil, como el contemplado en el artículo 2.161 rga. 10.ª de la L. E. c., todos los cuales son en realidad actos de documentación y constatación, aunque pueda parecer lo contrario con respecto a alguno de ellos por la forma de estar regulados en la ley, como sucede, por ejemplo, con la posesión judicial en los casos en que no procede el interdicto de adquirir, en que se dice en la L. E. c., que se mandará dar posesión y requerir a los inquilinos, colonos o administradores para que reconozcan como poseedor al que la obtiene (arts. 2.058 y 2.059); pero, como basta que haya oposición para que se deje sin efecto la posesión dada, en realidad, el acto de jurisdicción voluntaria, viene a reducirse a una toma solemne de posesión por el interesado.

En cambio, existen otros actos de protección o tutela de incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuida, que deben seguir atribuidos a los órganos judiciales, porque para la justa defensa de los intereses de estas personas, que es lo que con dichos actos se persigue, se requieren unas garantías de independencia e imparcialidad que, funcionalmente, concurren en dichos órganos mejor que en ningún otro. Ello es lo que sucede con las habilita-

(64) Cfr. OTERO VALENTÍN: *Sistema de la función notarial*, 1933, pág. 559. NAVARRO AZPEITIA: *Actas notariales de notoriedad*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», T. I, págs. 84 y ss. JIMÉNEZ ARNÁU: *Introducción al Derecho Notarial*, Ed. «Revista de Derecho Privado», 1944, pág. 307. CASTÁN: obra cit. pág. 195. PRIETO CASTRO: *Sobre el concepto y delimitación del Derecho Procesal civil*, en «Revista de Derecho Procesal», 1947, pág. 565. Y GONZÁLEZ PALOMINO: Ob. cit., págs. 81-82.

(65) Vid. en el sentido de que la autenticación es lo que constituye la esencia de la función notarial, NAVARRO AZPEITIA: *La autenticación notarial*, «Revista de Derecho Privado», 1942, pág. 677. Y RIERA AISA, en voz «Derecho Notarial», de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, SEIX, I, págs. 820 y 824.

ciones para comparecer en juicio, enajenación de bienes de menores, integración de la capacidad en los supuestos de los artículos 225, 1.361 y 1.387 del C. c., ausencia, adopción, nombramiento de defensores judiciales, tutela, declaración de incapacidad y depósito de personas.

Existen, por último, otros actos que implican declaraciones de derechos o situaciones jurídicas, cuya atribución a uno u otro órgano es más dudosa, en cuyo caso se encuentran las declaraciones de herederos, apertura y protocolización de testamentos, expedientes de dominio, actas de notoriedad y la mayor parte de los negocios en materia mercantil, en los cuales se trata de salvaguardar intereses o derechos de personas ausentes o ignoradas. En principio, estos actos deben atribuirse también a los órganos judiciales, por la misma razón antes indicada, ya que en ellos se trata, en realidad, de proteger a personas ausentes o ignoradas contra los perjuicios que podrían ocasionarles ciertos actos de atribución de derechos o liberación de obligaciones realizados por quienes promueven tales actos, y los órganos judiciales son los que, funcionalmente, están, por regla general, en mejores condiciones de realizar dicha labor protectora, aunque con respecto a alguno de los actos referidos pueda también realizarse dicha labor adecuadamente por otros órganos, como los Notarios y Registradores de la Propiedad en los expedientes de dominio y actas de notoriedad, que podrían ser tramitados por los Notarios y si no había oposición ser remitidos a los Registradores, los que acordarían practicar las inscripción o cancelación oportunas, en el caso de apreciar que se habían cumplido los requisitos legales en la tramitación de los expedientes.

III. CONTENIDO

12. *Amplitud del contenido que suele atribuirse a la jurisdicción voluntaria.*

El contenido doctrinal que en el derecho moderno se atribuye a la jurisdicción voluntaria es amplísimo. Para darse cuenta de ello nada mejor que repetir las conocidas palabras de Kisch: «Por la jurisdicción voluntaria el Estado cuida de que una multitud de derechos y relaciones jurídicas alcancen el estado de publicidad y autoridad general que necesitan, y para ello lleva una serie de Registros: de la propiedad, del estado civil de las personas, de Asociaciones mercantiles, de Bolsas, de Cooperativas, de naves, de patentes, etc., y expide certificados y testimonios sacados de los mismos. Puede también, por acto suyo, crear derechos y anularlos, por ejemplo, nombrando y deponiendo tutores y administradores, limitando o privando de la patria potestad, inscribiendo en sus registros públicos con el efecto de dar nacimiento, modifi-

car o extinguir derechos, que es lo que ocurre en el tráfico de los Registros de la propiedad inmobiliaria. Puede incluso, por medio de un acto, hacer que surja un sujeto de derechos o que se extinga: por ejemplo, una Asociación o una Fundación. Presta su conformidad en numerosos negocios (por ejemplo, para la adopción), y por medio de ella los hace válidos, como pasa, principalmente, en los contratos de los tutores, de los esposos y de los que tienen la patria potestad. Función análoga realiza cuando aparta los obstáculos que pueden oponerse a un negocio (por ejemplo, el matrimonio de dos personas). En otros casos la intervención del Estado no es necesaria como requisito intrínseco de validez, pero sí de forma externa del negocio. Esto es lo que sucede con el amplio campo de la documentación (fe pública) por los Tribunales, Notarios y demás órganos. Puede también el Estado actuar de mediador en negocios de los particulares: al efectuar particiones de herencia, de bienes comunes en el matrimonio, etc., al intervenir en inventarios, al aceptar depósitos públicos de cosas. Fuera de esto, tiene frecuentemente que asegurar los derechos de los particulares y protegerlos contra cualquier daño: llena tal fin cuando vigila el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los padres, tutores, curadores y administradores y cuando cuida de la custodia de los testamentos y en caso necesario asegura los caudales relictos. Es decir, que la jurisdicción voluntaria comprende una cantidad inmensa de negocios» (66).

Se incluyen, pues, en la jurisdicción voluntaria por la doctrina moderna, fundamentalmente, los grupos de actos siguientes: los relativos a los Registros públicos, encomendados a los Registradores de la propiedad y encargados de otros registros; los de documentación o autenticación, encomendados principalmente a los Notarios; los actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción, atribuidos a los Jueces; y los diferentes actos, atribuidos también a los órganos judiciales, encaminados a la protección y tutela de los derechos de incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuída. Fácilmente se advierte, sin embargo, que unos y otros de esos grupos de actos son bien diferentes, y que no pueden ser estudiados conjuntamente con la pretensión de equipararlos y someterlos al mismo régimen jurídico, por lo que cabría pensar en la conveniencia de limitar la denominación de actos de jurisdicción voluntaria a alguno o algunos de los grupos de actos indicados.

13. *Teorías que estiman debe limitarse a los actos de documentación.*

De acuerdo con los orígenes de la denominación, podría parecer que, de los actos expresados, son los de documentación los que deberían constituir el contenido de la jurisdicción voluntaria, y no

(66) *Elementos de Derecho Procesal civil*, trad. esp., págs. 38-39.

los otros, pues, como dice Gaetano Doná, si se acepta el propio concepto romano de la jurisdicción voluntaria, cuyo fin era el de imprimir 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; más todavía, constituye la única forma superviviente de jurisdicción verdaderamente voluntaria, según el patrón antiguo, porque la establecida por los Códigos y por las modernas Leyes para la tutela de los menores, de los incapacitados, de los ausentes, de los obreos desvalidos, de las Sociedades por acciones y de los quebrados, o es jurisdicción contenciosa o es control de legalidad y de policía civil, considerada en un sentido lato (67).

En este sentido sostiene, entre nosotros, Lavandera, que el Notariado es la Magistratura 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; lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento en el proceso documental (68). Y Bellver Cano sostiene igualmente que de las tres clásicas jurisdicciones que ejerce el Estado: la penal, la litigiosa y la voluntaria, la función notarial es la propia jurisdicción voluntaria (69).

Pero, es preciso observar, que en el Derecho romano, aunque la expresión jurisdicción voluntaria se empleó para designar a actos consensuales de voluntad privada y manifestaciones unilaterales de voluntad, a los que se quería imprimir forma y fuerza jurídica, tales actos y manifestaciones se desarrollaban en un proceso, en presencia del Magistrado, ante el cual se entablaba y seguía el proceso por los interesados al objeto de conseguir para sus estipulaciones o manifestaciones de voluntad la fuerza de la sentencia. Y, en el Derecho moderno, si se sigue empleando tal denominación, es, sin duda, debido al nombre de la función que habitualmente desempeñan los órganos judiciales, a los cuales en gran parte se atribuye la jurisdicción voluntaria, de forma, que se la denomina jurisdicción por el hecho de que esté en gran parte atribuida a los órganos que desempeñan la función jurisdiccional, y se agrega el calificativo de voluntaria para distinguirla de los actos de verdadera jurisdicción encomendados a dichos órganos.

(67) *Elementi di Diritto notariale*, 2.^a edic., Milano, 1933, págs. 19 a 21.

(68) *Acto público: Ministerio Notarial*, en la «Revista de Derecho Privado», 1915, págs. 228 y ss.; *Magistratura Notarial*, en la misma revista, 1917, página 205, y *Proceso notarial*, en igual revista, 1919, pág. 1.

(69) *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, Suárez, págs. 16 v siguientes.

14. *Conveniencia de limitarla a los negocios que hayan de ser encomendados a los órganos judiciales.*

Por tanto, si la denominación de actos de jurisdicción voluntaria ha de limitarse a alguno de los grupos indicados, es a los que hayan de encomendarse a los órganos judiciales a los que habrá de aplicarse. En este caso se encuentran los actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción y los de protección o tutela de personas incapaces o con capacidad disminuída, que, según anteriormente hemos visto (número 11), son los únicos que, por regla general, deben estar atribuídos a los órganos judiciales, ya que los actos de documentación y registro no tienen por qué encomendarse a los mismos, puesto que existen otros órganos más adecuados para realizarlos. Por ello, en un sentido estricto, sólo deberán comprenderse en la jurisdicción voluntaria los citados actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción y los de protección o tutela de personas incapaces o ausentes, pero no los referentes a los distintos registros públicos ni los de documentación o constatación.

Estos actos, aunque en definitiva persigan la misma finalidad que los anteriores de asegurar y proteger los derechos de los particulares (70), son de características muy diferentes, por lo que deben ser estudiados separadamente, y, en consecuencia, o se restringe el concepto de la jurisdicción voluntaria sin incluirse en ella los actos de documentación y registro, o si se la da un sentido amplio que comprenda a tales actos, habrán de establecerse las debidas distinciones y examinarse como categorías distintas, dentro de ese amplio concepto de la jurisdicción voluntaria, los expresados actos y los otros que en un sentido estricto deben comprenderse sólo en la misma.

IV. CLASIFICACION DE LOS NEGOCIOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

15. *Criterio que atiende a la naturaleza de los negocios.*

Los negocios de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse atendiendo a distintos criterios o puntos de vista, siendo los que más frecuentemente se suelen seguir, el que atiende a la esencia o naturaleza íntima de los actos, y el que se fija en la rama del derecho o relación jurídica a que se refieren.

Con arreglo al primer criterio, y teniendo en cuenta el contenido amplio que en la doctrina moderna se atribuye a la jurisdic-

(70) Como ya dijimos (núms. 6 y 7), esta finalidad se cumple también, a veces, por la jurisdicción contenciosa y por la actividad administrativa.

ción voluntaria (vid. núm. 12), Chiovenda (71), Prieto Castro (72) y Gómez Orbaneja (73), siguiendo la conocida clasificación de Wach, los agrupan en actos de:

a) *Creación de sujetos jurídicos*.—La única manifestación de esta actividad es la constitución de personas jurídicas, mediante el reconocimiento o autorización que es necesaria para las Asociaciones.

b) *Complemento o integración de la capacidad*.—Se comprenden en este apartado todos los actos y funcionamiento de los organismos tutelares, como asimismo la intervención en los actos de las entidades jurídicas.

c) *Formación, documentación y publicidad del estado de las personas*.—Se incluyen aquí, entre otros, los actos de aprobación de la adopción, legitimación por concesión del Jefe del Estado, declaración de ausencia y de muerte, toma de razón de matrimonios y la llevanza del Registro de estado civil.

d) *Seguridad del comercio jurídico*.—Constituye la más importante manifestación de la jurisdicción voluntaria, comprendiendo la materia registral inmobiliaria y mercantil, la intervención en determinados negocios jurídicos, como la adopción, celebración del matrimonio, consignación judicial, formación de inventarios, etcétera.

Chiovenda agrega a continuación la conciliación (74); pero la mayoría de los autores consideran a ésta como un equivalente o sustitutivo del proceso (75), o como un proceso especial (76). Para la L. de E. c. la conciliación es una manifestación de la jurisdicción contenciosa, como se deduce del hecho de que la regule en su libro II. Sin embargo, no la denomina «juicio» o «proceso», sino «acto», que es como llama a los negocios de jurisdicción voluntaria.

Otros autores, aun fijándose también en la esencia o naturaleza de los actos, los clasifican con un criterio más restringido, que contempla sólo los encomendados a los órganos judiciales. Así, González Palomino, que los divide en tres grupos: 1.º Autorizaciones y complementos de capacidad; 2.º Declaración de situaciones jurídicas, y 3.º Fijación provisional de hechos (77). Y Casarino Viterbo, que los clasifica diciendo que los Magistrados en

(71) *Instituciones*, Vol. II, págs. 21-25.

(72) *Cuestiones*, cit., págs. 283-284.

(73) *Derecho procesal*, Vol. I, págs. 222-225.

(74) Ob. cit., pág. 25.

(75) CARNELUTTI: *Instituciones*, pág. 79. PLAZA: Ob. cit., T. II, pág. 110. Y PRIETO CASTRO: *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, 1.ª edición, T. II, pág. 249

(76) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Volumen I, primera parte, pág. II.

(77) *Instituciones de Derecho Notarial*, cit., págs. 79-80.

materia no contenciosa intervienen principalmente: *a)* Para dictar medidas de protección en favor de los incapaces; *b)* Para declarar solemnemente ciertos derechos; *c)* Para autenticar ciertos actos y darles garantía, y *d)* Para evitar ciertos fraudes legales (78).

A nuestro juicio, según este criterio que atiende a la esencia o naturaleza íntima de los actos y que contempla sólo los encomendados a los órganos judiciales, los negocios de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse en los tres grupos siguientes:

1.º Actos de protección o tutela de incapaces, ausentes o personas que por su edad, sexo o condición jurídica no están en condiciones de defenderse por sí mismas, en cuyo grupo se incluirán: Las habilitaciones para comparecer en juicio, enajenación de bienes de menores, integración de la capacidad negocial en los casos de los artículos 225, 1.361 y 1.387 del C. c., ausencia, adopción, nombramiento de defensores judiciales, tutela, declaraciones de incapacidad y depósitos de personas.

2.º Actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción, como son: la apertura y protocolización de testamentos, expedientes de dominio, actas de notoriedad, apeos y prorrates de foros, y la mayor parte de los negocios en materia mercantil, en que se trata de salvaguardar intereses o derechos de personas ausentes del lugar en que se realizan.

3.º Actos de documentación o constatación, como: las informaciones para perpetua memoria, las subastas voluntarias, los deslindes y amojonamientos, toma de posesión de bienes, petición de consejo para contraer matrimonio y otros análogos en materia mercantil, como los regulados en los artículos 2.161, v. 10.ª, y 2.167 de la L. de E. c., en todos los cuales se trata solamente de hacer constar y documentar ciertos hechos o situaciones jurídicas (79).

16. *Criterio que atiende a la rama de derecho o relación jurídica a que se refieren.*

Como ya hemos dicho, también suelen clasificarse los negocios de jurisdicción voluntaria atendiendo a la rama del Derecho o relación jurídica a que se refieren.

Con arreglo a este criterio, Prieto Castro los clasifica distinguiendo los que afectan al Derecho público, al procesal, al civil y al mercantil: Negocios que afectan al Derecho público son las informaciones para dispensa de ley, aunque de ellas, las que persiguen la legitimación por gracia del Jefe del Estado, interesan al Derecho civil; al Derecho procesal se refieren las informaciones para perpetua memoria, si bien muchos negocios de orden civil y

(78) *La Jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, en lug. cit., págs. 352-353

(79) Este último grupo de actos, que en la ley se atribuyen a los órganos judiciales, no deberían estar atribuidos a los mismos, sino a los Notarios, según anteriormente vimos (núm. 11).

mercantil, como el depósito de efectos mercantiles, justificación de averías, y semejantes, en cuanto persiguen asegurar el acreditamiento o prueba de hechos, por si en lo futuro surge litigio, tienen una finalidad procesal; al Derecho civil y al mercantil se refieren la mayoría de los negocios.

Los negocios civiles los clasifica; a su vez, en negocios que afectan:

a) Al derecho de las personas, al cual se refieren la concepción de capacidad procesal (habilitaciones para comparecer en juicio), la integración de capacidad negocial de los menores, la sustitución de dicha capacidad, a lo que atiende la institución de la ausencia, la protección de intereses de menores o incapacitados, mediante las garantías legales para la enajenación de sus bienes y transacción acerca de sus derechos, y la legitimación por concepción del Jefe del Estado.

b) Al derecho de cosas: deslinde y amojonamiento, apeos y prorrates de foros, investidura de la posesión judicialmente, su bastas voluntarias judiciales y expedientes de dominio.

c) Al derecho de obligaciones, en cuyo tratado figuran destacadamente una serie de negocios mercantiles, quedando en el orden civil tan sólo los expedientes de consignación.

d) Al derecho de familia, en el que figuran la adopción, constitución y funcionamiento del organismo tutelar y el depósito de personas, que no en todos los casos tiene el carácter de negocio de jurisdicción voluntaria.

e) Al derecho de sucesiones, al que se refieren la elevación a escritura pública de testamentos hechos de palabra o sin intervención notarial, la protocolización del testamento sacramental en Cataluña, la adveración y protocolización del testamento otorgado ante el Párroco en Aragón y Navarra, la apertura de testamentos cerrados y la protocolización de testamentos ológrafos.

Los negocios de jurisdicción voluntaria mercantil los clasifica, siguiendo igual criterio, en:

a) Negocios sobre el derecho de cosas mercantiles: Embargo y depósito provisionales del valor de letras de cambio.

b) Negocios del derecho de obligaciones mercantiles: Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles, mal uso de las facultades administrativas y de firma conferidas a un socio, inspección de la administración y contabilidad por los socios, nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro; y

c) Negocios del derecho marítimo: Calificación de averías; liquidación de la gruesa y contribución a la misma; acreditamiento de las causas de las averías, arribadas y naufragios; descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles y fianza de cargamento; enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y recomposición de naves; incidencias que pueden

producirse en el contrato de fletamento por razón de la carga y caída del buque, y apertura de escotillas (80).

