



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

JOSÉ LUIS TERRERO CHACÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

ÍNDICE

I. Antecedentes.....	3
II. Consideraciones generales sobre la función consultiva del CGPJ.....	3
III. Estructura y contenido del Anteproyecto.....	5
1. Estructura.....	5
2. Contenido.....	10
IV. Consideraciones generales sobre el Anteproyecto.....	29
1. Antecedentes prelegislativos.....	29
2. La ‘desjudicialización’ y la fundamentación constitucional de la JV.....	32
3. Concurrencia y alternatividad de administradores de los expedientes y coste económico de la JV.....	42
4. La intervención de Abogado y procurador en la JV.....	51
5. La vocación codificadora del Anteproyecto.....	55
V. Examen del contenido del Anteproyecto.....	56
1. Disposiciones generales y normas comunes en la tramitación de los expedientes de JV (Título Preliminar y Título I del Anteproyecto).....	58
a) Cláusula general. Expedientes atípicos de JV.....	59
b) Especialidades procesales de la JV y valor supletorio de la LEC....	61
c) Caracteres de la JV y contraste con la jurisdicción contenciosa.....	63
d) Iniciación del expediente.....	73
e) Acumulación de expedientes.....	75
f) Admisión, subsanación e inadmisión de la solicitud.....	76
g) Régimen de la comparecencia.....	82
h) Régimen de los gastos.....	86
i) Cumplimiento y ejecución de la resolución que pone fin al expediente.....	88
j) Normas de Derecho internacional privado.....	89
2. Expedientes de JV en materia de personas (Título II).....	90
a) Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial.....	90
b) La habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial.....	95
c) El acogimiento de menores y la adopción.....	98
d) La tutela, la curatela y la guarda de hecho.....	105
e) La concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad.....	111



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

f) La adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad.....	115
g) El derecho al honor, intimidad e imagen del menor o persona con capacidad judicialmente complementada.....	119
h) La realización de actos de disposición y gravamen de bienes de menores y personas con capacidad judicialmente complementada.....	122
i) La declaración de ausencia y fallecimiento.....	127
j) La extracción de órganos de donantes vivos.....	131
3. Expedientes de JV en materia de familia (Título III).....	136
a) De la dispensa.....	136
b) De la intervención judicial en relación con la patria potestad.....	137
c) De la intervención judicial en casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.....	141
4. Expedientes de JV relativos al Derecho sucesorio (Título IV).....	143
5. Expedientes de JV relativos al Derecho de obligaciones (Título V).....	147
a) De la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda.....	147
b) De la consignación.....	149
c) De la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo.....	151
6. Expedientes de JV en materia mercantil (Título VII).....	152
a) De la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad.....	158
b) Del nombramiento de administrador, liquidador o interventor de una entidad.....	161
c) De la disolución judicial de sociedades.....	164
7. Sobre la conciliación (Título VI).....	166
8. Modificaciones que afectan al Código Civil.....	171
a) El requisito de edad y la forma de celebración del matrimonio.....	174
b) Separación y divorcio ante Notario.....	184
c) Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.....	195
9. Modificaciones que afectan a la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	208
a) Introducción.....	208
b) Medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional.....	210
10. Modificaciones que afectan a la Ley de Registro Civil y a las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992.....	229
11. Modificaciones que afectan a la Ley de Patrimonio de las AA PP.....	237
12. Modificaciones que afectan a la Ley del Notariado.....	246
a) Reglas generales.....	247
b) De las actas y escrituras públicas en materia matrimonial.....	249
c) De los expedientes en materia de sucesiones.....	251
d) De los expedientes en materia de obligaciones.....	264
e) Del expediente de subasta notarial.....	281
f) De los expedientes en materia mercantil.....	284
13. Modificaciones que afectan a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita	290
14. Modificaciones que afectan a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión.....	293
VI. Conclusiones.....	295



I.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 11 de noviembre de 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante el Anteproyecto), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo Informe conforme a lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), actualmente artículo 561.1 LOPJ, tras la entrada en vigor de la reforma operada por la L. O. 4/2013.
2. Por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 26 de diciembre de 2013, se designó Ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a María del Mar Cabrejas Guijarro, y por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 15 de enero de 2014 se incorporó como Ponente al Excmo. Sr. Vocal D. Vicente Guilarte Gutiérrez. La Ponencia conjunta fue elevada al Pleno de este Consejo para su toma en consideración en su reunión de 27 de febrero de 2014.

II.

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.**

3. La función consultiva del CGPJ, a que se refiere el artículo 561 de la LOPJ, tiene por objeto informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales”, así como a “a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales”, y en general a “cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna”.

4. A la luz de esa disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en aquella se indican, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.
5. No obstante, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan, por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución española (CE). En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.
6. Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de primacía normativa, técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los



órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

1. Estructura.

7. El Anteproyecto sometido a informe, que viene precedido por una Exposición de Motivos, consta de 130 artículos, distribuidos en un Título Preliminar y siete Títulos, junto a tres disposiciones adicionales (DA), una disposición transitoria (DT), otra derogatoria (DD) y veinte disposiciones finales (DF). Debe señalarse que en el Índice que el propio Anteproyecto incorpora se alude sólo a diecinueve disposiciones finales, lo cual es debido a que en él no tiene reflejo la DF 18ª (relativa a la modificación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia). Por su parte, la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN) alude a trece disposiciones finales (pág. 7), error que se evidencia desde el momento en que la propia Memoria examina después el contenido de las dieciocho primeras disposiciones finales.
8. El Título preliminar, dedicado a las disposiciones generales de la futura Ley, está integrado por ocho artículos, que se refieren respectivamente al objeto y ámbito de aplicación de la Norma, a la competencia objetiva, territorial y funcional, a la legitimación y postulación, a la intervención del Ministerio Fiscal, a la prueba, a la tramitación simultánea o posterior de expedientes, a los gastos y al carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

9. El Título I está compuesto por dos Capítulos, uno sobre “Normas de Derecho Internacional privado” (arts. 9 a 12) y otro sobre “Normas de tramitación” (arts. 13 a 22). En el primero se regula la competencia internacional de las autoridades españolas en la materia, la ley aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria (JV), la inscripción en Registros públicos y los efectos en España de los expedientes y actos de JV acordados por autoridades extranjeras. En el segundo se contienen las normas procedimentales generales, aplicables a todos los expedientes de JV regulados por la futura Ley, a salvo lo que puedan establecer las normas que específicamente los desarrollen. Se abordan en él materias como la iniciación del expediente (art. 14), la acumulación (art. 15), la apreciación de la falta de competencia (art. 16), la admisión de solicitud y citación de interesados (art. 17), la celebración de la comparecencia (art. 18), la decisión del expediente (art. 19), los recursos (art. 20), la caducidad (art. 21) y la ejecución (art. 22).

10. El Título II contiene la regulación de los expedientes de JV en materia de personas. Comprende a su vez un total de diez Capítulos: el Primero (“De la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial”) abarca los arts. 23 a 26; el Segundo (“De la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial”) los arts. 27 a 32); el Tercero (“Del acogimiento de menores y la adopción”) los arts. 33 a 44); el Cuarto (“De la tutela, la curatela y la guarda de hecho”) los arts. 45 a 54; el Quinto (“De la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad”), los arts. 55 a 58; el Sexto (“De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad”) los arts. 59 y 60; el Séptimo (“Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad judicialmente complementada”) los arts. 61 y 62; el Octavo (“De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad judicialmente complementada”), los arts.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

63 a 68; el Noveno (“De la declaración de ausencia y fallecimiento”) los arts. 69 a 79; el Décimo (“De la extracción de órganos de donantes vivos”) los arts. 80 a 83.

11. El Título III, relativo a los expedientes de JV en materia de familia, está integrado por tres Capítulos. El Primero (arts. 83 a 86) se dedica a los expedientes de dispensa matrimonial, el Segundo (arts. 87 a 93) a la intervención judicial en relación con la patria potestad, mientras que el Tercero (art. 94) está destinado a la regulación de la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.
12. El Título IV (“De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio”), se subdivide en tres Capítulos. El capítulo I (“Del albaceazgo”) consta de un solo artículo (art. 95), al igual que el Capítulo II (“De los contadores-partidores nativos”), mientras que el Capítulo III (“De la aceptación y repudiación de la herencia”) abarca del art. 97 al 99.
13. El Título V, concerniente a los expedientes de JV relativos al Derecho de obligaciones, consta igualmente de tres Capítulos. El primero de ellos (arts. 100 y 101) se refiere a la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda; el segundo (arts. 102 y 103) a la consignación; y el tercero (arts. 104 a 107) a la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo.
14. En cuanto al Título VI (“De la conciliación”), comprende los arts. 108 a 117 y contiene el régimen jurídico de la conciliación, describiendo los casos en que procede, la competencia para conocer de los actos de conciliación, la solicitud, la admisión, señalamiento y citación, la comparecencia, el desarrollo del acto de conciliación, los gastos, la ejecución y la nulidad.



15. El Título VII (“De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil”), se descompone en tres Capítulos. El Capítulo I (“De la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad”) comprende los arts. 118 a 122; el Capítulo II (“Del nombramiento de administrador, liquidador o interventor de una entidad”), los arts. 123 a 126; y el Capítulo III (“De la disolución judicial de sociedades”), los arts. 127 a 130.
16. Tras el articulado propiamente dicho, las tres disposiciones adicionales, la transitoria única y la derogatoria única, encontramos las disposiciones finales, las cuales, además de regular el título competencial (DF 19ª) y la entrada en vigor de la futura Norma (DF 20ª), incorporan diversas modificaciones en una gran variedad de cuerpos legales, a saber:
- El Código Civil, en el que se introducen hasta noventa y cuatro modificaciones diferentes;
 - El Código de Comercio, del que se modifica el art. 40;
 - La Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyas modificaciones comprenden quince diferentes apartados;
 - La Ley 20/2011, del Registro Civil, que se ve alterada en un total de once apartados;
 - Las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 noviembre, por las que se aprueban los acuerdos de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, respectivamente. En todos los casos, se modifican varios apartados de su respectivo art. 7.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- La Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que sufre diversas modificaciones y adiciones especificadas a lo largo de seis apartados.
- La Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, que sufre una modificación en su art. 38.
- La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que se modifica en un artículo (art. 5).
- La Ley del Notariado, en la que se viene a incorporar un nuevo Título, el VII, integrado por veintinueve artículos, para regular los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que intervendrán los Notarios.
- La Ley Hipotecaria, que ve enmendado su art. 14.
- La Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, a la que se añade una nueva disposición adicional.
- La Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, en la que se da nueva redacción a los arts. 86 a 89.
- El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, para dar nueva redacción a los arts. 169 y 170.
- La Ley 211/1964, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas, en la que se modifica su art. 6.



- La Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, en la que se modifica la disposición transitoria única.
- La Ley 10/2012, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, a fin de dar nueva redacción a la letra g) del art. 4.1.

17. El Anteproyecto va acompañado de la preceptiva Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), en la que se aglutinan las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, así como la memoria económica y los distintos análisis de impactos, dándose cumplimiento a lo ordenado en el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno y en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

2. Contenido.

18. Desde el punto de vista del contenido de la Norma *in fieri*, y comenzando de nuevo por el Título Preliminar, debe destacarse cómo en él se especifica, en primer lugar, que el objeto de la Ley es la regulación de los expedientes de JV que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales (art. 1), con independencia de que, según el caso, la competencia para resolverlos pueda corresponder al Juez o al Secretario judicial (art. 2.3). Tal y como se explica en la Exposición de Motivos, se reserva la decisión de fondo al Juez en aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, en los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, y cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad judicialmente complementada. De este modo el Juez será el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de JV en materia de personas y de familia, así como algunos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

los expedientes en materia mercantil y de Derecho de obligaciones y sucesorio. Cabe recordar que fuera de la LJV quedarán algunos expedientes que, no obstante afectar al estado civil, se mantendrán en las exclusivas manos de otros operadores (es el caso de la celebración del matrimonio, que pasará a poder ser autorizado por el Notario), o dejarán de ser administrados exclusivamente por el Juez (así sucede con la separación y el divorcio que, en determinadas condiciones, podrán ser acordados ante Notario en escritura pública). A tal finalidad propenden algunas modificaciones que se proyecta introducir en el Código Civil (vid. DF 1ª del Anteproyecto).

19. En todo caso, incluso en los expedientes que deben ser decididos por el Juez, el impulso y dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales (art. 2.3), cuyas competencias se ven notablemente incrementadas, tal y como la propia MAIN afirma (pág. 42). En concreto, se les asigna la función de tramitar y resolver tanto la conciliación como los expedientes de JV relativos a obligaciones, sucesiones y, salvo excepciones puntuales, los que afecten al Derecho mercantil.
20. Por lo que hace a la competencia objetiva, el asunto puede corresponder a los Juzgados de Primera Instancia o a los de lo Mercantil, dependiendo de la índole de la materia (art. 2.1 del Anteproyecto). En cuanto a la competencia territorial, vendrá fijada en cada caso por el precepto correspondiente, sin que se admita modificarla por sumisión expresa o tácita (art. 2.2).
21. Debe notarse que, de conformidad con la delimitación del ámbito de aplicación en el art. 1.1 del Anteproyecto, la futura Ley regulará aquellos expedientes de JV que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, *“sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”*. Esta dicción debe ponerse en relación con lo dispuesto en el



segundo párrafo del art. 18.2ª del Anteproyecto, según el cual, salvo que la Ley expresamente lo prevea, *“la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto”*. Es decir, se admite que un cierto ingrediente contencioso es compatible con la tramitación de un procedimiento de JV, a diferencia de lo previsto actualmente en el art. 1817 de la LEC/1881.

22. En sede de postulación y asesoramiento letrado, el Anteproyecto, según la MAIN (pág. 7), *“viene a flexibilizar la necesidad de contar con abogado y procurador, frente a su necesidad en todo caso que viene rigiendo desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, mientras que ahora se atiende también al caso concreto de qué se trata”*. Más adelante, en el apartado de “Consideraciones generales”, examinaremos lo escasamente riguroso de esta aseveración –que se ve contrarrestada por afirmaciones posteriores de la propia MAIN (p. 43)– y valoraremos la concreta regulación que contiene el Anteproyecto en esta materia, poniéndola en contraste con el sistema actual.
23. Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal, su intervención está prevista en los expedientes de JV cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o persona con capacidad judicialmente complementada, además de cualesquiera otros en que la ley expresamente lo declare (art. 4 del Anteproyecto).
24. Otra previsión destacable del Título Preliminar es la relativa a los efectos de la pendencia de un expediente de JV. De acuerdo con el art. 6 del Anteproyecto, se impide la tramitación simultánea o sucesiva de dos o más expedientes con idéntico objeto dándose preferencia al primero que se hubiera iniciado y debiéndose acordar el archivo de los posteriormente incoados. Cuestión distinta es que la resolución del expediente de JV no impedirá, lógicamente, la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con



el mismo objeto que aquél. En la misma línea, de acreditarse la tramitación de un proceso contencioso sobre el mismo objeto que un expediente de JV, se deberá proceder al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional.

25. En cuanto a los gastos ocasionados por un expediente de jurisdicción voluntaria, serán de cuenta del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa y a excepción de los ocasionados por testigos y peritos, que serán de cargo de quien los proponga (art. 7).
26. Finalmente, es importante retener que, de conformidad con el art. 8, las disposiciones de la LEC serán de aplicación supletoria a los expedientes de JV en todo lo no regulado por la futura Ley.
27. Pasando al Título I del Anteproyecto, en él se contienen normas de Derecho internacional privado y normas generales de tramitación de los expedientes. En rigor, la parte relativa a Derecho internacional privado contiene remisiones a las normas internacionales o internas que disciplinan aspectos como la competencia internacional (art. 9), la ley aplicable (art. 10), la inscripción en Registros públicos de resoluciones extranjeras de JV (art. 11), así como los efectos en España de los expedientes y actos de JV acordados por autoridades extranjeras (art. 12).
28. Por su parte, las normas procedimentales generales serán aplicables a todos los expedientes de JV en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate (art. 13). Como se explica en la MAIN, se ha optado por seguir un sistema mixto, cual es regular por un lado, lo más detalladamente posible, un procedimiento general de JV al que puedan reconducirse la mayoría de los supuestos –y que se aplicará siempre con carácter supletorio en defecto de norma especial–, combinado



con una cláusula que salvaguarda las peculiaridades que en algunos casos pueda haber introducido o introduzca en el futuro la ley sustantiva.

29. En relación con ello, se regula el expediente adoptándose un punto de vista dinámico, desde su iniciación (art. 14) hasta su decisión por auto o decreto, según corresponda (art. 19). El Anteproyecto regula la acumulación de expedientes, que en principio se regirá por las reglas de la LEC sobre acumulación de procesos en el juicio verbal, con algunas especialidades (art. 15.2). No será posible que el Secretario judicial acuerde la acumulación de expedientes cuando alguno de ellos corresponda resolverlo a un Juez (art. 15.1.II), ni acumular expedientes de JV con procesos jurisdiccionales contenciosos (art. 15.3 del Anteproyecto, que viene a coincidir con lo actualmente preceptuado en el art. 1823 LEC/1881).
30. Se contemplan asimismo la apreciación de la falta de competencia (art. 16), la admisión de la solicitud y citación de los interesados (art. 17), y la celebración de la comparecencia (art. 18). Como ya hemos destacado, y hace igualmente la Exposición de Motivos, la formulación de oposición por alguno de los interesados, salvo que la Ley expresamente lo prevea, no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto (art. 18.2ª.II).
31. En materia de recursos, el Anteproyecto admite que las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en esta clase de expedientes sean recurridas en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ellas, conforme a lo dispuesto en la LEC (art. 20). Si la decisión proviene del Secretario judicial, deberá interponerse previamente recurso de revisión ante el Juez competente, con lo que se pretende asegurar –dice la MAIN– una unidad de criterio establecida por las Audiencias Provinciales.



32. Por lo que se refiere al cumplimiento y ejecución de la resolución que ponga fin al expediente (art. 22), el Anteproyecto se remite a lo establecido en los arts. 521 y 522 LEC sobre el acatamiento y cumplimiento de las sentencias meramente declarativas y constitutivas.
33. El Título II regula los expedientes de JV en materia de personas. Estos expedientes son los dirigidos a recabar las autorizaciones, aprobaciones o designaciones relativas a: (i) el reconocimiento de la filiación no matrimonial; (ii) la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial; (iii) el acogimiento de menores y la adopción; (iv) la tutela, la curatela y la guarda de hecho; (v) la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad; (vi) la adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad; (vii) el derecho al honor, intimidad e imagen del menor o persona con capacidad judicialmente complementada; (viii) la realización de actos de disposición y gravamen de bienes de menores y personas con capacidad judicialmente complementada; (ix) la declaración de ausencia y fallecimiento; (x) la extracción de órganos de donantes vivos. Salvo en la designación de defensor judicial y en las declaraciones de ausencia y fallecimiento, cuya decisión se atribuye al Secretario judicial, en el resto de casos la autorización, aprobación o designación deberá realizarla el Juez competente objetiva y territorialmente.
34. Según la MAIN, se ha hecho un énfasis especial en que en los distintos expedientes se cuente con el consentimiento del menor o persona con capacidad judicialmente complementada o, en su defecto, que sean oídos en aquellos. Por otro lado, en los expedientes en los que se autorizan o aprueban actos de disposición sobre los bienes de menores o personas con capacidad judicialmente complementada, no sólo se prevé la enajenación de aquéllos mediante el procedimiento de subasta, que no siempre permite obtener el mejor precio, sino también mediante venta directa.



