

LAS COMPETENCIAS DE LOS NOTARIOS ESPAÑOLES EN JURISDICCION VOLUNTARIA: DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE SUCESIONES

La ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), atribuyó a los notarios la tramitación de numerosos expedientes que hasta su entrada en vigor tenían que tramitarse en los juzgados y ser resueltos por un juez.

En lo que se refiere a los notarios, la nueva regulación se ha creado por la disposición final 11ª LJV, que ha creado un nuevo título (el título VII, arts. 49 a 83) en la ley del Notariado. Esta normativa se completa con las importantes modificaciones que también se han introducido en el Código Civil en prácticamente todas las materias de la llamada jurisdicción voluntaria que se han encomendado a los notarios, sobre todo en materia materia matrimonial.

La desjudicialización se ha hecho, en nuestra opinión con buen criterio, atribuyendo en muchos casos competencias de forma alternativa a diversos tipos de profesionales jurídicos. Hay expedientes atribuidos a los notarios que se pueden tramitar en los juzgados o incluso a veces ante otros funcionarios distintos, a elección de los interesados. En la materia que nos afecta, se trata del acta previa al matrimonio -si bien se ha aplazado la entrada en vigor de esta normativa-, que puede tramitarse también ante un LAJ, un encargado del Registro Civil, o un encargado del Registro civil en el extranjero), la celebración del matrimonio (que puede tramitarse ante un alcalde, juez de paz, LAJ o en cargo del Registro civil en el extranjero), y los siguientes expedientes que pueden tramitarse también en un juzgado: las separaciones judiciales y divorcios, la renuncia y prórroga del cargo de albaceas y contadores-partidores, el nombramiento de contador-partidor, la aprobación de la partición realizada por contador-partidor y la aprobación de la partición en caso de pago en efectivo de la legítima.

Los asuntos que se han atribuido en exclusiva a los notarios son las actas de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal, la declaración de herederos intestados (salvo a favor de Administraciones Públicas), la adverbación y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y orales y la formación del inventario de la herencia.

Si tenemos en cuenta las funciones que veníamos realizando los notarios en las últimas décadas, se trata en todos los casos de actuaciones nuevas, salvo las declaraciones de herederos, pero aun en éstas hay novedad, pues se ha atribuido a los notarios la competencia para la declaración de herederos a favor de colaterales, antes reservada en exclusiva a los juzgados.

La desjudicialización, que es una de las novedades más importantes de la nueva ley, fue objeto de un gran debate durante la tramitación parlamentaria y en los primeros meses de su vigencia. De todo esto se discute hoy mucho menos, salvo en cuanto a una eventual limitación a la tutela judicial efectiva que podría darse y a la posible inconstitucionalidad de la facultad del notario de dirigir el expediente supra partes y de

tener que tomar decisiones a la vista de alegaciones de distintos interesados, que algunos consideran que es una función jurisdiccional.

La exposición de motivos de la LJV justifica la desjudicialización con las siguientes palabras: “resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley.” Y más adelante añade: “Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados.....La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores.”

Tres razones, por tanto: se trata de actuaciones que no afectan a derechos fundamentales ni a menores o personas con capacidad modificada, no hay “contenido jurisdiccional”, y no se “pone en riesgo” la tutela judicial efectiva.

¿Está en lo cierto la exposición de motivos de la ley? ¿Se ha respetado el art. 117 de la Constitución? Recordamos: el art. 117.3 dispone “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.” Y el art. 117.4: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho.”

De entrada, se deduce del art. 117 que no todas las funciones que pueden encomendarse a los jueces sean funciones jurisdiccionales.

Para dar una respuesta debe examinarse la actuación que el notario debe realizar en cada uno de los asuntos que le han sido encomendados. Un examen en detalle no resulta aquí posible, dada la extensión impuesta a este comentario. Lo hemos realizado en otro lugar (“Función notarial y jurisdicción voluntaria”, Tirant lo Blanch, 2017). Pero una síntesis resulta imprescindible.

En todo caso, la justificación que da la E.M. relativa a menores o incapacitados tiene poco que ver, en nuestra opinión, con la cuestión de la constitucionalidad. Se trata de una cuestión de oportunidad y, por ello, no la vamos a tratar. Una eventual vulneración de derechos fundamentales distintos de la tutela judicial efectiva tampoco la vamos a plantear porque los expedientes atribuidos a los notarios no creemos que les afecten.