Plaza, al estudiar los actos de jurisdicción voluntaria, expone separadamente los actos en materia civil y en materia mercantil. Los primeros los examina distinguiendo los referentes: *a)* a la dispensa de ley; *b)* a la prueba; *c)* al derecho de las personas; *d)* al derecho de las cosas; *e)* al derecho de obligaciones; *f)* al derecho de familia, y *g)* al de sucesiones. Los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil los expone siguiendo el mismo orden en que aparecen regulados en la L. de E. c. (81).

17. *Criterio a seguir.*

No puede menos de reconocerse que de los dos criterios de clasificación expuestos, el más científico y perfecto es el que atiende a la esencia o naturaleza íntima de los negocios. No obstante, desde un punto de vista práctico, tal vez sea preferible, en nuestro derecho, agrupar los negocios atendiendo a la rama del derecho y a la relación jurídica a que se refieren. Con arreglo a este criterio pueden clasificarse, en primer lugar, en actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y actos en materia mercantil.

A) Los actos en materia civil se pueden, a su vez, agrupar según se refieran al derecho de las:

a) Personas: Enajenación de bienes de menores; habilitaciones para comparecer en juicio; integración de la capacidad comercial de la mujer (arts. 225, 1.361, 1.387, 995 y 1.053 del C. c.); ausencia; aprobación judicial para la repudiación de la herencia por ciertas entidades (art. 993 C. c.); y diversos expedientes relativos a materias del Registro civil, como rectificación de errores, inscripciones fuera de plazo y modificación de apellidos.

b) Cosas: Posesión judicial; deslindes y amojonamientos; apeos y prorrateos de foros; expedientes de dominio (82); actas de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo; expedientes para la inscripción de bienes de capellanías colativo-familiares (R. D. de 17 de abril de 1925); inscripción de hipotecas legales por bienes reservables (arts. 186 y 187 de la L. H. y 260 y sgs. del R. H.); cancelación de inscripciones de hipotecas en garantía de títulos al portador (art. 156, p. 3.ª de la L. H.); declaración judicial de si son o no inscribibles las certificaciones de dominio (art. 306 del R. H.); y la rectificación de ciertos errores en el Registro de la propiedad (art. 323 del R. H.).

(80) *Cuestiones*, cit. págs. 285-287.

(81) Ob. cit., pág. 696 y ss. GÓMEZ ORBANEJA, al estudiar los actos de jurisdicción voluntaria, hace también una ordenación de los mismos muy semejante a la indicada (cfr. ob. cit., vol. I, pág. 722 y ss.).

(82) La mayor parte de los autores consideran a los expedientes de dominio como negocios de jurisdicción voluntaria, aunque su naturaleza no deja de ser discutida, como puede verse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1948, tomo II, págs. 487-488.

c) Obligaciones: Consignación judicial; subastas judiciales voluntarias, e informaciones para perpetua memoria.

d) Familia: Constitución de organismos tutelares; nombramiento de defensores judiciales; adopción; depósitos de personas; declaraciones de incapacidad (83); informaciones para dispensa de la ley (84); aprobación del reconocimiento de hijos naturales (art. 133 C. c.), y determinación de la dote obligatoria, que el artículo 1.341 del C. c. dice expresamente que se hará en acto de jurisdicción voluntaria, aunque esta naturaleza sea muy dudosa.

e) Sucesiones: Elevación a escritura pública de testamentos hechos de palabra; apertura y protocolización de testamentos; nombramiento de albaceas dativos, a falta de los testamentarios y cuando no puedan los herederos ejecutar la voluntad del testador (85); renuncia al cargo, prórroga y rendición de cuentas por los albaceas (arts. 899, 905 y 907 del C. c.); aceptación de la herencia por acreedores en ciertos casos (art. 1.001 del C. c.); y, tal vez, las medidas que pueden adoptarse cuando la viuda queda encinta (arts. 959 y sgs. C. C.) (86).

B) Los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil se pueden agrupar distinguiendo los referentes al:

a) Derecho mercantil t errestre: Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles; embargo y depósitos provisionales del valor de letras de cambio; nombramiento de coadministrador en las Sociedades; examen de la administración y contabilidad por los socios; nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro y al

b) Derecho marítimo: Calificación y liquidación de averías; descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles; fianza de cargamento; enajenación y apoderamiento de efectos mercantiles; recomposición de naves; reclamaciones relativas a la carga

(83) La cuestión referente a la naturaleza del procedimiento para las declaraciones de incapacidad es, sin embargo, muy discutida, como puede verse en GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Procedimiento para la reintegración a la capacidad de los enfermos mentales*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1949, págs. 1146 y ss. La sentencia del T. S. de 5 de mayo de 1949 le considera como contencioso.

(84) Se incluyen aquí las informaciones para dispensa de ley o gracias al sacar, porque actualmente la única que subsiste es la legitimación de los hijos naturales por concesión del Jefe del Estado.

(85) Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de agosto de 1906.

(86) También podrian incluirse aquí los llamados juicios universales sucesorios (abintestato, testamentaria y adjudicación de bienes a personas innombradas, e, incluso, el beneficio de inventario y el derecho de deliberar, que tienen una tramitación análoga a los anteriores), pues muchos autores los consideran como procedimientos de jurisdicción voluntaria. Si embargo, su naturaleza jurídica es discutida y suelen estudiarse separadamente, si bien algunas de las partes de que se componen, como la declaración de herederos abintestato y la aprobación judicial de particiones, pueden y suelen en la práctica tramitarse separadamente como negocios de jurisdicción voluntaria.

y cabida del buque en el contrato de fletamento; justificación de averías, y apertura de escotillas.

Como puede observarse, en las anteriores agrupaciones se incluyen negocios que son considerados en la L. de E. c. como actos de jurisdicción voluntaria, a pesar de que algunos de ellos, como el nombramiento de coadministrador en las sociedades mercantiles (art. 2.162 y sgs.), el examen de la administración y contabilidad social (art. 2.166 y sgs.) y la recomposición de naves (art. 2.161, 8.*), son verdaderos procesos contenciosos; de que otros, como los depósitos de personas (art. 1.880 y sgs.), el embargo y depósitos provisionales del valor de una letra de cambio (arts. 2.128-2.130 y la venta y depósito de parte de la carga para pago de fletes (art. 2.161, 11.*), constituyen más bien medidas cautelares; y de que otros, como las informaciones para perpetua memoria, subastas voluntarias, posesión judicial, deslindes y otros análogos en materia mercantil, como el regulado en el artículo 2.167, constituyen actos de documentación y constatación que en un sentido estricto no deben considerarse como negocios de jurisdicción voluntaria encomendados a los órganos judiciales.

Por otra parte, en las referidas agrupaciones se comprenden la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria judiciales, y, entre ellos, los más importantes y típicos; pero sin pretenderse agotar la enumeración de los mismos, pues al no fijarse en la ley un «*numerus clausus*» de negocios de esta índole, podrán promoverse otros al amparo de la norma definidora del artículo 1.811 de la L. de E. c. Así, por ejemplo, Rodríguez Valcárcel, considera como un negocio de jurisdicción voluntaria que ha de regularse por las disposiciones generales relativas a los negocios de esta clase en materia mercantil, la revisión judicial de la valoración de las aportaciones no dinerarias a la Sociedad Anónima, establecida en el artículo 32 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (87).

V. FUENTES

18. *Fuentes legales de la jurisdicción voluntaria*

La doctrina de las fuentes legales o positivas de la jurisdicción voluntaria apenas ofrece particularidades con respecto a la jurisdicción contenciosa.

La fuente principal de la jurisdicción voluntaria, en nuestro derecho, es el libro III de la L. de E. c. Esta, como es sabido, se divide en tres libros: El I contiene las disposiciones comunes a la

(87) Cfr. *Revisión judicial de aportaciones no dinerarias a la Sociedad Anónima*, en «*Revista de Derecho Procesal*», 1951, pág. 565 y ss. La naturaleza del procedimiento a seguir para dicha revisión no deja, sin embargo, de ser dudosa, y fué muy discutida en el coloquio celebrado en el Instituto de Derecho procesal los días 29 de febrero y 7 y 14 de marzo de 1952, sin que se consiguiera llegar a un acuerdo, según se expone en el Boletín de dicho Instituto, número 13, correspondiente al 1.º de abril de 1952, págs. 5-6.

jurisdicción contenciosa y a la voluntaria; el II se ocupa de la jurisdicción contenciosa, y el III de la voluntaria. De ello parece deducirse que los preceptos del libro I son aplicables a una y otra jurisdicción; los del II sólo a la contenciosa, y los del III sólo a la voluntaria. Sin embargo, no es así, pues si bien es cierto que los preceptos del libro III sólo son aplicables a la jurisdicción voluntaria, no lo es que todos los del I sean también aplicables a la misma, ni que dejen de serlo algunos del libro II, ya que en este se contienen algunas normas de carácter general aplicables a una y otra jurisdicción, como, por ejemplo, las relativas a la apelación y la casación, y en el primero se contienen muchas disposiciones que no son aplicables a la jurisdicción voluntaria, como después veremos.

A más de los preceptos de la L. de E. c. han de tenerse en cuenta otros muchos contenidos en otras leyes, y de modo principal en el C. c., C. de C., y L. H., pues la L. de E. c. está ajustada a las disposiciones de derecho sustantivo que regían en 1881: en que se publicó la misma, habiéndose publicado después los citados cuerpos legales, en los cuales se regulan diversos negocios de jurisdicción voluntaria no contemplados en aquélla, como los expedientes de dominio, actas de notoriedad, consignaciones, etcétera, y se contienen numerosas disposiciones que derogan o modifican gran cantidad de artículos de la Ley, como las relativas a la tutela, adopción, licencia o consejo para que los hijos contraigan matrimonio, depósitos de personas, apertura y protocolización de testamentos, ausencia (88), y muchos de los actos en materia mercantil.

La fuente principal de la jurisdicción voluntaria la constituyen, no obstante, los preceptos del libro III de la L. de E. c. (artículos 1.811 al 2.181). Este se encuentra dividido en dos partes: La 1.ª dedicada a los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, y la 2.ª a los actos en materia mercantil. La primera parte empieza por un título en el que se contienen las disposiciones generales aplicables a todos los negocios de jurisdicción voluntaria, y en los títulos siguientes se van regulando los negocios de jurisdicción voluntaria en particular. También la segunda parte empieza por otro título dedicado a las disposiciones generales aplicables a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, y en los títulos sucesivos se contienen las normas referentes a los actos o negocios mercantiles en particular. Las disposiciones generales del título primero de la primera parte son aplicables a todos los negocios de jurisdicción voluntaria en materia civil, en cuanto no se opongan a lo que se dispone con respecto a cada uno de ellos en particular (art. 1.824). Son también aplicables a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, en

(88) En esta materia de la ausencia, tanto el C. c. como la L. de E. c. han sido profundamente modificados por las leyes de 8 de septiembre y 30 de diciembre de 1939.

cuanto no se opongan a las disposiciones generales relativas a éstos ni a las reglas especiales establecidas para cada uno de ellos (art. 2.111). Por tanto, el orden de prelación de las citadas fuentes es el siguiente:

1.º Las disposiciones relativas a cada acto de jurisdicción voluntaria en particular, contenidas en el libro III de la L. de E. c., o, en su caso, en otras leyes.

2.º Para los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, las disposiciones contenidas en el título I de la 2.ª parte del expresado libro III, en cuanto no se opongan a las normas especiales relativas a cada uno de ellos.

3.º Las disposiciones generales de la primera parte del propio libro III, aplicables a todos los negocios de jurisdicción voluntaria, tanto si están especialmente regulados como si no lo están, y tanto en el Derecho civil como del mercantil, en cuanto no se opongan a las reglas establecidas para cada negocio en particular ni a las disposiciones generales relativas a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil; y

4.º Los preceptos del libro I que no se opongan a los del III, o, en su caso, a los de los otros cuerpos legales indicados, ni sean contrarios a la naturaleza de los negocios de jurisdicción voluntaria.

19. *Crítica de la regulación legal.*

La crítica de la regulación que de la jurisdicción voluntaria se hace en nuestro derecho no puede ser favorable. Sin entrar ahora en el análisis de los preceptos particulares, y limitándonos a una crítica de carácter general, se pueden señalar como defectos más importantes de la regulación legal los siguientes:

1.º Se equipara la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, al agruparse las disposiciones de la L. de E. c. en tres libros: uno, dedicado a las normas comunes a una y otra jurisdicción; otro, a las de la contenciosa, y otro, a las de la voluntaria, sin tenerse en cuenta al hacerse esta agrupación, en primer lugar, que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no puede servir como criterio primario de clasificación de las normas procesales, porque, según la opinión dominante (vid. núm. 9), la jurisdicción voluntaria no constituye materia procesal (89), y, en segundo término, que en una ley procesal la importancia de las normas relativas a la jurisdicción voluntaria es muy inferior a las de la contenciosa, tanto por su volumen como por su carácter, ya que las normas referentes a ésta contienen la regulación de la actividad típica y más frecuente de lo que constituye la función normal del órgano jurisdiccional. Por ello, si por el hecho de que muchos negocios de jurisdicción voluntaria estén atribuidos a los

(89) Cfr. *GUASP, Comentarios*, t. II. vol. I, pág. 3.

órganos judiciales se creyó conveniente incluir en la ley procesal las normas necesarias para su tramitación, podían haberse agrupado en una sección especial o en un apéndice, pero sin formar con ellas un libro o parte igual a la que contiene las normas referentes a la jurisdicción contenciosa. Además, esa división que se hace en la Ley no se sigue después rigurosamente, puesto que, como acabamos de ver (núm. 18), en el libro I hay preceptos no aplicables a la jurisdicción voluntaria, y en el II los hay que sí lo son.

2.º No existe un conjunto de normas que constituyan una parte general de la jurisdicción voluntaria, pues las disposiciones generales del título I de la primera parte del libro III de la Ley, aunque otra cosa pudiera parecer, no constituyen esa parte general, ya que en ellas sólo se contienen algunas normas aplicables por regla general a todos los negocios de jurisdicción voluntaria, pero que se refieren a cuestiones o puntos concretos, sin regularse en las mismas todas las materias referentes al régimen jurídico general de la jurisdicción voluntaria. En cambio, en los títulos siguientes, al tratarse de los negocios de jurisdicción voluntaria en particular, se regulan muchos de ellos con excesiva minuciosidad, cuando lo procedente hubiera sido lo contrario, esto es, formular una parte general más completa, en la que se regulase el régimen jurídico general aplicable a todos los negocios de jurisdicción voluntaria y, después, consignar sólo las modificaciones o reglas especiales que fueran necesarias para cada acto o negocio en particular. Con ello, además, se evitaría lo que ahora sucede, que existiendo, como luego veremos (núm. 36), la posibilidad de promover los que pudieran llamarse actos de jurisdicción voluntaria innominados, no existen reglas para su tramitación.

3.º Además de las disposiciones generales citadas de la primera parte del libro III, en la segunda parte se formula otro grupo de reglas generales para los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, las cuales han de reputarse innecesarias, pues de ellas hay unas, como son las de los artículos 2.111, r. 1.ª y 2.ª, y 2.112, que son, en esencia, iguales a las que sobre las mismas materias se formulan en la primera parte, por lo que no había necesidad de repetir las; otras, como las de los artículos 2.111, r. 4.ª y 5.ª; 2.113, 2.114 y 2.115, que, aunque contienen modificaciones de las normas generales de la primera parte, son también innecesarias, porque tales modificaciones eran improcedentes, como se verá después (núms. 22, 24 y 41); y otras, que son normas nuevas referentes a materias no contempladas en la primera parte, como son las de los artículos 2.109, 2.110, 2.111, reglas 3.ª, 6.ª y 7.ª; 2.117 y 2.118; pero estas normas debían haberse incluido en la primera parte si se estimaban procedentes, pues no hay motivo para considerarlas aplicables a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil y no a los negocios en materia civil. La consabida especialidad de la materia mercan-

til, que es el expediente a que suele acudirse para explicar tales diferencias (90), no basta para explicarlas ni para justificar la existencia de este grupo de disposiciones generales relativas a los negocios en materia mercantil. En lugar de ello, lo que debía haberse hecho era establecer un grupo de normas que constituyeran una verdadera parte general para todos los negocios de jurisdicción voluntaria y, después, formular las modificaciones o reglas especiales que aconsejara la índole de cada negocio o grupo de ellos.

4.º Se regulan en la jurisdicción voluntaria algunos negocios, cual los depósitos de personas, embargo y depósitos provisionales del valor de letras de cambio y venta y depósito de parte de la carga para pago de fletes, que son más bien medidas cautelares, y otros, como el nombramiento de coadministradores en las sociedades, examen de la administración y contabilidad social y recomposición de naves, que son verdaderos procesos contenciosos, por lo que todos ellos deberían estar regulados en el libro II y no en el III. También hay en éste algunos otros negocios que no han debido de regularse en uno ni en otro, cual las informaciones para perpetua memoria, las subastas voluntarias, los deslindes y amoniamientos, toma de posesión de bienes y algunos en materia mercantil, como los regulados en los artículos 2.161, r. 10, y 2.167, que son en realidad actos de documentación o constatación, por lo que no deben regularse en la L. de E. c., ya que ésta sólo se ocupa de los negocios de jurisdicción voluntaria encomendados a los órganos judiciales, y los expresados actos de documentación no deben estar encomendados a tales órganos, según vimos (núm. 11), y alguno no lo está, cual sucede con el contemplado en el artículo 2.167, que se atribuye a los Notarios, por lo que no se comprende por qué se regula en la Ley.

En cambio, existen negocios, como los llamados juicios universales sucesorios, que no se regulan en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa, a pesar de que la mayoría de los autores los consideran como voluntarios; y existen otros que no están regulados en ninguna, sino en otros cuerpos legales, como son, principalmente, las consignaciones, declaraciones de incapacidad, expedientes de dominio y actas de notoriedad, que son considerados por la mayor parte de los autores como negocios de jurisdicción voluntaria—aunque la naturaleza de algunos no deja de ser discutida—, por lo que debían estar regulados en la Ley entre los negocios de esta clase. Ciertamente es que el hecho de no estar regulados en la misma es, sin duda, debido a que los cuerpos legales de derecho sustantivo en que se regulan son de fecha posterior a la ley; pero ello lo que hace es poner de relieve otro grave defecto de la misma: su falta de adaptación a los referidos cuerpos legales, pues desde el instante en que éstos se publicaron debió

(90) Vid., por ejemplo, RE's: ob. cit., t. IV, págs. 657, 658 y 673.

modificarse la Ley para adaptarla a ellos, siendo incomprensible que hasta la fecha no se haya hecho.

20. *Legislación extranjera.*

En las legislaciones extranjeras, por regla general, se sigue un sistema análogo al de la legislación española, regulándose en las Leyes o Códigos procesales la jurisdicción voluntaria con separación de la contenciosa. Constituyen importantes excepciones las legislaciones alemana e italiana, aunque cada una de ellas en distinto sentido.