35. El Título III contiene la regulación de los expedientes de JV en materia de familia. El primero de ellos es el de la dispensa para contraer matrimonio (arts. 83 a 86 del Anteproyecto), referida ahora ya sólo a los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge anterior y de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales, ya que el Anteproyecto prevé también la modificación del CC para elevar de 14 a 16 años la edad para contraer matrimonio, lo que determina la desaparición de la dispensa de edad. La dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior deja de corresponder al Ministro de Justicia, para recibir el mismo tratamiento que la dispensa del otro impedimento y atribuirse al Juez, todo ello de conformidad con la modificación que también se efectúa del artículo 48 CC.
36. Por lo que se refiere a la intervención judicial en relación con la patria potestad, el Anteproyecto regula los supuestos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art. 88), medidas relativas a las relaciones de los menores con sus progenitores, abuelos y demás parientes y allegados si estuvieran en acogimiento (arts. 89-90), y medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad judicialmente completada (arts. 91-93).
37. En fin, otro expediente que también se regula en este Título es el que se refiere a la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, que son, principalmente, los relativos a la fijación del domicilio conyugal, la disposición de la vivienda habitual, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio o la disposición de bienes comunes (art. 94).
38. El Título IV regula los expedientes de JV relativos al Derecho sucesorio, que serán de tres tipos. De un lado, los expedientes concernientes al albaceazgo, que comprenden los supuestos de renuncia del albacea, su rendición de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cuentas o la autorización de actos de disposición sobre bienes de la herencia por el mismo (art. 95). En segundo lugar, están los expedientes relativos a los contadores-partidores dativos, que son sólo los atinentes a la aprobación de la partición realizada por éstos, ya que la designación de los contadores-partidores pasa a ser competencia de los Notarios (art. 96). En tercer lugar, se regulan los expedientes de aceptación y repudiación de la herencia, cuando sea necesario que éstas sean autorizadas o aprobadas por el Juez (arts. 97-99). Los demás expedientes de Derecho sucesorio quedan a cargo de los Notarios, por lo que dejan de regularse en el articulado de la futura Ley de JV para incorporarse dentro de la legislación del notariado.

39. El Título V contempla los expedientes relativos al Derecho de obligaciones, que son a su vez los correspondientes a la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda, la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo, y la consignación, que –como recuerda la MAIN– es el único supuesto que regula el Anteproyecto de competencia compartida con otros operadores, en la medida en que la misma también puede ser notarial.
40. En el Título VI se contiene el régimen jurídico completo del acto de conciliación (procedencia, competencia, solicitud, admisión, señalamiento, citación, comparecencia, celebración, testimonio, gastos, ejecución y nulidad) trasladando a esta Ley, y actualizando, lo que hasta ahora se venía establecido en la LEC/1881. La competencia para el conocimiento de estos actos pasa a ser en exclusiva de los Secretarios judiciales (art. 109), suprimiéndose por tanto la competencia alternativa de los Jueces de Paz, que aparece plasmada en los arts. 460 y ss. LEC/1881.
41. Por su parte, el Título VII incorpora los expedientes en materia mercantil atribuidos a los Juzgados de lo Mercantil y que son: la exhibición de libros por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

parte de las personas obligadas a llevar contabilidad (arts. 118 a 122), el nombramiento de administrador, liquidador o interventor de la entidad (arts. 123 a 126), y la disolución judicial de sociedades (arts. 127 a 130). En la línea de desjudicialización que guía el Anteproyecto, las actuaciones en caso de robo, hurto, extravío o destrucción del título al portador y el nombramiento de peritos en los contratos de seguros, pasan a resolverse por los Notarios.

42. Por lo que se refiere a las disposiciones adicionales, la primera de ellas trata sobre las referencias hechas en la legislación anterior a las competencias del Juez en los asuntos de JV (que deberán entenderse hechas al Juez o al Secretario judicial, según corresponda de conformidad con el art. 2.3 del Anteproyecto), y a la LEC en cuanto a asuntos de JV, que deberán entenderse hechas a la Ley en proyecto. La DA 2ª indica que el Gobierno aprobará los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles respecto de los asuntos para los que resulten competentes conforme a lo dispuesto en esta ley. Por su parte, la DA 3ª señala que el Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente ley.
43. La DD contiene una referencia derogatoria explícita al art. 316 del Código Civil (CC), combinada con una cláusula general de derogación de cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente ley.
44. Pasando a las disposiciones finales, la primera de ellas contiene las modificaciones del Código Civil. Éstas afectan, en primer lugar, al régimen de celebración del matrimonio, a fin de que éste pueda ser autorizado también por los Notarios. Se prevé por tanto que, junto a las referencias al Encargado del Registro Civil, al Alcalde o concejal en quien delegue y al funcionario diplomático o consular, aparezca la mención al Notario. Tanto éste como el



Encargado del Registro Civil serán competentes para tramitar el expediente previo en el que constatar los requisitos legales exigidos a los contrayentes. La supresión explícita de la mención al Juez en el art. 51 CC representa una innovación menor de lo que pudiera parecer, por cuanto en virtud de la disposición final 2ª de la LRC, no ya *“las referencias que se encuentren en cualquier norma referidas a Jueces o Magistrados encargados del Registro Civil se entenderán hechas al Encargado del Registro Civil”*, sino que *“las referencias que se encuentren en cualquier norma al Juez, Alcalde o funcionario que haga sus veces competentes para autorizar el matrimonio, deben entenderse referidas al Alcalde o Concejäl en quien éste delegue”*. La reforma se aprovecha para introducir algunas aclaraciones (v. gr. delimitación correcta de los supuestos en que proceden, deslinde de otras figuras, requisitos que han de observarse) en el régimen del matrimonio por poderes (art. 55 CC), el matrimonio en peligro de muerte (art. 52 CC), el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en las formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y otras confesiones religiosas distintas de la Iglesia católica (art. 60 CC), o el matrimonio celebrado sin la previa tramitación del acta o expediente matrimonial (art. 65 CC).

45. Otra novedad importante del Anteproyecto, según destaca la MAIN, es que en determinados supuestos la separación y el divorcio podrán efectuarse no sólo ante el Juez, sino también ante Notario. En concreto, se reconoce la posibilidad de llevar a cabo la separación o el divorcio de mutuo acuerdo ante Notario, mediante la formulación de un convenio regulador plasmado en escritura pública, salvo que existan hijos menores no emancipados o con patria potestad prorrogada. Para ello, se prevé modificar diversos artículos del CC, en los que pasa a contemplarse esa modalidad de separación o divorcio notarial, así como aquellos en los que se habla de “separación por sentencia



firme”, en los que se empleará de forma generalizada el término “separación legal” como contraposición al de “separación de hecho”.

46. En otro orden de cosas, se prevé modificar el art. 48 CC, para configurar la dispensa de parentesco como un expediente de JV cuya competencia corresponde al Juez. En esta misma área se eleva la edad mínima para contraer matrimonio de 14 a 16 años, lo que obliga a modificar el art. 314 CC y a derogar su art. 316.
47. En materia de adopción, el proyectado art. 176 CC prevé que la declaración de idoneidad del adoptante deba ser, en todo caso –en lugar de la mera posibilidad que se contempla actualmente–, previa a la propuesta de la entidad pública. La regulación de la tutela, curatela y guarda de los menores o personas con capacidad judicialmente complementada también es objeto de modificación.
48. En materia de sucesiones, se modifica el art. 196 CC, para suprimir la referencia que en él se hace a los juicios de testataria o abintestato. Asimismo, se prevé reformar la regulación de los testamentos, a fin de encomendar a los Notarios, y no al Juez, la competencia para su protocolización. En relación con los albaceas, se modifica el artículo 910 para precisar que la remoción deberá ser apreciada por el Juez. Se actualiza el régimen de sucesión del Estado, la liquidación que de la herencia se ha de practicar y el destino a fines de interés social de dos terceras partes del valor del caudal relicto, lo que lleva a dar nueva redacción a los arts. 956 a 958 CC.
49. Se ponen al día, igualmente, los arts. 1176, 1178, 1180 y 1181 CC, para adaptarse a la nueva regulación de esta materia, en la que la consignación no sólo es judicial, sino que también puede ser notarial. Los arts. 1377 y 1389 CC, por su parte, flexibilizan y actualizan el régimen de autorización de los



actos de disposición de los bienes gananciales, suprimiéndose la referencia a que el Juez en tales casos llevará a cabo una información sumaria.

50. La MAIN alude en pág. 18 a una supuesta modificación del art. 23 CC, en materia de regulación de la adquisición de la nacionalidad, para incluir una referencia a los sefardíes. Es de suponer que el objetivo sería completar la alusión que en su letra b) se hace, a los efectos de no exigir la renuncia a la anterior nacionalidad, a los naturales de países mencionados en el art. 24.1, donde no se menciona a los sefardíes. Sin embargo, si se repasa el texto del Anteproyecto, no es posible localizar esta modificación, lo que pone de manifiesto un aparente error, sea de la MAIN o del Anteproyecto.
51. Por descontado, la nueva distribución de funciones entre operadores jurídicos, obliga a actualizar las disposiciones del Código Civil en materia de ejercicio de la patria potestad, acogimiento, adopción, declaración de ausencia y de fallecimiento, nombramientos y remoción de tutores, curadores o defensores judiciales, régimen de los testamentos y de la herencia, celebración del matrimonio, así como separación y divorcio, de tal forma que las referencias al Juez que se hacen en los correspondientes artículos del CC, pasan a ser sustituidas por referencias a los notarios o a los secretarios judiciales, según los casos.
52. Asimismo, las referencias a la LEC/1881, se sustituyen por referencias a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV). En sentido análogo, las alusiones al Registro Civil Central y al Registro Central de Ausentes se reemplazan por las del Registro Civil.
53. Por lo que se refiere al Código de Comercio (DF 2ª), la reforma sólo alcanza a su art. 40, a fin de que el nombramiento de auditor para el examen de las cuentas anuales no se efectúe por un Juez sino por el Registrador mercantil



del domicilio del empresario, de acuerdo con la nueva atribución de funciones en esta materia. Como se sabe, el Ministerio de Justicia, a través de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, ha elaborado una Propuesta de Código Mercantil, que ha permanecido sometida a trámite de información pública hasta el 15 de noviembre de 2013. El art. 152-18 de dicha Propuesta presenta un contenido similar al del vigente art. 40 del Código de Comercio, y por tanto no está en armonía con el Anteproyecto de LJV. Sin duda, a medida que avance la tramitación de ambas Normas, esta discordancia deberá ser solventada.

54. Pasando a la LEC (DF 3ª), algunos de los cambios van dirigidos a plasmar la competencia del Secretario judicial en materia de designación de defensor judicial (arts. 8 y 758), así como la del Notario en relación con la designación de contador-partidor (art. 782). El art. 791 se adapta a la modificación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que prevé la declaración administrativa de heredero abintestato a favor de la Administración. Sin embargo, debe notarse que –a diferencia de lo que da a entender la MAIN en p. 20– no se plasma la modificación del apartado 1 para sustituir la mención al Registro General de Actos de Última Voluntad por la del Registro Civil, ni tampoco en el apartado 2 se atribuye al Secretario judicial la competencia para designar al responsable del inventario y depósito del caudal hereditario.
55. En otro orden de cosas, se actualiza el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, que pasa a reflejarse en el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los artículos 778 bis a 778 quater. La finalidad de esta reforma –según señala la MAIN– es asegurar una mejor protección del menor, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores, en línea con las Convenciones internacionales que rigen la materia.



56. Hasta ahora, el procedimiento para los casos de sustracción internacional de menores aparecía desarrollado en los artículos 1901 a 1909 LEC/1881, modificados por la L. O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, declarados en vigor por la LEC hasta que fuese aprobada una Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. El Anteproyecto revisa la opción de mantener esta materia fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, al entender que se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la JV. Por este motivo, se aborda ahora su regulación en la LEC, como un proceso especial, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores.
57. Como consecuencia de esta nueva regulación de la sustracción internacional de menores, se hace necesario ajustar la redacción de los arts. 748 y 749 LEC. Asimismo, se reforma el art. 525, con el objetivo –según declara la MAIN– de impedir la ejecución provisional de las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional.
58. La DF 4ª del Anteproyecto contiene las modificaciones de la Ley 20/2011, del Registro Civil (LRC), Ley que salvo alguna disposición aislada, no ha entrado aún en vigor, y respecto de la cual está en marcha otra reforma, dictaminada por este Consejo mediante Informe aprobado por el Pleno en su reunión de 12 de noviembre de 2013.
59. La reforma ahora planeada viene a adaptar las previsiones de la LRC en materia de matrimonio a los cambios que se proyecta introducir en el Código Civil. Así, se prevé modificar el art. 58, sobre autorización del matrimonio, en el que se regula que tanto la celebración del matrimonio como, sobre todo, el acta previa para acreditar el cumplimiento de los requisitos que permitan aquella celebración y que se llevará a cabo ante Notario o ante el Encargado del Registro Civil. Se introduce un nuevo art. 58 bis, en el que se detalla la



tramitación que requerirá la celebración de un matrimonio en forma religiosa, respetando la especialidad del matrimonio canónico.

60. Asimismo, se contempla modificar la disposición final segunda, en la que se aclara que las referencias que se encuentren en cualquier norma al Juez, Alcalde o funcionario que haga sus veces competentes para autorizar el matrimonio civil, deben entenderse referidas al Alcalde o concejal en quien éste delegue, Notario o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil para la celebración ante ellos del matrimonio en forma civil.
61. También se introduce una nueva disposición final quinta bis, para prever la regulación de los aranceles de los Notarios por la instrucción y tramitación de las actas matrimoniales en forma civil y por la celebración de los mismos y la autorización de las escrituras correspondientes. Y, como consecuencia de que la tramitación del acta previa al matrimonio corresponda sólo al Notario y no al Secretario del Ayuntamiento, se modifica la disposición final quinta para que la tasa correspondiente que los Ayuntamientos pueden establecer sea sólo por la celebración del matrimonio.
62. La reforma del art. 60 LRC, según se nos dice, pretende introducir mayor seguridad jurídica en la previsión relativa a la inscripción del régimen económico del matrimonio. El art. 61 también se modifica para introducir en él las precisiones necesarias en atención a que la separación o el divorcio tengan lugar ante Notario.
63. La modificación del art. 74 se efectúa en coherencia con las modificaciones introducidas en relación con las modificaciones del Código Civil en materia de representación del ausente, designación de defensor judicial en su caso, y su acceso al Registro Civil.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

64. Finalmente, se reforma la disposición final décima, sobre la entrada en vigor de la LRC, para prever que los arts. 58, 58 bis, 59, 60 y 61, así como la disposición adicional novena y las finales quinta y quinta bis, entren en vigor con motivo de la aprobación de la futura LJV.
65. Las DF 5ª, 6ª y 7ª reforman, respectivamente, la Ley 24/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, la Ley 25/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. En todos los casos, se trata de adaptarse a las nuevas disposiciones sobre la materia previstas en el CC y la LRC, disponiendo que quienes deseen contraer matrimonio en la forma prevista en cada una de esas Leyes deberán promover acta previa ante el Notario o Encargado del Registro Civil correspondiente.
66. La Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) se modifica en la DF 8ª para prever que sea la propia Administración la que efectúe la declaración de heredero legítimo a favor del Estado. En el art. 41.1 se añade una letra e), para reconocer esta nueva competencia. Se incorpora también una nueva sección 2 bis en el Capítulo V del Título II, en la que se regula esa declaración de heredero ab intestato a favor del Estado.
67. La modificación de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro en la DF 9ª tiene por objeto, únicamente, establecer que el nombramiento de perito previsto en su art. 38, lo efectuará el Notario en lugar del Juez.



68. La modificación de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (DF 10ª) afecta sólo al apartado 2 de su art. 5, a fin de suprimir la referencia que hacía a la LEC/1881.

69. Por su parte, la modificación de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, en la DF 11ª del Anteproyecto, es de mucho mayor alcance. Se incorpora en ella todo un nuevo Título VII, destinado a regular los expedientes de JV que se desjudicializan a favor de los Notarios. Tras unas reglas generales sobre las escrituras públicas y actas, así como el procedimiento para la designación notarial de peritos (arts. 49-50), aparece la regulación de los distintos expedientes, a saber:

- Las actas y escrituras públicas en materia matrimonial (arts. 51-53), donde se regula el acta matrimonial y la escritura pública de celebración del matrimonio, así como el acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal.
- Los expedientes en materia de sucesiones (arts. 54-67), en los que se regula la declaración de herederos abintestato, la protocolización de testamentos, la designación de contador-partidor dativo y la formación del inventario para los casos de aceptación y repudiación de la herencia.
- Los expedientes en materia de obligaciones, que comprenden el ofrecimiento de pago y consignación, así como la reclamación de deudas dinerarias que pudieran resultar no contradichas (arts. 68 y 69).
- La celebración de subastas notariales (arts. 70 a 74), las cuales serán electrónicas y tendrán lugar en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, siguiendo el modelo del Anteproyecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, para las subastas dentro del proceso de ejecución judicial.

- Los expedientes en materia mercantil (arts. 75 a 77), que comprenden el nuevo procedimiento notarial para los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos al portador, los depósitos en materia mercantil y la venta de bienes depositados y, por último, el nombramiento de peritos en los contratos de seguros.

70. La modificación de la Ley Hipotecaria (DF 12^a), tiene por único objeto la reforma de su art. 14, con la finalidad de reconocer como título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, junto al testamento y al contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado.

71. Por su parte, la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (DF 13^a del Anteproyecto), consiste en la inserción de una nueva disposición adicional novena, dirigida a que las prestaciones previstas en su art. 6 referidas a la reducción de los aranceles notariales y registrales, la gratuidad de las publicaciones y, en su caso, la intervención de peritos, se puedan también reconocer en los expedientes en materia de sucesiones y en materia mercantil regulados en los capítulos IV y V del nuevo Título VII de la Ley del Notariado (LNot), a pesar de que estos supuestos no forman parte en sentido estricto del régimen de la asistencia jurídica gratuita, al no estar vinculados al art. 119 CE.

72. La modificación de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (DF 14^a), afecta a sus arts. 86 a 89, y se dirige a dar una nueva regulación a la venta extrajudicial en estos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

supuestos, en la que destaca la realización de una sola subasta, la cual se celebrará a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

73. La modificación de la Ley de Sociedades de Capital (DF 15^a), afecta a los arts. 169 y 170 del correspondiente Texto Refundido, en los que se regula la convocatoria de la Junta General. La novedad reside en la desjudicialización de estas convocatorias, que ya no se efectuarán por los Jueces de lo Mercantil, sino por los registradores mercantiles.
74. En la misma línea, la modificación del art. 6 de la Ley 211/1964, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas (DF 16^a del Anteproyecto), viene a prever la constitución ante el registrador mercantil de estos sindicatos de obligacionistas, cuando no sean constituidos por las entidades emisoras.
75. En cuanto a la Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (DF 17^a), se modifica el apartado 3 de su disposición transitoria única para aclarar que la retroactividad que dicha Ley contempla se refiere sólo a los expedientes que a 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución, así como a los que se promuevan después de esa fecha pero, en todo caso, antes del 20 de noviembre de 2006, fecha en la que entró en vigor la Ley conforme a su disposición final segunda.
76. Finalmente, la DF 18^a reforma la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, en concreto la letra g) de su art. 4.1. En coherencia con el nuevo art. 69 LNot, se recoge la exención de la tasa judicial por interposición de



demanda de ejecución del acta notarial de reclamación de deuda dineraria no contradicha.

77. El fundamento constitucional de la Norma proyectada se encuentra, a decir de su DF 19ª, en la competencia que se atribuye al Estado en materia de legislación procesal, mercantil y civil por el art. 149.1.6ª y 8ª de la Constitución Española (CE), así como la competencia en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos, que se recoge de manera específica en el art. 149.1.8ª CE.

78. Por lo que se refiere a la entrada en vigor, el Anteproyecto prevé que ésta se produzca a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Los aranceles de los que habla la DA 2ª deberán ser aprobados dentro de este plazo, puesto que no hay previsión de que las disposiciones relativas a los expedientes de JV en manos de Notarios y Registradores entren en vigor más tarde que el resto.

IV.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

1. Antecedentes prelegislativos.

79. El Anteproyecto sometido a informe –no hay razón para ocultarlo– tiene un antecedente señero en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que fue remitido a las Cortes en octubre de 2006 (Proyecto LJV 2006) y que, tras su aprobación en el Congreso, fue retirado por el Gobierno a finales de 2007 en vista de la oposición de la mayoría de los Grupos políticos en el Senado al texto remitido desde la Cámara Baja. El Anteproyecto que dio origen a dicho Proyecto, informado por el CGPJ mediante Dictamen aprobado en su sesión plenaria de 26 de julio de 2006, provenía a su vez de un Borrador hecho público por el Ministerio de Justicia en octubre de 2005. Ese Borrador era el



resultado de los trabajos efectuados por una ponencia de siete miembros designada en el seno de la Comisión General de Codificación en noviembre de 2002. Todo este proceso de gestación se puso en marcha como respuesta al mandato contenido en la DF 18ª de la LEC, que ordenaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria.