Actuación notarial existente con anterioridad a la ley 15/2015

La función notarial más típica es una actuación profesional de asesoramiento sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que el/los otorgante/s se proponen alcanzar, y de redacción y documentación de negocios jurídicos con control de legalidad, unida, de manera inescindible, a una actuación funcionarial de autenticación de las declaraciones, control de legalidad en tanto que funcionario, y fe pública; ésta última, no sólo de negocios jurídicos, sino también de hechos, actos o situaciones de todo tipo.

No obstante, también es función notarial, regulada expresamente desde hace décadas, una actuación de “comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales y patrimoniales, con trascendencia jurídica”, como dice el primer párrafo del artículo 209 RN. Se trata de las actas de notoriedad. Pero el objeto de éstas puede ser aún más amplio ya desde mucho antes de la vigente LJV. Así, según el párrafo segundo del apartado quinto del art.

209 RN, cuya redacción fue dada por el Decreto de 22 de julio de 1967: “Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso.” Ello exigía un requerimiento específico y una declaración notarial separada del juicio de notoriedad de los hechos objeto del acta. En este sentido, el apartado cuarto del art. 209 RN dispone: “Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.” El supuesto más conocido y más utilizado de este tipo de actuaciones son las actas de declaración de herederos intestados, cuya tramitación se encomendó en exclusiva a los notarios el año 1992 (ley 30/1992, de 20 de abril y R.D. 1368/1992, de 13 de noviembre) si los beneficiarios son descendientes, ascendientes o cónyuge del causante. También el reglamento hipotecario (RH) ya tenía prevista alguna actuación de este último tipo en su artículo 82 (R.D. 3215/1982, de 12 de noviembre). Según esta norma, se podía utilizar un acta de notoriedad para la determinación de sustitutos vulgares o fideicomisarios, por ejemplo. Y de hecho se usaba. Por consiguiente, ni siquiera fue en 1992 la primera vez que se iba más allá del mero juicio de notoriedad.

La declaración de que algo es notorio, o sea, conocido por un determinado círculo más o menos amplio de personas no ha planteado nunca, que sepamos, dudas sobre su adecuación a la Constitución, aun en el caso en que esa declaración pueda ser la base en que se funden derechos.

Tampoco se venía cuestionando la constitucionalidad de la declaración por el notario relativa a que algunas personas tienen determinados derechos. Y eso que para ello hay que tomar en consideración no sólo hechos notorios, o sea, de conocimiento público, sino los acreditados por la prueba documental y testifical que el notario juzgue precisa y que tendrá que valorar, así como también tendrá que valorar las alegaciones que en su caso formulen los diversos interesados y, en todo caso, realizar una interpretación jurídica de la ley aplicable al supuesto de hecho, sea o no evidente.

¿Era esto constitucional? La polémica ha sido mayor en 2015 que en 1992. Nos pronunciaremos tras valorar la actuación notarial en los nuevos expedientes.

En cualquier caso, la eficacia de una declaración notarial de derechos ha sido siempre “sin perjuicio de tercero” y sólo se ha podido basar en casos en que el derecho de que se trate puede declararse con (relativa) facilidad a partir de las normas que lo regulen. Y sigue siendo así, tanto en los expedientes que ya existían como en los creados el año 2015.

Actuaciones que atribuye a los notarios la ley 15/2015

Reseñamos, de manera sucinta, los rasgos básicos, en relación a la materia de este comentario, de la actuación del notario en cada asunto que le ha encomendado la vigente LJV.

Expediente previo a la celebración del matrimonio

La atribución de la tramitación de este expediente a los notarios fue seguramente el caso más discutido. La controversia no ha acabado. La entrada en vigor de la norma sigue suspendida. No obstante, la polémica está más en relación con el modelo de Registro civil que se pretende y con el destino de jueces y personal.

La labor que el notario tiene que realizar en este expediente consiste en recibir declaraciones de los futuros contrayentes, y en su caso de testigo/s, protocolizar documentos y realizar notificaciones y/o publicaciones. Esto no excede de lo que ya era una labor notarial típica en materia de actas. Lo único realmente “delicado” es recibir la declaración de los contrayentes. Según el art. 58 de la ley del Registro civil, el notario “oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento”. Se trata también de investigar los móviles de las partes para detectar un eventual fraude; por ejemplo, usar el matrimonio para fines distintos del propio matrimonio, como para conseguir permiso

de residencia o nacionalidad, o para crear una mera apariencia. El notario queda así colocado claramente *super partes*, pues debe decidir si autoriza o no el matrimonio a la vista de lo que “escuche”. También cuando elige al testigo o testigos en la diligencia sustitutoria de la publicación de edicto. Y también al concluir el expediente: el instructor finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de todos los requisitos necesarios para contraer matrimonio, según dice el art. 58.6 LRC. O sea, el notario puede resolver no autorizar el matrimonio, contra la voluntad de los requirentes del expediente.

