



Jurisdicción Voluntaria

Not. Ángel Serrano de Nicolás

Notario de Barcelona, España, Comisionado por el Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña.

Para concluir los actos de jurisdicción voluntaria, hablaré de que en 2000 se modificó la Ley de enjuiciamiento civil; era una ley centenaria de la cual lo más chocante era el nombre, porque habiendo sido creada en 1870, se llamaba Ley Provisional de Enjuiciamiento Civil.

La jurisdicción voluntaria es una de las cuestiones más candentes de la actualidad en España. Afecta al Notariado, porque esta famosa Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 dejó vigentes justo los artículos de la vieja Ley Civil de 1870 relativos a la jurisdicción voluntaria, al establecer en su disposición final decimoctava que antes de cumplirse un año el gobierno acabaría una ley de jurisdicción voluntaria. Estamos en el año 2004 y la ley de jurisdicción no existe aún. Hay la esperanza, porque así lo ha manifestado el actual Ministro de Justicia español, de que una de las funciones o finalidades del gobierno es, a lo largo de esta legislatura –si no acaba antes de forma precipitada por falta de mayoría absoluta– aprobar una ley de jurisdicción voluntaria; lo cual tiene gran importancia porque el notariado español, como parece le ha sucedido al mexicano, ha pasado ciertos años en los que, al parecer, alguna de las principales notas que

debía tener cualquier ley que de forma siquiera tangencial afectara al notario, para darle una pedrada.

Así se aprobó la Ley de Arbitraje, por la que los funcionarios que cobraban por arancel no podían ser árbitros. Ahora se ha reformado la Ley de Arbitraje y permite no sólo que lo sean, sino que también las cuestiones de derecho de familia y sucesiones se puedan someter a arbitraje.

En cuanto a lo que será la futura Constitución Europea, como señala un catedrático de Ciencias Políticas, la verdad es que va a haber una Constitución Europea porque incluso antes de aprobarse ya hay artículos que se van a aplicar. En unos de sus artículos dice que será uno de los propósitos en el ámbito civil de la constitución europea, la desjudicialización de materias. Esto tiene una trascendencia vital para el notariado, porque esa desjudicialización ensanchará el campo de acción del notariado. Existía en España una comisión antes del actual gobierno, que estaba estudiando el asunto. En ella, justo fue el notario Rodríguez Adrados, presidente del notariado español durante muchos años y miembro activo de la Unión Internacional del Notariado Latino, quien redactó un anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Hoy día, uno de los autores que más ha trabajado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y que acaba de escribir, centrándolo en Roma un libro sobre el tema, es un catedrático de Derecho Romano, el profesor Fernández de Buján; ha estudiado las actuaciones que podrían ser susceptibles de llevarse a cabo en el ámbito notarial y señala que para que una materia pueda sujetarse a la jurisdicción voluntaria, primero debe haber voluntariedad de las partes; segundo, debe haber ausencia de conflicto; estos serían los elementos que permitirían que cualquier circunstancia o acto se sujete a la jurisdicción voluntaria. Además, señala como otra de la grandes actuaciones que podría tener el notariado al asesoramiento de las partes.

Actualmente, el ejercicio del arte de la jurisdicción voluntaria más importante que lleva a cabo el notario en España es, como antes dije, la declaración de herederos *ab intestato*. Cuando un español fallece sin testamento, sus herederos no están forzados a ir ante un juez para declarar, sino que pueden hacerlo ante el Notario, si bien con un límite: que sean los herederos ascendientes, descendientes o el cónyuge, que no son posibles los colaterales; se considera que, en el caso de aprobarse esta Ley de Jurisdicción Voluntaria, se tendría que extender a los colaterales, aunque no fuera de forma exclusiva, pues en ellos pueden existir problemas y situaciones que sólo el juez puede solventar.

Otro autor coincidente con Fernández de Buján, el notario Martín Romero, considera que sólo tendrían que quedar excluidas de la función de la jurisdicción voluntaria las materias

que no cumplan los supuestos señalados de voluntariedad y de ausencia de conflicto, así como aquellas que impliquen adoptar decisiones sobre las personas porque esta situación tiene que ser únicamente competencia jurisdiccional; de la misma forma, las concernientes al destino de los bienes y a la enajenación. Empero, en esto de la enajenación, la legislación catalana permite, que tanto si son bienes heredados, como en el caso de que no lo sean, se pueden enajenar con el consentimiento de dos personas. Creo que Martín Romero se refiere más bien a lo que sería la subasta. Hay cierta contradicción, como luego señalaré.