En la legislación alemana, la jurisdicción voluntaria no se regula en el Código procesal civil (Z. P. O.), sino en una Ley especial de 17 de mayo de 1898, lo cual no parece totalmente acertado, porque, sean o no los negocios de jurisdicción voluntaria de naturaleza jurisdiccional, lo cierto es que están encomendados a los órganos judiciales y en muchos puntos se rigen por las mismas normas de la jurisdicción contenciosa, por lo que, tal vez, sea conveniente regularlos en los Códigos procesales, aunque con la adecuada separación. Por otra parte, en la citada Ley especial no se contiene toda la jurisdicción voluntaria, ni el Código procesal civil se ve en absoluto libre de ella (91).

En el Código del proceso civil italiano de 1940 se ha suprimido la expresión jurisdicción voluntaria (92), si bien las principales clases de negocios de la misma se han agrupado en él en los títulos segundo al sexto del libro cuarto, y constituyen la mayoría de los procedimientos especiales, bajo cuya rúbrica anodina, según Carnelutti (93), se reúnen figuras heterogéneas del proceso voluntario, del proceso monitorio, del proceso cautelar y del proceso preventivo (94). Tampoco creemos acertado este sistema, en primer lugar, porque prejuzga la naturaleza jurisdiccional de los negocios de jurisdicción voluntaria, lo que en el terreno doctrinal es negado por la mayor parte de los autores, según hemos visto (núm. 9), y, sobre todo, porque la agrupación de los negocios de jurisdicción voluntaria con otros de naturaleza contenciosa sometidos a distinto régimen jurídico no puede reportar ninguna utilidad.

Cualquiera que sea el concepto que se tenga de la jurisdicción voluntaria y la opinión acerca de su naturaleza jurídica, la realidad es que existe una serie de negocios encomendados a los órga-

(91) Cfr. LENT: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Berlin, 1928, P. I. Y GOLSCHMIDT: Ob. cit., págs. 126, 485 y 492. Así como ALCALÁ ZAMORA: *Premisas...*, citada, pág. 9.

(92) En el proyecto argentino de Código procesal civil para la nación, de 1949, debido al parecer al procesalista PODETTI, tampoco se admite el concepto de jurisdicción voluntaria.

(93) *Instituciones*, cit., pág. 43.

(94) El Código de la Ciudad del Vaticano también incluye los negocios de jurisdicción voluntaria como procedimientos especiales, en su libro III, título VI.

nos judiciales, a los cuales se les viene agrupando bajo la rúbrica de jurisdicción voluntaria, y en los que concurren ciertas notas o características especiales que los diferencian de la generalidad de los negocios constitutivos de la función jurisdiccional encomendada a tales órganos. Por ello, sean o no de naturaleza jurisdiccional tales negocios, teniendo en cuenta esas características especiales de los mismos, parece natural agruparlos y regularlos con la debida separación de los restantes negocios atribuidos a los referidos órganos; y teniendo en cuenta que, no obstante esas especiales características, están encomendados a los órganos judiciales y en muchos aspectos se rigen por las mismas normas de la jurisdicción contenciosa, parece conveniente regularlos en los propios Códigos procesales, si bien con la debida separación, en un apéndice o sección especial, en donde se reúnan las reglas peculiares relativas a tales negocios, sin prejuzgar la cuestión, tan discutida y aún no resuelta en el terreno doctrinal, de su naturaleza jurídica.

SEGUNDA PARTE

Régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria

Aun en el supuesto de que los negocios de jurisdicción voluntaria no sean de naturaleza jurisdiccional ni, por tanto, procesal (95), como están encomendados a los órganos judiciales y se estudian en el Derecho procesal, para la exposición de su régimen jurídico creemos conveniente utilizar los conceptos y seguir el sistema que suele seguirse en el Derecho procesal. De acuerdo con dicho sistema, expondremos el régimen jurídico de los negocios de jurisdicción voluntaria en general, examinando las cuestiones referentes: a los sujetos, al objeto y a la actividad misma que en dicha jurisdicción se desarrolla; el procedimiento; los efectos de las resoluciones que en ella se dictan; y los medios de impugnación de las mismas,

I. SUJETOS

Los sujetos de los negocios de jurisdicción voluntaria son: los órganos del Estado a quienes se encomienda la resolución de los mismos; el Ministerio fiscal, y los interesados que pueden promover tales negocios o intervenir en ellos.

(95) Hay, sin embargo, autores que estiman no puede identificarse lo procesal con lo jurisdiccional, como BALLBE, según el cual el proceso no es instrumento propio, exclusivo de la jurisdicción, ya que también puede ser utilizado para el mejor ejercicio de la función administrativa. (Cfr. *La esencia del proceso*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947. II, páginas 5 y ss.

21. *El órgano judicial.*

Los órganos del Estado a quienes se atribuyen los negocios de jurisdicción voluntaria, en el sentido restringido en que venimos considerando a éstos, son los órganos judiciales. Este es también el sentido legal, puesto que para la Ley de Enjuiciamiento civil sólo son actos de jurisdicción voluntaria los encomendados a los Jueces, ya que en su artículo 1.811 dice que se consideran actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de los Jueces.

A. *Jurisdicción: intervención de los Cónsules.* — Entre los órganos jurisdiccionales, los negocios de jurisdicción voluntaria se atribuyen, por regla general, a los órganos de la jurisdicción civil ordinaria. Esta regla tiene algunas excepciones, pues a veces pueden practicarse tales negocios ante los órganos de una jurisdicción especial, cual es la jurisdicción consular. Dice, en efecto, el artículo 2.110 de la L. de Enjuiciamiento civil, que las actuaciones de la jurisdicción voluntaria en materia mercantil podrán practicarse ante los Cónsules españoles en las naciones extranjeras, cuando lo requiera la urgencia del negocio, o la circunstancia de existir los medios de prueba, o las mercancías o valores, o de haber ocurrido los hechos en el lugar o en la circunscripción de los Consulados respectivos. En términos más amplios y sin referirse sólo a los actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, el Reglamento de la Carrera Consular de 27 de abril de 1900, en su artículo 27, entre las atribuciones judiciales de los Cónsules enumera: las de instruir los expedientes en los casos de adopción, nombramiento de tutores y discernimiento del cargo; suplir en forma el consentimiento de los padres, abuelos o tutores para contraer matrimonio; abrir y protocolizar testamentos y memorias testamentarias, y seguir todos aquellos actos de jurisdicción voluntaria que promuevan los españoles residentes en su distrito, y a cuya actuación no puedan oponerse los tratados, la costumbre o las leyes del país en que dichos Cónsules estén acreditados. En el Convenio entre España y Francia de 7 de enero de 1862 también se reconoce a los Cónsules de los dos países la facultad de autorizar todos los actos propios de la jurisdicción voluntaria (art. 19). Lo mismo sucede en los demás convenios celebrados con otros países (96), y los Cónsules de las naciones no convenidas suelen obtener las mismas facultades que se conceden en los convenios consulares.

En principio, parece que la regla de que los negocios de jurisdicción voluntaria corresponden a la jurisdicción civil ordinaria, tiene otra excepción a favor de la jurisdicción militar, pues los artículos 51 de la L. de E. c. y 38 del C. de J. m. atribuyen a la

(96) Puede verse un resumen de los mismos en el Apéndice de la *Leyes Consulares*, de MEDINA Y MARAÑÓN, en nota al citado Convenio con Francia.

misma la prevención de los abintestatos de militares; y los juicios de abintestato, aunque están regulados en la Ley entre los contenciosos, son considerados por la mayor parte de los autores como voluntarios. Sin embargo, no hay tal excepción, porque lo que se atribuye a la jurisdicción militar no es el conocimiento total de dichos juicios, sino sólo la práctica de ciertas diligencias o medidas de carácter cautelar.

Algunos autores estiman que existen manifestaciones de la jurisdicción voluntaria dentro del campo de la justicia penal. Así, Manzini alude al concepto de la jurisdicción voluntaria penal (97), Redenti opina que pueden darse proveídos de jurisdicción voluntaria en la justicia penal, tales como los relativos al internamiento en un manicomio del demente y las medidas administrativas de seguridad (98), y Grispigni admite que en la actividad de los Tribunales para menores se encuentran manifestaciones de la jurisdicción voluntaria penal (99). Creemos, sin embargo, que estas actividades, más que manifestaciones de la jurisdicción voluntaria parecen actividades propiamente administrativas, o, algunas de ellas, medidas cautelares, como las que se encomiendan a los Tribunales tutelares de menores para la protección de los menores de dieciséis años contra el ejercicio indigno del derecho a su guarda y educación (arts. 9.º, núm. 3.º, y 13 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de julio de 1948), que, entre las actividades indicadas; son, a nuestro juicio, las que más se asemejan a las funciones que se realizan en la jurisdicción voluntaria.

Menéndez Pidal habla también de la jurisdicción voluntaria en el Derecho procesal social, y estudia como actos de jurisdicción voluntaria en el Derecho social, las peticiones de anticipos reintegrables que pueden hacer al Ministerio de Trabajo los obreros que hubieren obtenido sentencia favorable en la Magistratura del Trabajo, mientras se tramitan los recursos interpuestos por los patronos, y diversas reclamaciones administrativas que pueden formularse en materia de accidentes ante distintos organismos dependientes del Ministerio de Trabajo (100). Pero, creemos también, que estas y otras actuaciones análogas de las que se realizan para la protección de los trabajadores son actividades administrativas que no reúnen las características de los negocios de jurisdicción voluntaria.

B. Competencia jerárquica.—Entre los órganos judiciales, la competencia para el conocimiento de los negocios de jurisdicción voluntaria, en el orden jerárquico, corresponde, por regla general, a los Jueces de primera instancia. Con relación a los actos en materia mercantil, el artículo 2.109 de la L. de E. c. dispone expresamente que los mismos se seguirán ante los Juzgados de Primera

(97) *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, 1931, Vol. II, pág. 222.

(98) *Diritto processuale civile*, 1947, I, pag. 17.

(99) *Diritto processuale penale*, 1.ª ed., pág. 82.

(100) *Derecho procesal social*, 2.ª ed., págs. 432 y ss.

Instancia. Con respecto a los negocios en materia civil, la Ley no contiene un precepto análogo que, en general, atribuya los mismos a dichos Juzgados; pero, al tratar de los actos en particular, expresa o implícitamente reconoce con respecto a varios de ellos la competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Por otra parte, en el apartado segundo del artículo 273 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se dice que «corresponde a los Tribunales de Partido (hoy Juzgados de Primera Instancia) en materia civil... ejercer la jurisdicción voluntaria con arreglo a las leyes», sin que se haga ninguna referencia a la cuantía, de lo que se deduce que, salvo en los casos en que expresamente se asigne algún negocio de jurisdicción voluntaria a otro órgano jurisdiccional, la realización de los mismos corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (101).

Por excepción, corresponden a los Jueces municipales (102) algunos negocios de jurisdicción voluntaria, como sucede con la constitución de los organismos tutelares, que expresamente se atribuye por la Ley a los mismos, o con los depósitos de personas (regla 20, art. 63 L. de E. c.) y los actos referentes a negocios de comercio (art. 2.110), que, a prevención, se permite que se practiquen ante los Juzgados municipales de los pueblos que no sean cabeza de partido, cuando lo requiera la urgencia del negocio, o la circunstancia de existir los medios de prueba, o las mercancías o valores, o de haber ocurrido los hechos en el lugar o en la circunscripción de tales Juzgados. Además, la Ley autoriza, a veces, a los Jueces de primera instancia para que deleguen en los municipales la práctica de determinadas actuaciones relativas a negocios de jurisdicción voluntaria, como ocurre, por ejemplo, en los deslindes, según el artículo 2.263 de la L. de E. c.

C. *Competencia territorial*.—En el orden territorial, la regulación de la competencia para los negocios de jurisdicción voluntaria se encuentra, principalmente, en el artículo 63 de la L. de Enjuiciamiento civil, que, entre sus reglas de competencia, contiene varias relativas a diferentes negocios de dicha jurisdicción. Pero, a más de las normas de ese artículo, han de tenerse en cuenta otros varios preceptos de la propia ley y de otros cuerpos legales, como el C. c., el C. de c. y la L. H., principalmente, que establecen también reglas de competencia para determinados negocios. De todas estas disposiciones, cuyo examen detallado no puede hacerse aquí, se deduce que, en términos generales, los criterios que se tienen en cuenta para determinar la competencia en la ju-

(101) Véase en este sentido, RODRÍGUEZ SOLANO, *Justicia Municipal (competencia civil)*, Oviedo, 1948, págs. 152 y ss. y ARAGONESES: *La competencia de los órganos de la Justicia Municipal en las consignaciones*, en «Revista de Derecho Procesal», 1950, págs. 105 y ss.

(102) Hoy a los Municipales o a los Comarcales, pero no a los de Paz, según el Decreto de 24 de enero de 1947, sobre competencia de los órganos de la Justicia Municipal.

jurisdicción voluntaria son análogos a los que se siguen en la contenciosa. Así:

a) En los negocios referentes a la capacidad de las personas y al derecho de familia se fija como competente, por regla general, al Juez del domicilio de las personas en cuyo interés se promueven (rgs. 18, 19, 20, 24 y 25 del art. 63 de la L. de E. c. y artículos 164 y 249 del C. c.).

b) En los referentes al derecho de cosas, como la posesión judicial, deslindes, apeos y prorrates de foros, expedientes de dominio y actas de notoriedad, se aplica el fuero de situación de los bienes (rgs. 15 y 29 del art. 63 citado y arts. 201 y 203 de la Ley Hipotecaria).

c) En los referentes al derecho de obligaciones, como la consignación judicial, la competencia corresponderá al Juez del lugar del pago, por aplicación de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

d) En los relativos al derecho sucesorio, como la elevación a escritura pública de testamentos hechos de palabra y la apertura y protocolización de testamentos, rige el fuero del lugar del otorgamiento (r. 22, art. 63).

e) En los negocios sobre constatación de hechos será competente, por regla general, el Juez del lugar en que hayan ocurrido los mismos (r. 26, art. 63).

Como es sabido, en la jurisdicción contenciosa, las reglas de competencia territorial establecidas por la ley, pueden ser modificadas por voluntad de las partes, mediante la sumisión expresa o tácita de éstas. El artículo 56 y siguientes de la L. de E. c., que así lo reconocen, se encuentran en el libro I, que contiene las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, por lo que parece que en ésta las reglas de competencia territorial fijadas por la ley podrán también ser modificadas por la sumisión de los interesados, salvo en aquellos negocios en que haya de intervenir el Ministerio fiscal, al cual no pueden obligar los acuerdos de los interesados. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado, en términos generales, que la sumisión no cabe en los negocios de jurisdicción voluntaria (S. de 5 de enero de 1935 (103)).

D. *Cuestiones de competencia.*—De la misma manera que en la jurisdicción contenciosa, se podrán promover en la voluntaria cuestiones de competencia por declinatoria o por inhibitoria, pues la regulación de las mismas se contiene en el libro I de la L. de Enjuiciamiento civil, cuyas disposiciones son aplicables a los negocios de jurisdicción voluntaria en cuanto no se opongan a las del libro III, y en éste no se contiene ningún precepto que impida promover cuestiones de competencia en la jurisdicción voluntaria.

(103) En la Circular de la Fiscalía del T. S., de 10 de junio de 1912, también se dice que la sumisión no puede invocarse en los negocios de jurisdicción voluntaria, debiendo los Fiscales oponerse a la misma y mantener la competencia establecida en la Ley.

Podrán ser propuestas por el Ministerio fiscal, en los negocios en que haya de tener intervención, o por las personas legitimadas para intervenir en el acto o negocio de que se trate.

No obstante lo dispuesto en el artículo 79 de la L. de E. c., no creemos que la declinatoria deba sustanciarse como incidente, sino que deberá seguir la tramitación marcada para cada acto o negocio y ser resuelta con la resolución que ponga término al mismo, declarando el Juez no haber lugar a lo pedido por quien haya promovido el acto o negocio, por ser incompetente, en el caso de estimar que lo es.

Lo dispuesto en el artículo 74 de la L. de E. c., relativo a la prohibición de promover de oficio cuestiones de competencia, ha de entenderse que no es aplicable a la jurisdicción voluntaria, puesto que en ésta, a diferencia de lo que sucede en la contenciosa, no cabe la sumisión, como acabamos de ver. Por tanto, el Juez ante quien se promueva un acto de jurisdicción voluntaria que se considera incompetente territorialmente, podrá abstenerse de intervenir en el mismo, oído el Ministerio fiscal, y prevenir a los interesados que usen de su derecho ante quien corresponda.

E. Recusación y abstención.—La posibilidad de recusación y abstención de los componentes del órgano judicial ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria igual que en la contenciosa.

Se ha dicho, sin embargo, que, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, en que el Juez puede ser recusado por alguna de las causas legales, no puede serlo en la voluntaria (104). Pero no puede aceptarse esta opinión, porque los negocios de jurisdicción voluntaria se encomiendan a los órganos judiciales, aunque para la mayoría de los autores no sean de naturaleza jurisdiccional, precisamente, por las garantías de independencia e imparcialidad que ofrecen los mismos, y como la recusación y abstención tiende a asegurar esa imparcialidad, deben permitirse en la jurisdicción voluntaria por las mismas razones que en la contenciosa.

En nuestro Derecho, la posibilidad de la recusación y abstención de los componentes del órgano judicial, ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria, puesto que las mismas están reguladas en el libro I de la L. de E. c., que, como es sabido, contienen las disposiciones aplicables a una y otra jurisdicción, sin que en las normas del libro III relativas a la jurisdicción voluntaria se contenga ninguna contraria a la posibilidad de la recusación y abstención.

(104) Cfr. TURGEON: *Essai sur la jurisdiction volontaire*, en «Revue du Notariat», Quebec (Canadá), 1950, noviembre y diciembre, págs. 179 y ss.

22. *El Ministerio Fiscal.*

Debido a la finalidad protectora de los derechos de los menores, incapaces, ausentes o personas ignoradas que en la jurisdicción voluntaria se persigue, suele intervenir en la mayor parte de los negocios, además del órgano judicial, otro órgano del Estado que tiene como misión específica la defensa de los intereses de esas personas. Este órgano es el Ministerio Fiscal. El artículo 1.815 de la L. de E. c. dice, en efecto, que se oír precisamente al Ministerio Fiscal en los negocios que afecten a los intereses públicos o a personas o cosas cuya protección o defensa compete a la autoridad. El artículo 2.111 de la propia Ley también dispone, con respecto a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, que en los casos en que las diligencias puedan afectar a los intereses públicos o a personas que, presentes o ausentes, gocen de una especial protección de las leyes o sean ignoradas, se citará al Fiscal. Además, al regularse cada acto o negocio en particular, se prescribe la intervención del Ministerio Fiscal en muchos de ellos. Y el artículo 2.º del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, entre las atribuciones de dicho Ministerio, enumera las de representar al Estado, a la Administración y a los establecimientos públicos de Instrucción o de Beneficencia en las cuestiones en que tales entidades sean parte o tengan algún interés, siempre que expresamente no esté atribuida la representación a los Abogados del Estado o a otros funcionarios (núm. 3.º); intervenir, ejerciendo las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas y en cuantos, por afectar a intereses sociales, ordenen las leyes o el Gobierno estime procedente su intervención (núm. 4.º); y representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes en cada caso para la defensa de sus propiedades y derechos (núm. 5.º).