Pero la posición *super partes* no implica jurisdicción. También se da en la actuación de muchos tipos de funcionarios administrativos. No se está resolviendo ningún litigio. El notario no decide entre partes contrapuestas. El control que realiza es un control de legalidad, no de oportunidad. Y no se elimina ni dificulta la tutela judicial efectiva, pues la decisión del notario puede ser discutida ante un juez del mismo modo que hoy puede atacarse la decisión del encargado del Registro civil que tramita el expediente. En realidad, el juez encargado del Registro civil no actúa, en este expediente, realizando una función jurisdiccional.

Celebración del matrimonio

Ha sido la novedad más “mediática”. Sin embargo, la actuación notarial no es distinta del otorgamiento de otros negocios jurídicos. Se trata de una escritura que recoge el consentimiento de los contrayentes y la firma de los testigos. Lo peculiar es el negocio que se formaliza, que hasta ahora no era competencia de los notarios. No se trata de una actuación de naturaleza jurisdiccional. En realidad, sobre esto no ha habido discusión.

Constancia del régimen económico matrimonial legal

Es un expediente para hacer constar el concreto régimen económico que es aplicable a un matrimonio, en los casos en que los cónyuges no han otorgado capitulaciones. Es un expediente que va a ser letra muerta porque cuando entre en vigor la nueva ley del Registro civil el régimen económico tiene que quedar fijado expresamente al inscribirse el matrimonio en el Registro civil.

Es un acta de manifestaciones y de protocolización de documentos. A la vista de ello, el notario emite un juicio sobre el régimen económico que resulta aplicable según la ley. Se trata de una actuación similar a la que el notario hace en cualquier escritura en que tenga que quedar reflejado un régimen económico matrimonial. El supuesto en que el notario se coloca *supra partes* se da cuando el requerimiento lo realice uno sólo de los cónyuges. La posibilidad de un requerimiento unilateral, es, no obstante, algo muy discutible. En nuestra opinión sólo resultaría posible de manera excepcional, cuando (y sólo) se justifique un interés legítimo bastante para el requerimiento unilateral. Pero es que aun en este caso, la declaración del notario, en caso de alegaciones contrarias de uno y otro cónyuge, sólo puede basarse en prueba suficiente de los hechos que determinen la aplicación de la ley, que son siempre hechos objetivos, como por ejemplo, la acreditación de la residencia efectiva, o de la nacionalidad. Por ello, no hay actuación de naturaleza jurisdiccional: no se decide a la vista de los argumentos alegados por uno u otro cónyuge o por terceros. La acreditación de la residencia efectiva tiene que hacerse por el notario y por otros funcionarios en muchos casos: a efectos de determinar la ley sucesoria, o la ley fiscal aplicable, por ejemplo, y no se dirá que al realizar esta tarea se esté actuando como un juez.

Separación y divorcio

El notario ya autorizaba antes de la LJV pactos sobre una futura separación y pactos reguladores de separaciones y divorcios, sin perjuicio de que todo convenio de separación o divorcio necesitaba aprobación judicial.

La LJV ha aportado, como novedad, la posibilidad de que el notario pueda realizar la declaración relativa a la propia separación o divorcio, si se dan ciertos presupuestos; en especial, si ambos cónyuges comparecen de mutuo acuerdo y si no hay hijos menores o incapacitados. Tienen que estar asistidos por Letrado, si bien puede ser un único letrado para ambos cónyuges. Pero por poco que se observe, cualquiera se percata de que la decisión de separarse o divorciarse es una decisión de (sólo) los cónyuges. La actividad del notario es un control de legalidad referido a los requisitos para que la separación o divorcio sean posibles. Esto no excede del control de legalidad que realiza el notario a la hora de formalizar otros negocios jurídicos.