80. Pues bien, ya en ese Proyecto LJV 2006 se plasmaba el propósito de dotar a la JV de un tratamiento unitario y sistemático mediante la elaboración de un cuerpo jurídico monográfico que sustituyera la fragmentaria regulación de la LEC/1881. En él se advierten, igualmente, algunos de los principales rasgos del actual Anteproyecto, tales como la desjudicialización de esta función o la previsión de un procedimiento común general combinado con una serie de expedientes de JV, cada uno de ellos dotado de sus propias especificidades. Tanto en los elementos del procedimiento común como en los diversos expedientes contemplados, se aprecia un elevado grado de coincidencia entre ambos textos, si bien es cierto que algunos expedientes incluidos en el Proyecto LJV 2006 no aparecen en el Anteproyecto ahora objeto de dictamen. Es el caso, entre otros, de los expedientes en materia de derechos reales [que parecen quedar a la espera de una ulterior reforma de la Ley Hipotecaria] y de los expedientes de Derecho marítimo [que han sido incorporado en el Proyecto de Ley de Navegación Marítima, recientemente remitido a las Cortes (vid. BOCG de 29 de noviembre de 2013)].

81. A diferencia, eso sí, del Proyecto LJV 2006, el presente Anteproyecto apenas deja margen para la alternatividad entre los distintos operadores competentes en materia de JV, de tal forma que, salvo alguna excepción, la competencia de uno de ellos respecto de determinado tipo de expedientes, excluye la de los demás. Esa alternatividad llevaba a una contemplación de los expedientes notariales y registrales en el propio cuerpo de la Ley proyectada, a diferencia



del Anteproyecto ahora informado, que ubica su regulación en la Ley del Notariado, el Código de Comercio y otras leyes mercantiles especiales. En otro orden de cosas, el Proyecto LJV 2006 no preveía una reforma de tanto alcance en cuanto a la modificación del CC, pues en él no se daba el paso de admitir la competencia del Notario para autorizar tanto matrimonios como escrituras públicas de separación o divorcio por mutuo acuerdo. Consecuentemente, también era menor el alcance de aquella proyectada reforma sobre la Ley del Notariado.

82. Hay, por tanto, diferencias significativas entre el contenido del Proyecto LJV 2006 y el presente Anteproyecto, pero es fácil advertir que el grueso de la regulación pormenorizada de los distintos expedientes se encontraba ya en aquel Proyecto, aunque ahora pueda cambiar la solución particular en cuanto a la competencia para conocer y resolver un determinado expediente. De otra manera, no sería posible efectuar la traslación literal o casi literal de pasajes y párrafos enteros de la Exposición de Motivos del Proyecto LJV 2006, a la Exposición de Motivos o a la MAIN del Anteproyecto ahora sometido a informe. Por todo ello, quizás fuese atinado hacer una referencia más explícita al grado de vinculación que el presente texto presenta respecto del Proyecto LJV de 2006, remarcando las diferencias entre ambos pero también las similitudes, lo que resultaría además de no poca utilidad, teniendo en cuenta que dicho Proyecto ha sido objeto de profuso estudio y comentario por los agentes jurídicos que operan en este ámbito.

83. En este sentido, no parece demasiado expresivo de la interrelación entre ambos textos indicar (pág. 1 de la MAIN) que la Ponencia de diez miembros creada en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden del Ministro de Justicia de 20 de abril de 2012 –la cual gestó un borrador de anteproyecto que, tras la revisión interna llevada a cabo por técnicos del Ministerio de Justicia, ha desembocado en el actual Anteproyecto–, “tuvo en



cuenta los trabajos que ya llevó a cabo la Sección especial que se constituyó por Orden ministerial de 22 de noviembre de 2002, así como el proyecto de ley que se remitió a las Cortes Generales en octubre de 2006 y que hubo de ser retirado por el Gobierno al año siguiente”. Otro tanto cabe decir de la otra única alusión que en el Anteproyecto se hace al Proyecto LJV 2006, de nuevo en la MAIN, pág. 10, cuando dice: “Cuando se han regulado estas materias [los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas], además de las previsiones que ya se plasmaron en el proyecto de ley remitido a las Cortes en octubre de 2006, se han tenido en cuenta las distintas materias que de nuevo han sido objeto de regulación estos últimos años, como sucede con la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, (...)”.

84. En suma, efectuar alguna referencia explícita al valor que cabe asignar al Proyecto LJV de 2006, incluso en la Exposición de Motivos de la Norma, serviría a poner de relieve que el Anteproyecto ahora presentado es el fruto de un esfuerzo más coral y de una tarea más longeva de lo que pudiera parecer. Ello tendría además la virtud de alertar sobre las razones que determinaron que el Proyecto LJV 2006 no prosperase, lo cual contribuirá a que cuantos operadores se enfrenten a la Norma *in fieri* en sede tanto de iniciativa legislativa como de tramitación parlamentaria, obren con el máximo sentido de la responsabilidad, al objeto de evitar que este nuevo intento de dotar a nuestro ordenamiento de una LJV fracase.

2. La “desjudicialización” y la fundamentación constitucional de la JV.

85. Probablemente, si hubiera que destacar el elemento principal que sirve a caracterizar la regulación proyectada, éste sería la desjudicialización de la materia, que no significa que –conforme al Anteproyecto– los Jueces vayan a quedar privados de toda competencia en materia de JV, sino que pasan a



compartir esa competencia con otros operadores, lo cual hace que deba hablarse más bien de una desjudicialización parcial. Esta desjudicialización parcial tiene a su vez dos vertientes, una interna y otra externa. De un lado, dentro de los expedientes asignados a los órganos judiciales, se produce una redistribución de las competencias que, de manos de los Jueces, van a parar a los Secretarios judiciales. De otro, entran en escena operadores jurídicos ajenos a la Administración de Justicia, fundamentalmente los Notarios, para conocer de determinados expedientes de JV. Acerca de esta cuestión, leemos en el apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto:

“(...) la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a los Secretarios judiciales, a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces”.

86. Sin duda, es posible entender que, desde la óptica de la búsqueda de una optimización de los “recursos públicos disponibles”, se decida dejar de atribuir el conocimiento de un significativo número de expedientes de JV a los Jueces. Ahora bien, la cuestión relevante, desde el punto de vista de este Órgano informante, es si la intervención de esos otros operadores jurídicos sirve para proporcionar exactamente las mismas garantías que la intervención de un Juez. Es indudable que para el ciudadano la máxima garantía de sus derechos viene dada por la intervención del Juez, quien no en vano tiene encomendada esta función expresamente por el art. 117.4 CE, lo que no



sucede con los integrantes de esos otros Cuerpos. Este Consejo General ya expresaba su preocupación al respecto en su Informe al Anteproyecto de LJV de 2006, en el que se plasmaban justificaciones muy similares sobre la aplicación de criterios de racionalidad en la asignación de las competencias en materia de JV. Así, en su pág. 16 se decía:

“Finalmente, el fin que persigue la reforma de "racionalizar el sistema" no debe responder a la sola idea de rebajar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, en general, y de los Jueces, en particular. Puntos de vista unilaterales como éste han de ser rechazados como única perspectiva de contemplación de la realidad jurisdiccional, pues sin desconocer el evidente incremento del número de asuntos que llegan a los Tribunales y la necesidad de legislar con conciencia de la sobrecarga que padece la Administración, habrá también que ponderar si a la hora de afrontar la actividad legislativa el resultado previsible va a suponer la potenciación o, por el contrario, la merma de los derechos y expectativas de los justiciables”.

87. En este sentido, debe consignarse que la Exposición de Motivos del presente Anteproyecto (apartado IV) recuerda cómo la virtualidad de los efectos que los particulares persiguen a través de la JV *“requiere la actuación del Juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan. Circunstancia que los hace especialmente aptos para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos”*. Ello no obstante, en ese mismo apartado de la parte expositiva de la Norma se observa que: *“[r]esulta 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”.

88. Así, la explicación más detenida acerca de la compatibilidad constitucional de la opción legislativa elegida la encontramos no aquí sino en la MAIN, cuando señala (pp. 4-5) que *“esta atribución de competencia a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles es una consecuencia directa de la incardinación de la jurisdicción voluntaria en el apartado 4 del artículo 117 de la Constitución. Obsérvese que, mientras el apartado 3 alude al «ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», el apartado 4 dispone que los Juzgados y tribunales podrán ejercer las funciones que «expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Este es precisamente el fundamento de la intervención judicial en los expedientes de jurisdicción voluntaria: la garantía de derechos cuando expresamente se lo encomiende la ley”.*

89. Frente a esta explicación debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con autorizada doctrina en la materia, no es del todo acertado mantener que la fundamentación de la JV se asienta única y exclusivamente en el apartado 4 del art. 117 CE, sino que, al menos algunos procedimientos de JV, deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional ex art. 117.3 CE. Lo contrario supondría que el legislador ordinario puede decidir que incluso en los expedientes de JV en los que se vean afectados derechos fundamentales, o relacionados con menores y otras personas especialmente protegidas, procede asignar la competencia a otros operadores distintos de los jueces [por más que el Anteproyecto ahora informado no lo haga]. De esta posible secuela alertaba este Consejo General en el Informe al Anteproyecto de LJV de 2006 (pág. 23):



“Se parte de la base de que (...) la atribución judicial de la JV se ampara en el art. 117.4 CE, referido a funciones que ejercen los miembros del Poder Judicial que «expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (...), pero sin la nota de exclusividad del apartado 3 del mismo artículo en el «ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», quedando reducido el problema a una opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo-negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones (...).”

90. El entronque de la JV, o de un núcleo mínimo dentro de la misma, con el art. 117.3 CE, aparece corroborado por la jurisprudencia. Así, cabe citar la STS, Sala 3ª, de 22 de mayo de 2000, en cuyo F. de D. 7 se señala:

“El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción.

Si en estos casos el juez o magistrado denegase su intervención, hemos de convenir que el derecho conculcado sería el contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución, al mismo tiempo que se produciría un incumplimiento del deber impuesto a los jueces y tribunales por el artículo 1.7 del Código Civil, de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no 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 artículo 117.3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las Leyes establezcan.

(...)

Las demás funciones, que el artículo 117.4 de la Constitución permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (...) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquéllos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere, pero sin paralelismo alguno con el que nos ocupa, (...)."

91. Consideraciones similares encontramos en la jurisprudencia constitucional. Al respecto cabe citar la STC 155/2011, de 17 de octubre, la cual resuelve un recurso de amparo en el que se invocaba el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con un procedimiento de índole no contenciosa como es el de conciliación previa civil de los arts. 460 y ss. LEC/1881. El razonamiento al respecto es el siguiente (F. J. 2):

"(...) resulta evidente que el procedimiento de conciliación dispensa una protección de los derechos subjetivos que se ventilan en él y que no resulta en absoluto indiferente al legislador el que esa tarea se confíe a un órgano judicial. Ello es así, tanto en cuanto al control de las materias que permiten acudir a su cauce (art. 460 LECiv/1881); como al correcto emplazamiento de las partes –a las que se irroga la carga de acudir al acto de conciliación, so



pena de condena en costas: art. 469—; la actuación durante la vista oral, en la que la autoridad competente ha de velar por que las partes se manifiesten en ella con total libertad y consciencia acerca de lo que hacen y sus consecuencias (esto es, tanto si concilian, como si no); el acta escrita que ha de recoger con precisión el contenido y alcance de lo conciliado en su caso, acta que ha de homologar una resolución del propio órgano judicial (art. 471); la cual, en fin, lleva aparejada ejecución ex art. 517.2.9 LECiv 1/2000; es decir, como título judicial, (...)”.

Y más adelante, en el F. J. 3 de esa misma STC, se lee:

“En cuanto a la naturaleza del acto de conciliación en el proceso civil, esto es, si se incluye en el área contenciosa o se incardina en la jurisdicción voluntaria, ha de señalarse que a efectos de la tutela judicial efectiva la cuestión es indiferente, desde el momento en que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido extendiendo los derechos procesales del art. 24 de la Constitución, a esa parcela de la justicia civil. A los meros efectos recordatorios, cabe indicar que así lo hemos decidido, desde luego, en procedimientos donde se debate la situación de menores de edad desde diversos ángulos: a) ante la declaración administrativa de desamparo (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, F. 3; 221/2002, de 25 de noviembre FF. 4 a 6); b) en expedientes de adopción (SSTC 114/1997, de 16 de, FF. 3, 5, 7 y 8; 113/2001, de 7 de mayo, FF. 2, 5 a 7; 75/2005, de 4 de abril, F. 3; 58/2008, de 28 de abril); c) para la determinación de la guarda y custodia del menor (SSTC 71/2004, de 19 de abril, FF. 3, 4 y 7); d) o ante la solicitud para su escolarización inmediata (STC 133/2010, de 2 de diciembre); e) así como para su restitución, en caso de sustracción internacional (STC 120/2002, de 20 de mayo); procedimientos todos estos donde se hace uso con frecuencia de un trámite de oposición, ante la confluencia de intereses contrapuestos



(menores, progenitores, terceros con interés legítimo –acogedores–, organismos oficiales).

(...)

Pero la aplicación de los derechos del art. 24 CE se ha extendido también a procedimientos de jurisdicción voluntaria donde no hay prevista oposición (...), de modo que ante el menoscabo o lesión de garantías constitucionales en su sustanciación, el Tribunal ha respondido con un pronunciamiento favorable al amparo: así, en expediente de consignación de rentas (STC 18/2006, de 30 de enero, FF. 2 y 3); de exhibición de contabilidad de una empresa (STC 162/2006, de 22 de mayo, FF. 6 y 7); y de aceptación o repudio de una herencia (STC 61/2010, de 18 de octubre, FF. 2 y 3)".

92. Así pues, a la hora de fundamentar la regulación ahora en proyecto, tal vez sería más adecuado echar mano no sólo del apartado 4 del art. 117 CE, sino también del apartado 3 de ese mismo precepto constitucional, dejando claro que el mantenimiento en la órbita de los órganos judiciales de una serie de expedientes de JV obedece al hecho insoslayable de que la Constitución obliga a respetar un núcleo mínimo de competencia judicial, en atención al carácter jurisdiccional del expediente. En otras palabras, que –aunque no sea ésta la opción por la que se decanta el prelegislador actual–, no sería posible proceder a una desjudicialización de todos los expedientes de JV.

93. En este sentido, creemos adecuado mantener dentro de la órbita de la JV “judicial” aquellos procedimientos en los que, aun no existiendo propiamente una contienda con otro sujeto, o una lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, la intervención del órgano en cuestión es requerida a fin de constituir un determinado estado, efectuar un nombramiento o designación, integrar un acto de disposición o autorizar/controlar la legalidad de una actuación. Por



razones aún más poderosas, deben inscribirse también en aquélla un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución de conflictos que el ordenamiento jurídico no considera con entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso, pero sí para canalizarlos a través de la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento judicial voluntario, al modo de un procedimiento sumario de contradicción atenuada (v. gr. controversias entre progenitores en el ejercicio de la patria potestad, desacuerdos entre esposos sobre la gestión de bienes comunes). Frente a ello, cuando la intervención de la autoridad queda reducida a una función de mera presencia (v. gr. celebración del matrimonio) o de comprobación de hechos (v. gr. deslinde), a una labor de calificación, autentificación o documentación de un acto o negocio jurídico (v. gr. apertura y protocolización de testamentos), o a la facilitación del cumplimiento, o de la respuesta frente al incumplimiento, de obligaciones pactadas entre particulares (v. gr. consignación de deudas, subastas voluntarias), estamos ante acciones no relacionadas con la actividad jurisdiccional propiamente dicha, ni tan siquiera con el papel del juez como garante de derechos individuales, por lo que estos expedientes son más susceptibles de ser desjudicializados y encomendados a operadores jurídicos ajenos a los órganos judiciales.

94. Dicho lo cual, y dentro todavía del marco de la justificación que la Exposición de Motivos ofrece para proceder a la reasignación a otros operadores de las competencias que en esta materia vienen correspondiendo a los jueces, creemos que debe ponerse cuidado en revisar el siguiente pasaje de su apartado V:

“ (...) , la consideración de los recursos organizativos personales y medios materiales puestos en la actualidad a su disposición, así como del elevado grado de modernización y especialización que alcanza hoy la Administración pública, profesionalizada y regida por los principios de objetividad, eficacia e



interdicción de la arbitrariedad, y sujeta a la Ley y al Derecho por mandato constitucional, justifican igualmente la apuesta por la desjudicialización de ciertas materias que hasta ahora eran atribuidas a Jueces y Magistrados. Esto último pone de relieve que hoy han perdido vigencia algunas de las razones que justificaron históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los Jueces; pues, junto a ellos, las sociedades avanzadas cuentan en la actualidad con otras opciones viables para la efectividad de los derechos privados, cuando para ello se requiera la intervención o mediación de órganos públicos”.

95. El posible inconveniente de esta justificación es que una lectura *a contrario* de la misma podría indicar que los órganos jurisdiccionales no deben continuar conociendo de determinados expedientes de JV, por carecer de los elementos que en este párrafo se enumeran, a saber: recursos personales y medios materiales puestos a su disposición, elevado grado de modernización y especialización, profesionalización y actuación conforme a los principios de objetividad, eficacia e interdicción de la arbitrariedad. Puesto que exigencias como la objetividad y la no arbitrariedad se encuentran más marcadas en el caso de los Jueces y Magistrados que en el de otros servidores públicos, todo indica que los elementos verdaderamente diferenciales están en las otras dos proposiciones (los recursos materiales y personales y el alto grado de modernización y especialización). Así las cosas, nos encontraríamos con un reconocimiento palmario de que la Administración de Justicia no está a la altura de otras partes de la Administración en lo tocante a medios materiales y personales, modernización y especialización, lo que permitiría especular sobre la alternativa de dotar a los órganos jurisdiccionales de tales medios, recursos y elementos de modernización y especialización, de tal manera que –por pura inferencia– decaería la justificación que en el Anteproyecto se da para asignar el conocimiento de un número significativo de asuntos de JV a ciertos órganos públicos no jurisdiccionales.



3. Concurrencia y alternatividad de administradores de los expedientes y coste económico de la JV.

96. La atribución de competencias en materia de JV a esos otros operadores jurídicos no jurisdiccionales admite otra vertiente de contemplación, ya que esa atribución se puede hacer de manera no excluyente (como se preveía en el Proyecto LJV 2006) o de forma excluyente (como se efectúa en el actual Anteproyecto). En principio, este carácter excluyente de la atribución competencial a los Notarios y Registradores se presenta como un aspecto positivo, pues sería muestra de un esfuerzo de especialización y organización racional que sirve para trasladar al ciudadano claridad sobre quién es el órgano competente en cada caso. Así, en el apartado VI de la Exposición de Motivos leemos:

“La distribución de los asuntos entre estos profesionales se ha realizado siguiendo criterios de racionalidad, (...).

Para el mejor cumplimiento de esos fines, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a diferencia de algunos intentos anteriores de regulación, trata de evitar en la medida de lo posible la alternatividad entre los juzgados y otros operadores jurídicos, es decir, la posibilidad de acudir indistintamente a diferentes operadores para la obtención de un mismo efecto jurídico. Con ello se conjura la producción de duplicidades indeseables, contribuyéndose también a la clarificación de las funciones de cada uno y, con ello, a la seguridad jurídica, también exigible y relevante en este tipo de negocios jurídicos”.

97. Lo que ocurre es que ello se compadece mal con que el prelegislador pondere al mismo tiempo, como factor positivo, la existencia de alternatividad en algunos casos. Así sucede en la MAIN, en el pasaje de la pág. 41 donde



se explica que la plasmación legal del objetivo de sistematizar y redistribuir competencias entre los diferentes profesionales jurídicos se traduce, entre otras cosas:

“(…), en una mayor garantía para los ciudadanos al ampliar su ámbito de decisión a la hora de poder elegir en algunos casos quien va a llevar la actuación de que se trate. Así sucedería en los supuestos de la consignación, o la conciliación preprocesal frente a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio. Una libertad de opción que le permitirá tener en cuenta el coste de una opción u otra a la hora de decidir”.