De todas estas disposiciones se deduce que la intervención del Ministerio Fiscal en los negocios de jurisdicción voluntaria puede tener lugar en los supuestos siguientes:

1.º Cuando se trate de negocios que afecten a los intereses del Estado o de otras entidades públicas (Provincias, Municipios, Establecimientos de Beneficencia, etc.). Este supuesto se producirá muy raramente, porque la representación de tales entidades suele estar atribuida a otros funcionarios y el Ministerio Fiscal sólo tiene que intervenir en los casos en que no lo esté.

2.º Cuando se trate de negocios que puedan afectar al interés público, en un sentido amplio, o sea, al interés social o colectivo como serán los negocios que se refieran al estado civil y condición de las personas o los que puedan perjudicar a personas ignoradas; y

3.º Cuando se refieran a menores, incapaces, ausentes u otras personas impedidas para administrar sus bienes.

Los órganos del Ministerio Fiscal que intervienen en los negocios de jurisdicción voluntaria, al igual que en los demás asuntos civiles, son, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926 y en el 95 de su Reglamento de 17 de febrero de 1927: en los Juzgados de Primera Instancia de la capital de las Audiencias Territoriales, los Fiscales de las mismas por sí o delegando en los demás funcionarios fiscales de ellas, o en los Fiscales Municipales; en los Juzgados de las demás capitales, los Fiscales de las Audiencias provinciales correspondientes, que a tal efecto se considerarán delegados del Fiscal de la Territorial, pudiendo actuar ellos mismos o delegar, a su vez, en los demás funcionarios fiscales de la Audiencia o en los Fiscales Municipales; y en los demás Juzgados de Primera Instancia, los Fiscales Municipales si son Letrados, y cuando no lo sean, los Delegados Fiscales que puede nombrar el Fiscal de la Audiencia Territorial, si bien éste, tanto en uno como en otro caso, puede disponer lo contrario y reservarse para sí la intervención en todos o en determinados negocios. En los negocios que se ventilen ante el Tribunal Supremo o en las Audiencias Territoriales, actuará el Fiscal de aquél o los de éstas, por sí o por medio de los funcionarios fiscales del respectivo Tribunal. Y en los que se ventilen ante los Juzgados Municipales o Comarcales, los Fiscales Municipales.

El Ministerio Fiscal podrá y deberá formular cuantas peticiones considere necesarias para la defensa de los intereses cuya protección se le confía, pudiendo pedir la práctica de las diligencias y pruebas que considere necesarias a tal objeto. Con referencia a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, se dispone, no obstante, en el artículo 2.111 de la L. de E. c., que la intervención del Ministerio Fiscal—y la de los terceros interesados, según veremos (núm. 24)—se limitará a adquirir el conocimiento de quiénes sean las personas que intervengan en las diligencias y a su capacidad legal respecto al carácter con que la hacen, sin que pueda formular más reclamaciones que las relacionadas con la identidad y la capacidad legal de las personas concurrentes (105). El precepto no puede ser más desafortunado, tanto en su redacción como en la limitación que establece, pues no tiene sentido limitar la intervención del Ministerio Fiscal a la posibilidad de formular reclamaciones relacionadas con la identidad o la capacidad legal de las personas que intervengan en los expedientes, ya que si dicho Ministerio interviene para la defensa de los inte-

(105) En la Regla 5.ª del propio art. 2.111 se dice que si las reclamaciones versaren sobre faltas subsanables, el Juez decretará lo que corresponda para completar en lo posible las diligencias. Aunque nada se diga sobre las faltas no subsanables habrá de estimarse que el Ministerio Fiscal podrá también formular reclamaciones sobre ellas.

reses públicos o de las personas impedidas para administrar sus bienes, debe poder formular cuantas peticiones considere necesarias para la defensa de esos mismos intereses cuya protección se le confía.

El Juez accederá a las diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal si las estima procedentes, pudiendo denegarlas en caso contrario, igual que cuando las pidan los que promuevan los expedientes o los demás participantes.

En materia de recursos, podrán interponer los Fiscales los mismos que los demás interesados. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 1.819, 1.820 y 2.112 de la L. de E. c., según los cuales las apelaciones que interpongan los que hayan promovido el expediente se admitirán en ambos efectos y en uno solo los que interpongan los demás interesados, Reus opina que el Ministerio Fiscal ha de ser equiparado a éstos y si apela deberá admitirse la apelación en un solo efecto (106).

En cuanto a la forma de intervenir el Ministerio Fiscal, la Ley, en las disposiciones generales sobre la jurisdicción voluntaria, se limita a decir que emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente (art. 1.815), y en las disposiciones generales para los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, dice que se le entregarán las diligencias ultimadas que sean (art. 2.111, r. 4.ª). De lo dispuesto al regular algunos negocios en particular se deduce que debe citársele también para la práctica de informaciones testificales o de las demás pruebas que se celebren, y así suele hacerse en la práctica.

23. *Los interesados.*

Los otros elementos subjetivos de los negocios de jurisdicción voluntaria, además del órgano judicial y del Ministerio Fiscal, son los interesados que promueven o pueden intervenir en los mismos. Por analogía cabría hablar de partes para aludir a estos interesados; pero como la jurisdicción voluntaria se caracteriza según anteriormente vimos (núm. 7) por la inexistencia de partes contrapuestas, no puede propiamente designarse a los mismos con la denominación de partes, debiendo llamárseles interesados, participantes o simplemente sujetos de los negocios de jurisdicción voluntaria, puesto que los otros elementos subjetivos de ésta—órgano judicial y Ministerio Fiscal—tienen una denominación específica que los distingue. O sea, que se puede emplear el término sujeto de la jurisdicción voluntaria en un sentido amplio, para aludir a todos los elementos subjetivos de la misma (órgano judicial, interesados y Ministerio Fiscal), o en un sentido más restringido,

(106) *Ley de Enjuiciamiento Civil concordada y anotada*, 2.ª ed. T. IV, página 309.

para referirse sólo al segundo de los expresados elementos subjetivos (107).

A. *Capacidad*.—Tienen capacidad para ser sujeto de los negocios de jurisdicción voluntaria todas las personas, de la misma manera que la tienen para ser parte en la contenciosa, pues no supone más que la posibilidad de ser titular de los derechos o de las obligaciones que se derivan de tales negocios, por lo que la tendrá todo el que en la vida civil tenga la capacidad jurídica o de goce. En cambio, la capacidad para comparecer y actuar en la jurisdicción voluntaria, igual que la capacidad procesal o capacidad para actuar en la contenciosa, sólo la tienen quienes, además de tener la capacidad jurídica o de goce, tengan la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Las personas que no tengan ésta (menores, mujeres casadas, locos, sordomudos, pródigos o sujetos a interdicción civil), aunque puedan ser sujeto de los negocios de jurisdicción voluntaria, no podrán, por regla general, actuar o comparecer en los mismos, sino que habrán de comparecer por ellos sus representantes legítimos o suplirse su incapacidad con arreglo a derecho.

La L. de E. c., al tratar de la jurisdicción voluntaria, no lo dispone así expresamente, pero ello es innecesario, puesto que en su artículo 2.º dice que «sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», agregando que «por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho», y este artículo se encuentra en el libro I, cuyas disposiciones, según vimos (núm. 18), son aplicables a los negocios de jurisdicción voluntaria, en cuanto no se opongan a las del libro III ni sean contrarias a la naturaleza de tales negocios, por lo que ha de estimarse que el mismo es aplicable a los negocios de jurisdicción voluntaria (108).

Ahora bien: la incapacidad para comparecer en juicio de las referidas personas que no están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles es la regla general, pero esta regla tiene determinadas excepciones, pues hay casos en que pueden hacerlo, y entre ellos se encuentran varios referentes a la jurisdicción voluntaria. Así, los menores pueden comparecer para pedir que se les nombre defensor judicial (art. 165 C. c.), para solicitar su depósito judicial (art. 1.910 L. de E. c.) y cuando sean mayores de doce o catorce años han de comparecer en unión del padre o la madre para solicitar la autorización para la enajenación de sus bienes (artículo

(107) Se puede emplear también en un sentido todavía más restringido, como lo hace CARNELUTTI, para el cual el sujeto del negocio que constituye la materia de la jurisdicción voluntaria es el sujeto del interés a cuya tutela se refiere aquél, esto es, aquella persona a la que pertenece el interés que se trata de tutelar (Cfr. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. española, págs. 44-45).

(108) Vid., en este sentido, REUS, ob. cit., págs. 303 y ss.

lo 2.012 de la L. de E. c.); las mujeres casadas puede comparecer también para solicitar su depósito (art. 1.910 de la L. de E. c.) y su habilitación para comparecer en juicio (art. 1.994 L. de E. c.); y los locos y sordomudos pueden comparecer en el expediente sobre declaración de su incapacidad (art. 215 C. c.).

B. *Legitimación*.—A más de la capacidad para ser sujeto de los negocios de jurisdicción voluntaria o capacidad jurídica, y de la capacidad para comparecer en los mismos o capacidad de obrar, es necesaria para poder promover en concreto un determinado negocio de dicha clase la concurrencia de la legitimación, de modo análogo a lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, pues no todos los que tengan capacidad para ser sujetos de los negocios de jurisdicción voluntaria y para comparecer o actuar en ella, pueden promover un determinado negocio, sino que, además, han de encontrarse en una relación o vínculo con el objeto del mismo que les faculte o legitime para promoverle. Así lo viene a reconocer la ley, cuando dice en distintos artículos quiénes son parte legítima para promover cada acto o negocio (véanse, por ejemplo, los artículos 1.825, 1.944, 2.061 y 2.071 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Por regla general, la legitimación viene determinada por la titularidad de los derechos o intereses que en cada negocio se tratan de proteger. Los titulares de estos derechos son los que normalmente están legitimados para promover el acto o negocio de que se trate. Pero, al igual que en la jurisdicción contenciosa, a veces están legitimados para promover los actos otras personas que no son los titulares de los derechos o relaciones jurídicas objeto de los mismos, como sucede, por ejemplo, en los casos de ausencia (artículo 182 C. c.), declaración de incapacidad (art. 214 C. c.) o constitución del organismo tutelar (art. 193 C. c.), en que se faculta y, a veces, se obliga a promover la declaración de ausencia, la de incapacidad o la constitución del organismo tutelar a ciertos parientes o personas relacionadas con los ausentes, incapaces o menores cuyos derechos se tratan de proteger. En tales supuestos ha de estimarse que se trata de casos análogos a los de *sustitución procesal* en la jurisdicción contenciosa, ya que las citadas personas actúan en el expediente de jurisdicción voluntaria en su propio nombre y no en nombre de los menores, incapaces o ausentes.

De lo que no puede hablarse propiamente en la jurisdicción voluntaria es de la legitimación pasiva, ya que ésta supone la necesidad de que se interponga la demanda frente a determinada persona que está obligada a soportar la carga de ser demandada por encontrarse en relación o nexo con el objeto del proceso, y la jurisdicción voluntaria se caracteriza precisamente por la falta de parte demandada, según anteriormente vimos (núm. 7).

C. *Postulación*.—Por lo que se refiere a la postulación, en la

jurisdicción voluntaria, según los artículos 4.º y 10 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no es necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador, pudiendo los interesados comparecer por sí mismos o por medio de factor mercantil, cuyo apoderamiento conste inscrito en el Registro Mercantil, pero no valiéndose de otras personas que no sean procuradores en los pueblos en que los haya. Si los interesados se valen de Procurador o Letrado, los derechos u honorarios de éstos habrán de ser abonados por el interesado que los utilice, sin que en el caso de que se condene en costas a otro participante puedan incluirse en la tasación los honorarios o derechos del Abogado o el Procurador, según ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de mayo de 1912.

24. *La intervención de terceros.*

Como en la jurisdicción voluntaria no se formula una pretensión contra o frente a otra u otras personas, sino que se trata de varios interesados que proceden de acuerdo, o de uno solo que pide la actuación de que se trate, pero sin formular una pretensión contra o frente a otra persona, es lógico que en los expedientes de dicha jurisdicción puedan intervenir y ser oídas cuantas personas tengan interés en lo que sea objeto de los mismos, tanto si han sido citadas como si comparecen espontáneamente.

Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.813, 1.817 y 2.111, r. 1.ª de la Ley de Enjuiciamiento civil. En el primero de ellos se dispone que si el que promoviere el acto pidiese 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. En el 1.817 se permite a los que tengan interés en el asunto que se opongán al expediente y, por tanto, que comparezcan en el mismo. Y en la r. 1.ª del artículo 2.111, con respecto a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, se dice que cuando hubiera terceras personas a quienes las actuaciones puedan perjudicar deberán ser citadas para que si quieren concurren a su práctica, sin perjuicio de que también pueda acudir a las mismas todo aquél que entienda le interesa el asunto que se ventile.

Si se comparan estos preceptos se observará que en el artículo 2.111 se permite intervenir a las personas que tengan interés en el asunto, aunque no hayan sido citadas, lo que no se dice en el artículo 1.813, por lo que podría parecer que en los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, a que éste se aplica, sólo pueden comparecer y ser oídos los terceros interesados a quienes se haya mandado oír. Sin embargo, creemos que también en estos negocios podrán comparecer los terceros que tengan interés en el asunto, aunque no hayan sido citados, y el propio artículo 1.813 lo da por supuesto, al decir que si quien tenga interés legítimo en

el expediente solicitare que se oiga a alguna persona, se otorgará la audiencia, lo que revela que quien tenga interés, aunque no haya sido citado, puede comparecer, ya que puede pedir que se oiga a otras personas.

Es requisito necesario para poder intervenir en los negocios de jurisdicción voluntaria, tanto si se interviene espontáneamente como si se hace en virtud de citación judicial, que se tenga interés en el asunto, debiendo rechazarse la intervención en caso contrario. Este interés puede consistir en que el tercero tenga alguna relación con lo que sea objeto del expediente y pueda causarle perjuicio la resolución que en éste recaiga, o en que tenga determinados vínculos con los menores, incapaces o ausentes, cuyos derechos se tratan de proteger, pues han de reconocerse que las personas a quienes la ley legítima en estos casos para promover el expediente, podrán intervenir también en el mismo si no le han promovido.

La intervención de las personas que tengan interés en el asunto puede tener por objeto: a) coadyuvar con el que haya promovido el expediente; b) formular alguna petición independiente, aunque sin oponerse a lo pedido por el promotor del expediente, como será, por ejemplo, que se oiga a alguna otra persona que crean interesada en el asunto, que se practique alguna prueba o que se subsane algún defecto de capacidad o de otra índole; y c) oponerse a lo solicitado en el expediente.

La L. de E. c., al tratar de los negocios de jurisdicción voluntaria en materia civil, sólo se ocupa de este último supuesto, sin que indique la posibilidad de que las personas que intervengan puedan formular las otras peticiones. No obstante, tampoco lo prohíbe, y el artículo 1.813 viene a reconocer que pueden formular alguna de ellas, como es la de que se oiga a otras personas; y habla de oír o de otorgar audiencia a los que tengan interés en el asunto, por lo que creemos que éstos podrán formular todas esas peticiones indicadas, debiendo el Juez tener en cuenta las mismas y acceder o no a ellas, según sea procedente en cada caso.

En cambio, al tratar de los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, la r. 1.ª del artículo 2.111 de la Ley de Enjuiciamiento civil no habla de oír a los terceros interesados, sino de citarlos para que puedan concurrir a la práctica de las actuaciones, y en las reglas 4.ª y 5.ª del propio artículo se dispone que la intervención de las terceras personas a quienes se cite—y también la del Ministerio Fiscal, según antes vimos (núm. 23)—, se limitarán a adquirir el conocimiento de quienes sean las personas que intervengan en las diligencias, y a su capacidad legal respecto al carácter con que lo hacen, agregando que cualquiera otra reclamación que hicieren, fuera de los casos relativos a la identidad y a la capacidad legal de las personas concurrentes, sólo dará lugar a que se les reserve su derecho para que puedan ejercitarlo donde y como lo estimen conveniente, y que si las reclamaciones que hicieren versaren sobre faltas subsanables, el Juez decretará lo que

corresponda para completar en lo posible las diligencias. De estos preceptos se deduce que los terceros que intervengan en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia comercial, lo pueden hacer al objeto de formular peticiones sobre la capacidad legal o el carácter de las personas que intervengan en las diligencias, y sobre las faltas subsanables que se hayan cometido en las mismas, sin poder formular otras peticiones ni oponerse al expediente. Sin embargo, no puede negárseles la facultad de oponerse al expediente si se fundan en que lo pretendido en el mismo no es materia propia de la jurisdicción voluntaria. Tampoco hay razón para que se niegue a los terceros que intervengan la posibilidad de formular otras peticiones, como, por ejemplo, que se oiga a otras personas que puedan tener interés en el asunto, o que se practique alguna prueba o justificación que se estime procedente para el mejor esclarecimiento de los hechos (109).

25. *Presencia o ausencia de los interesados.*

De modo análogo a lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, es posible en la voluntaria, que el actor, después de iniciar el expediente, permanezca inactivo, o que los interesados a quienes se cite para ser oídos o para la práctica de las diligencias que puedan perjudicarles no comparezcan, y es necesario examinar las consecuencias que de la inactividad de unos y de otros se derivan.

A) *Inactividad del actor o solicitante.*—En la jurisdicción contenciosa la inactividad del actor después de presentada la demanda, por regla general, no constituye un obstáculo para la marcha del proceso, el cual seguirá su curso hasta la sentencia, a no ser que permanezca también inactivo el demandado y pueda producirse la caducidad de la instancia. Por excepción, en los juicios verbales, la no comparecencia del demandante en el día y hora señalados para el juicio, produce el efecto de que se le tenga por desistido de la celebración del mismo, condenándosele al pago de las costas y a que indemnice los perjuicios causados al demandado compareciente (art. 728, L. E. c.).