Sin embargo, la ley 15/2015 añadió algo más delicado y comprometedor para el notario: el examen acerca de si el convenio es gravemente perjudicial para los cónyuges o para los hijos mayores de edad (si los hay). Se trata de una decisión muy distinta a una mera declaración de derechos o un control de legalidad. Lamentablemente, la ley no ha precisado el alcance de esta actuación notarial, lo que ha dado pie a una amplia discusión. En nuestra opinión, se trata de una supervisión de la información que cada cónyuge ha tenido de la situación patrimonial del otro, y de lo que podría obtener y no obtiene, y de asegurarse que un cónyuge no está obteniendo ventajas que no le corresponderían; por ejemplo, una adjudicación excesiva de gananciales sin compensación y sin causa aparente que la justifique. Ni “más”, pues no se trata de controlar si hay desequilibrio económico, ni “menos”, pues se trata de controlar que, si hay desequilibrio económico, ha sido bien comprendido por el perjudicado, se realiza sin infringir la ley y tiene causa jurídica bastante. La ley ha colocado aquí al notario por encima de los otorgantes, pero en todo esto tampoco hay actuación jurisdiccional, máxime porque el convenio es presentado por ambos cónyuges de mutuo acuerdo. Tampoco se impide ni se limita a ninguno de los cónyuges el derecho de acudir a los tribunales si la decisión del notario consiste en no aprobar el convenio y no se quiere presentar un nuevo convenio modificado.

En la práctica no está habiendo problemas porque los asuntos que se presentan a los notarios, además de ser (no puede ser de otra manera) situaciones en que ambos cónyuges comparecen y están acuerdo en todo, ya tienen liquidada su situación patrimonial desde hace tiempo o bien, por la brevedad del matrimonio, no han tenido bienes comunes.

Declaración de herederos intestados

La LJV no aporta novedad en cuanto al tipo de actividad que realiza el notario. La novedad está en que se ha extendido la competencia a la declaración a favor de parientes colaterales.

Se trata, en todos los casos, de un acta de notoriedad en la que, además de la notoriedad, se declaran derechos. Pero téngase en cuenta que la principal base de los derechos, que es el parentesco, se acredita con certificaciones del Registro civil. No puede darse por probada una filiación, por ejemplo, por la mera declaración del beneficiado. Y no es objeto del expediente la determinación del parentesco. La declaración de notoriedad es necesaria, no obstante, porque los derechos también dependen de hechos negativos;

principalmente, que no hay otros parientes conocidos de igual o mejor derecho y que no se tiene noticia de testamento. En el Derecho español es posible el testamento hológrafo o, en circunstancias excepcionales, el otorgado sólo ante testigos.

Los derechos se declaran siempre sin perjuicio de tercero y siempre que no haya oposición formulada en el expediente. La oposición puede alegarse y se valorará por el notario, pero para que suspenda la tramitación tiene que basarse en una demanda judicial congruente con el objeto del expediente. Llegamos a esta conclusión a la vista de los arts. 56.2 y 56.3 LN, 18.2.2º LJV y 209.5 RN. Esto es razonable: suspender por mera declaración implicaría obstaculizar en exceso el derecho del requirente. Si tenemos en cuenta todos los elementos de la situación, no se aprecia en ello (en obligar al eventual perjudicado a interponer demanda) ninguna limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, obsérvese: el notario puede decidir, como en toda acta de notoriedad, sobre el plazo para formular alegaciones, la determinación de los sujetos que deben ser notificados, o la práctica de pruebas no propuestas; además de decidir sobre la notoriedad misma, que implica valorar todas las pruebas. Pero esta posición supra partes, como ya hemos dicho, no es una actividad jurisdiccional, pues no se declara el derecho de los requirentes en el contexto de una controversia.

Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y orales

Se trata de expedientes en los que, tras el control de los requisitos legales de la solicitud se realizan notificaciones y protocolización de documentos. Lo peculiar del expediente es que el notario tiene que emitir juicio acerca de la autoría del testamento, realizando, en su caso, pruebas no propuestas por las partes, por ejemplo una prueba pericial (por perito calígrafo). No negamos que sea una tarea delicada en el caso de testamentos ológrafos y, en su caso, orales. Aquí el notario vuelve a estar colocado en una posición supra partes. Pero tampoco es una actuación jurisdiccional. Y es una valoración provisional, a los efectos del tráfico jurídico-económico extrajudicial, que cualquier interesado puede atacar ante un juez. Gomá Lanzón ha incluido este expediente entre las actas de notoriedad (“Nuevas atribuciones y función notarial”, en “Jurisdicción voluntaria notarial, Colegio Notarial de Madrid y Thomson Reuters Aranzadi, 2015), postura ésta que compartimos.