Sin duda, el valor de esta libertad de opción constituía uno de los ejes de inspiración del Proyecto LJV 2006, en el que –como ha quedado dicho– sí se contemplaba como alternativa, con carácter general, la competencia de los Secretarios judiciales y la de los otros operadores jurídicos. Efectuar un reconocimiento explícito de ese valor, aunque sea referido a los pocos casos en que cabe apreciar esa opcionalidad en el sistema ahora proyectado, contrasta con el principio general que inspira el Anteproyecto y que ha quedado plasmado en el pasaje del apartado VI de la Exposición de Motivos transcrito en el párrafo anterior.

98. En nuestra opinión, podría ponderarse la posibilidad de recuperar el modelo de alternatividad que inspiraba el Proyecto de LJV 2006, de tal forma que en todos los asuntos encomendados a Notarios y Registradores pudieran también asumir competencias los Secretarios judiciales. Esta fórmula permitiría así que el justiciable acuda a un secretario judicial al valorar la gratuidad de la Justicia, manteniéndose así la oferta de la seguridad que puede proporcionarle la actuación ante la Administración de Justicia, y en especial, el control judicial directo a través del recurso de revisión, sin obligar al mismo justiciable a acudir a un procedimiento declarativo; si lo considera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

oportuno por el contrario, podrá optar en los supuestos contemplados legalmente, acudir a los servicios de un notario o un Registro Público, considerando que el pago del arancel fijado por el Gobierno por vía reglamentaria, le compensará en la valoración sobre celeridad, proximidad o especialidad que realice.

99. No hay que olvidar que en la nueva oficina judicial, se prevé en el art. 438 de la LOPJ, la creación de un servicio procesal común de Jurisdicción Voluntaria que haría perfectamente factible el mantenimiento de tal alternativa sin afectar a la saturación de trabajo de los Tribunales y el art. 456.3.b) LOPJ establece la asunción de competencias en materia de tramitación y resolución de expedientes de JV por parte de los Secretarios judiciales), y estaría en consonancia con la apreciación que hace la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, conforme a la cual tanto Secretarios judiciales, como Notarios y Registradores, reúnen la condición de juristas y titulares de la fe pública, reuniendo sobrada capacidad jurídica para actuar, con efectividad y sin merma de garantías, en actos de JV.

100. Aparte de por este motivo, la cuestión tiene su importancia por el coste económico que para el ciudadano puede tener acudir a la JV. En principio, con arreglo a la vigente Ley 10/2012, de Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, las solicitudes de expedientes de jurisdicción voluntaria no están sujetas al pago de tasa alguna. Esto seguirá siendo así con arreglo a la futura LJV, pues no se prevé modificar la Ley 10/2012 en este extremo, y por tanto los expedientes de JV promovidos ante órganos judiciales no devengarán pago alguno de esa naturaleza. Frente a ello, las solicitudes que se efectúen ante los Notarios o Registradores estarán sujetas al arancel que corresponda, el cual sin embargo no se concreta, sino que, de acuerdo con la DA 2ª, será aprobado en su momento por el Gobierno, al que se habilita para tal fin. Lo mismo pasa con los aranceles correspondientes a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

intervención de los Notarios en la tramitación de las actas matrimoniales previas y por la celebración de matrimonios en forma civil autorizando las escrituras públicas correspondientes, de acuerdo con la disposición final 5ª bis que se prevé introducir en la LRC (DF 4ª del Anteproyecto). Mantener, en cambio, una opcionalidad entre la competencia de los órganos judiciales –sea ésta después asignada al Juez o al Secretario judicial– y la de otros órganos públicos, permite al ciudadano escoger entre una fórmula sufragada con cargo al erario público y otra cargada al patrimonio particular del promotor del expediente; por más que los términos de la elección pudieran no considerarse plenamente homogéneos, ya que –si hacemos caso a lo que el propio prelegislador da a entender– los Notarios y Registradores disponen de unos recursos personales y materiales, y de un grado de modernización y especialización, de los que la Administración de Justicia carece.

101. A este respecto, resulta significativo recordar lo señalado por este Consejo en su Informe al Anteproyecto de LJV de 2006 (pp. 25-26), en el sentido de alertar de que, si bien establecer un régimen de competencias compartidas entre el Secretario judicial, por una parte, y el Notario o el Registrador, por otra, faculta al interesado a que elija entre unos u otros profesionales, ello generaba el riesgo *“de que la posibilidad de elección pueda verse condicionada por la capacidad económica del solicitante, en detrimento del principio de igualdad, ya que dependerá de los recursos económicos disponibles la posibilidad efectiva de optar entre acudir a unos u otros profesionales del Derecho, que no comparten en su actuación los mismos procedimientos ni adoptan las mismas fórmulas de organización y gestión, lo que en principio coloca a la Administración de Justicia, a pesar de los esfuerzos que se vienen realizando, en una situación de desventaja”*. Si esta afirmación era válida para ser aplicada a un escenario en el que el ciudadano iba a tener al menos la opción de acudir a los órganos de la Administración de Justicia, como alternativos respecto de los Notarios y Registradores, más aún



debería serlo a propósito de un sistema en el que dicha opción desaparece, atribuyéndose la competencia para conocer de determinados expedientes de JV, de forma exclusiva, a esos otros cuerpos ajenos a la Administración de Justicia.

102. La MAIN, en el epígrafe destinado a analizar el impacto económico y presupuestario del Anteproyecto, tras valorar que *“en todos aquellos casos en que se acuda a un notario o registrador en lugar de un tribunal esto se traducirá potencialmente en un uso más eficiente del tiempo y los recursos públicos que nuestros tribunales podrán emplear para realizar las otras funciones que les competen”*, no puede sino admitir que *“será el ciudadano quien tendrá que satisfacer el arancel que se fije”* (vid. pág. 39). Es decir, los particulares que acudan a determinados tipos de expedientes de JV tendrán que hacer frente al pago del arancel notarial o registral. Ciertamente, ello no comportará incremento de gasto público, como se ocupa de recalcar la propia MAIN un párrafo más arriba del transcrito, pero sí de gasto privado.

103. A donde todo esto conduce es, en definitiva, al tema de la fijación de los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores respecto de los asuntos de JV en los que resulten competentes. Frente a la inconcreta habilitación al Gobierno para que apruebe dichos aranceles plasmada en la DA 2ª del Anteproyecto y en la disposición final 5ª bis LRC, resultaría aconsejable efectuar una indicación específica del tipo de aranceles y de reducciones que podrán aplicarse en estos expedientes. Algo similar a lo que hace la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en su disposición adicional tercera, conforme a la cual, *“para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de*



los notarios”. Ídem, el art. 8 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios, conforme al cual “*para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios*”, y “*para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento*”.

104. A la hora de establecer esos aranceles y reducciones, creemos que un criterio orientativo es el que se desprende, una vez más, del Informe emitido por este Órgano al Anteproyecto de LJV de 2006, en virtud del cual (pág. 26):

“En el mismo sentido se manifestó este Consejo –aunque en el contexto de exclusividad en favor del Notario resultante de la reforma del art. 979 LEC 1881– en el Informe al Anteproyecto del de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, antes citado, al sugerir la adopción de «las cautelas necesarias en orden, primero, a procurar que el coste de estos procedimientos, una vez que los mismos pasen a ser competencia de los Notarios, no supere lo que por regla general constituye su monto económico actual en sede jurisdiccional y, en segundo lugar, para que se asegure debidamente el mantenimiento de las necesarias garantías»”.



105. Así las cosas, sería aconsejable plasmar en el mismo texto de la Ley el alcance posible de los aranceles en cuestión, del mismo modo que en materia de tasas judiciales la Ley 10/2012 determina la cantidad fija de la cuota tributaria, junto con el gravamen a aplicar sobre la base imponible para fijar la cuantía variable de la tasas, esta última con un límite máximo cuando se trate de sujetos pasivos personas físicas. En este sentido, la cuantía de los aranceles para los expedientes de JV que se encomiendan a Notarios y Registradores debería ser proporcionada al importe de las tasas que, en el orden civil, se imponen para los procedimientos contenciosos de menor complejidad, como son los monitorios. Similar criterio debe presidir la fijación de los aranceles notariales correspondientes a la tramitación de las actas matrimoniales previas y a la autorización de las escrituras públicas para la celebración de matrimonios en forma civil (vid. la proyectada DF 5ª bis LRC). También, como es lógico, la de las escrituras públicas en que se formalicen los convenios reguladores donde se acuerde el divorcio o la separación matrimonial, o se formalice la reconciliación. Curiosamente, a todas ellas se alude en los proyectados arts. 82, 83, 84, 87 y 89 CC, sin que después se habilite al Gobierno para fijar los aranceles correspondientes.

106. Conforme a todo lo dicho, convendría sopesar la conveniencia de mantener el pasaje del apartado VI de la Exposición de Motivos en el que se lee lo siguiente:

“De la separación de determinados asuntos del ámbito competencial de los Jueces y Magistrados sólo cabe esperar, pues, beneficios para todos los sujetos implicados en la jurisdicción voluntaria: para el ciudadano, en la medida en que ello debe tener como consecuencia, cuando precise la actuación del Estado para la actuación de un determinado derecho, una mayor efectividad de sus derechos sin pérdida de garantías; para Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, por la



nueva dimensión que se les da como servidores públicos, consecuente con su real cualificación técnica y el papel relevante que desempeñan en el tráfico jurídico; y, en último término, para Jueces y Magistrados, que pueden centrar sus esfuerzos en el cumplimiento de la esencial misión que la Constitución les encomienda, como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional y garantes últimos de los derechos de las personas”.

Parece claro que, en el caso de los ciudadanos, esa *mayor efectividad de sus derechos sin pérdida de garantías* se logrará a costa de satisfacer un arancel a favor de Notarios y Registradores, en aquellos expedientes de JV que les corresponda conocer, de tal modo que el beneficio obtenido con la reforma no es un beneficio neto, sino a cambio de un desembolso pecuniario en el que, con arreglo al sistema vigente, no debe incurrir; ni tampoco debería hacerlo, de manera necesaria, con un sistema que instaurase una alternatividad entre las competencias de los Notarios y Registradores y las de los Secretarios judiciales.

107. Hasta tal punto el prelegislador es consciente de que conforme al sistema proyectado la JV se encarecerá, que el Anteproyecto incluye una modificación de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, a fin de que también se incluyan bajo su cobertura los expedientes de JV encomendados a Notarios y Registradores. En efecto, conforme a la DF 13ª del Anteproyecto, se prevé agregar una nueva DA 9ª en la Ley 1/1996, en virtud de cuyo primer apartado:

“Se reconocerán las prestaciones previstas en el artículo 6 de esta ley referidas a reducción de los aranceles notariales y registrales, la gratuidad de las publicaciones y, en su caso, la intervención de peritos, a los expedientes en materia de sucesiones y en materia mercantil regulados en los capítulos IV y V título VII de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, así como en los expedientes de deslinde e inmatriculación del título VI de la Ley Hipotecaria”.



108. Según explica la MAIN (pág. 41), *“con ello se evita que se puedan producir casos de imposibilidad de ejercicio de un derecho por falta de recursos económicos”*, y agrega como paliativo que *“el conjunto del sistema experimenta una reducción de costes porque se tratará de casos en los que con carácter general se precisen menos prestaciones de las incluidas en la justicia gratuita, las cuales consistirán en la reducción del 80 por 100 de los aranceles o la inexistencia de pago cuando se acrediten ingresos inferiores a un indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), la gratuidad de determinadas publicaciones y, en su caso, la intervención de algún perito”*.
109. Sea como fuere, la clave no parece estar en que se introduzca una previsión para ampliar el radio de la asistencia jurídica gratuita a los expedientes de JV notariales y registrales, sino en que, fuera del colectivo de sujetos que en virtud de sus escasos recursos económicos puedan obtener el beneficio de asistencia jurídica gratuita, el resto de ciudadanos que deba acudir a tales expedientes deberá sufragar unos costes arancelarios en la actualidad inexistentes.
110. Finalmente, como cuestión puramente formal, debe notarse que la DA 2ª del Anteproyecto indica que el Gobierno aprobará los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles *“respecto de los asuntos para los que resulten competentes conforme a lo dispuesto en esta Ley”*. Resulta obvio que no es la futura LJV conforme a la cual se atribuirán competencias a los Notarios y Registradores en materia de JV, ya que dicha Ley sólo tendrá por objeto la regulación de los expedientes de JV que deban tramitarse ante los órganos jurisdiccionales (art. 1.1 del Anteproyecto). En consecuencia, la redacción de la DA 2ª deberá enmendarse para referirse a los expedientes de JV para los cuales resulten



competentes los Notarios y Registradores conforme a las leyes reguladoras de cada uno de ellos.

4. La intervención de Abogado y Procurador en la JV.

111. A lo anterior se une todavía, desde el punto de vista del coste económico, el aspecto relativo a la intervención de abogado y procurador, pues es evidente que en un sistema en el que no cabe condena en costas, como es el de la JV (vid. art. 7 del Anteproyecto), imponer la preceptiva asistencia de abogado y procurador es imponer al interesado la obligación de incurrir en un gasto. El prelegislador, consciente de que éste es un factor relevante para valorar el impacto económico del Anteproyecto, señala en la pág. 41 de la MAIN:

“Finalmente, desde el punto de vista del impacto económico otro factor verdaderamente relevante de cara a facilitar el acceso de los ciudadanos a la jurisdicción voluntaria se concreta en la flexibilización de la obligación de intervenir con abogado o procurador en cualquier expediente de este tipo, que no será necesaria en todo caso (eso sí, podrá ser voluntaria) o se hace depender de la entidad económica del asunto”.

112. Ahora bien, sobre la necesidad de recurrir a abogado y procurador conforme al sistema vigente, la MAIN incurre en una apreciación inexacta (pág. 7), que necesita ser aclarada. A tenor de la misma, el Anteproyecto *“viene a flexibilizar la necesidad de contar con abogado y procurador, frente a su necesidad en todo caso que viene rigiendo desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, mientras que ahora se atiende también al caso concreto de qué se trata”.*

113. Si se repasan los preceptos relevantes, se observa que en el régimen actual no es preceptivo recurrir a la defensa letrada y a la postulación a través de



procurador en todos los procedimientos de JV. Antes bien, conforme al art. 4.1º y 5º de la LEC/1881, los interesados pueden comparecer por sí mismos, sin necesidad de hacerlo a través de Procurador, en los actos de conciliación y en todos los de jurisdicción voluntaria [aunque si quisieran comparecer a través de otra persona, ésta tendrá que ser Procurador habilitado en los pueblos donde los haya], mientras que de acuerdo con el art. 10.1º y 3º LEC/1881, no será necesario valerse de asistencia letrada en los actos de conciliación ni en los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no exceda de 400.000 pesetas (léase 2.404 euros), así como en los que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio.

114. Más atinadamente, en la pág. 43 de la MAIN se realiza la siguiente observación:

“Tal como establece el artículo 14 del proyecto y se ha señalado anteriormente, en los expedientes de jurisdicción voluntaria será preceptiva la intervención de abogado y procurador cuando así se prevea. Esto supone una novedad en comparación con la regulación vigente contenida en los artículos 4, 10 y 11 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, que exigen la participación de abogado en cualquier expediente de jurisdicción voluntaria que exceda de 400.000 ptas. (2.404 €)”.

115. En efecto, lo único que contempla la LEC/1881 es la necesaria participación de abogado en expedientes de JV de cualquier especie que superen esa cuantía. Con todo, incluso excediendo de esa cantidad, la intervención de abogado no es preceptiva cuando se trate de la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio. Asimismo, la MAIN omite que la presencia de procurador no es preceptiva en ningún caso, conforme al régimen vigente. Sea como fuere, el prelegislador acentúa, como



la gran novedad del Anteproyecto en esta materia, la desaparición de ese carácter –matizadamente– generalizado de la intervención de abogado en los expedientes de JV. Así, en la pág. 44 de la MAIN, leemos:

“El anteproyecto de ley flexibiliza este criterio ya que la intervención de abogado no es necesaria para todos los expedientes, sino que depende de cuál se trate, salvo cuando se interpongan recursos, en los que sí va a ser necesaria esa intervención”.

116. Es decir, el enfoque pasa a ser el de una regla general, conforme a la cual no se necesita abogado ni procurador, y una serie de supuestos particulares en los que excepcionalmente sí resulta precisa la intervención de ambos. En concreto, tal y como la propia MAIN se ocupa de compendiar (p. 44), sólo se necesitará la intervención de abogado y procurador para la presentación de recursos de revisión y apelación, así como en los siguientes expedientes:

- Acogimiento de menores y la adopción.
- La remoción de tutor o curador.
- La autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores e personas con capacidad judicialmente completada cuando la cuantía de los mismos supere los 6.000 euros.
- La intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales cuando la intervención judicial fuera para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- El albaceazgo, los contadores-partidores dativos y la aceptación y repudiación de la herencia cuando la cuantía del haber hereditario sea superior a 6.000 euros.
- La exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad.
- El nombramiento de administrador, liquidador o interventor de una entidad.
- La disolución de sociedades.

117. Parece claro que, si bien este sistema puede conllevar la disminución del número de casos en los que sea preciso disponer de asistencia letrada, no tiene esa misma virtud con respecto a la necesidad de contar con procurador, ya que partiendo de la completa falta de necesidad que rige en la actualidad, cualquier contemplación de su obligada intervención comportará un aumento del número de casos en los que los procuradores deban intervenir.

118. Dicho lo cual, debe señalarse que la preceptividad o no de la asistencia letrada y de la postulación técnica, constituyen sendas opciones de política legislativa perfectamente defendibles, pudiendo darse razones tanto para abogar por una mayor informalidad en los expedientes de JV, como para defender la importancia de que la intervención en estos expedientes deba llevar el sello de calidad técnica de un profesional. El Anteproyecto parece postular un grado limitado de necesaria intervención de abogado y procurador. Precisamente por ello, no se entiende el esfuerzo por marcar distancias con la regulación actual, que está inspirada por el mismo principio, y que incluso lo desarrolla, si cabe, en una mayor extensión.



119. Sin duda, detrás de la opción por la que se decanta el prelegislador, a mitad de camino entre un sistema en el que la postulación y defensa técnicas sean completamente voluntarias, y otro en el que la regla pase a ser la preceptividad de las mismas, está el recuerdo de lo sucedido con el Proyecto LJV 2006, el cual, al igual que el Anteproyecto que lo precedió, no contemplaba la necesaria intervención de procurador ni de abogado en los expedientes de JV (art. 17.1 de ambos textos). Con motivo del debate en el seno de la Comisión de Justicia en el Senado, se constató que uno de los puntos de disensión, que a la postre dieron al traste con la posibilidad de aprobación del Proyecto, era precisamente la configuración como preceptiva de la defensa letrada y la representación por procurador, a lo sumo salvo algunas excepciones. Por todo ello, a la hora de valorar la solución por la que se decanta el Anteproyecto, debe tenerse en cuenta este antecedente y asumir la dificultad de conjugar todos los intereses en presencia; entre los cuales, naturalmente, también se cuentan los de los propios colectivos profesionales concernidos.

120. De forma orientativa, este Consejo considera que debería mantenerse la preceptividad, al menos, de actuar con asistencia letrada en todos aquellos expedientes relativos a la capacidad de las personas, a menores y a familia, incluido el régimen económico matrimonial. Asimismo, recomendamos la intervención de Letrado en los procedimientos a desarrollar ante Notario, en particular los expedientes notariales de separación y divorcio, en los que incluso sería conveniente que cada parte actuara asistida de su propio Letrado.