En la jurisdicción voluntaria ha de estimarse que regirá la regla general anteriormente indicada, o sea, que la inactividad del actor después de iniciado el expediente o negocio, no constituye un obstáculo que impida su continuación hasta dictarse la resolución definitiva que proceda, pues aunque no haya parte demandada que inste el curso del procedimiento, ello no es necesari-

(109) RODRÍGUEZ VALCÁRCEL, entiende que a pesar de lo dispuesto en la regla 4.ª del art. 2.III indicado, no se puede negar a los terceros interesados y, en su caso, al Ministerio Fiscal, la facultad de ser oídos sobre el fondo del asunto (cfr. *Revisión judicial de aportaciones no dinerarias a la Sociedad Anónima*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, págs. 576-577).

rio para que el Juez deba continuar su tramitación, según lo dispuesto en el R. D. de 2 de abril de 1924, que estableció en nuestro derecho el principio del impulso oficial. Lo que podrá suceder, en algún caso, es que para la continuación del procedimiento sea necesaria alguna actuación que haya de realizar el promotor del expediente, y, en tal caso, la inactividad del mismo puede dar lugar a que se produzca la caducidad de la instancia.

B) *Inactividad de los demás interesados.*—La inactividad total o rebeldía del demandado en la jurisdicción contenciosa tampoco constituye un obstáculo para la continuación del juicio, el cual, por regla general, seguirá su curso sin el mismo. En algunos procesos, como los de desahucio que se siguen ante los Juzgados Municipales, la rebeldía se considera como conformidad con lo pedido en la demanda, produciendo el efecto de que se dicte, sin más, sentencia, declarando haber lugar al desahucio (art. 1.578 de la L. de E. c.). Y en otros, como las tercerías y los juicios de desahucio que se siguen ante los Juzgados de Primera Instancia, la rebeldía produce el efecto de que se tengan por admitidos los hechos de la demanda (arts. 1.541 y 1.593 L. E. c.). Pero, por regla general, la rebeldía del demandado, ni impide la continuación del juicio, ni exime al actor de probar su demanda si quiere que la misma sea estimada, pues, como la comparecencia del demandado no constituye para éste una obligación, sino una carga, su incomparecencia sólo produce las consecuencias inherentes al incumplimiento de tal carga, o sea la pérdida de la ocasión de defender en el juicio sus posibles derechos. Aparte de ello, la incomparecencia del demandado despierta la sospecha de que proceda con malicia, por lo que, para evitar que eluda los efectos del juicio y asegurar el cumplimiento de su posible condena, se permite al actor solicitar la retención de los bienes muebles y el embargo de los inmuebles del rebelde (art. 762 L. E. c.).

En la jurisdicción voluntaria, como no existe parte demandada, no puede propiamente hablarse de rebeldía de la misma. Las personas a quienes se cite para ser oídas o para que concurran a la práctica de las diligencias que les interesen, no pueden ser equiparadas a los demandados en la jurisdicción contenciosa, ni su falta de comparecencia da derecho al actor para pedir la retención o embargo de sus bienes. Tampoco su incomparecencia puede ser considerada, sin más, como conformidad con lo pedido en el expediente o con los hechos en él alegados, no eximiendo de la necesidad de justificar tales hechos. La inactividad de tales personas sólo supone para ellas la pérdida de la ocasión que se les presentaba para defender en el expediente sus posibles derechos o evitar los perjuicios que se puedan causar a sus intereses; y esta pérdida de la ocasión de defender sus derechos o intereses, aunque sea análoga a la que para el demandado rebelde se produce en la jurisdicción contenciosa, no es totalmente equiparable a ella, porque en la jurisdicción contenciosa las sentencias que se dicten,

aun en rebeldía, producen, por regla general, la cosa juzgada material, por lo que no podrá el rebelde defender en otro proceso los derechos que tuvo ocasión de defender en el anterior en que no compareció, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en la que, como luego veremos (núm. 38) no se produce la cosa juzgada material, por lo que los interesados a quienes se cite en los expedientes podrán defender en otro proceso los derechos o intereses que hubieran podido defender en el expediente de jurisdicción voluntaria de haber comparecido.

Lo expuesto no quiere decir que de la incomparecencia no pueda derivarse para los interesados ningún perjuicio, pues, aunque las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no produzcan la cosa juzgada material, los derechos que al amparo de las mismas adquiriera algún tercero de buena fe han de ser respetados, como también veremos después (núm. 38), y esa adquisición de derechos por los terceros puede producirse en perjuicio de los intereses o derechos de las personas interesadas a quienes se citó y que no comparecieron en el expediente.

II. OBJETO

26. *Solicitudes que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria.*

Al hablar del objeto de la jurisdicción voluntaria nos referimos a la materia sobre la cual ha de recaer la misma, lo que supone determinar qué peticiones o solicitudes pueden formularse en dicha jurisdicción y pueden, por tanto, ser objeto de la misma.

De lo dispuesto en el artículo 1.811 de la L. de E. c., se deduce que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria las peticiones de cualquier actuación que se dirijan a los órganos judiciales sin que en ellas se promueva cuestión o contienda entre partes, pues, según dicho artículo, «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Al considerarse en este precepto como actos de jurisdicción voluntaria, no sólo aquellos en que sea necesaria la intervención del juez, sino también aquellos en que simplemente se solicite tal intervención, sin establecerse más limitación que la relativa a que no se promueva cuestión entre partes, se da a entender que pueden ser objeto de la jurisdicción voluntaria todas las peticiones o solicitudes de cualquier actuación que quieran dirigirse a los órganos judiciales, con tal de que no contengan una pretensión contra o frente a otra persona, es decir, con tal de que no sean materia propia de la jurisdicción contenciosa. Así, Reus, al comentar el referido artículo, pone como ejemplo de los actos de jurisdicción volunta-

ria que pueden promoverse al amparo del mismo, el que se promueve por una persona, que tenga una rúbrica larga y difícil, y desee cambiarla, para que quede tal cambio solemnemente acreditado (110).

No creemos, sin embargo, que puedan ser objeto o materia de la jurisdicción voluntaria todas las peticiones o actuaciones que se soliciten de los órganos judiciales y que no impliquen una pretensión contra o frente a otra persona. Además de esto, será necesaria la concurrencia de una causa o motivo que justifique las mismas, pues, de la misma manera que para la prestación de la tutela jurídica en la jurisdicción contenciosa se estima necesaria la existencia de una causa o interés jurídico (111), ha de estimarse que en la jurisdicción voluntaria es también necesaria la existencia de un interés jurídico de que se realice la actuación que se pretenda. Por ello, no podrán constituir objeto o materia propia de la jurisdicción voluntaria las peticiones de cualquier actuación que se dirijan a los órganos judiciales, aunque en ellas no se formule una pretensión contra o frente a persona determinada, sino sólo aquellas en que exista una necesidad o un interés jurídico de que se realicen las actuaciones que se pretendan, y de que éstas sean realizadas por los órganos judiciales, ya que si existen otros órganos adecuados para realizar las mismas, no podrá alegarse un interés jurídico de que sean realizadas por los órganos judiciales, ni, por tanto, deberán poder ser objeto de la jurisdicción voluntaria, entendida ésta en el sentido restringido en que la venimos considerando, o sea, como actividad encomendada a los órganos judiciales. Así, en el ejemplo propuesto por Reus, anteriormente indicado, creemos que no se trata de una actuación que pueda ser objeto de la jurisdicción voluntaria, porque, aunque quien pretenda cambiar la rúbrica tenga un interés legítimo en que el cambio conste de forma solemne, lo que no puede tener es un interés objeto y directo de que se realice en acto de jurisdicción voluntaria ante el órgano judicial, puesto que existen otros órganos más adecuados para solemnizar o autentizar tales actos.

Lo anteriormente expuesto es aplicable a los que podríamos llamar negocios de jurisdicción voluntaria innominados, que pueden promoverse al amparo de lo dispuesto en la norma general del artículo 1.811 de la L. de E. c. En principio, también lo es a los especialmente regulados o considerados como tales negocios de jurisdicción voluntaria en la ley, puesto que ha de estimarse que en ellos es también necesaria la concurrencia de un interés jurídico en que se realicen por el órgano judicial las actuaciones que se pretendan. Sin embargo, en la ley se regulan algunos negocios de jurisdicción voluntaria en que no existe necesidad o interés le-

(110) *Ley de Enjuiciamiento Civil concordada y anotada*, T. IV, 2.^a edición, páginas 283-284.

(111) Vid. GUASP: *Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales*, en «*Revista de Derecho Procesal*», 1948, págs. 403 y ss.

gítimo de que sean realizados por los órganos judiciales, como son ciertos actos de documentación o constatación (informaciones «ad perpetuam», subastas voluntarias, etc.), que no hay causa o motivo para que puedan realizarse ante los órganos judiciales, puesto que existen otros órganos más adecuados para realizar los mismos, según hemos visto (núms. 11 y 16).

27. *La oposición a las mismas.*

Dispone el artículo 1.317 de la L. de E. c. que «si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fueren objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según su cuantía». De lo dispuesto en este artículo parece deducirse que siempre que en algún negocio de jurisdicción voluntaria se formule oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará el mismo contencioso. Sin embargo, al regular después la ley algunos negocios, da a entender que la oposición que se haga a los mismos no los convierte en contenciosos, sino que, no obstante ella, debe seguir su tramitación hasta que recaiga la resolución procedente. Así lo ha reconocido el T. S., al declarar que en los actos de jurisdicción voluntaria especialmente regulados en la ley, debe seguirse el procedimiento señalado para ellos en cada caso, sin que la oposición de las partes haga contencioso el expediente que debe tramitarse hasta que recaiga la oportuna resolución (Ss. de 27 de enero de 1912 y 18 de octubre de 1918), y que lo dispuesto en el artículo 1.817 no es aplicable a todos los actos de jurisdicción voluntaria del libro III, no sólo por lo prevenido en el artículo 1.824, sino también porque la jurisprudencia ha establecido casos de excepción, como son todos aquellos en que el acto de esa naturaleza tiene carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor (S. de 3 de junio de 1950). Ello es lo que sucede, según el propio T. S., en los depósitos de personas (Ss. de 14 de noviembre de 1914, 18 de octubre de 1928 y 3 de junio de 1950), en el nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro (Ss. de 25 de abril de 1896, 10 de febrero de 1899, 10 de diciembre de 1906 y 18 de octubre de 1918) y en el caso de oposición del marido a que se conceda a su mujer licencia para aceptar una herencia (S. de 18 de enero de 1909).

Por tanto, la oposición formulada en los negocios de jurisdicción voluntaria por quien tenga interés legítimo, los hace contenciosos por regla general, pero esta regla no es aplicable a los negocios especialmente regulados en la ley, en que de las disposiciones relativas a los mismos se desprenda que, aunque se formule oposición, debe continuar la tramitación sin hacerse contencioso el expediente hasta dictarse la resolución que en cada caso proceda.

En lugar de seguirse este criterio que tiene en cuenta la clase

del acto o negocio para determinar los efectos de la oposición, tal vez hubiera sido preferible tener en cuenta la clase de oposición. La jurisdicción voluntaria no se caracteriza; a pesar de su nombre, por la voluntariedad, esto es, por la falta de coacción, pues también en ella, en muchos casos, se cumplen deberes y se ejerce la coacción, por lo cual, la oposición a los actos de jurisdicción voluntaria no debe, sin más, producir el efecto de que hayan de sobreseerse los mismos y declararse contenciosos. Lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria, según anteriormente vimos (núm. 7), es la falta de partes contrapuestas: el hecho de que en ella no se formule una pretensión por una persona contra o frente a otra u otras. Por ello, la oposición a los negocios de jurisdicción voluntaria, sólo debe producir el efecto de que hayan de sobreseerse los mismos y declararse contenciosos, cuando se funde en que en el negocio de que se trate se formula, expresa o implícitamente, una pretensión contra o frente a otra persona. En este caso se tratará de una cuestión impropia de la jurisdicción voluntaria y que debe ser objeto de un proceso contencioso, por lo cual, al formularse la oposición fundándose en ello, si en el expediente de jurisdicción voluntaria se justifica que, en efecto, se formula en el mismo una pretensión contra o frente a otra persona, debe ser sobreseído y acordarse que se sustancie por los trámites del correspondiente proceso contencioso. En los casos en que la oposición se funde en otra causa no hay motivo para declarar contencioso el expediente, sino que debe continuar su tramitación y dictarse en el mismo la resolución correspondiente, accediendo a lo solicitado por quien le haya promovido, o denegándolo, según proceda en cada caso. En suma, que la oposición que se haga a los expedientes de jurisdicción voluntaria sólo debe producir el efecto de que se declaren contenciosos, cuando se funde en que en ellos se formula, expresa o implícitamente, una pretensión contra o frente a otra persona, o sea, en que el objeto de los mismos es materia propia de la jurisdicción contenciosa y no de la voluntaria.

Según el artículo 1.817 de la L. de E. c., en los casos en que se formule oposición y se declare contencioso el expediente, queda sin alterar la situación que al tiempo de promoverlo tuvieron los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda. El Tribunal Supremo ha declarado que en éste pueden formularse nuevas pretensiones (S. de 20 de mayo de 1899), y que no es un juicio independiente el que ha de seguirse, sino la continuación del expediente en la forma contenciosa que corresponda (S. de 7 de octubre de 1896, A. de 27 de abril de 1948 y S. de 3 de febrero de 1951). Esta continuación sólo tendrá lugar cuando la inste alguno de los interesados formulando la oportuna demanda del juicio que proceda, porque si no se insta por ninguno, el expediente quedará en suspenso. Por ello, no creemos que, como dice Reus (112), en

(112) Ob. y T. cit., pág. 304.

el juicio, el que promovió el expediente de jurisdicción voluntaria haga las veces de demandante y el que se opuso las de demandado, sino que hará de demandante el que inste la continuación del expediente en forma contenciosa, puesto que para ello habrá de formular la oportuna demanda, y aunque por regla general será el que promovió el expediente quien lo haga, si no lo hace, y el que se opuso al mismo le interesa la continuación en forma contenciosa, él será quien tenga que formular la demanda y, por tanto, hacer las veces de demandante.

28. *Pluralidad de objetos.*

En la jurisdicción voluntaria, de la misma manera que en la contenciosa, es posible que cada acto o negocio no tenga un solo objeto, sino varios, lo cual tendrá lugar cuando al promoverse un negocio de esta clase se acumulen varias peticiones que puedan constituir objeto de otros tantos negocios, o cuando se reúnan o acumulen dos o más negocios o expedientes.

Estas posibilidades han de admitirse, porque las normas referentes a la acumulación de acciones y autos se encuentran en el libro I de la L. de E. c. (arts. 153 al 165), que, como es sabido, contiene las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que entre las disposiciones relativas a ésta exista ninguna que se oponga a la acumulación de acciones o pedimentos, por lo que ésta será, por regla general, posible en la jurisdicción voluntaria. Con respecto a la acumulación de autos, no sólo no existe tampoco ningún precepto que la prohíba, sino que incluso hay uno, cual es el artículo 1.823, del que se deduce, a «sensu contrario», que la acumulación de negocios de jurisdicción voluntaria entre sí es posible, puesto que dice que los expedientes sobre actos de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa, sin decir que aquéllos no sean acumulables entre sí.

En todo caso, para que una y otra acumulación procedan, será necesario que concurren los requisitos que para las acumulaciones en general se exigen en los artículos 153 y siguientes de la L. de Enjuiciamiento civil, lo cual no será fácil, por lo que la acumulación en los negocios de jurisdicción voluntaria será poco frecuente.

La prohibición que se contiene en el artículo 1.823 de acumular los expedientes de jurisdicción voluntaria a los de la contenciosa era innecesaria, puesto que unos y otros son de distinta clase, y ya la Ley, al tratar de las acumulaciones, exige que sean de la misma clase los procesos que se traten de acumular (art. 164), por lo cual, aunque nada se hubiera dispuesto expresamente, habría de estimarse que los negocios de jurisdicción voluntaria no son acumulables a los contenciosos.

A pesar de que el expresado artículo 1.823 se encuentra entre las disposiciones aplicables a todos los negocios de jurisdicción

voluntaria, el Tribunal Supremo ha estimado que la prohibición que se contiene en el mismo no es aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria referentes a negocios de comercio, los cuales son acumulables al juicio universal de quiebra (S. de 2 de febrero de 1926) (113).

III. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD

Los requisitos de la actividad que se realiza en los negocios de jurisdicción voluntaria, por regla general, son los mismos que en la contenciosa. Sin embargo, existen algunas diferencias que afectan fundamentalmente al tiempo y a la forma de los actos.

29. *Lugar de los actos.*

El lugar de los actos no ofrece particularidades en la jurisdicción voluntaria, pues en ella, igual que en la contenciosa—y aunque no exista ningún precepto que así lo diga expresamente para una ni para otra—, ha de estimarse que los actos, por regla general, se han de realizar en el local del órgano jurisdiccional, si bien, a veces, tienen que realizarse fuera del mismo. En estos casos puede suceder que se tengan que realizar fuera del local, pero dentro del lugar en que tiene su sede el órgano, en cuyo caso, éste, habrá de desplazarse al sitio en que hayan de realizarse, como, por ejemplo, sucede en el supuesto del artículo 1.882 de la L. de E. c. Puede también ocurrir que se tengan que realizar los actos fuera de la sede del órgano, pero dentro de su circunscripción, en cuyo caso el propio órgano podrá constituirse en el lugar de que se trate para realizar el acto, o encargar la práctica del mismo al órgano de él dependiente que tenga su sede en tal lugar, como acontece en el supuesto contemplado en el artículo 2.063 de la Ley de E. c. Y puede asimismo suceder que el acto haya de realizarse fuera de la circunscripción del órgano judicial, y aun fuera del territorio nacional, y entonces habrá de impetrarse el auxilio jurisdiccional interno o el internacional, igual que en la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 255, 284 y siguientes y 300 de la L. de E. c., los cuales han de estimarse aplicables tanto en una como en otra jurisdicción.

30. *Tiempo.*

En lo referente al tiempo, en la jurisdicción contenciosa se distinguen los días y horas hábiles y los inhábiles, determinándose que las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles bajo pena de nulidad, si bien se faculta a los órga-

(113) En todo caso, para que tales expedientes de jurisdicción voluntaria puedan acumularse al juicio de quiebra será necesario que se refieran a bienes que formen parte de la masa de la quiebra, como en términos generales se exige por los arts. 161 y 1.379 en relación con el 1.187 y el 1.003 de la L. de E. C.

nos judiciales, en los casos de urgencia, para que habiliten los días y horas inhábiles (arts. 256-259 de la L. de E. c.). En cambio, en la jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y todas las horas, sin excepción (art. 1.812). Según Reus, la razón de ello es la perentoriedad y el carácter urgente que de ordinario revisten los negocios de jurisdicción voluntaria (114). Sin embargo, como el propio Reus reconoce, existen muchos negocios de jurisdicción voluntaria que no son de carácter urgente, por lo cual, teniendo en cuenta la facilidad que se concede a los órganos judiciales para habilitar los días y horas inhábiles en los casos de urgencia, creemos que no había necesidad de haber modificado en esta materia el régimen general.