Renuncia y prórroga del cargo de albacea y contador-partidor

La renuncia no hay que confundirla con la excusa del cargo, que es la negativa a aceptarlo. La “renuncia” a que se refiere la ley es tras haber aceptado el cargo. La aceptación y/o la excusa se formalizan en documentos sujetos a una actuación notarial típica, sin peculiaridades.

En el caso de renuncia se ha impuesto al notario un juicio sobre su procedencia: tiene que valorar su justa causa. En el caso de prórroga, el notario tiene que valorar si ésta es necesaria, atendidos los hechos.

Compartimos la opinión de nuestro compañero Martínez-Sanchiz (en “Comentarios a la ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria”, Civitas Thomson Reuters y Consejo General del Notariado, 2016): en estos casos, el notario emite un arbitrium boni viri. Por ello mismo, no actúa como un juez ni queda limitado el acceso a los tribunales por quien se crea perjudicado.

Nombramiento de contador-partidor dativo.

Es una variante de un acta de sorteo, como las que ya se podían hacer antes. El control de los presupuestos del requerimiento puede ser complicado en algunos casos, en especial el 50% del haber hereditario, pero no implica un nuevo tipo de actuación notarial: no se declaran derechos; ni siquiera hechos notorios.

Aprobación de la partición por el contador-partidor dativo y en los casos de pago en dinero de la legítima

Este es seguramente el caso en que la posición del notario resulta más comprometida, pues la ley le pide que emita un juicio sobre la corrección de la partición ya realizada.

La ley es desafortunada porque no se refiere a lo que el notario debe controlar. Por supuesto, debe examinar el ajuste de la partición a las (escasas) normas que la regulan y la corrección matemática de los cálculos. Pero tiene que haber algo más que el control de la regularidad formal de la actividad realizada, pues en toda escritura de partición de herencia ya se realiza por el notario esa labor, de forma que si no hay regularidad formal ni respeto a las normas reguladoras, o si hay error en los cálculos, el notario tiene obligación de no autorizar la escritura.

En nuestra opinión, el control se extiende también a lo siguiente: que el contador-partidor asegure que no hay más activo ni pasivo que el que ha reseñado, incluido donaciones colacionables; que se hayan realizado tasaciones de los bienes por perito competente; que las tasaciones realizadas por el perito sean razonadas y no aparezcan irrazonables; y que en caso de alegaciones contrapuestas sobre alguna valoración, se hayan realizado distintas tasaciones o se realice una a petición del propio notario, que dé un resultado razonado y no irrazonable.

En consecuencia, se trata de una supervisión de la partición realizada por el contador; es decir, la declaración notarial sobre la partición se refiere a que ésta ha sido realizada de manera legal, con corrección en los cálculos y, en lo que no sea mera aplicación de una norma legal (por ejemplo, en las valoraciones), ha sido realizada de manera razonada y razonable. No se trata de un juicio definitivo sobre la misma, sino una apreciación de que todo es, aparentemente, correcto. Una confirmación de la actuación del contador-partidor para que su partición resulte menos controvertida en el tráfico extrajudicial, pero sin convertir a ésta en un título inatacable.

Es posible que ante el notario se formulen alegaciones opuestas por distintos interesados en la herencia. Pero no es misión del notario decidir sobre estas valoraciones. El notario tiene que recogerlas en el expediente y tenerlas en cuenta, pero sobre lo que decide es sobre la actuación del contador. Es la emisión de un juicio pericial sobre la actuación del contador-partidor. No creemos que esto pueda calificarse de actuación jurisdiccional.

Tampoco se impide a los perjudicados impugnar la partición ante el juez. La actuación notarial no limita la tutela judicial efectiva. Los interesados tienen las mismas facilidades para comparecer ante el juez que si no hubiera habido este expediente notarial. Lo limitado de algunas causas de impugnación (por ejemplo, la rescisión por lesión) no puede alegarse en contra de la atribución a los notarios de este expediente, pues no hay diferencia respecto de particiones no realizadas por un contador-partidor dativo.

Lo dicho respecto del contador-partidor dativo vale también para la partición en los casos de pago en dinero extrahereditario de la legítima.