5. La vocación codificadora del Anteproyecto.

121. Para terminar con estas consideraciones generales, debe observarse que el Anteproyecto tiene una vocación “codificadora”. Sin embargo, esa codificación



presenta algunos defectos. De un lado, porque en diversas ocasiones se viene a duplicar, sin sustituir, normas que se mantendrán en otros cuerpos legales (v. gr. normas del CC o en otras leyes civiles especiales), con el riesgo de equivocidad que supone mantener en paralelo la vigencia de una misma norma insertada dentro de cuerpos legales diferentes. De otro porque algunos expedientes de JV no se contendrán en la futura Ley sobre la materia, sino en la Ley de Navegación Marítima, la Ley del Notariado, la Ley del Registro Civil o la Ley Hipotecaria, generando una dispersión que el prelegislador dice querer combatir con la presentación de este Anteproyecto. En fin, como toda pretensión codificadora, los esfuerzos de exhaustividad suelen resultar vanos. De ahí que, como veremos al examinar las disposiciones generales del Título Preliminar del Anteproyecto, sea recomendable introducir –o mejor mantener– una cláusula general similar a la del actual art. 1811 LEC/1881, en lugar de aspirar a tipificar todos y cada uno de los expedientes de JV posibles.

V.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

122. Tal es el volumen de cuestiones abordadas, el calado de la mayor parte de las mismas y su relación con las materias que son objeto de informe por este Órgano, que son muchos los aspectos del Anteproyecto que podrían ser objeto de examen detenido en esta parte del Informe. No obstante, en un afán sintetizador, es menester seleccionar aquéllos que pueden considerarse más relevantes, al tiempo que guardan relación más estrecha con normas procesales o que afectan a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales del ejercicio de derechos fundamentales, así como con la organización y funcionamiento de los tribunales, sin dejar de prestar atención



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a cuestiones generales de técnica legislativa, calidad normativa y armonía del ordenamiento.

123. Por otro lado, en la medida en que parezca conveniente, el tratamiento de algunos expedientes se examinará al hilo de la regulación de otros con los que guardan relación o con la regulación sustantiva de la materia, de forma que se procederá a un examen por grupos temáticos que facilite el manejo del texto.

124. Tras un apartado inicial dedicado al examen de las disposiciones generales y normas comunes en la tramitación de los expedientes de JV, con especial atención a las normas de tramitación, comenzaremos por los expedientes de JV en materia de personas. En este bloque, tras el examen del expediente de autorización o aprobación del reconocimiento de la filiación no matrimonial, agruparemos los expedientes que tienen relación con los menores y las personas discapacitadas o con capacidad judicialmente complementada (acogimiento y adopción, tutela, curatela y guarda de hecho, autorización o aprobación judicial para actos de disposición/gravamen de bienes de menores e incapaces, derecho al honor/intimidad/imagen de estas mismas personas, protección del patrimonio de personas con discapacidad), para finalmente decir algunas cosas en relación con la declaración de ausencia y fallecimiento y con la extracción de órganos de donantes vivos.

125. A continuación, un tercer gran apartado se destinará a los expedientes de JV en materia de familia, comenzando por el de dispensa matrimonial, para después abordar la intervención judicial en materia de patria potestad y, con menor extensión, sobre el desacuerdo en la administración de bienes gananciales.



126. Un cuarto y quinto apartados se destinarán a los expedientes de JV en sede de Derecho sucesorio y a los expedientes en materia de Derecho de obligaciones y de Derecho mercantil, respectivamente. Seguidamente, como último bloque dedicado al estudio del articulado de la futura LJV, se examinaría la regulación de la conciliación (arts. 108 a 117 del Anteproyecto).

127. En los apartados postreros, haremos un repaso de las modificaciones que, conforme a las disposiciones finales del Anteproyecto, afectan a diferentes cuerpos legales, agrupándolas en función del cuerpo legal en cuestión, aunque sin ánimo exhaustivo. Así, se examinarán las modificaciones al Código civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil –con la importante regulación de la sustracción internacional de menores–, la Ley del Registro Civil y diversas Leyes de cooperación del Estado español con entidades religiosas, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley del Notariado y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Todo ello sin perjuicio de las menciones que a estas modificaciones puedan haberse hecho al abordar el examen del articulado. En el caso de los cuerpos legales cuyos cambios no se comentan en extenso, podrán incluirse algunas referencias en la parte del Informe relativa al análisis del articulado.

1. Disposiciones generales y normas comunes en la tramitación de los expedientes de JV (Título Preliminar y Título I del Anteproyecto).

128. El Anteproyecto contiene –en sus Títulos Preliminar y Primero– una serie de disposiciones generales, normas de Derecho internacional privado y normas de tramitación. De acuerdo con el objeto y ámbito de aplicación de la futura Ley, se trata de disposiciones dirigidas únicamente a regular los expedientes de JV tramitados ante los órganos jurisdiccionales, esto es, los que requieren la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e



intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso (art. 1 del Anteproyecto).

a) *Cláusula general. Expedientes atípicos de jurisdicción voluntaria.*

129. Nótese, eso sí, que a diferencia de lo que prevé el actual art. 1811 LEC/1881, el Anteproyecto carece de lo que podríamos llamar una *cláusula general* en materia de JV. En efecto, conforme al apartado 2 del art. 1 del Anteproyecto, los expedientes de JV, al menos por lo que se refiere a los que requieran la intervención de un órgano judicial, sólo podrán ser aquellos que “estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso” [subrayado nuestro]. Quiere decirse que existe una tasación o tipificación legal de los expedientes de JV jurisdiccionales, los cuales en principio serán los regulados en la futura LJV, aunque sería admisible su contemplación en otro cuerpo legal, con tal de que estuvieran, eso sí, “legalmente previstos”. Ello contrasta con la fórmula empleada por el vigente art. 1811 LEC/1881, en virtud del cual “*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*”. Esta cláusula propicia la formulación de expedientes de JV más allá de los específicamente regulados en los Títulos II y ss. del Libro III de la LEC/1881, como vendría a corroborar el art. 1824 LEC/1881 el cual, al señalar que “*son extensivas a los actos de jurisdicción voluntaria, de que se hace especial mención en los títulos siguientes, las disposiciones contenidas en los artículos que preceden, en cuanto no se opongan a lo que se ordena respecto a cada uno de ellos*”, da a entender que los actos de jurisdicción voluntaria regulados en tales Títulos



son sólo aquellos *de los que se hace especial mención*, sin que el tratamiento legal de los mismos persiga un ánimo exhaustivo.

130. La práctica nos ofrece muestras del juego que brinda esa cláusula general. Cabe citar, *ad exemplum*, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, de 3 de junio de 2013, por el que se acuerda admitir a trámite un “escrito preventivo” presentado como solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria, para que, ante la próxima y previsible presentación de una petición de medidas cautelares *inaudita parte* frente al solicitante, se convoque a las partes a una vista salvo que existan motivos fundados de urgencia.

131. Pues bien, frente a lo que se desprende de lo establecido en el art. 1.2 del Anteproyecto, parece adecuado disponer una suerte de cláusula general, a modo de válvula de seguridad del sistema, de tal manera que fuera posible la formulación de un expediente de JV atípico, el cual, a pesar de no estar legalmente previsto, reuniese todas las notas que caracterizan este tipo de procesos. A tal efecto bastaría con suprimir, de la frase que compone dicho precepto, el inciso “estando legalmente previstos”, quedando subsistente la restante redacción:

“2. Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley a todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”.

132. Ello tendría la virtud de admitir que la Ley no puede prever con absoluta exhaustividad el espectro total de actos de JV posibles, además de dar un sentido adicional a la regulación de unas disposiciones generales y de unas normas de tramitación comunes a todos los expedientes de JV, como es la



contenida en el Título Preliminar y en el Capítulo II del Título Primero del Anteproyecto.

133. Sucede, además, que de no se flexibilizarse el sistema jurisdiccional de JV, los expedientes atípicos que eventualmente pudieran surgir, no tendrían otro remedio que derivarse hacia el sistema “privado” de JV, canalizado a través de los Notarios, en virtud de la redacción, ésta sí mucho más genérica y abierta, con que se prevé dotar al futuro art. 49 LNot (vid. DF 11ª del Anteproyecto).

b) Especialidades procesales de la jurisdicción voluntaria y valor supletorio de la LEC.

134. Fuera de esta consideración, el prelegislador parte de la premisa de que un cierto grado de contradicción atenuada es posible dentro de los expedientes de JV, sin desnaturalizarlos. La regulación de estas normas generales, y en concreto las relacionadas con la tramitación, ponen de manifiesto una mayor proximidad entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, por contraste con el modelo plasmado en la LEC/1881.

135. Así, además de establecer, con carácter general, la aplicación supletoria de las disposiciones de la LEC “en todo lo no regulado en la presente ley” (art. 8 del Anteproyecto), el Anteproyecto traza diversas remisiones directas a la LEC en algunas cuestiones básicas. La primera es en materia de celebración y registro de la comparecencia, así como de citación para la misma, pues la comparecencia se deberá tramitar “*por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades*” (art. 18, primer inciso, del Anteproyecto), “*se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento Civil*” (art. 18.6ª) y la



citación a la misma se practicará en la forma prevenida en la LEC (art. 17.3). La segunda es en materia de recursos, ya que tanto las resoluciones interlocutorias, como las definitivas dictadas por Jueces y Secretarios, serán recurribles, vía reposición, apelación o revisión respectivamente, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 20.1 y 2 del Anteproyecto). En tercer lugar, se traza una remisión a la LEC en lo relativo a la acumulación de expedientes, la cual se regirá por lo previsto en dicho cuerpo legal, con algunas especialidades (art. 15.2 del Anteproyecto). Por último, la ejecución de las resoluciones firmes que pongan fin a los expedientes, *“se regirá por lo establecido en los artículos 521 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (art. 22.I del Anteproyecto).

136. Junto a lo anterior, descubrimos que en el Anteproyecto desaparecen una serie de especialidades procesales que actualmente presenta la JV, y que la separan de los procesos contenciosos. Así, ya no se contiene una disposición como la del art. 1812 LEC/1881, en virtud del cual *“para las actuaciones de jurisdicción voluntaria, son hábiles todos los días y horas sin excepción”*. A falta de esta previsión, se aplicarán las reglas sobre días y horas hábiles de la LEC (arts. 130 y 131). Tampoco se dice que *“el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa”*, a excepción de *“los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno”* (vid. art. 1818 LEC/1881). Por consiguiente, habrá que estar a la invariabilidad de las resoluciones, establecida por el art. 214 LEC salvo casos de aclaración y corrección, así como a la subsanación y complemento de resoluciones defectuosas o incompletas a que se refiere el art. 215 LEC.

137. Otra especialidad que se suprime es la del art. 1819 LEC/1881, en virtud del cual *“las apelaciones se admitirán siempre en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente”*, precepto que contrasta con el siguiente, conforme



al cual, *“las apelaciones que interpusiesen los que hayan venido al mismo expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación, serán admitidas en un solo efecto”*. Conforme a la Norma *in fieri* (art. 20.2.II), y con independencia de quién sea el recurrente, la apelación no tendrá efectos suspensivos, salvo que la propia Ley disponga expresamente lo contrario [vid. arts. 60.4, 62.3, 67.6, 99.4 del Anteproyecto y art. 778 ter.11 LEC, modificada por la DF 3ª del Anteproyecto]. Ello coincide con el régimen previsto para el recurso de apelación en el art. 456.2 LEC. Igualmente, la remisión a la LEC en materia de recursos, hace que se abandone el criterio del art. 1821 LEC/1881, en el que se dice que *“la sustanciación de las apelaciones a que se refieren los precedentes artículos se acomodará a los trámites establecidos para las de los incidentes”*.

c) Caracteres de la jurisdicción voluntaria y grado de contraste con la jurisdicción contenciosa.

138. La aproximación del tratamiento procesal de la JV a las reglas y principios informadores propios de la jurisdicción contenciosa no se traduce, sin embargo, en una confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, ni significa que, conforme al régimen del Anteproyecto, la JV vaya a perder algunas de sus notas características, conectadas con el dato esencial de que en ella se resuelven asuntos en los que no hay por medio la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, ni se dirime una controversia relevante. De ahí que determinados rasgos o principios informadores, como la carencia de efectos de cosa juzgada material, la falta de plena igualdad entre los sujetos intervinientes, la mayor libertad de forma y el impulso de oficio, sigan siendo reconocibles en el Anteproyecto.



A) IMPULSO DE OFICIO.

139. Así, comenzando por el último de los elementos mencionados, el impulso de oficio está patente en diversos preceptos del Anteproyecto, aunque en una dosis algo más rebajada de lo que es tradicional en esta área. Desde el punto de vista del inicio de los expedientes, tanto el art. 3.1 como el art. 14 admiten la posibilidad de que se produzca de oficio, además de a instancia del Ministerio Fiscal o por solicitud de persona legitimada. Y en efecto algunos expedientes, como el de habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial (art. 28.2) o el de cesación del acogimiento acordado judicialmente (art. 36.1), pueden ser iniciados de oficio. Por otro lado, la acumulación de expedientes conexos o interdependientes podrá ser acordada de oficio por el Juez o el Secretario judicial (art. 15.1), mientras que el examen de las normas sobre competencia objetiva y territorial deberá ser efectuado de oficio por el Secretario judicial (art 16.1 del Anteproyecto).

140. En materia de prueba, el art. 5 señala que, con independencia de los medios de prueba propuestos por el solicitante o los interesados, el Juez o el Secretario judicial podrán ordenar prueba de oficio *“en los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con capacidad judicialmente complementada, o expresamente lo prevea la ley”*. En esta misma línea, el art. 18.2ª del Anteproyecto prevé que el Juez o Secretario judicial que presida la comparecencia, además de oír al solicitante y demás interesados, así como a las personas que la ley disponga, *“podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente”*.

141. La intervención de oficio está más presente en aquellos expedientes en los que están en juego intereses de menores o de personas con capacidad



judicialmente complementada. Ello lo acabamos de ver con la regulación de la prueba en el art. 5 del Anteproyecto, y se comprueba también en el art. 18.4ª, en virtud del cual *“cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad judicialmente complementada, se practicarán también en el mismo acto [de la comparecencia] o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal”*. Asimismo, lo corrobora la regulación de determinados expedientes, como los de tutela/curatela, en los que se dispone que *“tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad judicialmente complementada, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas”* (art. 47.3).

142. Así pues, sólo en determinadas materias podrá decirse que el Juez o el Secretario judicial no estarán vinculados por la aportación de hechos o la proposición de pruebas realizadas por los intervinientes. En este sentido, resulta igualmente significativo lo dispuesto en el art. 19.2 del Anteproyecto, en virtud del cual *“cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad judicialmente complementada, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados”*. Ello contrasta con la solución plasmada en el Borrador de Anteproyecto de LJV de octubre de 2005, cuyo art. 17 elevaba ese mismo criterio a principio general del procedimiento (*“el tribunal podrá fundar su decisión en cualesquiera hechos que guarden relación con el objeto del expediente y que hayan sido puestos de manifiesto durante la tramitación del mismo, aunque no hubieran sido alegados por el solicitante ni por otros interesados”*), aunque no estuvieran en juego intereses de sujetos merecedores de especial protección. En la misma línea, el art. 16 de dicho



Borrador, titulado “Actuaciones de oficio”, rezaba: *“el tribunal podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones estime oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente”*.

143. Por consiguiente, el Anteproyecto contiene un reflejo más atenuado del principio de impulso de oficio, pudiendo decirse que éste se halla en no poca medida nivelado por el principio de aportación de parte, lo que supone una aproximación a la jurisdicción contenciosa. Así, es significativo que, conforme al art. 18.1ª, si el solicitante no asistiere a la comparecencia, se mande al Secretario judicial tenerle por desistido y acordar el archivo del expediente. En la misma línea, el art. 32 (“Caducidad del expediente”) establece que *“se tendrá por abandonado el expediente si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad promovida por los interesados en el plazo de tres meses contados desde la última notificación practicada”*. Asimismo, el art. 18.5ª prevé que en la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permita a los interesados formular oralmente sus conclusiones. En fin, como acabamos de ver, salvo en determinadas materias, el Juez o Secretario judicial están vinculados por la aportación de hechos o la proposición de pruebas realizadas por los intervinientes, como se muestra en los arts. 19.2 y 5 del Anteproyecto.

144. Precisamente por esa relativa atenuación del principio de impulso de oficio, llama la atención que no se prevea la posibilidad de que determinadas cuestiones sean suscitadas a instancia de parte. En concreto, esto sucede con la apreciación de la falta de competencia objetiva o territorial en virtud de declinatoria. Conforme al art. 16 del Anteproyecto, una vez presentada la solicitud de iniciación del expediente, corresponderá al Secretario judicial examinar de oficio si se cumplen las normas en materia de competencia objetiva y territorial. No estaría de más que la futura Norma permitiera



también que los interesados, una vez citados en forma a la comparecencia (vid. art. 17 del Anteproyecto), pudieran denunciar la falta de competencia objetiva o territorial, como puede hacer por cierto el demandado en un procedimiento contencioso (vid. arts. 49 y 59 LEC). Ciertamente, el art. 18.3^a prevé que, una vez iniciada la comparecencia los interesados planteen cuestiones que puedan impedir la válida prosecución del expediente, en cuyo caso el juez o Secretario, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto. Una de esas cuestiones podría ser la falta de competencia objetiva o territorial. Sin embargo, puesto que no hay ninguna especialidad al respecto, la aplicación de los trámites previstos en la LEC para la vista del juicio verbal (vid. art. 18, inciso inicial, del Anteproyecto) llevaría a entender que el interesado no puede impugnar en ese momento procesal la falta de competencia del tribunal (art. 443.2.II LEC). Por todo ello, parece preferible –y es además factible– disponer que esta cuestión se ventile de manera previa a la celebración de la comparecencia.

B) LIBERTAD DE FORMA.

145. Por lo que se refiere a la libertad de forma, ésta es apreciable asimismo en algunas disposiciones, aunque se encuentra contrapesada por un cierto rigor formal en la sustanciación del procedimiento, lo que se plasma singularmente en el art. 18, en el que se contienen las reglas a las que habrá de sujetarse la celebración de la comparecencia. El hecho mismo de que la postulación a través de procurador y la defensa letrada no sean necesarias con carácter general (art. 3.2), sería un síntoma de esa vocación no formalista [si bien ya hemos observado que no es del todo seguro si en este punto el Anteproyecto tiene por efecto una disminución o un aumento de los casos en que la presencia de abogado y procurador no resulta necesaria].



146. La libertad de forma se manifiesta asimismo en la regulación de la iniciación del expediente (art. 14 del Anteproyecto), en particular cuando se trate de expedientes en los que no sea necesario contar con Abogado y Procurador. El procedimiento debe comenzar por solicitud de persona legitimada en la que se consignen los datos y circunstancias de identificación del solicitante, así como los de los interesados, con indicación de un domicilio a efectos de notificaciones. En la solicitud se expondrá con claridad y precisión lo que se pida, así como los hechos y fundamentos jurídicos en que se fundamente la pretensión, acompañándose en su caso los documentos y dictámenes que se consideren de interés, con copias para los interesados. Sin embargo, cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, además de que en la Oficina Judicial se deberá facilitar al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, se especifica: *“no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado”* (art. 14.3).

147. En relación con la libertad de forma, se advierte también un reforzamiento del principio de oralidad, del cual hay diversas muestras en la regulación de la comparecencia (art. 18). Así, según la 2ª regla especial de este precepto, el Juez o Secretario judicial que presida la comparecencia oír al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga. Asimismo, la 3ª regla especial previene que *“si se plantearan cuestiones que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez o el Secretario judicial, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto”*. Por otra parte, conforme a la regla 5ª, *“en la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones”*. En fin, el art. 20.1, tras señalar que contra las resoluciones interlocutorias dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria cabrá recurso de reposición en los términos previstos en la LEC, añade: *“si la resolución impugnada se hubiera acordado durante la celebración de la*



comparecencia, el recurso se tramitará y resolverá oralmente en ese mismo momento”.

C) IGUALDAD ENTRE LOS INTERVINIENTES.