31. *Forma.*

La forma de realizarse las actuaciones de la jurisdicción voluntaria será, por regla general, la forma escrita, pues aunque no existe en la Ley ningún precepto que así lo diga con carácter general, se deduce de lo dispuesto en algunos preceptos particulares. Así, el artículo 1.815 dispone que el Fiscal, en los casos en que haya de ser oído, emitirá su dictamen por escrito; y al regularse los distintos negocios de jurisdicción voluntaria, se dice expresamente con respecto a muchos de ellos y se da por supuesto con respecto a otros, que las solicitudes en que se promuevan los mismos se formularán por escrito, por lo que ha de estimarse, en términos generales, que las solicitudes en que se promuevan los negocios deberán formularse por escrito, aunque, por excepción, puedan formularse oralmente en algún caso, como los contemplados en los artículos 1.910 y 2.147 de la L. de E. c. Creemos que, por regla general, también deben formularse por escrito las oposiciones y las demás peticiones o alegaciones que hagan los que hayan promovido los expedientes o los demás participantes, aunque pueda admitirse que algunas peticiones o alegaciones, como las que se refieran a la presentación de documentos o justificantes, u otras análogas, se hagan verbalmente, mediante comparecencia ante el órgano judicial. De modo análogo a lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, hay también actos que han de realizarse verbalmente, como, por ejemplo, las declaraciones de testigos y, eventualmente, los informes periciales. O sea, que rige en la jurisdicción voluntaria el *principio de escritura*, aunque con importantes excepciones a favor de la oralidad.

De los otros principios de forma, los denominados *principios de inmediación* y de *publicidad* regirán en la jurisdicción voluntaria del mismo modo que en la contenciosa, pues lo dispuesto en el artículo 254 de la L. de E. c., según el cual los Jueces recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba, y

(114) Ob. y T. cit., págs. 295-296.

en el 313, que dispone que las diligencias de prueba, vistas y demás negocios judiciales se practiquen en audiencia pública, será aplicable también a la jurisdicción voluntaria, puesto que tales preceptos se encuentran en el libro I de la Ley, en el que se contienen las normas generales aplicables a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que estén modificados por las normas del libro III, que contiene las disposiciones relativas a ésta.

En cambio, no sucede lo mismo en lo que se refiere al orden de los actos, pues en la jurisdicción contenciosa, los procesos, por regla general, si son escritos, se rigen por el principio de orden legal, estableciéndose fases o períodos para la realización de los distintos actos, y si son orales, por el de concentración, consistente en que se realicen los actos en una sesión o espacio de tiempo continuo a ser posible, o, si no, en pocas sesiones y muy próximas, mientras que en la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria no se exige ni lo uno ni lo otro, sino que se establece un procedimiento más flexible, dejándose cierto margen de libertad para la realización de los actos, lo que significa que rige el principio denominado de *orden libre* o, tal vez mejor, de *elasticidad*, que, sin duda, es más adecuado para la consecución de los fines que en esta jurisdicción se persiguen.

IV. PROCEDIMIENTO

Los distintos actos que se realizan en los negocios de la jurisdicción voluntaria pueden clasificarse, igual que los actos procesales en la contenciosa, en tres grandes grupos o categorías: actos de iniciación o nacimiento, actos de desarrollo y actos de conclusión.

32. *Nacimiento de los negocios: La solicitud.*

Aunque existen algunos negocios de jurisdicción voluntaria que pueden ser iniciados de oficio por el órgano judicial o a instancia del Ministerio Fiscal, como sucede en los supuestos contemplados en los artículos 215 y 293 del C. c. y 1.911 y 1.915 de la L. de E. c., lo normal en la jurisdicción voluntaria, igual que en la contenciosa, es que los negocios sean iniciados a instancia de los particulares.

El acto mediante el cual se inician los negocios por éstos no tiene un nombre específico, como lo tiene en la jurisdicción contenciosa el acto mediante el que se pide la iniciación del proceso, al cual se denomina demanda. En la jurisdicción voluntaria se suele hablar de peticiones o solicitudes, aunque por regla general se emplea esta denominación para aludir a las peticiones iniciales de los expedientes, y la de petición para referirse a las demás que

se formulen en el curso de los mismos. La Ley de Enjuiciamiento civil llama solicitudes a las peticiones de iniciación de los negocios (115), aunque alguna vez las denomina demandas, como en los deslindes (art. 2.061) o peticiones, como en la venta de bienes de menores (art. 2.012) (116).

Las solicitudes iniciales de los negocios tienen el doble carácter de ser actos en los que se pide la iniciación de los mismos, y en los que se formulan las peticiones de las actuaciones que se deseen, pues aunque conceptualmente puedan distinguirse en ellas ambas peticiones, igual que en la demanda se puede distinguir la petición de iniciación del proceso, de la pretensión que se formula, ambas peticiones normalmente se integran en un mismo acto, de modo que la solicitud es a la vez el medio de pedir la iniciación de los negocios y el de formular las peticiones que constituyen el objeto de los mismos.

No se determinan en la ley los requisitos o presupuestos que, en general, han de reunir las solicitudes. No obstante, creemos que normalmente habrán de reunir los siguientes:

a) En cuanto a los sujetos, habrán de interponerse ante el órgano judicial que sea competente y formularse por quien tenga capacidad para actuar en los negocios de jurisdicción voluntaria y esté legitimado para promover el acto o negocio de que se trate, todo ello de acuerdo con lo anteriormente expuesto (núms. 21 y 23). Si hubiere otras personas a quienes las actuaciones puedan interesar, deberán señalarse y pedirse que se las oiga, así como al Ministerio Fiscal, cuando la solicitud afecte al interés público o a personas o cosas cuya protección o defensa competa al mismo.

b) En lo referente al objeto, habrá de expresarse en las solicitudes el objeto o materia de las mismas, o sea la actuación que se pretende del órgano judicial, así como los hechos y las normas jurídicas que constituyan el fundamento de ella, si bien la invocación de éstas, aunque conveniente, no es necesaria, ya que por aplicación del principio del conocimiento oficial—«iura novit curia»—el Juez ha de aplicar las normas legales procedentes aunque no hayan sido alegadas. Como el procedimiento de la jurisdicción voluntaria no está normalmente dividido en fases o períodos dentro de los cuales hayan de realizarse los distintos actos (vid. núm. 31), no existe, por regla general, una fase para la proposición y práctica de pruebas, por lo cual a las solicitudes deben acompañarse los documentos o justificantes oportunos y, en su caso, ofrecerse las informaciones testificales o pedirse la prác-

(115) Así, en los arts. 1.817, 1.826, 1.881, 1.945, 2.032, 2.072, 2.092, 2.119, 2.129, 2.161, etc.

(116) DE PINA, sostiene que no hay motivo para no llamar demandas a las solicitudes iniciales de los expedientes de jurisdicción voluntaria (cfr. *Notas sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Derecho Procesal» (temas). Edic. Botas, México, 1951, pág. 217).

tica de otras pruebas, sin perjuicio de que puedan también presentarse los documentos u ofrecerse las pruebas en otro momento posterior.

c) En lo referente al lugar, tiempo y forma, los requisitos de las solicitudes no ofrecen particularidades con respecto a lo indicado al tratar de los requisitos de los actos en general (núms. 29 al 31). Así, el lugar en que han de presentarse las mismas será aquél en que tenga su sede el órgano judicial a quien se dirijan. El tiempo de presentación no está normalmente sujeto a limitaciones. Y la forma será la escrita, sin que por regla general sea necesaria la presentación de copias, puesto que la ley no la exige más que en algún supuesto concreto, como, por ejemplo, el previsto en el artículo 2.162 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Los efectos de las solicitudes no pueden ser totalmente equiparados a los que produce la demanda. De ésta, como es sabido, se derivan distintas clases de efectos o consecuencias: unos, de orden substantivo o material, como son los consistentes en poner al deudor en mora, impedir la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe e interrumpir la prescripción (117); y otros, de orden procesal, los cuales se comprenden bajo la denominación de «litis pendencia», y consisten en perpetuar la competencia del órgano judicial que lo sea en el momento de formularse la demanda, aunque después cambien los hechos que sirvieron para determinar la competencia; perpetuar también la legitimación de las partes, aunque luego se modifiquen las causas determinantes de la misma, como, por ejemplo, si se transmite la cosa litigiosa; establecer lo que va a ser objeto del proceso, sin que después pueda modificarse substancialmente la pretensión que en la demanda se formule; y excluir la posibilidad de que se promueva otro proceso sobre el mismo asunto, para impedir lo cual existe en nuestro derecho una excepción denominada de «litis pendencia».

Pues bien, las solicitudes de la jurisdicción voluntaria sólo producen algunos de los aludidos efectos, pero otros no. Los efectos de orden substantivo o material que produce la demanda no podrán normalmente producirlos las solicitudes de la jurisdicción voluntaria, porque como en ellas no se formula una reclamación contra o frente a otras personas, no pueden producir el efecto de interrumpir la prescripción, impedir la adquisición de frutos por el poseedor o poner al deudor en mora, ya que estos efectos se producen como consecuencia de las correspondientes reclamaciones formuladas a las personas frente a las cuales tienen lugar tales efectos.

De los efectos de orden procesal hay algunos que tampoco pueden producirlos las solicitudes iniciales de la jurisdicción voluntaria en los mismos términos que la demanda. Tal sucede con

(117) Se reconocen esos efectos en los arts. 1.100, 1.108, 1.109, 451, 1.945 y 1.973 del C. c. y 944 del C. de c.

el referente a la imposibilidad de modificar las peticiones que se formulen, pues el motivo principal que en la jurisdicción contenciosa impide el cambio de la demanda, cual es la necesidad de que el demandado sepa a qué atenerse para preparar su defensa, no existe en la jurisdicción voluntaria, por lo que debe admitirse con más amplitud la posibilidad de modificar las peticiones formuladas en las solicitudes iniciales, sin perjuicio de poderse acordar nuevas audiencias a los terceros interesados o al Ministerio Fiscal cuando las modificaciones lo aconsejen. De los restantes efectos jurídico procesales, el que excluye la posibilidad de promover un nuevo negocio sobre el mismo objeto de otro ya iniciado, sí que deben producirle las solicitudes de la jurisdicción voluntaria, pues así lo aconsejan las propias razones de economía procesal y de evitación de resoluciones contradictorias, por las que se excluye en la jurisdicción contenciosa la posibilidad de promover un nuevo proceso sobre el mismo objeto de otro ya iniciado. Por ello, si en la jurisdicción voluntaria se promueve un negocio sobre el mismo asunto de otro ya iniciado, cualquiera de los participantes o el Ministerio Fiscal, en su caso, podrán oponerse alegando la existencia del otro negocio pendiente. En cambio, si creemos admisible la posibilidad de promover un proceso contencioso sobre lo mismo que sea objeto de un negocio pendiente de jurisdicción voluntaria. El efecto de la "perpetuatio jurisdictionis" se debe producir también en la jurisdicción voluntaria, por iguales razones que en la contenciosa, por lo cual, iniciado un negocio de aquélla ante el Juez que sea competente en el momento de iniciarse, dicho Juez deberá continuar conociendo del mismo, aunque cambien los hechos que sirvieron para determinar la competencia; por ejemplo, el domicilio del solicitante en las habilitaciones para comparecer en juicio o el del adoptante en los expedientes de adopción.

Con respecto a la «perpetuatio legitimationis» la cuestión se presenta más dudosa, pues aunque hay algunos negocios, como la enajenación de bienes de menores, habilitaciones para comparecer en juicio, apertura y protocolización de testamentos y otros análogos, en los que no se producirán los supuestos necesarios para su aplicación, existen otros como la posesión judicial, expedientes de dominio, actas de notoriedad, deslindes, consignación judicial, etc., en los que cabe la posibilidad de aplicar el principio y estimar que, una vez iniciados, aunque se transmitan las cosas a que se refieren, sigue estando legitimado y debe proseguir el expediente el que lo promovió. Sin embargo, es también posible estimar que el transmitente pierde la legitimación, pasando ésta al adquirente y debiendo éste proseguir el expediente, pues los inconvenientes que esta solución origina en la jurisdicción contenciosa—consistentes en la facilidad con que cabría desembarazarse de un proceso en que se temiera un resultado adverso y el perjuicio para la parte contraria que tendría que ir repitiendo el proce-

so contra los sucesivos adquirentes—, no existen en la jurisdicción voluntaria. En nuestro derecho los preceptos que aluden a los efectos de la transmisión de bienes litigiosos, que son los artículos 9.º, número 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y 1.291, número 4.º del Código civil no son muy claros y están escritos objeto de procurar el desenvolvimiento de los mismos y la reunión de los datos necesarios para su decisión.

33. *Desarrollo.*

A. *Desarrollo normal.*—Una vez iniciados los negocios de jurisdicción voluntaria, es necesario realizar una serie de actos al objeto de procurar el desenvolvimiento de los mismos y la reunión de los datos necesarios para su decisión.

Estos actos de desarrollo son en la jurisdicción voluntaria, igual que en la contenciosa, de dos clases: actos de instrucción, cuales son las alegaciones y las pruebas, cuyo objeto es aportar a los expedientes los hechos y las normas jurídicas que constituyen el fundamento de las peticiones que se formulen, y tratar de convencer al órgano judicial de la existencia o inexistencia de los hechos y, a veces, de las normas jurídicas alegadas; y actos de ordenación, que tienen por objeto procurar el desenvolvimiento de los negocios hasta llegar al momento de su terminación, pudiéndose, a su vez, distinguir dentro de éstos distintas clases, como en la jurisdicción contenciosa.

El régimen jurídico de unos y otros actos de desarrollo, en términos generales, es análogo en la jurisdicción voluntaria al de la contenciosa. Mas no dejan de ofrecer algunas diferencias, principalmente en lo que se refiere a los requisitos de tiempo y forma de los actos y al orden legal de los mismos, según antes se indicó (núms. 30 y 31). Los actos de instrucción presentan, además, otras diferencias importantes en lo referente al sujeto activo de los mismos y a los requisitos de la prueba y medios de prueba. En relación con el sujeto activo, en la jurisdicción contenciosa, la aportación de los actos de instrucción—hechos y pruebas—corresponde casi exclusivamente a las partes, mientras que en la voluntaria ha de estimarse, por regla general, que el Juez tiene poderes más amplios para su aportación, como luego veremos (núm. 35). Y en relación con los requisitos de la prueba y con los medios de prueba, el artículo 1.816 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dice: que «se admitirán, sin necesidad de solicitud ni de otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren», de lo cual se deduce, en primer lugar, que en la jurisdicción voluntaria la prueba no está sujeta a las formalidades y requisitos que se exigen en la contenciosa, y en segundo término, que en aquella jurisdicción, junto a las pruebas propiamente dichas, se admiten normalmente las simples justificaciones

o pruebas semiplenas, puesto que se habla de los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren. Eso mismo se deduce también del hecho de que en la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria no se habla de prueba testifical, sino de informaciones testificales, las cuales, según Guasp, acaso puedan ser consideradas como meras justificaciones o acreditamientos (118). Ciertamente es que también en la jurisdicción contenciosa se habla, a veces, de justificaciones o acreditamientos, como sucede en los artículos 24, 503 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil (119), y se admiten informaciones testificales, como, por ejemplo, en los artículos 979 y 1.652; pero ello es excepcional y no normal como en la jurisdicción voluntaria (120).

B. *Desarrollo anormal: crisis del procedimiento.*—El desarrollo de los negocios en la jurisdicción voluntaria, lo mismo que en la contenciosa, no siempre es el normal, pues pueden producirse acontecimientos o fenómenos que determinan una crisis o desarrollo anormal del procedimiento (121).

Estas crisis pueden referirse a los sujetos de los negocios, al objeto o a la actividad, igual que en la jurisdicción contenciosa, por ser posible en la voluntaria, que los sujetos de los negocios—el Juez o los interesados—cambien o se transformen, y que como consecuencia de tal cambio se produzca una alteración o una interrupción en el desarrollo normal de los negocios. Ello es lo que sucederá, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del solicitante o de algún otro interesado que haya comparecido. Es, asimismo, posible que se operen transformaciones en el objeto de los negocios, bien porque se modifiquen las peticiones de la solicitud o, en su caso, de la oposición, o porque se transmitan los bienes a que se refieran, y estas transformaciones pueden originar también una desviación o una detención en el desenvolvimiento normal de los negocios. Y es igualmente posible que al margen de las anomalías subjetivas y objetivas se produzcan crisis en la actividad que en los negocios se realiza, lo que ocurrirá en los supuestos

(118) *Comentarios*, cit., T. II, Vol. I, pág. 387.

(119) Véanse otros casos en PRIETO CASTRO: *Exposición del Derecho procesal civil de España*, 1.ª ed., T. I, pág. 239.

(120) Según MANRESA (*Comentarios*, cit., T. VIII, 1948, pág. 341), si por mediar oposición se hace contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria, las justificaciones no tienen valor alguno, si las mismas no se ratifican con citación contraria durante el periodo de prueba. Creemos, sin embargo, que aunque no tengan el valor de verdaderas pruebas, sí que lo tendrán como principios de prueba, que habrán de tenerse en cuenta y valorarse, en cada caso, en unión de las demás pruebas que se practiquen.

(121) Sobre las anomalías o crisis del proceso, puede verse el interesante trabajo de GUASP: *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, pág. 379. Y la 3.ª edic del *Derecho Procesal Civil*, de PLAZA, Vol. I, págs. 386 y ss.

de suspensión del procedimiento por fuerza mayor o por voluntad de los interesados.

El tratamiento de las crisis debidas a los sujetos, por regla general será análogo en la jurisdicción voluntaria al de la contenciosa. Así, lo dispuesto, por ejemplo, en el número 7.º del artículo 9.º de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre fallecimiento de algunas de las partes, creemos que ha de aplicarse en la jurisdicción voluntaria, si bien con las debidas adaptaciones a la índole de los negocios de ésta. Lo propio sucede con respecto a las crisis de la actividad, pues lo que se dispone en los artículos 311 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1.º del Real Decreto de 2 de abril de 1924, sobre suspensión del procedimiento por fuerza mayor o por voluntad de los interesados, ha de estimarse también aplicable en la jurisdicción voluntaria. En cambio, no ocurre lo mismo con las crisis debidas al objeto, pues, de ellas, las más graves, que son las que se producen cuando se promueven cuestiones incidentales, no pueden, por regla general, ser tratadas ni producir los mismos efectos en la jurisdicción voluntaria que en la contenciosa, ya que lo preceptuado en los artículos 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre promoción de incidentes no parece que sea aplicable a la jurisdicción voluntaria, en la cual, por regla general, no deben permitirse tales incidentes, sino que todas las cuestiones que se susciten deben decidirse en las resoluciones definitivas de los expedientes, sin posibilidad de plantear incidentes previos o laterales. Al tratamiento de las anomalías a que pueden dar lugar los cambios en las solicitudes y la transmisión de los bienes objeto de los expedientes, ya se aludió anteriormente (núm. 32).