La interpelación para aceptar o repudiar la herencia

Esta actuación consiste en un acta de requerimiento realizada a un llamado a la herencia para que declare si la acepta o la renuncia. Un requerimiento de este tipo podía hacerse también antes de la ley 15/2015. La novedad de ésta es el efecto que se da a la inactividad del requerido: se tiene la herencia por aceptada pura y simplemente. Pero este efecto no deriva de la actuación notarial en sí misma considerada. Por tanto, aquí no hay ninguna peculiaridad respecto de un acta “ordinaria”.

El beneficio de inventario

La aceptación de la herencia, si el heredero quiere limitar su responsabilidad a los bienes hereditarios, exige en el Derecho español la previa realización de un inventario con citación de los diversos tipos de interesados.

Es una actuación notarial del tipo de un acta de manifestaciones y protocolización de documentos, unida al control de legalidad de los presupuestos del requerimiento y de la propia tramitación del expediente. Cabe que haya oposición de interesados pero el notario, en tal caso, sin perjuicio de documentar tal declaración, no suspende el expediente, pues no corresponde al notario realizar declaración alguna sobre la corrección intrínseca del inventario. El acta refleja el inventario que realiza el heredero requirente. El notario no decide si el inventario está bien hecho. Por tanto, no hay actuación de naturaleza jurisdiccional, aunque la dirección del expediente coloque al notario en una posición supra-partes. Por otro lado, cualquier interesado puede impugnar el inventario de la misma forma que si no hubiera habido actuación notarial.

Teniendo en cuenta los tipos de actuación que acabamos de reseñar, nos pronunciamos a continuación acerca de su adecuación a la Constitución, realizando una reseña previa de argumentos más generales.

¿Constitucionalidad?

Se ha llegado a decir que la jurisdicción voluntaria está implícita en la “jurisdicción” a que se refiere el art. 117 de la Constitución. Una sentencia del Tribunal Supremo de 22.05.2000 contiene el siguiente pronunciamiento: “El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales... no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), su actuación no deba estar revestidas de las garantías propias de la jurisdicción... de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio, y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el art. 117.3 de la Constitución”. Añade que la jurisdicción voluntaria es jurisdicción porque si el juez no interviene se conculca el art. 24 de la Constitución, al provocar indefensión.

En nuestra opinión, estas frases son excesivas. No toda indefensión exige una actuación judicial. Como ha dicho Martínez Sanchiz, puede darse indefensión en actuaciones no judiciales (por ejemplo, notariales, si se deniega el derecho a contestar un requerimiento) sin que por ello ese tipo de actuaciones devengan actuaciones jurisdiccionales (op. cit., página 1475).

En todo caso, la afirmación de esa STS fue al efecto de resolver que el procedimiento con arreglo al que los jueces deben actuar en jurisdicción voluntaria tiene que estar regulado por una norma con rango de ley y no por un reglamento. Y no se ha encontrado una reiteración de esta doctrina, a efectos de considerarla jurisprudencia.

La postura del Tribunal Constitucional ha sido bien distinta. Una STC 20.05.2002 resolvió que el art. 117.3 se refiere a la jurisdicción contenciosa y a la tutela judicial efectiva del art. 24, mientras que el art. 117.4 se refiere a una actividad que no es jurisdiccional, que puede o no ser atribuida a los jueces según decida el legislador ordinario. El mismo criterio se había mantenido en la STC 08.11.1983 (sobre la homologación de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado): “el procedimiento previsto ... responde a una actividad de constatación encomendada al juez civil y no puede calificarse como un verdadero proceso en cuanto no está previsto como cauce procedimental para el supuesto en que se formule una pretensión contrapuesta a la solicitud del actor... De esta forma, la regulación legal no desconoce el derecho fundamental del art. 24.1 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, ya que el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de jurisdicción voluntaria, y otro, procesal, para el supuesto de oposición, que permita (este segundo) la efectividad del mencionado derecho fundamental.” Y más adelante: “la función encomendada al juez en este caso no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.” Es decir, desconecta la jurisdicción voluntaria de la función jurisdiccional y la sitúa en las funciones que pueden ser atribuidas a los jueces por la ley, a que se refiere el art. 117.4.