148. Por lo que se refiere a la relación entre las partes y al margen de arbitrio judicial, el Anteproyecto potencia una mayor igualdad de las posiciones, fortaleciendo el principio contradictorio y de audiencia, lo que de nuevo nos sitúa en una franja más cercana a la jurisdicción contenciosa, y en esa misma proporción más lejana al modelo de la LEC/1881. Especialmente significativo a este respecto debe considerarse que el art. 18.2ª. II diga que *“salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto”*. Se admite por tanto, como premisa, que en el seno de un expediente de JV puede haber un cierto grado de contradicción, sin que ello desnaturalice el procedimiento, por contraste con lo prevenido actualmente en el art. 1817 LEC/1881. Ahora bien, no cabe desconocer que la virtualidad de un expediente de JV que continúa adelante pese a la oposición manifestada por uno de los interesados tiene visos de ser escasa, puesto que lo más probable es que el opositor plantee demanda contenciosa, provocando con ello el archivo del expediente (vid. art. 6.2). Quizás sería bueno matizar, en cualquier caso, que no todas, pero quizás sí algunas causas de oposición tendrán la virtud de provocar una conversión del expediente en contencioso y de impedir que continúe su tramitación.

149. Cabe recordar que esta cuestión fue una de las que motivó la retirada del Proyecto de LJV de 2006 cuando éste estaba siendo debatido en el Senado. El Anteproyecto de LJV de 2006 había previsto la solución tradicional, salvo en los expedientes en que estuviera comprometido el interés de un menor o un incapaz, de tal forma que el surgimiento de una controversia entre los



interesados durante la tramitación del expediente provocaba su archivo. Tras el debate parlamentario, se giró hacia una fórmula similar a la plasmada en el Anteproyecto ahora informado: la formulación de oposición por algún interesado no haría contencioso el expediente ni impediría la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtiría los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no fuese revocada o modificada en proceso declarativo promovido por persona legitimada. Durante la discusión en el Senado, algún grupo hizo ver su discrepancia con esta solución, por cuanto entendía que era poco útil y provocaba un incremento de gastos, obligar a continuar con el expediente de JV toda vez que, acreditado el surgimiento de oposición, el interesado acudiría a un procedimiento contencioso posterior. Conforme al Anteproyecto informado, como acabamos de indicar, todo interesado tiene a su alcance presentar la demanda en el procedimiento contencioso y provocar con ello el archivo del expediente de JV (art. 6.2), lo que sirve a matizar en gran medida la previsión del art. 18.2ª.II.

150. En otro orden de cosas, el art. 17.3 del Anteproyecto, los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la LEC, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen. En la comparecencia serán oídos por el Juez o Secretario judicial, tanto el solicitante como los demás citados y personas que la ley disponga (art. 18.2ª). Ello contrasta con lo establecido en el art. 1814 LEC/1881, con arreglo al cual es potestativo del Juez conceder o no audiencia a quien haya promovido el expediente.
151. En la misma línea, si se suscitan cuestiones que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Anteproyecto dispone que sean resueltas por el Juez o Secretario una vez oídos los comparecientes (art. 18.4ª), y –lo que



es más importante— se incorpora un trámite de conclusiones tras la práctica de la prueba, lo que favorece la contradicción y da igualdad de armas a todos los intervinientes, sean el solicitante u otros interesados (art. 18.5ª).

152. Por otro lado, en los expedientes que afecten a menores o personas con capacidad judicialmente complementada, en caso de que el Juez o Secretario acuerde que la audiencia de los mismos se practique en acto separado, después de la comparecencia, se prevé dar traslado del acta a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días (art. 18.4ª).

153. En materia de recursos, es de señalar que éstos tienen los mismos efectos con independencia de quién los interponga (art. 20), a diferencia de lo que sucede con arreglo a la LEC/1881 (arts. 1819 y 1820). Asimismo, todos los interesados tienen a su alcance promover actividad que impida la caducidad del expediente (art. 21). No obstante, pervive aún cierto grado de desigualdad entre el estatus del solicitante y el de los demás interesados, lo cual se aprecia por ejemplo en el art. 18.1ª, pues según este precepto, *“si el solicitante no asistiere a la comparecencia, el Secretario judicial acordará el archivo del expediente, teniéndole por desistido del mismo”*, mientras que *“si no asistiese alguno de los demás citados, se celebrará el acto y continuará el expediente, sin más citaciones ni notificaciones que las que la ley disponga”*.

D) COSA JUZGADA.

154. En cuanto a la cosa juzgada, debe señalarse que las resoluciones de JV, una vez devienen firmes, no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia jurisdicción voluntaria, aunque sí en ese ámbito. Ello se advierte por el contraste de lo preceptuado en los apartados 1 y 2 del art. 6 del Anteproyecto. De acuerdo con el primero, *“resuelto un expediente*



de jurisdicción voluntaria, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél”, añadiendo que “lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél”. De conformidad con el segundo, “la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél” (con independencia de que hayan variado o no las circunstancias), al tiempo que “no se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional”.

155. Así pues, la preclusión de impugnaciones posteriores en el marco del procedimiento de JV no es óbice para que esa impugnación pueda producirse en el marco de un procedimiento contencioso posterior. Cuestión distinta es que la apertura de un procedimiento contencioso posterior no podrá revertir ciertos efectos ya producidos como consecuencia de algunos expedientes de JV. Así, si el Juez ha autorizado al tutor para proceder a la venta de los bienes del menor y ésta ya se ha llevado a cabo, o se ha procedido a la apertura de un testamento cerrado, o el menor no emancipado ha sido habilitado para comparecer en juicio y dicha comparecencia se ha producido.

156. Por otro lado, el Anteproyecto no aclara el valor y tratamiento que deban darse, por parte del Juez que esté conociendo del proceso jurisdiccional, a las actuaciones realizadas en el seno de un expediente de JV y que le sean remitidas, una vez acreditada en el mismo la presentación de la correspondiente demanda. Sería aconsejable que la futura Ley aclarase si esas actuaciones deben ser incorporadas de oficio a los autos, y en su caso



si ha de asignárseles valor de prueba documental o algún otro, o si por el contrario, deberán las partes del proceso contencioso solicitar que lo actuado en el procedimiento voluntario sea incorporado a aquél y en qué calidad.

157. Junto a la cosa juzgada, deben tenerse en cuenta las situaciones que podríamos denominar de “litispendencia” y “prejudicialidad”. Conforme al art. 6.1.II del Anteproyecto, *“cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados”*, solución que evoca la prevista en el art. 421.1 LEC para el proceso civil contencioso. Por su parte, de acuerdo con el art. 6.3, *“se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. A este respecto cabe señalar que puede resultar inconveniente trasladar a la JV la fórmula de suspensión del expediente en tanto se decide ese procedimiento jurisdiccional contencioso que le pueda afectar, solución ésta propia del ámbito contencioso. Y ello porque, tal y como hemos visto, la resolución del expediente de JV no generará efectos de cosa juzgada respecto de posibles procedimientos contenciosos posteriores.

d) Iniciación del expediente.

158. Con relación al modo en que deberá iniciarse el expediente, la lectura del art. 14 suscita la duda de si no sería más sencillo remitirse, en lo tocante al escrito de solicitud, a los requisitos que se marcan en el art. 437 LEC sobre la forma de la demanda en el juicio verbal, pues si se comparan ambos preceptos se aprecia en ellos una libertad de forma prácticamente equivalente (si no mayor en el segundo), y una concordancia en cuanto a los elementos básicos que deben ser consignados (datos y circunstancias de identificación



del solicitante e interesados, domicilio a efectos de notificaciones y *petitum* clara y precisamente expuesto). En el art. 437 LEC ni siquiera se requiere que se expongan los hechos y fundamentos jurídicos en que el solicitante funde su pretensión, como en cambio sí reclama el art. 14.1.II del Anteproyecto, si bien es cierto que, conforme al art. 14.3, en los expedientes en que no sea preceptivo intervenir con Abogado y Procurador no será preciso que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado (sí, por inferencia, la fundamentación fáctica). En fin, al igual que en el art. 437 LEC se indica que *“en los juicios verbales en que se reclame una cantidad que no exceda de dos mil euros, el demandante podrá formular su demanda cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el tribunal correspondiente”*, en el art. 14.3 del Anteproyecto se señala que *“cuando por ley no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, en la Oficina Judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud”*.

159. Fuera de esa consideración, cabe llamar la atención sobre el último inciso del párrafo segundo del art. 14.1 del Anteproyecto, en el que se dice que al escrito de solicitud *“también se acompañarán, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados”*. A juicio de este Órgano podría ser oportuno establecer expresamente que, pese a la preferencia por que los documentos y dictámenes de interés se aporten con el escrito mismo de solicitud, no se produce preclusión, de modo que el promotor del expediente podrá aportar esos documentos/dictámenes en un momento posterior del procedimiento. No obstante, si el prelegislador se decantase por el efecto preclusivo, también se recomienda señalarlo de manera explícita.



e) Acumulación de expedientes.

160. También se hace una llamada a la LEC en materia de acumulación de expedientes, concretamente a las reglas de la acumulación de procesos en el juicio verbal (arts. 80 y ss. LEC), si bien se marcan algunas especialidades (art. 15 del Anteproyecto). En principio la acumulación procederá –actuando el Juez o el Secretario judicial, de oficio o a instancia del interesado y según quién sea el competente para conocer del expediente– cuando la resolución de un expediente pueda afectar a otro, o exista tal conexión entre ellos que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias (en esto hay coincidencia con la regla general del art. 76.1 LEC). Siempre partiendo de que no será posible acumular expedientes de jurisdicción voluntaria a un proceso jurisdiccional contencioso (art. 15.3 del Anteproyecto, que se corresponde casi literalmente con el art. 1823 LEC/1881).

161. Es importante retener que el Secretario judicial no podrá acordar la acumulación de expedientes cuando la resolución de alguno de ellos corresponda al Juez (art. 15.1.II del Anteproyecto), de lo que implícitamente se deduce que el Juez sí puede acordar la acumulación aunque alguno de los expedientes corresponda resolverlo al Secretario. Pese a la posible bondad práctica de esta solución, no puede dejar de señalarse que la facultad concedida al Juez de decidir la acumulación de expedientes conexos cuya resolución corresponde al Secretario, comporta un quebranto de los criterios de competencia funcional asumidos por la Norma y puede ser una fuente de conflictos competenciales.

162. Si se tratara de la acumulación de expedientes pendientes ante el mismo órgano judicial, dice el art. 15.2.a) que *“la acumulación se solicitará al inicio de la comparecencia, si no se hubiera solicitado antes, realizándose las alegaciones pertinentes, y decidiéndose oralmente sobre la misma”*. En este



punto cabe sugerir una redacción algo más clara, a fin de remarcar la posibilidad, e incluso la preferencia, de que la acumulación se solicite con carácter previo a la comparecencia, ello con el objetivo de reducir al máximo los supuestos de suspensión, la cual será probablemente inevitable en el caso de que la petición de acumulación se demore hasta el momento de inicio de la comparecencia. Por contraste, obsérvese que si los expedientes estuvieran pendientes ante distintos órganos judiciales, el art. 15.2.b) indica que los interesados podrán solicitar la acumulación en cualquier momento *antes de la celebración de las respectivas comparecencias*.

163. En fin, puesto que no se efectúa ninguna matización, es de suponer que la solicitud deberá formularse en estos casos por escrito, tal y como se desprende del juego de los arts. 87 y 81 LEC. Termina diciendo el art. 15.2.b) del Anteproyecto que si el órgano requerido no accediese a la acumulación, la discrepancia será resuelta en todo caso por el Tribunal superior común, regla que en rigor es redundante, pues el mismo efecto se desprende de lo dispuesto en el art. 93.2 LEC.

f) Admisión, subsanación e inadmisión de la solicitud.

164. Encontramos en cambio un alejamiento de la regulación de la LEC en lo relativo a la apreciación de la falta de competencia, la verificación de la subsanación de eventuales defectos y la admisión de la solicitud en general. El Anteproyecto parte de la base de que el Secretario judicial es competente para examinar de oficio si se cumplen las normas en materia de competencia objetiva y territorial, pudiendo acordar el archivo del expediente en caso de apreciar falta de una u otra competencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, siempre que se trate de expedientes que sean de su competencia. En otro caso, es decir, si la competencia pertenece al Juez, dará cuenta a éste, quien acordará lo que proceda, igualmente tras haber



oído al Ministerio Fiscal y al solicitante (art. 16.1, 2 y 3). Asimismo, el art. 17.1 dispone que corresponde al Secretario judicial resolver sobre la solicitud, pudiendo dictar decreto archivando el expediente cuando entienda que no resulta admisible, o bien, cuando la competencia no le corresponda, dar cuenta al Juez a fin de que éste acuerde lo procedente. Finalmente, aunque regulado en el art. 16.4 del Anteproyecto, se prevé otro cauce de inadmisión, pues se dice que el Secretario judicial también examinará la existencia de posibles defectos u omisiones en las solicitudes presentadas, dando en su caso un plazo de cinco días para subsanación, de tal forma que si ésta no se lleva a cabo en el plazo señalado se tendrá por no presentada la solicitud y por archivadas las actuaciones. En este caso, no se diferencia siquiera entre expedientes cuya competencia para resolver corresponde al Secretario o al Juez.

165. Por contraste, en el ámbito del procedimiento contencioso, la inadmisión de la demanda no es materia atribuida al Secretario judicial, sino al Juez. Así se desprende del art. 404 LEC, relativo a la admisión de la demanda en sede de juicio ordinario (al que se remite el art. 440 LEC para el juicio verbal), con arreglo al cual:

“1. El Secretario judicial, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días.

2. El Secretario judicial, no obstante, dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión en los siguientes casos:

1) Cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o

2) Cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Secretario judicial”.



Otro tanto se desprende del art. 73.3 LEC para el caso de inadmisión de la demanda cuando a juicio del Secretario judicial se hubiera producido una indebida acumulación de acciones.

166. Pues bien, creemos que en este punto no estaría completamente justificado el apartamiento de la regla general del proceso contencioso, en virtud de la cual, así como la admisión puede correr a cargo del Secretario judicial, la inadmisión es materia sobre la que debe pronunciarse el Juez, pues puede comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva y se inscribe en la órbita de la función constitucional, exclusiva y excluyente, de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional (STC 301/2000, de 11 de diciembre, F. J. 2 [subrayado nuestro]):

“Este Tribunal Constitucional ha declarado de manera constante y reiterada que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción supone, como regla general, que cualquier persona que acuda a los órganos judiciales debe obtener una respuesta razonada y fundada en Derecho a las pretensiones suscitadas ante los mismos. No obstante, este derecho no es absoluto o incondicionado, sino que se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos procesales legalmente establecidos, pues el derecho a obtener la prestación judicial sólo existe en la medida en que sea instado por quien está legitimado para ello y a través de los cauces y formas procesales adecuados. Lo que supone que la tutela judicial efectiva se ve también satisfecha tanto si se obtiene una resolución sobre el fondo del asunto planteado, como cuando se excluye el pronunciamiento de fondo siempre que concurra una causa legal para ello y así se aprecie por el Juez o el Tribunal mediante resolución motivada, basada en la existencia de una causa prevista en la Ley, que no vaya en contra del contenido del derecho que ha de respetar, y aplicada con criterios interpretativos que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón no revelen una clara



desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican (...).

Razonamiento que se ve completado por el siguiente, que –entre otras– puede leerse en la STC 8/2011, de 28 de febrero (F. J. 2):

“Más en concreto, por lo que atañe a la decisión de inadmitir una demanda civil por adolecer ésta de algún requisito legal, tenemos sentado que la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete en la interpretación de las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda (...)”.

167. A este respecto, debe recordarse, de nuevo conforme a la jurisprudencia constitucional, que el derecho a la tutela judicial efectiva también se pone en juego en los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Así lo establece la STC 155/2011, de 17 de octubre (F. J. 3), ya citada *supra* y de la que extractamos ahora los siguientes pasajes:



“En cuanto a la naturaleza del acto de conciliación en el proceso civil, esto es, si se incluye en el área contenciosa o se incardina en la jurisdicción voluntaria, ha de señalarse que a efectos de la tutela judicial efectiva la cuestión es indiferente, desde el momento en que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido extendiendo los derechos procesales del art. 24 de la Constitución, a esa parcela de la justicia civil. A los meros efectos recordatorios, cabe indicar que así lo hemos decidido, desde luego, en procedimientos donde se debate la situación de menores de edad desde diversos ángulos (...).

Pero la aplicación de los derechos del art. 24 CE se ha extendido también a procedimientos de jurisdicción voluntaria donde no hay prevista oposición (...).

En definitiva, tanto si se atiende al carácter tutelador de la actividad judicial que se presta en la conciliación preprocesal, como a su naturaleza propia de actividad de jurisdicción voluntaria para la que este Tribunal ha reconocido los derechos procesales del art. 24 CE, nada obsta a que se le dispense el mismo trato a dicha conciliación, lo que se traduce, específicamente y en lo que aquí importa, en el reconocimiento para el justiciable que hace uso de este cauce, del derecho de acceso a la jurisdicción”.

168. Esto debería valer no sólo para los casos en que la competencia para resolver el expediente de JV corresponda al Juez, sino también para aquéllos en que dicha competencia se atribuya al Secretario judicial, pues la clave está en la posibilidad del justiciable de obtener una resolución o intervención sobre el fondo del asunto, la cual debe ir unida a que sea un Juez quien deniegue, motivadamente, dicha posibilidad. Ahora bien, debe observarse que el TC, en la misma Sentencia 155/2011, refiriéndose al procedimiento de conciliación preprocesal civil del art. 460 LEC/1881, no obstante advertir que el



procedimiento de conciliación dispensa una protección de los derechos subjetivos que se ventilan en él y que no resulta en absoluto indiferente al legislador el que esa tarea se confíe a un órgano judicial, señala que (F. J. 2):

“Esta Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal, ha atribuido, por cierto de manera novedosa, la dirección del procedimiento de conciliación preprocesal civil a los Secretarios de los Juzgados de Primera Instancia, junto a los jueces de Paz –que en este ámbito se mantiene, allí donde operen– (art. 460, párrafo primero LECiv/1881). Los hechos objeto de este amparo se sucedieron sin embargo, según se ha dicho ya, en fecha anterior a la entrada en vigor de aquella Ley y el Auto de inadmisión fue dictado por el propio Juez titular del órgano competente, por lo que tal reforma legal no le es de aplicación. En todo caso, devienen reiterados los pronunciamientos de este Tribunal en el sentido de reconocer que las funciones atribuidas ex lege a los Secretarios judiciales han de imputarse, ante todo, al órgano judicial donde éstos actúan y por tanto ello nada hubiera alterado la exigibilidad de los derechos fundamentales del art. 24 CE (...).”

Esta última afirmación parece aceptar, como fórmula constitucionalmente plausible, que en el ámbito de la JV la inadmisión quede en manos de los Secretarios judiciales, en la medida en que, aunque así sea, la actuación de éstos va a quedar en todo caso sometida a las exigencias que se derivan del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva.

169. Sea como fuere, aunque se entendiera que la decisión sobre la inadmisión debe corresponder al Secretario judicial en aquellos expedientes para cuya resolución es competente, creemos que este matiz debería introducirse en el art. 16.4 del Anteproyecto, pues en él se confiere al Secretario judicial la facultad de apreciar la existencia de defectos subsanables, así como de decretar el archivo de las actuaciones en caso de no subsanación, con



independencia de que se trate de expedientes cuyo conocimiento compete al Juez. Al menos en este grupo de casos, debería más bien disponerse una dación de cuenta al Juez para que sea éste quien resuelva lo que proceda.

g) Régimen de la comparecencia.

170. Regulan los arts. 17 y 18 del Anteproyecto el régimen de la comparecencia.

Con arreglo al primero de ellos, toda vez que se haya admitido la solicitud, se prevé que el Secretario judicial cite a quienes hayan de intervenir en el expediente a una comparecencia, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: primera, que conforme a la ley debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante; segunda, que hubieran de practicarse pruebas ante el Juez o el Secretario; tercera, que el Juez o el Secretario, según en quién recaiga la competencia, consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente. Como puede observarse, no se contempla que el promotor del expediente, o alguno de los interesados, pueda forzar la celebración de la comparecencia mediante la sola petición de la misma, sino que, a falta de la necesidad de audiencia o de práctica de pruebas, será el Juez o el Secretario judicial quien decida, discrecionalmente, sobre la celebración o no de la comparecencia. En opinión de este Órgano, debería sopesarse la posibilidad de celebrar la comparecencia a solicitud de cualquiera de los interesados, incluido el promotor. De otro modo, se les podría hurtar la posibilidad de formular oralmente sus conclusiones, trámite éste que constituye una de las piezas fijas de la comparecencia (a condición, naturalmente, de que ésta llegue a celebrarse).