Cuando se reformó la jurisdicción voluntaria, se permitió que para enajenar los bienes hipotecados, en lugar de tener que acudir al juez se pudiese hacer vía notarial. Igual que la declaración del heredero *ab intestato*, ha sido un éxito rotundo. En cambio, la enajenación de bienes inmuebles ante el notario ha sido un fracaso absoluto: no se hace prácticamente ninguna; las pocas que se han hecho han dado problemas gravísimos porque no tenían que intervenir abogados, y estaban acostumbrados a que cuando se iniciara el procedimiento de ejecución ante el juez, podían interponer excepciones dilatorias, dicho de otra forma, dilatar el procedimiento. El Tribunal Supremo dijo que esa regulación era inconstitucional pues no había ley que la regulara, dado que se hizo en el reglamento hipotecario. Algunos autores sostienen, lo que yo no comparto, que con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la reforma a los artículos de la ley hipotecaria

que hablan ya no de procedimiento de ejecución de la hipoteca sino de venta de ésta, sería admisible. Yo discrepo. En todo caso, lo cierto es que en materia de inmuebles no se hace ante el Notario, es decir, cuando se deja de pagar la deuda y hay que ejecutar el inmueble, aunque se le haya cambiado el nombre, no hay ventas en las notarías.

Se agregó también, en el artículo 1822 que está desde siempre en el Código Civil Español, es decir, es más que centenario, que se permitía la subasta de muebles; en este punto yo pienso que hay una diferencia esencial: en los muebles se trata de una prenda y no es el deudor el que tiene el bien, sino que se agrega a un tercero, con lo cual el problema de ejecutar esa escritura es más fácil que en los inmuebles. Tiene que existir el procedimiento.

Profundizando en el tema, vemos que Martín Romero recoge las opiniones de Fernández de Bujan y señala hasta 22 materias que, de aprobarse esta Ley de Jurisdicción Voluntaria, podrían ser de competencia notarial. Me ocuparé de varias de ellas.

Una es la declaración de herederos *ab intestato*, que ya existe.

La segunda sería toda clase de actas de notoriedad. En el derecho español, las actas de notoriedad son aquellas en las que el notario, a partir de una serie de pruebas, como documentos, manifestaciones de testigos, considera que es notorio un hecho y mientras no se oculte judicialmente, es eficaz frente a todos esta declaración de voluntad. En España se utilizaron estas actas de notoriedad para cancelar condiciones resolutorias que garantizaban el cobro del precio de

venta, precio que se solía representar por letras de cambio, hasta que se introdujeron los préstamos hipotecarios; se compraba la vivienda y se libraban decenas, por no decir centenares de letras que mensualmente iban venciendo. Imaginemos que se pagaran, a lo largo de diez años, 120 letras, y que cuando se tuviese que levantar la condición resolutoria garantizada para el cumplimiento de las letras, hubiese desaparecido una letra: no se podría acreditar.

Lo anterior se ha admitido, aunque los registradores no admiten siempre que mediante un acta notarial de notoriedad se pueda acreditar que esa letra estaba pagada.

También sería competencia del notario, en este acto de jurisdicción voluntaria, la apertura y protocolización de testamentos. Hoy, cuando un testador otorga un testamento, no basta decir que es de su puño y letra. Para que surta efectos antes de 5 años se tiene que esperar judicialmente: reconocer que la firma era del testador. Bien: se considera que también esta función, dado que no tiene que haber conflicto, podría ser notarial.

El expediente de dominio. Puede ocurrir que una vez que se haga el registro de la finca, lo que se llama inmatriculación o primera vez que accede al registro, y que luego resulte que no todas las transmisiones se hayan y cuando se han “saltado” dos o tres transmisiones, el que compra quiera reanudar ese trato de la finca. Esto puede hacerse a través de un expediente de dominio que acredite que efectivamente quien transmitió era el dueño; por tanto, saltándose esas transmisiones que no han tenido

lugar, vuelven a reanudar el trato.

Esto, hoy se puede hacer, yendo directamente ante el juez o iniciándose ante notario; pero en todo caso tiene que aprobarlo el juez, lo cual realmente es una interferencia, pues se entiende que tendría que hacerlo única y exclusivamente el notario.

Una función factible por el notario es la liberación de cargas en el Registro de la propiedad español, pues constan cargas que en realidad están extinguidas por la prescripción, pero que en el registro aparecen. Substituciones fideicomisarias catalanas se puso como condición de la eficacia o ineficacia que la persona que era el fiduciario tuviera hijos, que éstos tuvieran cumplidos más de 14 años. Se ha dado esta circunstancia mas en el registro no se han hecho constar, por lo cual no aparecen ahí.