En la doctrina, hay quien ha defendido que hay actuación jurisdiccional en todos los casos en que se valoren puntos de vista contrapuestos. Podemos citar a De la Prada González (AC, nº 2009-2), Lledó Yagüe (en la Introducción al libro “Estudio sistemático de la LJV”, dirigido por Lledó-Ferrer-Torres-Achón, Dykinson y Consejo General del Notariado, 2016) y, en este mismo libro, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (comentario a los arts. 83 y 84, y disp. Adicional primera 16ª). Este último mantiene, entre otras cosas, que no cabe atribuir al notario la labor de “valorar la prueba, ponderar intenciones o decidir alternativas”; “quien ostenta la fe pública puede advenir hechos, actos o manifestaciones; pero emitir juicios está reservado a los jueces (art. 117.3 CE)”. En concreto: un notario puede autorizar matrimonios pero no debe tramitar el expediente “ya que en él no sólo se han de constatar hechos, identidades o situaciones, sino que han de juzgarse y valorarse intenciones, propósitos y voluntades”. Según estos autores, esto “excede con mucho a la labor de constatación y entra de lleno en la función de juzgar, que sólo a los jueces compete”.

De lo que llevamos dicho, se apreciará con claridad que no compartimos esta postura.

Distintos autores se han pronunciado a favor de la atribución de actuaciones de jurisdicción voluntaria a los notarios por no implicar “jurisdicción”. Por ejemplo, Díez-Picazo Giménez (Cuadernos Civitas) y notarios como Campo Güerri (AAMN, tomo XLV) y Belloch Julbe (RJN 1992-1). Recientemente, el prof. Cerdeira Bravo de Mansilla (“Jurisdicción voluntaria, notariado y constitución”, en la Revista Jurídica del Notariado, nº extraordinario de 2018 dedicado a la Constitución) se ha pronunciado expresamente por la constitucionalidad de la ley 15/2015 porque no se vulnera la tutela judicial efectiva si “como hace la propia LJV según cada caso (aunque tal vez, no debidamente en todos los casos)” se permite la oposición por vía judicial contenciosa o si se permite tramitar el expediente de forma alternativa por vía extrajudicial o por vía judicial (al menos, ante el LAJ). Incluso la LJV da a los jueces funciones que podría

haber desjudicializado, como en casos que puedan afectar a derechos de menores o incapacitados.

Estamos plenamente de acuerdo con este autor en que la ley 15/2015 no limita el derecho a la tutela judicial efectiva. Alguna excepción puede darse en el expediente de subasta, que aquí no tratamos por corresponder a otro ponente. Matizamos la opinión del prof. Cerdeira en el sentido de que la alternatividad de funcionarios no responde a la cuestión y que la actuación de un L.A.J. tampoco es ni puede ser una actuación jurisdiccional.

Pero no se trata sólo de falta de contrariedad al art. 24 de la Constitución. Es que del examen de los distintos expedientes que hemos realizado se llega a la conclusión de que la actuación del notario no es nunca jurisdiccional y no resulta contraria al art. 117 de la Constitución. Alguna excepción podría darse, como hemos dicho, en materia de subastas.

Y es que toda aplicación de una norma implica una decisión. Al otorgarse una compraventa en escritura, si el notario decide autorizar ésta última, es porque ha decidido, a la vista de los documentos y las declaraciones de las partes, que el negocio es legal. Lo mismo puede decirse respecto de la actuación de funcionarios administrativos. Quien concede una licencia de obras, es porque ha decidido previamente sobre la legalidad de la petición, aunque haya recibido alegaciones contrarias de terceros. En uno y otro caso hay declaración de derechos, sea o no implícita. Lo que no hay es controversia entre partes que no pueda decidirse por éstas por imposibilidad de alcanzar acuerdo. La actividad jurisdiccional sería imponer una decisión a partes contrapuestas. El “juicio” en los expedientes de jurisdicción voluntaria “no implica una sentencia dirimente de un conflicto, sino la administración pública de derechos privados con las garantías pertinentes.” (Riesco Tabernero de Paz, en “El instrumento público como garantía institucional y el notario como autoridad y como órgano de jurisdicción voluntaria” en RJN, nº extraordinario de 2018).

No negamos que en los casos de la llamada jurisdicción voluntaria y en los de la contenciosa haya conflictos de intereses. Pero en la primera hay una actuación para evitar un pleito y en la segunda, resolución de un pleito ya planteado.

Por otro lado, en los casos en que la actuación del notario puede considerarse un *arbitrium boni viri*, el carácter jurisdiccional ni siquiera se plantea.

Carlos Jiménez Gallego
Notario de Palma de Mallorca