34. *Terminación.*

La terminación de los negocios de jurisdicción voluntaria puede ser igual que en la jurisdicción contenciosa, normal o anormal.

El modo normal de terminarse los negocios o expedientes es el que tiene lugar cuando por el órgano judicial se dicta la resolución final y definitiva de los mismos. Esta resolución no adopta en la jurisdicción voluntaria la forma de sentencia, como en la contenciosa, sino la forma de auto. No parece, sin embargo, que exista ninguna razón de peso para que así sea, pues tales autos o resoluciones definitivas de los expedientes de jurisdicción voluntaria, por su función, son equivalentes a las sentencias de la contenciosa y, como luego veremos (núm. 38), producen los mismos efectos que éstas, salvo la cosa juzgada material, sin que el hecho de que no produzcan ésta sea motivo para que hayan de adoptar la forma de auto y no la de sentencia, puesto que entre las sentencias las hay también que no producen la cosa juzgada material.

La terminación anormal de los negocios de jurisdicción voluntaria, en principio, puede tener lugar por las mismas causas

que en la jurisdicción contenciosa, o sea, por la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción, el convenio y la caducidad de la instancia. Sin embargo, de estas causas de extinción, el allanamiento, la transacción y el convenio sólo podrán producirse en aquellos negocios en que es posible la contradicción, y dentro de ellos sólo podrán producir el efecto extintivo en los que no inter venga el Ministerio Fiscal, pues en los que éste deba tener intervención, por afectar al interés público o a personas incapaces, ausentes o ignoradas, no bastará el allanamiento, la transacción o el convenio de los interesados para que el órgano judicial deba darlos por terminados. La renuncia y el desistimiento tampoco serán motivos para la terminación de los negocios que pueden ser iniciados por el Juez de oficio o a petición del Ministerio Fiscal. En cambio, la caducidad de la instancia sí que constituirá en la jurisdicción voluntaria un modo de terminación de los negocios como en la contenciosa, pues ha de estimarse de lo dispuesto en los artículos 411 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre la misma es también aplicable a la jurisdicción que nos ocupa.

35. *Principios que denominan el procedimiento.*

De lo hasta aquí expuesto se deduce que los principios en que se inspira el procedimiento de la jurisdicción voluntaria no coinciden con los que dominan en la contenciosa. En ésta se señalan como principios fundamentales que rigen el procedimiento: el dispositivo, el de contradicción y el de impulso oficial, de cuyos principios, como vamos a ver, sólo el último rige en la jurisdicción voluntaria en los mismos términos que en la contenciosa, pero no los otros dos.

a) El principio dispositivo no rige en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, pues en ésta predomina el interés individual sobre el colectivo, por lo que se conceden a las partes amplios poderes de disposición sobre el proceso, mientras que en la jurisdicción voluntaria, en que se persigue fundamentalmente la tutela de intereses de incapaces, ausentes o personas ignoradas, predomina el interés colectivo sobre el individual, por lo cual es lógico que las facultades de disposición de los interesados sobre el procedimiento estén más restringidas.

Así, una de las más importantes aplicaciones del principio dispositivo en la jurisdicción contenciosa es la referente a la iniciación del proceso, el cual ha de ser iniciado a instancia de parte y no de oficio, siendo posible, una vez iniciado, que el actor desista del procedimiento o renuncie a su pretensión, que el demandado se allane a ésta o que ambos concluyan una transacción o compromiso. En la jurisdicción voluntaria los negocios, por regla general, han de ser iniciados también a petición de los interesados, según anteriormente vimos (núm. 32), pero los poderes de

éstos para la terminación del procedimiento por alguno de los medios indicados están más restringidos que en la jurisdicción contenciosa, según también acabamos de ver (núm. 34).

Otra de las aplicaciones fundamentales del principio dispositivo es la que tiene lugar en orden a la aportación de hechos y pruebas, que en la jurisdicción contenciosa corresponde, casi exclusivamente, a las partes, sin que el Juez pueda tener en cuenta hechos no alegados por las mismas ni acordar la práctica de pruebas no pedidas (salvo las posibilidades que le concede el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil), ni pueda dejar de aceptar aquellos hechos que en las partes estén de acuerdo. Por el contrario, en la jurisdicción voluntaria, dada la finalidad protectora de los derechos de incapaces, ausentes, o personas ignoradas que en ellas se persigue, ha de estimarse, aunque no exista en la ley ningún precepto de carácter general que así lo diga, que el Juez tiene amplios poderes para la aportación de hechos y para acordar de oficio la práctica de las pruebas o justificaciones que considere convenientes para el mejor cumplimiento del fin que en cada negocio se persiga, sin que esté obligado a la aceptación de los hechos en que los interesados estén de acuerdo. Además, la intervención del Ministerio Fiscal en la mayor parte de los negocios de jurisdicción voluntaria revela que en ésta no predominan las facultades dispositivas de los interesados, ya que a dicho Ministerio no le obligan los acuerdos de éstos, y él mismo puede y debe formular cuantas peticiones considere convenientes para la mejor defensa de los intereses que se le confían.

También constituye una manifestación del predominio del principio dispositivo en la jurisdicción contenciosa el hecho de que se deje a merced de las partes el examen de los presupuestos procesales, salvo los de competencia objetiva y funcional que pueden examinarse de oficio, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en donde ha de estimarse, por las mismas razones anteriormente indicadas, que el Juez puede examinar de oficio si concurren o no todos los presupuestos o requisitos necesarios para entrar en el examen del fondo de los negocios. Así, en lo que se refiere a la competencia, el Juez, como ya vimos (núm. 21), podrá apreciar de oficio no sólo la competencia objetiva y la funcional, sino también la territorial. Y lo mismo debe poder hacer en el supuesto de falta de capacidad para comparecer en la jurisdicción voluntaria, defecto en el modo de formular las solicitudes en que se promuevan los negocios y, en general, en el supuesto de que falte cualquiera otro de los requisitos o presupuestos que se exijan para la admisibilidad del negocio de que se trate.

Por tanto, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, en que predomina el principio dispositivo, en la voluntaria es el principio contrario, denominado principio oficial o inquisitivo, el que impera, aunque ello, como es lógico, sea sólo en términos generales, pues en la jurisdicción contenciosa hay pro-

cesos en que por la naturaleza pública de su objeto no predomina el principio dispositivo, como son los referentes al estado y condición de las personas, y aún en los que predomina no dejan de concederse importantes poderes al Juez para que proceda de oficio en muchos casos (122). De la misma manera, en la jurisdicción voluntaria, aunque deba regir el principio oficial, existen negocios en los que no predomina el interés colectivo sobre el individual, como sucede, por ejemplo, en los deslindes, apeos y prorrateos de foros y otros análogos, por lo que en ellos no regirá el citado principio.

b) Del principio de contradicción o audiencia bilateral no puede propiamente hablarse en la jurisdicción voluntaria, porque él mismo supone la necesidad de que se preste audiencia y se dé posibilidad de intervenir en el proceso a las personas contra o frente a quienes se promueve, y la jurisdicción voluntaria se caracteriza precisamente porque en ella no se formulan pretensiones contra o frente a nadie (vid. núm. 7). Sin embargo, para evitar que de hecho pueda resultar declarado algún derecho frente a otra persona, se admite con gran amplitud, como hemos visto (número 24), la audiencia de terceros, y se permite intervenir en los expedientes y oponerse a ellos a los terceros que tengan interés en el asunto.

c) El principio de impulso oficial sí que rige en el procedimiento de la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, pues lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de abril de 1924, en que se estableció dicho principio y se modificó el sistema contrario de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de estimarse aplicable en una y otra jurisdicción.

36. *Tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria en general.*

El procedimiento a que ha de acomodarse la tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria no se regula en la ley con carácter general, sino que al regularse cada negocio en particular se establece el procedimiento para la tramitación del mismo, sin que en el título I del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento civil, en que se formulan las disposiciones generales para la jurisdicción voluntaria, se regule un procedimiento para la tramitación de los negocios de jurisdicción voluntaria en general, a pesar de que en tales disposiciones se admite la posibilidad de que se promuevan otros actos o negocios a más de los especialmente regulados, por lo que se hace necesario determinar el procedimiento a que han de acomodarse estos actos o negocios que pudiéramos llamar in-nominados.

La cuestión no presenta gran dificultad, pues si se tienen en

(122) Sobre la tendencia a limitar el principio dispositivo, véase FAIRÉN: *Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, págs. 1.345 y ss.

cuenta los principios de forma y de procedimiento anteriormente indicados, las normas de las cuales se deduzca la posibilidad de promover el acto o negocio de que se trate, y el procedimiento que se marca en la ley para los negocios análogos, será fácil determinar en cada caso el procedimiento a seguir.

A grandes rasgos y en términos generales puede indicarse que el procedimiento será el siguiente: Presentación por escrito de la solicitud en que se promueva el expediente, en la cual se harán constar los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la petición que se formule, debiendo acompañarse a la solicitud los documentos o justificantes oportunos, y, en su caso, ofrecerse información testifical o pedirse la práctica de otras pruebas que procedan. Si hubiere otras personas que puedan tener interés en el asunto, deberán señalarse y pedirse que se las oiga, así como al Ministerio Fiscal cuando la solicitud afecte al interés público o a personas cuya protección o defensa compete al mismo. El Juez mandará citar a las personas que puedan tener interés en el asunto, concediéndolas el plazo que estime oportuno, atendidas las circunstancias del caso, para que puedan comparecer en el expediente y alegar lo que a su derecho convenga, y acordará practicar la información testifical o las otras pruebas que, en su caso, se hubieren pedido, pudiendo, asimismo, acordar la práctica de otras pruebas o diligencias que estime procedentes, aunque no se hayan pedido. Si de las disposiciones en las que se establece la posibilidad de promover el acto o negocio de que se trate se dedujera la necesidad de practicar otras diligencias, se acordará también su práctica. Cuando se trate de negocios en los que deba intervenir el Ministerio Fiscal, las informaciones testificales o las pruebas que se acuerden deberán practicarse con citación del mismo, y después se le pasará el expediente para que emita por escrito su dictamen. Efectuado todo ello, el Juez dictará por medio de auto la resolución que proceda.

V. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones definitivas de los negocios de jurisdicción voluntaria, como actos normales de conclusión de los mismos, producen distintos efectos, que pueden ser considerados también como efectos de tales negocios. Estos efectos se pueden clasificar, del mismo modo que se clasifican los que se producen en la jurisdicción contenciosa (123), en efectos jurídicomateriales, efectos jurídicoprocesales y efectos económicos.

37. *Efectos jurídicomateriales.*

Los efectos jurídicomateriales son las consecuencias que se producen en el ámbito del derecho sustantivo o material y que se de-

(123) Cfr. GUASP: *Límites temporales de la cosa juzgada*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, pág. 436.

terminan, de forma más o menos explícita, en las disposiciones que exigen la realización de los actos o negocios, los cuales han de realizarse precisamente para alcanzar tales consecuencias o efectos. Así, p. ej., los expedientes de incapacidad se han de realizar para obtener la constitución del estado de incapacidad; los expedientes de dominio, para conseguir la declaración de éste al objeto de inscribir la finca o el derecho real a que se refieran en el Registro de la Propiedad; las habilitaciones para comparecer en juicio, para completar la capacidad procesal; las informaciones *ad perpetuam*, para documentar o constatar las declaraciones de los testigos. Y estos resultados o consecuencias de orden jurídicomaterial que de una manera directa produce cada acto o negocio de jurisdicción voluntaria, constituyen los efectos jurídicomateriales de los mismos o de las resoluciones que los ponen fin.

Aparte de estos efectos directos, pueden también producir otros efectos indirectos, por vía secundaria o refleja, como serán, por ejemplo, los efectos que pueda producir la declaración de dominio en un contrato de compraventa que se someta a la condición de que se obtenga tal declaración.

38. *Efectos jurídicoprocesales.*

Los efectos jurídicoprocesales son la cosa juzgada formal y la material.

A. *La cosa juzgada formal.*—La cosa juzgada formal se produce en la jurisdicción voluntaria en los mismos términos que en la contenciosa, pues el artículo 1.818 de la L. de E. c., que autoriza al Juez para variar o modificar las providencias que dictare sin sujetarse a los términos y formas establecidos para la jurisdicción contenciosa, exceptúa los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los cuales no se hubiera interpuesto recurso alguno, lo cual quiere decir que las resoluciones definitivas de los negocios de jurisdicción voluntaria contra las cuales no se interpongan los oportunos recursos, o una vez agotados éstos, adquieren el carácter de firmes y no pueden ser modificadas dentro del mismo expediente en que se dictaron, que es en lo que consiste la cosa juzgada formal.

B. *La cosa juzgada material.*—Más dudosa es la cuestión referente a si producen o no la cosa juzgada material, consistente, como es sabido, en la imposibilidad de que en otro proceso se resuelvan de modo contrario las cuestiones que fueron ya decididas en un proceso anterior.

En el terreno doctrinal, como vimos anteriormente (núm. 4), se estima que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, porque el procedimiento en que se pronuncian no es adecuado para que produzcan tal efecto, y porque

para el mejor cumplimiento de los fines que en dicha jurisdicción se persiguen no es conveniente que las resoluciones estén dotadas de la inmutabilidad propia de la cosa juzgada, ya que la finalidad de protección de intereses de incapaces, ausentes o personas ignoradas, exige que lo decidido en las resoluciones definitivas de los expedientes pueda ser modificado o decidido de distinto modo, si ello es conveniente para la mejor protección o defensa de los intereses que se traten de tutelar. Por tanto, las resoluciones definitivas de los negocios de jurisdicción voluntaria no podrán ser modificadas en el mismo expediente en que se dictaron, pero sí deben poder serlo en un nuevo expediente, en el que se aporten nuevos datos o justificaciones, o simplemente se convenza el órgano judicial de que ello es procedente (124); y también en un proceso contencioso, en el que se podrán resolver de modo contrario las cuestiones que antes fueron objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Habrán de respetarse, sin embargo, los derechos adquiridos por terceros al amparo de tales resoluciones, pues aunque éstas no produzcan la cosa juzgada y sean modificadas después, los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, amparándose en las mismas, deberán ser respetados, por ser ello necesario para la seguridad del tráfico jurídico, de la misma manera que se respetan en otros casos análogos: p. ej., en los supuestos de las adquisiciones *a non domino* de los artículos 464 del C. c., 68, 85 y 545 del C. de c. y 34 de la L. H. (125).

En nuestro Derecho positivo, aunque no está del todo claro, creemos que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material. Ciertamente es que la L. de E. c. en algunos casos concede contra las mismas el recurso de casación y en otros no, y como para la admisibilidad de este recurso es necesario que el negocio fallado no pueda ser discutido ulteriormente en forma alguna, podría concluirse, como dice Prieto Castro, que en los negocios en que se concede la casación se produce la cosa juzgada material y que no se produce en los restantes (126). Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 1.694 de la L. de E. c. se deduce, a *sensu contrario*, que para la ley las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, puesto que dice que no se dará el recurso de casación por infracción de ley en los juicios en que después de terminados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, excepto en los actos de jurisdicción voluntaria, lo cual implica el reconocimiento de que en éstos después de terminados pueden promoverse otros juicios sobre el mismo objeto. Con respecto a los negocios de jurisdicción

(124) Vid. en este sentido, REUS: Ob. cit., pág. 397.

(125) Cfr. CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. española, Vol. II, 1940, pág. 17.

(126) *Cuestiones de Derecho Procesal*, ed. Reus, pág. 282.

voluntaria en materia mercantil, el artículo 2.116 de la Ley así lo dice expresamente.

El Tribunal Supremo parece estimar que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, pues si bien es cierto que en las sentencias de 26 de abril de 1892 y 2 de diciembre de 1909 declaró que los autos definitivos una vez dictados no pueden variarse ni modificarse y quedan consentidos y pasados en autoridad de cosa juzgada, a tenor de lo dispuesto en los artículos 363 y 408 de la L. de E. c., si contra ellos no se dedujeron en tiempo oportuno los recursos adecuados, en la de 11 de enero de 1887 reconoció que el hecho de que tales autos definitivos no puedan variarse o modificarse como las providencias según el artículo 1.818, no quiere decir que tengan fuerza permanente de cosa juzgada, toda vez que recaen en asuntos sobre los cuales no ha mediado discusión forense en juicio verdadero, y en los que pueden sobrevenir circunstancias que varíen el estado transitorio de cosas creado por el auto definitivo y exijan su modificación de común acuerdo o previo el juicio contencioso correspondiente; y en la de 5 de diciembre de 1902 y el auto de 23 de septiembre de 1949 declaró que cualquiera que sea el efecto que dentro del expediente de jurisdicción voluntaria produzcan las resoluciones en el mismo dictadas, esto no obsta para que en juicio ordinario se planteen cuestiones que puedan afectar a aquéllas, lo que significa que las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no producen la cosa juzgada material, pues se habla de los efectos que las resoluciones produzcan en el mismo expediente, con lo que se alude a la cosa juzgada formal, y se dice que esto no obsta para que en juicio ordinario se planteen cuestiones que puedan afectar a aquéllas, lo cual no sería posible si produjesen la cosa juzgada material.

39. *Efectos económicos.*

Los efectos económicos de los negocios de jurisdicción voluntaria hacen referencia a los gastos que los mismos llevan consigo, y con respecto a ellos hay que examinar sobre quién recae la obligación de pagar tales gastos y la posibilidad de utilizar el beneficio de justicia gratuita.

A. *Los gastos o costas.*—El pago de los gastos o costas que se causen en los negocios de jurisdicción voluntaria, cuando no se formule oposición, corresponderá a los que promuevan los mismos. En los casos en que se formule oposición habrán de aplicarse las mismas normas que en la jurisdicción contenciosa, ya que no existen sobre este punto reglas especiales. Con arreglo a ellas, será posible que se condene al pago de las costas al que haya promovido el expediente o al que se oponga; o que no se haga expresa condena de costas. Lo primero se hará cuando así lo dispon-

ga la ley en algún caso concreto o cuando se estime que alguno de los interesados ha procedido con temeridad o mala fe; y lo segundo cuando nada disponga la ley para el caso ni se aprecie temeridad o mala en ninguno de los participantes (127).

Si no se hace expresa condena de costas, cada interesado pagará las que haya ocasionado. Y si se condena al pago a alguno de ellos, éste deberá pagar todos los gastos, o sea, tanto los propios como los originados por los otros. Ahora bien: en el supuesto de que el condenado en costas sea el que haya promovido el expediente, es lógico que pague todas las costas o gastos causados al que se haya opuesto, mientras que si el condenado al pago de las cosas es el que se ha opuesto al expediente, no parece que deba pagar todos los gastos del que lo promoviera, sino sólo los causados a éste por la oposición, pero no los demás que no se hayan producido como consecuencia de ésta, puesto que los gastos que necesariamente se hubieran producido, aunque no se hubiera formulado oposición, no tiene por qué pagarlos, ya que ni tiene culpa ni ha dado lugar a los mismos. Por ello, al resolver sobre las costas, si se hace expresa condena de ellas al opositor, se debe precisar que la condena se refiere al pago de las costas causadas por la oposición.