Es un problema para este expediente de liberación de hipotecas y de gravámenes, que ahora en el mercado hipotecario español está la Ley Hipotecaria y la Ley del Mercado Hipotecario del año 1981, que es la ley en la que están recogidas prácticamente, por no decir que todas las hipotecas. Con esta Ley del Mercado Hipotecario se permite la titularización de los préstamos hipotecarios, o sea, que con la cartera de préstamos que tienen los bancos se emitan cédulas y bonos, lo que permite una cesión de ese crédito, con lo cual el banco pueda manejar su cartera y el total permitido.

Para que una hipoteca pueda sujetarse a la Ley del Mercado Hipotecario y el Banco de España no haga provisionar la cantidad que concede el préstamo como un fallido ese préstamo, la hipoteca no tiene ni

puede tener ninguna carga preferente, de modo que si aparece un censo sin cancelar, una substitución o cualquier carga, entonces esa hipoteca no puede sujetarse a la Ley de Mercado Hipotecario, con el problema que ello supone si hay que acudir a la vía judicial, pues se deshace la operación porque en España los juzgados, en fin, todo el mundo, no actúa con la celeridad con la que lo hacen los notarios. Si un señor quiere vender y otro desea comprar y el banco financiero, no pueden esperar, aunque sea vía juzgado, tal vez seis meses. Esta sería otro de las posibles actuaciones de la función notarial.

También se defiende que el notario actúe en toda clase de subastas. En ello me opongo radicalmente a que lo pueda hacer en materia de inmuebles, entre otras cosas porque, como dijo un decano de Barcelona, Mezquita del Cacho, el notario no puede ser Juan Palomo: yo me lo guiso, yo me lo como. No puede ser que el mismo notario que ha constituido la hipoteca, sea luego también el que la ejecute (y claro que en las poblaciones donde sólo existe un notario, necesariamente ha de ser él quien la constituya y la ejecute). En esto se ha de ser muy fino porque la experiencia es, primero, que se declaró inconstitucional la ley y segundo que ha dado problemas gravísimos al notariado.

Otra de las cuestiones que también se defienden como posible ámbito de actuación del notariado, es la toma de posesión de bienes, cuando se produce la entrega que, repito, en España estaba facilitada en el artículo 1462 del Código Civil al establecer que si hay escritura, se entiende que con la mera escritura ya

se produce la *traditio*.

Una función más del ámbito de los bienes sería el deslinde y amojonamiento de fincas. Muchas veces para deslindarlas pues la finca, para establecer los mojones (me permito recordar que en España mover un mojón que delimite una finca de otra constituye un delito), en lugar de tener que acudir a la autoridad judicial, se podría hacer ante notario porque, pudiendo incorporarse en el plano del catastro con un topógrafo que mida los metros y estando presentes los dos propietarios de la finca, ¿qué mejor que un notario para levantar acta con fotografías y mediciones y quede fijado el mojón? Es algo que puede durar escasamente unos minutos o unas horas, mientras en un procedimiento durará meses y más que esto.

Tenemos, igualmente, el caso de la consignación del pago como potencial función de la jurisdicción voluntaria. En la actualidad, según la regulación del Código Civil Español, la consignación como medio de extinción tiene que ser judicial; parece que en el caso de las rentas en los arrendamientos se sostiene, del mismo modo, que la consignación judicial pueda producir esa función.

Se defiende con carácter genérico que en esta probable ley de jurisdicción voluntaria, una serie de funciones podrían, deberían o tendrían que ser desempeñadas por el notariado, como acreditar y documentar toda clase de hechos concretos; dar las informaciones para perpetuo antes de morir, o sea, para que quede constancia de ese hecho de forma indefinida; realizar inventarios. Comprendidos en este panorama general, se incluyen

tres ámbitos a los cuales me referiré en los siguientes párrafos: el derecho de familia, el sucesorio y el mercantil.

En el ordenamiento jurídico español, aunque es una práctica virtualmente inexistente para gozar de beneficios de inventarios (algo de lo que hablaremos más adelante), no es lo mismo que se haga vía notarial en el momento de aceptar la herencia, en un trámite que no dura nada y que para el cliente no significa ninguna pérdida ni gasto alguno, que tener que pedir autoridad judicial.

Estos son, en esencia, los actos que se considera podría desempeñar el notario; sin embargo, en cierto modo algunos ya los realiza.