171. Por lo que se refiere al contenido del apartado 3 del art 17 del Anteproyecto (*“los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla*



con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen”), quizás sería bueno disponer la posibilidad de solicitar que determinados testigos y peritos sean citados por el órgano judicial, o que algunas declaraciones o interrogatorios se realicen a través del auxilio judicial, así como que se libren oficios o mandamientos para la averiguación de hechos o la obtención de documentos. A buen seguro, la dotación de cierto utillaje propio del proceso contencioso contribuirá a que el cauce de la JV sea más exitoso, o dicho al revés, la imposibilidad de utilizar ciertas herramientas en el ámbito de la JV podría conducir a que en la práctica estos expedientes sean poco utilizados.

172. En cuanto al plazo dentro del cual habrá de celebrarse la comparecencia, que el art. 17.4 fija en treinta días contados desde el día siguiente al de la admisión de la solicitud, se aprecia que su extensión puede resultar excesiva, sin perjuicio de que la sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales haga irreal, por término general, éste y cualquier otro plazo marcado en las leyes procesales. Podría ser prudente reducir dicho plazo a la mitad o a las dos terceras partes, siempre partiendo de la base de que es un plazo máximo y que, por consiguiente, la comparecencia podrá fijarse y celebrarse en un término menor.

173. Pasando a analizar las reglas sobre la celebración de la comparecencia, puede existir algún problema en que el art. 18.1ª del Anteproyecto disponga que, si el solicitante no asistiere a la comparecencia, el Secretario judicial acordará el archivo del expediente, teniéndole por desistido del mismo. No hay problema en que eso suceda en aquellos expedientes de los que deba conocer el Secretario judicial, pero en los casos en que la comparecencia



deba ser presidida por el Juez, cabe pensar si no es preciso que sea el Juez quien ordene el archivo del expediente por incomparecencia del promotor.

174. Sobre la regla del art. 18.2ª.II, en virtud de la cual la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, ya nos hemos pronunciado, en el sentido de que una visión pragmática de este problema lleva a concluir que determinadas causas de oposición sí deberían provocar el archivo del expediente y la conversión en contencioso del mismo, es decir, sin necesidad de obligar al opositor a plantear demanda contenciosa que, a la postre, tendrá por consecuencia la provocación de dicho archivo (art. 6.2 del Anteproyecto). Alternativamente, el afloramiento de una controversia de cierto calado podría determinar, si no el archivo del expediente, sí al menos su suspensión. Así se dispone en el propio Anteproyecto, en el seno de la regulación de los expedientes sobre tutela y curatela. En efecto, conforme al proyectado art. 49.2 LJV, *“si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario [que el nombrado tutor está obligado a formar], el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, suspendiéndose su formación hasta que la misma sea resuelta”*.

175. Por otro lado, la cuestión no admite quizás la misma valoración en todos los expedientes, ya que la presencia de un cierto ingrediente contradictorio no será tan problemática cuando la comparecencia sea presidida por el Juez, por tratarse de un expediente cuya decisión le corresponda. Sin embargo, en los expedientes encomendados al Secretario judicial, la admisión de un cierto grado de controversia resulta más discutible, por cuanto supone o bien aceptar que éste puede desempeñar, aunque sea a dosis bajas, una cierta función jurisdiccional, o bien aceptar que en los expedientes bajo la dirección del Secretario judicial se hace caso omiso de la presencia de esa oposición



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por parte de uno de los interesados. La objeción, creemos, no se salva por el hecho de que, en todo caso, esté prevista la posibilidad de interponer un recurso de revisión ante el Juez contra las resoluciones del Secretario judicial.

176. Con arreglo al art. 18.3ª, *“si se plantearan cuestiones que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez o el Secretario judicial, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto”*. Aunque el precepto no lo matice, parece que deberá tratarse de cuestiones *procesales*, ya que los motivos de oposición de fondo están contemplados en el ordinal anterior; por cierto, para establecer que –a diferencia de las cuestiones de índole formal– tales motivos de oposición no originarán que el Juez deba dictar una resolución interlocutoria sobre si tales motivos aconsejan impedir la prosecución del expediente. Frente a la resolución acordada por el Juez o el Secretario judicial durante la comparecencia en el marco de lo dispuesto en el art. 18.3ª cabrá recurso de reposición, tal y como indica más adelante el art. 20.1 del Anteproyecto.

177. En lo tocante a los expedientes que afecten a los intereses de un menor o persona con capacidad judicialmente complementada (art. 18.4ª), se dispone que el Juez o el Secretario judicial podrán acordar que la audiencia del menor o incapacitado se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, y que si ello tuviera lugar después de la comparecencia se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones. Si tenemos en cuenta que, por contraste, el desarrollo de la comparecencia quedará registrado en un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen de conformidad con la LEC (art. 18.6ª), y que en esta medida tendrá valor de acta, parece que el acta a la que se refiere el ordinal cuarto del precepto deberá tener carácter escrito, aunque no estaría de más puntualizarlo. Ello servirá a asegurar que, cuando la audiencia del menor o persona con capacidad judicialmente complementada



se haya efectuado en acto separado, no habrá una grabación audiovisual de la misma que se entregue a las partes. Sin embargo, debería proveerse alguna cautela para el caso de que el Juez o el Secretario no hayan acordado que la audiencia del menor o incapacitado deba practicarse separadamente, ya que en ese caso su intervención quedará registrada en la grabación de la comparecencia, que –no se olvide– tiene el valor de documentar la vista, pudiendo las partes solicitar una copia del soporte de grabación, de acuerdo con el art. 187 LEC. Teniendo en cuenta lo sensible de la materia, al verse afectados los intereses de menores o personas con capacidad judicialmente complementada, debería establecerse ora la exigencia de que su audiencia se practique en todo caso de forma separada y no se documente más que por medio de acta escrita, ora que, aunque la audiencia tenga lugar en el curso de la comparecencia, la grabación de ésta se interrumpa en el momento de practicarse dicha audiencia, de modo que no quede registrada en el soporte de grabación sino sólo documentada mediante un acta –parcial– escrita. En cualquier caso, todas las actas escritas en las que se deje constancia de la declaración del menor, deberían ser sucintas y no recoger con prolijidad el contenido de lo manifestado por el menor durante su audiencia. El mandato de procurar preservar la intimidad de los menores en aquellas comparecencias judiciales en las que deban ser oídos, se contiene en el art. 9.1.II de la L. O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

h) Régimen de los gastos.

178. Por lo que se refiere al régimen de los gastos (art. 7 del Anteproyecto), se establece la regla de que los gastos ocasionados en este tipo de expedientes son de cargo del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa (vid., por ejemplo, art. 103.5 para la consignación), quedando aparte los gastos de peritos y testigos, que serán a cargo de quien los proponga. Es decir, como explican la Exposición de Motivos y la MAIN, se descarta la traslación a este



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ámbito del criterio general en materia de costas en el proceso civil contencioso, basado en el principio del vencimiento, dado que, por la naturaleza de este tipo de peticiones, no cabe entender la existencia de vencedores ni vencidos en el expediente de JV.

179. Ahora bien, el hecho de que no sea procedente aplicar el criterio del vencimiento, no significa que no pudiera darse un criterio general alternativo, no basado en la idea de triunfo de una pretensión sobre otra, sino en la de posesión del interés que esté en juego dentro del expediente, responsabilidad en la causación de la situación a la que trata de dar solución el expediente, u obtención del mayor beneficio como consecuencia de su resolución, de forma que el Juez o el Secretario judicial, según corresponda, pudiera asignar los gastos generados al sujeto o sujetos cuyo interés se trate de preservar, o causantes de la situación que da lugar a la tramitación del expediente, o que vayan a obtener mayor beneficio como resultado de la misma; naturalmente, quedando igualmente a salvo la posibilidad de que en un concreto expediente se disponga una solución específica diferente.

180. Se trataría pues de concebir uno o más criterios generales, basados en principios como el que anima el art. 103.5 del Anteproyecto, en sede de gastos causados por la consignación judicial, en virtud del cual tales gastos *“serán de cuenta del acreedor si [la consignación] fuera aceptada o se declarase estar bien hecha”*, mientras que *“serán de cuenta del deudor si fuera declarada improcedente o retirase la cosa consignada”*.

181. En otro orden de cosas, el Anteproyecto omite definir el alcance o especificar las posibles partidas en que podrán desglosarse los que denomina *“gastos ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria”*, extremo de suma importancia para aquél que deba efectuar la tasación de los mismos y, naturalmente, para quien haya de arrostrar con ellos. Creemos que el



prelegislador debería hacer un esfuerzo por definir el concepto de gastos, e inclusive por concretar las diferentes partidas a las que pueden alcanzar los gastos en los procedimientos de JV, siguiendo de algún modo el patrón de lo dispuesto en el art. 241 LEC, conforme al cual *“se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquellos que se refieran al pago de los siguientes conceptos (...)”*.

i) Cumplimiento y ejecución de la resolución que pone fin al expediente (art. 22 del Anteproyecto).

182. Por lo que se refiere al cumplimiento y ejecución de la resolución que ponga fin al expediente, el Anteproyecto se remite a lo establecido en los arts. 521 y 522 LEC sobre el acatamiento y cumplimiento de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, *“pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido”*. Este último inciso parece constituir un paliativo a lo prevenido en el primero de los dos preceptos hacia los que dirige la remisión, en virtud del cual de las sentencias meramente declarativas y constitutivas no se despachará ejecución, salvo los pronunciamientos de condena que pueda contener una sentencia constitutiva.

183. Dice también el art. 521.2 LEC que *“mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución”*. Este apartado del precepto concuerda con lo establecido en el art. 22.II del Anteproyecto, de conformidad con el cual *“si cualquiera de los expedientes a los que se refiere la presente ley diera lugar a un hecho o acto inscribible en el Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil u otro Registro público, deberá remitirse al mismo testimonio de la resolución*



que corresponda a los efectos de su constancia registral. La remisión se realizará preferentemente por medios electrónicos". El Anteproyecto no aclara si esta remisión deberá hacerse de oficio, aunque el giro "deberá remitirse" parece que debe interpretarse en ese sentido. Se recomienda en todo caso determinarlo expresamente, si ése fuera el deseo del prelegislador. No obstante, en la revisión que se efectúe de este precepto, podría considerarse la posibilidad de especificar que la remisión de oficio del testimonio de la resolución sólo alcanzará a las referidas a hechos o actos inscribibles en el Registro Civil, operando a instancia de parte la remisión al Registro de la Propiedad, Mercantil y resto de Registros públicos.

j) Normas de Derecho internacional privado (arts. 9 a 12 del Anteproyecto).

184. Sobre esta materia, puede decirse que el Anteproyecto contiene previsiones en gran medida redundantes con respecto a las ya plasmadas en otros cuerpos legales que, en todo caso, van a ser de aplicación (LOPJ), o de aplicación supletoria (LEC), lo que permite plantear la necesidad de su inclusión.

185. Por otro lado, la alusión a las "autoridades españolas" podría resultar equívoca. Puesto que estamos tratando de normas de competencia judicial internacional y ley aplicable, el sujeto de referencia deberían ser "los órganos judiciales", expresión que por lo demás permite captar el matiz de que la atribución en concreto de la competencia deba hacerse al Juez o al Secretario judicial, dentro del órgano judicial competente. La expresión "autoridades españolas", que aparecía en el Anteproyecto de 2006, puede tener sentido en una Norma llamada a regular los expedientes de JV que han de tramitarse tanto ante los órganos jurisdiccionales como ante otros funcionarios públicos, (v. gr. Notarios y Registradores). En la medida en que el actual Anteproyecto se destina únicamente a regular los expedientes de JV que se tramitan antes



los órganos jurisdiccionales, deja de ser necesario emplear una expresión que sea comprensiva de unos y de otros.

186. En fin, puesto que los artículos a que ahora nos referimos se van a aplicar únicamente a los expedientes de JV de tipo judicial, podría ser necesario prever unas disposiciones de Derecho internacional privado destinadas a regular la competencia y la ley aplicable en expedientes de JV con ingrediente internacional cuando la competencia corresponda a Notarios, Registradores u otros funcionarios públicos no judiciales.

2. Expedientes de JV en materia de personas (Título II del Anteproyecto).

a) Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (arts. 23 a 26 del Anteproyecto).

187. Se regula en este primer Capítulo del Título II del Anteproyecto el expediente destinado a recabar la autorización o la aprobación judicial, cuando una u otra sean necesarias para la validez del reconocimiento de una filiación no matrimonial. De conformidad con los preceptos correspondientes del Código Civil, se requiere la *autorización* judicial cuando se trate de reconocer a un menor o persona con capacidad judicialmente complementada, por parte de un progenitor que sea hermano o consanguíneo en línea recta del otro, cuya filiación esté determinada legalmente (art. 125 CC). Por su parte, la *aprobación* judicial es necesaria para el reconocimiento efectuado por un progenitor con la capacidad judicialmente complementada o que no pueda contraer matrimonio por razón de edad (art. 121 CC), o se trate del reconocimiento de un menor o incapaz efectuado sin el consentimiento expreso de su representante legal o la asistencia de su curador, salvo que se haga en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento (art. 124.I CC), o en esta última circunstancia se



trate del reconocimiento realizado por el padre, cuando la inscripción de nacimiento se hubiera suspendido a petición de la madre dentro del plazo de un año que la Ley le concede a tal fin (art. 124.II CC).

188. Con carácter preliminar, dado que éste es el primer expediente de JV en el que se alude a las personas “con capacidad judicialmente complementada”, procede realizar una observación terminológica de carácter general. Y es que, en rigor, en estos casos no es el Juez el que complementa la capacidad del sujeto sometido a alguna institución de protección, como puede ser la tutela o la curatela, sino el tutor o curador designados por aquél. El Juez lo que puede determinar en su resolución es una modificación de la capacidad de obrar del sujeto en cuestión, o del ejercicio de la misma. Por consiguiente, en lugar de la expresión “persona con capacidad judicialmente complementada”, sería preferible utilizar la de “persona con capacidad modificada judicialmente”, terminología ésta, por lo demás, empleada en la Ley 20/2011, del Registro Civil (vid. arts. 4.10º, 11.i/, 72, 73, 75). En esta línea, los procedimientos que pueden derivar en un régimen de ese tipo deberían pasar a denominarse “procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”. Por su parte, debería eludirse el empleo del término “incapaz” en favor del de “persona con discapacidad”.

189. Entrando ya en materia, debe señalarse la necesidad de efectuar algunos ajustes en este Capítulo, a fin de armonizar plenamente sus disposiciones con las correspondientes del Código Civil. Así, la aprobación judicial del reconocimiento otorgado por una “persona con capacidad judicialmente complementada” –obviamente no por quien no pueda contraer matrimonio por razón de edad–, no sólo se exige cuando se trate del reconocimiento de la filiación no matrimonial de un menor o de una persona con capacidad judicialmente complementada a su vez, sino también aunque se trate del reconocimiento de un mayor de edad (al margen de que además, en estos



casos, sea exigible el consentimiento expreso o tácito de éste), por lo que la ubicación del supuesto contemplado en la letra a) del apartado 3 del art. 23 del Anteproyecto debe revisarse, ya que tal y como está redactado el supuesto queda circunscrito a aquellos casos en que el reconocido sea un menor o incapaz. Este rasgo sí es esencial, en cambio, en los supuestos contemplados en las letras b) y c) del art. 23.3 del Anteproyecto. Es probable que, dada la heterogeneidad de las condiciones de aplicación de uno y otros supuestos, fuera preferible no agruparlos todos en un mismo apartado, pese a tratarse en todos ellos de casos de aprobación judicial del reconocimiento de una filiación no matrimonial.

190. De hecho, el prelegislador parece ser consciente de que no en todos los casos de aprobación judicial del reconocimiento, el reconocido debe ser un menor o persona con capacidad judicialmente complementada, a juzgar por el inciso final del art. 26.1 del Anteproyecto:

“El Juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido, cuando sea menor o persona con capacidad judicialmente complementada”.

La correcta interpretación de este precepto ha de ser la de que el interés del reconocido sólo se deberá valorar cuando éste sea menor o persona con capacidad judicialmente complementada, ya que en otro caso se supone que el propio interesado puede velar suficientemente por sus intereses, como lo muestra el hecho de que en todo caso deba recabarse su consentimiento, expreso o tácito (art. 123 CC). Para que prevalezca sin ningún género de dudas esta interpretación, se recomienda suprimir la coma que separa las palabras “reconocido” y “cuando”.



191. Fuera de la regulación de estos expedientes debe recordarse la importancia de mantener en nuestro ordenamiento el expediente de JV recogido en el art. 49 de la todavía vigente LRC de 8 de junio de 1957. Con dicho expediente, tramitado ante el Encargado del Registro Civil, aun no existiendo expresa oposición de la madre biológica o del padre biológico, se articula una vía para obtener la inscripción de la filiación no matrimonial cuando uno u otro progenitor se muestren renuentes o no cooperativos para que dicho reconocimiento tenga eficacia, evitándose tener que tramitar un procedimiento contencioso de reclamación de la filiación. Este expediente encajaría dentro de la filosofía de la LJV ahora proyectada, puesto que en puridad no existiría controversia que deba suscitarse en un proceso contencioso. Por este motivo debe aplaudirse la iniciativa, contenida en el Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, informado por este Consejo mediante acuerdo plenario de 12 de noviembre de 2013, de reformar el art. 44 de la LRC 20/2011 para recuperar en su apartado 6, ese expediente gubernativo del que habla el art. 49 LRC/1957, regulándolo en unos términos prácticamente idénticos a los actuales.

192. Por lo que hace al art. 25 del Anteproyecto (“Tramitación”), se indica en él que, tras la admisión a trámite de la solicitud, se citará a comparecencia *“a los progenitores y, según proceda, a sus representantes legales o curadores, a los hijos, si tuvieran suficiente juicio, y en todo caso si fueran mayores de 12 años, y a las personas que se estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal”*. Con respecto a esta previsión, debe precisarse que sería preferible sustituir las referencias a “los progenitores” y “los hijos”, por la del “otorgante del reconocimiento” y “el reconocido”, por un lado para no prejuzgar el resultado del expediente, ya que la relación de filiación con el sujeto reconocedor no quedará determinada más que si se produce la correspondiente aprobación o



autorización judicial, y por otro porque en algunos de los casos la filiación no tiene por qué estar determinada respecto del otro progenitor (art. 122 CC). En el caso del sujeto reconocido es en todo caso incorrecto el uso del plural (“hijos”), pues el reconocimiento de la filiación debe producirse en todo caso de manera singular, hijo por hijo. Cuestión diferente es que, para el caso concreto de que el reconocimiento se refiera a una persona ya fallecida, sea necesario, para que produzca efecto, que lo consientan “sus descendientes, por sí o por sus representantes legales” (art. 126 CC). Se trata, por cierto, de una hipótesis que el Anteproyecto no contempla, y sin embargo debiera, pues los descendientes del reconocido fallecido no pueden ser tratados como *personas a las que puede estimarse oportuno citar a la comparecencia*, sino que su presencia y prestación del consentimiento es requisito *sine qua non*.

193. En fin, a propósito del tratamiento de la competencia territorial en el art. 24.1 del Anteproyecto, se recomienda decantar su redacción y aproximarla, para ello, a la del art. 50 LEC (“Fuero general de las personas físicas”), de tal forma que en lugar de decir:

“Será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del reconocido. Si éste no tuviera residencia en España, el del domicilio o residencia del progenitor autor del reconocimiento”.

Dijera:

“Será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del reconocido, y si no lo tuviere en el territorio nacional, el de su residencia en dicho territorio. Si el reconocido no tuviera residencia en España, el del domicilio o residencia del progenitor autor del reconocimiento”.



b) La habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial (arts. 27 a 32 del Anteproyecto).