La determinación de los gastos que hay que pagar y el procedimiento para la tasación y exacción de las costas serán los mismos que en la jurisdicción contenciosa.

B. *El beneficio de pobreza.*—La posibilidad de utilizar el beneficio de pobreza o beneficio de justicia gratuita ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria, como en la contenciosa, puesto que las disposiciones en que se concede y se regula tal beneficio se encuentran en el libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, que contiene las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que entre los preceptos relativos a ésta exista ninguno que se oponga a la utilización de tal beneficio. El artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al hablar de pleito o negocio, da a entender que es también aplicable la jurisdicción voluntaria, ya que a los actos de ésta se les suele llamar negocios.

El procedimiento para la concesión del beneficio será el mismo que en la jurisdicción contenciosa, o sea, el regulado en los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, con algunas modificaciones que se deducen de las características de esta jurisdicción. Así, cuando la pobreza se pida por quien vaya a promover el expediente no habrá que emplazar a parte contraria, porque no la hay; pero si se pide por quien se oponga al mismo sí que deberá emplazarse al que lo haya promovido. También se deberá emplazar en todos los expedientes al Abogado del Estado y no al Ministerio Fiscal, puesto que, como es sabido, la interven-

(127) Sabido es, que en nuestro Derecho la regla general sobre la imposición de costas, es la de que se imponen al litigante que procede con temeridad o mala fe, aunque existen casos particulares en que basta el vencimiento.

ción de dicho Ministerio en representación del Estado que se establecía en el artículo 30 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha sido sustituida por la del Abogado del Estado. No obstante, cuando se solicite la pobreza para actuar en negocios en los que haya de intervenir el Ministerio Fiscal, parece que debería emplazarse al mismo. Sin embargo, en supuestos análogos, el Tribunal Supremo no lo ha estimado así, pues ha declarado que no necesita intervenir el Ministerio Fiscal en los incidentes de pobreza que puedan preceder a los pleitos de filiación (S. de 21 de enero de 1903).

40. *Las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras.*

En el orden internacional, la autoridad de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, se suele admitir por los autores con más facilidad que la de las sentencias de la contenciosa.

En nuestro derecho no se regulan expresamente los efectos de las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras, si bien se estima que son aplicables a ellas las disposiciones relativas al cumplimiento de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, tomándose la palabra sentencia en un sentido amplio que comprende a las resoluciones de la jurisdicción voluntaria (128).

Este mismo criterio se sigue en otros países. Así, el nuevo Código Procesal Civil italiano de 1942, dice que la eficacia de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria extranjeras se regulará por las disposiciones de los artículos 796 y siguientes, relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en cuanto sean aplicables. Y en el Derecho procesal italiano anterior muchos autores aplicaban análogicamente los preceptos sobre ejecución de sentencias (129).

En el I Congreso Hispanoamericano de Derecho Internacional, celebrado en Madrid, en octubre de 1951, de las once conclusiones que se formularon sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la última se refiere a las resoluciones de la jurisdicción voluntaria, y dice que «la ejecución o reconocimiento de las resoluciones judiciales firmes definitivas y finales de jurisdicción voluntaria se ajustarán a las mismas reglas anteriormente enunciadas para las contenciosas en todo cuanto les sea aplicable».

Opina Manresa, sin embargo, que las disposiciones sobre cumplimiento de sentencias extranjeras sólo habrán de cumplirse cuando se pretenda la ejecución o cumplimiento en España de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria extranjeras, porque si se

(128) Cfr. MANRESA: *Comentarios*, cit., T. VIII, 8.ª ed., pág. 324. Y GUASP: En las notas a la traducción española de las *Instituciones*, de CARNELUTTI, citado, pág. 90.

(129) Cfr. WERNER GOLDSCHMIDT: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la República Argentina*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, págs. 215 y ss., especialmente págs. 240-241.

presenta el acto de jurisdicción voluntaria, no para que se acuerde su ejecución y cumplimiento, sino para acreditar la personalidad del litigante o la acción deducida ante nuestros Tribunales, en tal caso habrá de reputarse como un documento o acto público otorgado en país extranjero, que tendrá fuerza en España si reúne las circunstancias expresadas en el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento civil (130).

VI. MEDIOS DE IMPUGNACION DE LAS MISMAS

Las resoluciones de la jurisdicción voluntaria podrán impugnarse, por regla general, mediante los mismos recursos que las de la contenciosa, puesto que las normas relativas a los recursos se encuentran fundamentalmente en el libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyas disposiciones son aplicables a una y otra jurisdicción. La citada Ley, al tratar de la jurisdicción voluntaria, sólo menciona expresamente los recursos de apelación y de casación. Pero ello no quiere decir que no puedan promoverse más que esos recursos, pues, como veremos, ha de admitirse la posibilidad de promover otros.

41. *El recurso de apelación.*

No dice la Ley contra qué resoluciones puede interponerse el recurso de apelación; pero de las normas generales de los artículos 377, 380 y 381 se deduce que podrá interponerse contra los autos o resoluciones definitivas de los expedientes y contra los autos en que se resuelvan los recursos de reposición de las providencias que no sean de mera tramitación y de los autos que no sean definitivos, puesto que, como en seguida veremos, ha de admitirse en la jurisdicción voluntaria la posibilidad de que se interponga el recurso de reposición contra las citadas providencias y autos.

Los efectos de la interposición del recurso se determinan en los artículos 1.819 y 1.820 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales las apelaciones que interponga el que haya promovido el expediente se admitirán en ambos efectos, y en una solo las que interpusieren los que hayan venido al expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación. Por tanto, las apelaciones interpuestas por los que hayan promovido los expedientes de jurisdicción voluntaria suspenden la ejecución de las resoluciones apeladas, al contrario de lo que sucede con las que se interpongan por los demás que intervengan en los mismos, que no la suspenden.

La tramitación de las apelaciones, según el artículo 1.821 de la

(130) Ob. y T. cit. pág. 324.

Ley de Enjuiciamiento civil, será la establecida para las de los incidentes, o sea, la que se regula en los artículos 887 y siguientes de la propia ley.

Todos los demás extremos del recurso (plazo para recurrir, para personarse ante el Tribunal Superior, remisión de los autos a éste, etc.) se regirán por las reglas generales de los artículos 376 y siguientes y 840 y siguientes de la expresada ley, puesto que no se formulan normas especiales.

Para los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, se dispone también que se admitirán en ambos efectos las apelaciones que interpongan los que hayan promovido el expediente y en uno solo las que interpongan los demás que intervengan en los mismos (art. 2.112); y también se establece que la tramitación de las apelaciones que se interpongan contra los autos de los Jueces de Primera Instancia será la establecida para los incidentes (art. 2.114). En cambio, a diferencia de lo que se hace para con los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, se fijan plazos especiales para la remisión de los autos al Tribunal Superior y para la comparecencia ante éste, y se regula un procedimiento especial para la tramitación de las apelaciones que se interpongan contra los autos de los Jueces municipales. En lo que se refiere a los plazos, se dispone que interpuesta una apelación y admitida que sea, se remitirán los autos, dentro de segundo día, previo emplazamiento de los interesados por el término de ocho, si fuere para ante el Juez de Primera Instancia, y de diez para ante la Audiencia (art. 2.113). Y el procedimiento que se regula para las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Jueces municipales es el siguiente: Recibidos los autos por el de Primera Instancia, si el apelante se personare antes de transcurrir el término del emplazamiento, mandará el Juez convocar a los interesados para que dentro de tercero día comparezcan a su presencia, en cuyo acto los oirá, extendiéndose de lo que expusieren la oportuna acta. Celebrada la comparecencia, el Juez, dentro del plazo de tres días, dictará la resolución que corresponda (art. 2.114).

Es censurable que se regule un procedimiento para las apelaciones contra los autos de los Jueces municipales, que es, en esencia, igual al que los artículos 731 y siguientes de la propia Ley se establece para las apelaciones de los juicios verbales, sin más variaciones que las relativas al señalamiento del plazo para la comparecencia y al plazo para que el Juez de Primera Instancia dicte la resolución que proceda, por lo que bastaba con haber hecho las oportunas remisiones. Pero más censurable es aún que se admita la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra las resoluciones que en estos expedientes dicten los Jueces municipales, pues, como anteriormente vimos (núm. 21 B), la intervención de éstos es con carácter preventivo, ya que sólo pueden intervenir los Jueces municipales de los pueblos en que no haya Juzgado de Primera Instancia, en casos de urgencia, o cuando las mercancías, los

medios de prueba o los hechos tengan lugar en el territorio de los mismos (art. 2.110 L. E. c.), y su intervención se limitará a practicar las diligencias más esenciales y urgentes, remitiéndolas luego al Juez de Primera Instancia, el que las ultimaré en la forma que proceda (art. 2.111, r. 7.^o). Por ello, en vez de admitirse la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces municipales, debía haberse hecho lo que en análogo supuesto se hace en el artículo 1.398 para el embargo preventivo, esto es, autorizar al Juez de Primera Instancia para que al recibir las diligencias del municipal pudiera ordenar la subsanación de cualquier defecto o la modificación de las resoluciones dictadas por éste.

42. *El recurso de casación.*

El recurso de casación parece que no debiera admitirse en la jurisdicción voluntaria, puesto que para la admisibilidad de este recurso es necesario que el negocio fallado no pueda ser discutido ulteriormente en forma alguna, lo cual no sucede en los negocios de jurisdicción voluntaria, según anteriormente se indicó (número 38).

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento civil admite tal recurso, pues el artículo 1.822 dice que contra las resoluciones que dicten las Audiencias en los negocios de jurisdicción voluntaria se dará el recurso de casación; el artículo 1.690 considera como sentencias definitivas para los efectos de la casación las pronunciadas en los actos de jurisdicción voluntaria en los casos establecidos por la ley, y el artículo 1.694, al decir, que no se dará el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los juicios en que después de determinados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, exceptúa los actos de jurisdicción voluntaria, de lo que parece deducirse que en éstos, aunque después de terminados pueda volver a discutirse la cuestión en otro juicio, sí que se da el recurso.

El Tribunal Supremo, no obstante, interpretando restrictivamente tales disposiciones, ha declarado reiteradamente que la regla general del artículo 1.822 se halla limitada por lo dispuesto en el número 4.^o del 1.690, en el 3.^o del 1.694 y en el 1.689, por lo cual no se da el recurso de casación contra las resoluciones recaídas en los negocios de jurisdicción voluntaria que no tengan establecido tal recurso por disposición expresa, si tales resoluciones no tienen el carácter de definitivas y lo resuelto en las mismas puede ser de nuevo discutido en otro juicio (131). Por tanto, como

(131) A. a. de 29 de septiembre de 1876, 6 de mayo de 1893, 8 y 13 de julio de 1897, 25 de septiembre de 1906, 1 de octubre de 1907, 16 de octubre de 1920, 7 de junio de 1933, 18 de mayo de 1943, 27 de abril y 25 de septiembre de 1948, 23 de septiembre de 1949 y 1 de julio de 1950. Y SS. de 14 de noviembre y 13 de diciembre de 1893, 3 de octubre de 1910 y 22 de octubre de 1949.

no son definitivas, en el sentido de que lo resuelto en las mismas no pueda ser discutido posteriormente en otro juicio, porque, según anteriormente vimos (núm. 38), no producen la cosa juzgada material ni impiden que pueda volver a discutirse la cuestión en otro juicio, resultará que, por regla general, no se dará el recurso de casación contra las mismas, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.822 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Con respecto a los negocios de jurisdicción voluntaria en materia mercantil, el artículo 2.116 dice expresamente que contra las resoluciones dictadas en segunda instancia no habrá recurso alguno, quedando a salvo el derecho de los interesados para que lo ejerciten en el juicio que corresponda, según la cuantía.

43. *Otros recursos.*

Aunque la ley nada diga, ha de estimarse que en la jurisdicción voluntaria son también admisibles los recursos de reposición, súplica y queja y la petición de aclaración de sentencias que autoriza el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A. *El recurso de reposición.*—El recurso de reposición deberá permitirse contra las providencias y autos que dicten los Jueces de Primera Instancia que no sean los definitivos de los expedientes, puesto que dicho recurso se establece en los artículos 376 al 381 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o sea, en el libro I, en el que se contienen las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, sin que entre los preceptos especiales relativos a ésta exista ninguno que se oponga a la posibilidad de interponer tal recurso. El hecho de que el artículo 1.818 autorice al Juez para variar o modificar las providencias que se dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidos para las de la jurisdicción contenciosa, no significa nada en contra, pues aunque sin necesidad de que se interponga recurso pueda el Juez modificar las providencias que dicte, ello no quiere decir que no se puedan también interponer los oportunos recursos contra ellas por los interesados.

B. *El de súplica.*—Por análogas razones ha de admitirse el recurso de súplica, ya que dicho recurso, regulado principalmente en los artículos 402 y 405 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es análogo al de reposición, diferenciándose de éste en que se da contra las sentencias o autos resolutorios de incidentes que se promuevan en las Audiencias o en el Tribunal Supremo, mientras que el de reposición se da contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia.

C. *El recurso de queja.*—También ha de admitirse la posibilidad de interponer el recurso de queja a que se refieren los ar-

títulos 398 al 400, 1.703, 1.755 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el artículo 24 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 por el que se desarrolla la Base XI de la Ley de Bases de la Justicia Municipal, puesto que este recurso procede contra las resoluciones de los Jueces municipales y de Primera Instancia en que se deniegue la admisión de la apelación, y contra las de las Audiencias en que se deniegue la certificación para el recurso de casación por infracción de ley o la admisión del de casación por quebrantamiento de forma, por lo que si se permiten los recursos de apelación y casación ha de admitirse también el citado recurso de queja para el caso de que se deniegue la admisión de aquéllos.

D. *La petición de aclaración del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*—Se menciona, a veces, entre los recursos, aunque no pueda ser considerado como tal, la petición de aclaración de sentencias que autoriza el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según el cual los Jueces y Tribunales, después de firmadas sus sentencias, podrán de oficio o a instancia de parte aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sobre punto discutido en el litigio. Pues bien, como este artículo se encuentra en el libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de estimarse que es aplicable a la jurisdicción voluntaria, pues si bien es cierto que el mismo sólo habla de sentencias, no hay razón para que no se aplique también a los autos definitivos de los expedientes de jurisdicción voluntaria, ya que los mismos, por su función, son equivalentes a las sentencias y, además, una vez firmes, no pueden ser modificados en el mismo expediente que se dictaron, según anteriormente se expresó (núm. 38), por lo que deben poder ser aclarados o adicionados, de oficio o a instancia de los interesados, en los mismos supuestos en que pueden serlo las sentencias según el artículo 363.

44. *Medios de impugnación que no caben en la jurisdicción voluntaria.*

A. *Los recursos de revisión y de audiencia del rebelde.*—Los recursos que no caben en la jurisdicción voluntaria son el de revisión y el de audiencia del rebelde, porque las normas referentes a la posibilidad de promover los mismos se encuentran en el libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, que contiene las disposiciones aplicables a la jurisdicción contenciosa, sin que exista motivo para aplicar en la jurisdicción voluntaria las referentes a tales recursos, ya que lo resuelto en esta jurisdicción se puede volver a decidir en otro proceso, según hemos visto (núm. 38), por lo que los errores o injusticias que se cometan en las resoluciones se pueden corregir sin necesidad de acudir a esos medios extraordinarios de impugnación. Con respecto al recurso de audiencia del rebelde, ha de tenerse en cuenta, además, que en la jurisdicción voluntaria,

según también, vimos (núm. 25), no se produce la situación de rebeldía que habría de servir de base para la interposición de tal recurso.

B. *Las tercerías.*—La interposición de tercerías tampoco será posible en los negocios de jurisdicción voluntaria propiamente dichos, porque, según los artículos 1.533 y 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las mismas sólo caben en el juicio ejecutivo y en aquellos otros en que se proceda por embargo y venta de bienes, lo cual no sucede en el curso de los negocios de jurisdicción voluntaria, aunque pueda suceder en la ejecución de las resoluciones que se dicten en ellos, en ciertos casos, como, por ejemplo, para la efectividad de una posible condena de costas. Por otra parte, teniendo en cuenta las facilidades que en los negocios de jurisdicción voluntaria se conceden a los interesados para intervenir, pueden los mismos defender sus derechos sin necesidad de formular tercerías.

C. *El incidente de nulidad.*—El llamado incidente o recurso extraordinario de nulidad de actuaciones tampoco podrá promoverse en los expedientes de jurisdicción voluntaria, pues las normas en que se autoriza el mismo se encuentran en el libro II de la Ley (arts. 741, 744 y 745, núm. 1.º), en que se contienen las disposiciones referentes a la jurisdicción contenciosa, sin que exista necesidad de aplicar las mismas a la jurisdicción voluntaria, porque el incidente de nulidad ha sido configurado por el Tribunal Supremo como un medio de impugnación extraordinario, que sólo cabe cuando se han agotado los recursos ordinarios y no queda otro medio para obtener la reparación de los derechos vulnerados en las actuaciones judiciales (132), siendo innecesario en la jurisdicción voluntaria, en cuanto en ella, las resoluciones que no sean las definitivas de los negocios pueden ser variadas o modificadas sin sujeción a los términos y formas de la jurisdicción contenciosa, y las resoluciones definitivas no producen la cosa juzgada material, por lo que pueden ser modificadas en otro proceso. Por ello, los defectos o vicios que se cometan en los negocios de jurisdicción voluntaria pueden ser subsanados sin necesidad de acudir al incidente de nulidad.

D. *La oposición de tercero a la cosa juzgada.*—De la oposición de terceros a la sentencia o a la cosa juzgada no hay por qué hablar en la jurisdicción voluntaria, porque en nuestro Derecho no se regula esa oposición, y aunque ha sido admitida por el

(132) Vid. nuestro artículo *El incidente de nulidad de actuaciones*, en «Revista de Derecho Procesal», 1949, págs. 511 y ss.

Tribunal Supremo como medio para que los terceros puedan defenderse de las sentencias que les perjudiquen y sean debidas a dolo o fraude de las partes, el medio o procedimiento de formularla es la promoción de un juicio ordinario (133), el cual puede en todo caso promoverse después de seguido un negocio de jurisdicción voluntaria.

(133) Cfr. nuestro trabajo *La oposición de terceros a la sentencia y a la ejecución en el Derecho español*, en «Revista de Derecho Privado», abril, 1950. págs. 326 y ss.