Los ámbitos de familia y del derecho sucesorio bien pudieran ser exclusivamente notariales. El profesor Martínez Aguirre, que podría no compartir personalmente que el matrimonio y su disolución sean consensuales; no obstante, ha escrito una obra en la cual estudia el tema perfectamente y defiende que se admita que el notario pudiese asistir en la separación y el divorcio consensual. En esta reforma que también el gobierno socialista español tiene planteada, se contempla que en lugar de tener que sufrir una fase previa de separación, luego el divorcio y esperar a que transcurra al menos un año, pues basta que transcurran 3 meses desde el matrimonio para solicitar directamente el divorcio, sin necesidad de demostrar que es culpable ninguno de los dos, sino de mutuo acuerdo.

Dentro de tal marco, parece que sin necesidad de pleitear se podría ocurrir ante el notario y —en lugar de hacer unos capítulos en que se distribuyan los bienes— acordar sobre la

seguridad de los hijos y toda clase de cuestiones propias de la separación que regula el artículo 90 del Código Civil; bastaría la mera remisión de la escritura al Ministerio Fiscal para que, si éste no manifestase su oposición, se entendiese que esa separación y divorcio se habían producido. Hoy día es habitual que las separaciones y los divorcios se hagan ante el notario, mediante una escritura en la que ponen fin a la relación matrimonial, la separación del cuerpo y del patrimonio; pero que no surte efectos hasta que se ha producido la homologación judicial. Lo que se defiende es que, sobre todo cuando hay hijos menores, se hiciera notarialmente y no hubiera que acudir ante la autoridad judicial, aunque luego se remitiese lo acordado para su simple homologación.

Por supuesto, cuanto aquí he explicado relativo a las uniones de hecho, al día de hoy es de esencia notarial.

En el ámbito sucesorio se defiende que prácticamente toda la materia tuviese un carácter notarial, que no solamente se trate herederos a los descendientes, ascendientes o cónyuges, sino a los colaterales y que la aceptación, partición y todo el problema a que da lugar la partición de la herencia pudiera ser notarial. Una de las vías para ello sería la de insertar en los testamentos esa cláusula en que se someta al arbitraje del notario la resolución de las posibles discrepancias entre los herederos. En España, aparte de los pleitos, otro de los problemas es que llevar a cabo la partición si no hay unanimidad, requiere de la vía judicial. Conozco un problema de partición que lleva 15 años sin que se haya producido la herencia. De

hacerse en el ámbito notarial y permitirse esa cláusula insertada en los testamentos, prácticamente la materia sucesoria toda sería notarial.

Coincido con algunos en que para materias como la declaración *ab intestato* se puede fijar que sea competencia exclusiva estatal. En otras, aunque se reconozca que la puede asumir el Notario y que surta efectos, no debemos tener ningún miedo a que también la autoridad judicial las asuma y desempeñe, ya que en España los poderes para pleitos se pueden dar compareciendo los intervinientes en un pleito en el juzgado y ahorrarse hasta dos mil pesetas que cuesta el pleito; mas la realidad es que estando en el juzgado y pudiendo elaborar el poder, salen de allí y se van a la notaría para hacerlo. Creo que dada nuestra capacidad y preparación, tenemos que exigir que se nos permita actuar; no se trata de la libre competencia de que cualquier jurista lo pueda hacer, sino de que pueda efectivamente hacerlo el notario.

En el ámbito mercantil se ha defendido que, sin tener que acudir a la autoridad judicial para convocar la junta cuando los administradores no quieran convocarla, se pudiera hacer ante el notario, además, como dije anteriormente, de que se pueda y es función notarial levantar el acta. En materia mercantil se tendría que regular no solamente la convocatoria y el acta, sino de igual modo las actas del consejo de la administración (que en la ley española no está prevista pero se admite) y todas las relaciones tocantes a los conflictos sobre valoración.

Hay algún autor como el profesor Carrasco Pereira, catedrático de Castilla de la Mancha, que ha dicho que si

fuera el notario el árbitro, valga; pero que cuando sean árbitros los abogados, muchas veces no son sino tristes componendas más que arbitraje; por eso yo sencillamente creo que nadie mejor que el notario podría ser.

La cláusula de que antes de acudir a la vía judicial se someta al arbitraje, desde luego, en lo que a España concierne, no se va a aprobar; eso lo hemos descontado. Ahora: que se admita como una alternativa sería más que suficiente para ensanchar

con vastedad el campo de la actuación notarial, porque, es cierto, en España sí que a veces se critica a los notarios; pero es igualmente cierto que cuando alguien tiene un problema, lo primero que hace es acudir al notario porque le da certeza de resolver el conflicto.