194. El Capítulo II del Título II del Anteproyecto se refiere a los casos generales de nombramiento de defensor judicial de menores o personas con capacidad judicialmente complementada o por complementar, así como a los casos en que procede la habilitación de estos mismos sujetos para comparecer en juicio y el subsiguiente nombramiento de defensor judicial. Con respecto a lo primero, se contemplan los supuestos enunciados en los dos primeros números del art. 299 CC (el tercero se refiere a “todos los demás casos previstos en este Código”), así como al del art. 299 bis CC, precepto al que el Anteproyecto, por cierto, da nueva redacción (DF 1ª.49), para indicar que lo que corresponde hacer en esos casos (procedimiento de tutela no concluido, debiendo procederse al cuidado de los bienes del futuro tutelado) es nombrar un defensor judicial y no un administrador, siendo además competente para ello el Secretario judicial, y no ya el Juez. Este supuesto queda reflejado, por tanto, en la letra c) del art. 27.1 del Anteproyecto. Cabe llamar la atención sobre una discordancia entre el texto de esta letra y el del proyectado art. 299 bis CC, ya que mientras en éste se sigue hablando de “*cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento (...), cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes*”, en aquél se dice “*cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento*”. Puesto que el art. 299 bis CC también va a ser reformado, sería recomendable alinear la redacción de ambos preceptos.



195. En las dos letras anteriores del art. 27.1 del Anteproyecto se recogen los dos casos principales de nombramiento de defensor judicial, plasmados en el art. 299 CC, a saber: (i) conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y sus representantes legales o el curador, y (ii) falta de desempeño del cargo por parte del tutor o curador por cualquier causa. Se hace ver que el Anteproyecto alude, en el primero de los dos casos, a conflicto de intereses entre los menores o personas con capacidad judicialmente complementada y sus padres, representante legal o su curador. La mención a los padres, que en el art. 299 CC no aparece como tal, estaría embebida en la de “representantes legales”, denominación ésta que por otro lado sería la adecuada en este caso, por cuanto el conflicto de intereses con uno o con los dos padres que se halle(n) privado(s) de la patria potestad, y por ende no ostente(n) la representación legal del hijo, sería irrelevante a los efectos del nombramiento de un defensor judicial.

196. En cuanto a la habilitación para comparecer en juicio, que en definitiva comporta otro caso de nombramiento de defensor judicial, está prevista que se efectúe en la misma hipótesis que actualmente contempla el art. 1995 LEC/1881 (que el interesado sea demandado, o se le pueda seguir un gran perjuicio de no promover la demanda), y bajo las dos condiciones que ese precepto señala (ignorado paradero de los progenitores sin motivo racional que permita concebir un próximo regreso y negativa de los mismos a asistir en juicio al menor), a las cuales añade una tercera (imposibilidad fáctica para llevar a cabo la representación o asistencia en juicio). Debe consignarse que el Anteproyecto recoge también el caso en el que esas tres situaciones afecten, no a los progenitores sino al tutor o curador del menor o persona con capacidad judicialmente complementada, lo cual resulta pertinente.

197. Junto a lo anterior, se dispone en el apartado 3 del art. 27 del Anteproyecto que “se nombrará defensor judicial al menor o persona con capacidad



judicialmente complementada, sin necesidad de habilitación previa, para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para complementar judicialmente su capacidad". Además de volver a apuntar la conveniencia de hablar de "representantes legales" en lugar de "progenitores" (lo que permitiría abarcar además la figura del tutor), cabe sugerir si también aquí, como cuando se habla de la situación genérica de conflicto de intereses –no en un contexto litigioso–, entre el menor o incapaz y sus progenitores o tutor/curador (letra a/ del apartado 1), debería tenerse en consideración el hecho de que el litigio vaya a entablarse –y por ende el conflicto sólo exista– con respecto a uno de los progenitores/representantes legales. A este respecto, debe notarse que el art. 163 CC, por contraste con el art. 299 CC, indica que:

"Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que les represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

Esto lleva a pensar que si el conflicto que conduce a la necesidad de litigar contra un progenitor no existe con respecto al otro progenitor, éste –y no el defensor judicial– es quien debería asumir la correspondiente representación, también para actuar en juicio, y por consiguiente este matiz debería encontrar reflejo en el art. 27.3 del Anteproyecto, so pena de generar una tensión entre este proyectado precepto y el art. 163 CC.



198. Finalmente, por lo que respecta a la regla de competencia que se contiene en el art. 28 del Anteproyecto, consideramos que resulta adecuada para los supuestos en que no exista ningún procedimiento judicial en trámite. Sin embargo, dicha regla debería ampliarse para el caso de que sí haya un procedimiento judicial en curso, pues lo más práctico es que el expediente lo tramite en esos casos el Secretario judicial del Juzgado que esté conociendo del procedimiento ordinario o verbal que exija el nombramiento del defensor judicial.

c) El acogimiento de menores y la adopción (arts. 33 a 44 del Anteproyecto).

199. El Capítulo III del Título II del Anteproyecto regula los expedientes de JV relativos al acogimiento y a la adopción. La regulación en él contenida es, con leves matizaciones o innovaciones, trasunto de otras disposiciones legales, algunas llamadas a ser derogadas con la aprobación de la futura LJV (es el caso de la actual regulación de los expedientes de acogimiento y adopción en los arts. 1825 a 1832 LEC/1881), y otras no (v. gr. el art. 177.1 y 3 CC, cuyo contenido se refleja en los arts. 38 y 40 del Anteproyecto respectivamente, o el art. 30 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, que se proyecta en el art. 44 del Anteproyecto). En este sentido, no cabe hacer una glosa del mismo como si se tratase de una regulación de nuevo cuño, aunque sí es procedente efectuar algún comentario sobre ciertos elementos novedosos o piezas que, como consecuencia del trasvase o reflejo efectuados, pueden dar lugar a un encaje defectuoso con la regulación de referencia, en particular la que se mantendrá en vigor, en paralelo respecto de la Norma proyectada.

200. Con carácter preliminar haremos un breve apunte a propósito de un aspecto que se mantiene en parte inalterado y en parte no. Nos referimos a la interposición de recurso contra el auto que resuelva el expediente. Así como



en la regulación actual dicho recurso lo es en un solo efecto para el caso del acogimiento (art. 1828.VI LEC/1881) y en ambos efectos para la adopción (art. 1831.IV LEC/1881), el Anteproyecto planea que en ambos casos el recurso de apelación lo sea en un solo efecto (art. 34.4, que es aplicable a ambos expedientes). Con independencia de la bondad de esta opción, lo que sí es recomendable es que en cualquier caso se subraye que la resolución de este recurso lo sea por vía urgente, dada la importancia de que no se mantengan en el tiempo situaciones de acogimiento o adopción que tal vez deban revertirse tras la resolución del recurso.

201. Como principal innovación, cabe quizás mencionar que el asentimiento a la adopción debe ser prestado no sólo por el cónyuge del adoptante, sino por la persona con quien éste conviva en relación de análoga naturaleza, lo que se desprende tanto de la proyectada reforma del art. 177.2.1º CC, como del art. 39.1 del Anteproyecto. Se trata de una previsión acertada, en la medida en que supone una actualización de la norma jurídica acorde con la realidad social, y porque tan relevante, desde el punto de vista del interés del adoptando, es comprobar que la adopción cuenta con asentimiento del cónyuge del adoptante como de la persona que vive con éste en relación análoga a la conyugal, si éste fuera el caso.

202. También es novedosa la previsión de que la declaración de idoneidad del adoptante o adoptantes, por parte de la entidad pública, deberá ser en todo caso previa a la propuesta, modificación que se introduce en el proyectado art. 176.2 CC. Sin embargo, creemos que el matiz que se pretende introducir en ese precepto, determinando el necesario carácter previo de la declaración de idoneidad, proviene de un equivocado entendimiento de lo que quiere decir el actual art. 176.2 CC cuando dispone que *“la declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta”*, y podría conducir a consecuencias indeseadas. El art. 176 CC parte de la premisa de que, con carácter ordinario,



la resolución judicial constitutiva de la adopción habrá de tener en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad; y precisamente por ello, para iniciar el expediente resulta necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes “*que dicha entidad haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad*”. Esto significa que, en cualquier caso, la declaración de idoneidad debe estar realizada para el momento en que la entidad pública formule su propuesta previa y la remite al Juez. El matiz que pretende captar el último inciso del vigente art. 176.2 CC es el de los supuestos en que, por disponer ya la entidad pública de información acerca del adoptante o adoptantes (v. gr. por su intervención en otros expedientes de adopción), la declaración de idoneidad de los mismos haya recaído con anterioridad a la formulación de la concreta propuesta a su favor, de tal modo que no sea necesario volver a efectuar tal declaración con motivo de la propuesta en cuestión. Con la modificación proyectada, si se observa, se estaría realmente abocando a que la declaración de idoneidad de los potenciales adoptantes deba realizarse siempre en abstracto, desligándola de un determinado procedimiento de adopción, eliminando la posibilidad de que tal declaración se efectúe coincidiendo precisamente con la elaboración de una concreta propuesta de adopción. Creemos preferible mantener el sistema actual, en el que la declaración de idoneidad puede ser coetánea a la propuesta previa de la entidad, o anterior a la misma, si acaso la entidad ya dispusiera de ella en el momento de elaborar la propuesta. Se trata de evitar duplicidades, nunca de admitir que la propuesta pueda ser dirigida al Juez sin estar acompañada de la declaración de idoneidad.

203. Por lo que se refiere a los consentimientos a recabar de cara a constituir el acogimiento, el art. 35.2 del Anteproyecto menciona que se oirá a los padres “que no estuvieren privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio”. Creemos que esta previsión va más allá de lo previsto en el art.



173.2 CC, el cual establece la necesidad no ya de oír sino de recabar el consentimiento de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad. Quiere decirse que la norma civil de referencia deja margen para que los padres que estén únicamente suspendidos en el ejercicio de la patria potestad presten su consentimiento al acogimiento, y para que aquéllos que estuvieran privados de la misma, sean al menos oídos en el expediente. En consecuencia, la redacción del art. 35.2 debería revisarse para cohonestarla con lo que se desprende del art. 173.2 CC. Nos inclinamos a considerar positivo que, aunque se estableciera con carácter general la regla de que los padres privados de la patria potestad no fueran oídos en el expediente, debería siempre dejarse margen para que, a criterio del Juez, esa audiencia pudiera acordarse en casos excepcionales.

204. En otro orden de cosas, tanto el art. 35.3 como el art. 41.1 del Anteproyecto, a diferencia de sus respectivos antecedentes en la LEC/1881, ordenan procurar averiguar el domicilio de quienes deban ser citados, efectuando las diligencias oportunas conforme a lo previsto en el art. 156.1 LEC. Asimismo, el proyectado art. 37.1.a) LJV, al señalar que en la propuesta de adopción deberán expresarse las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, añade que se han de detallar las razones que justifiquen la elección, frente al actual art. 1829.a) LEC/1881, que dice que en dicha propuesta se habrán de plasmar las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. Aquella fórmula, más allá de expresar “en positivo” lo que este otro precepto viene a expresar “en negativo”, connota que en la propuesta no tiene por qué haber alusiones a otros candidatos excluidos, sino sólo las que tienen que ver con el candidato o candidato escogidos.

205. Por lo que respecta al expediente de cesación del acogimiento, quizás sería apropiado considerar la posibilidad de conferir legitimación también a los



padres del menor aunque no sean los representantes legales, por estar privados de la patria potestad, si bien somos conscientes de que ello obligaría a modificar no sólo el art. 36.1 del Anteproyecto, sino también el art. 173.4 CC.

206. A los efectos de evitar que el texto proyectado contenga discordancias respecto de la legislación civil sustantiva, la previsión del número 4º del art. 40 del Anteproyecto debería ponerse en sintonía con el art. 177.3.4º CC. Conforme a éste, se dispone que en los expedientes de adopción el Juez deberá oír *“a la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél”*. En efecto, éste es uno de los cuatro supuestos en los que, de acuerdo con el art. 176.2.II CC, no se requiere propuesta de la entidad pública, y es el único en que, pese a este dato, se dispone la necesidad de que el Juez oiga a la entidad. Pues bien, si observamos la redacción del art. 40.4º del Anteproyecto, presenta el inconveniente de que, en una lectura no muy atenta del mismo, pudiese entenderse que el Juez debe dar audiencia a la entidad pública en todos los casos en que no sea necesaria su propuesta previa:

“Deberán ser simplemente oídos por el Juez en el expediente:

(...)

4º. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante en los supuestos en que no sea necesaria su propuesta previa, cuando el adoptando lleve más de un año, en acogimiento preadoptivo o en tutela”.

Si se desea mantener la alusión al hecho de que estamos ante uno de los supuestos en que no es precisa la propuesta previa de la entidad, cabe



recomendar una redacción alternativa, que creemos exenta de riesgo alguno de confusión interpretativa:

“Deberán ser simplemente oídos por el Juez en el expediente:

(...)

4º. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante cuando, por llevar el adoptando más de un año en acogimiento preadoptivo o en tutela, no sea necesaria la propuesta previa de aquélla”.

207. Por lo que se refiere al art. 42 del Anteproyecto (“Procedimiento para la exclusión de funciones tutelares del adoptante y extinción de la adopción”), su dicción, salvo matices que no vienen al caso, se corresponde con la del actual art. 1832 LEC/1881. En efecto, dice el apartado 1 de aquél:

“1. Las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio que corresponda con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus resoluciones serán remitidas al Registro Civil para su inscripción”.

Cabe apuntar la posible oportunidad de complementar esta disposición con la inclusión, en el seno de la LEC, de una efectiva regulación del procedimiento en cuestión, en lugar de que la Ley (actualmente la LEC/1881, en el futuro la LJV) se limite a mantener esa referencia genérica a un tipo de juicio que, más allá de su mención, carece de regulación propia. La ocasión de hacerlo, con motivo de la reforma en marcha, puede ser especialmente propicia, teniendo en cuenta que el Anteproyecto prevé reformar la LEC, y en concreto el Título I del Libro IV (“De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”).



208. Finalmente, en lo tocante a la regulación de la conversión en plena de la adopción internacional simple, debe llamarse la atención sobre el solapamiento del art. 44 del Anteproyecto con el art. 30.4 de la Ley de Adopción Internacional (LAIInt). El riesgo de estas duplicaciones normativas, es que se puede generar la sensación en los operadores jurídicos, de que la nueva Norma absorbe por completo los efectos desplegados por la anterior. Sin embargo, al menos en el presente caso, no ocurre así. El art. 30 de la LAInt contempla la transformación de las adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente, en la adopción regulada por el Derecho español, cuando se den los requisitos previstos para ello, pero también señala que la conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley (a saber, arts. 18 a 24 LAInt). En virtud de las mismas, podría suceder que la conversión de la adopción simple en plena debiera verificarse de acuerdo con una ley extranjera, por más que, de acuerdo con los arts. 14 a 17 de la LAInt, las autoridades judiciales españolas fuesen no obstante competentes para conocer del expediente de conversión. El supuesto que contempla el Anteproyecto es, específicamente, el de la transformación de la adopción simple en la adopción [plena] regulada en el Derecho español, para cuando –por descontado– la ley española resulte de aplicación en virtud de las disposiciones de la propia LAInt (el apartado 1 del art. 44 del Anteproyecto no viene sino a reiterar los requisitos de la norma de conflicto contenida en el art. 18 LAInt).

209. Obviamente, cuando la ley aplicable no sea la española, las exigencias para la conversión no serán las establecidas en la futura LJV sino las que contenga la homóloga ley foránea. Sin embargo, los elementos enumerados en las siete letras del tercer párrafo del art. 30.4 LAInt [que son los que el prelegislador traslada miméticamente al art. 44.3 del Anteproyecto], deberán tenerse en cuenta por el Juez español que resulte competente aunque la



conversión de la adopción se deba acomodar a una ley extranjera (*“En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos”*, comienza diciendo el art. 30.4.III LAInt). Si esto es así, si el Juez español va a tener que considerar esos factores cuando la adopción simple se vaya a transformar tanto en la adopción plena regulada por el Derecho español, como en la adopción equivalente regulada en una ley foránea, entonces puede ser confuso recoger esas exigencias en el art. 44.3 de la futura LJV, como si las mismas sólo fueran pertinentes en el primero de los dos casos.

210. En otras palabras, el mantenimiento de la previsión que comentamos determinaría una convivencia con su gemela de la LAInt, con la peculiaridad de que mientras la primera sólo se aplicaría a la conversión en adopción plena conforme al Derecho español, la segunda se aplicaría a dicha conversión y a la que opere con arreglo a otro ordenamiento. Frente a la técnica legislativa descrita, parece preferible trazar una simple remisión desde el art. 44.3 de la futura LJV al art. 30.4.III LAInt, de forma que aquél dijera:

“3. Presentada la solicitud se seguirán los trámites establecidos en los artículos anteriores, en cuanto sean aplicables, debiendo examinar el Juez la concurrencia de los extremos enumerados en el tercer párrafo del artículo 30.4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional”.

d) La tutela, la curatela y la guarda de hecho (arts. 45 a 54 del Anteproyecto).

211. La regulación del Capítulo IV del Título II, en el que se pone al día el contenido de los preceptos correspondientes de la LEC/1881 (arts. 1833 a 1879), permite apreciar, comparativamente más que en otras partes del



Anteproyecto, la distancia, tanto sistemática como conceptual y terminológica, con respecto a la regulación en estos momentos vigente.

212. En cuanto a la terminología, el Título de la LEC/1881 en el que se contiene la regulación de la materia, se resiente de ciertas expresiones que han caído en desuso o que hacen referencia a figuras ya desaparecidas de la respectiva regulación sustantiva, así como de la plasmación de algunas reglas discriminatorias (v. gr. “discernimiento del cargo”, “incapacidad por causa de demencia”, “serán preferidos los varones a las hembras”, “curador ejemplar”, “curador para pleitos”, “pretensión de pobreza”). La renovación terminológica que se aprecia en el Anteproyecto debe pues estimarse necesaria.

213. Por lo que hace a la disposición interna de los temas, vemos que los materiales se estructuran de un modo más lógico, siguiendo el itinerario que cabe deducir del tratamiento sustantivo de la materia, localizado en los arts. 222 a 293 CC. Tras una disposición común sobre competencia y postulación, se regulan la tramitación y resolución del expediente de constitución de la tutela/curatela y de la designación de tutor/curador, para a continuación pasar a la prestación de fianza y la aceptación y posesión del cargo, y finalmente abordar la formación de inventario, la retribución del cargo, la remoción, la excusa y la rendición de cuentas. El tratamiento conjunto de la tutela y la curatela –a diferencia de lo que hace la actual LEC/1881 y hacía el Borrador de Anteproyecto de LJV de 2005–, tiene la ventaja de evitar reiteraciones o remisiones internas, si bien plantea también algún inconveniente, ya que propicia el entendimiento de que determinados aspectos son de aplicación a ambas figuras, lo cual queda desmentido por la regulación sustantiva de la materia.

214. Así, por ejemplo, la formación de inventario, que se inscribe en el ámbito del ejercicio de la tutela, no es una obligación que pese sobre el curador, al cual



se le traslada sólo lo referido a nombramiento, inhabilidad, remoción y excusa del tutor (vid. art. 291 CC, que el Anteproyecto no prevé modificar). Otro tanto ocurre con la prestación de la fianza, que el Juez puede imponer, en su caso, al tutor, sin que el precepto donde esto se estatuye (art. 260 CC) sea aplicable al curador. Es cierto que el art. 48.4 del Anteproyecto dice que al nombrado tutor o curador, tras tomar posesión de su cargo, se le requerirá “en su caso” para que presente el inventario de los bienes del afectado en determinado plazo, y algo similar señala el art. 48.2 sobre la obligación de prestar fianza (“se citará al designado [...] a fin de prestar la fianza [...], en su caso”), pero podría ser más clarificador decir que ambas previsiones sólo son aplicables al tutor. En el supuesto de la fianza la locución “en su caso” resulta todavía más ambigua, si se piensa que se trata de una obligación meramente eventual incluso para el tutor, ya que el Juez podría no establecerla.

215. Los inconvenientes de regular de forma conjunta ambas figuras, tutela y curatela, afloran igualmente en relación con el tratamiento de la retribución en el cargo (art. 50 del Anteproyecto). De nuevo estamos ante una posibilidad que el Código Civil sólo contempla, en principio, para los tutores (art. 274 CC). Sin embargo, el Anteproyecto parte de la posibilidad de que “*se solicitare por el tutor o curador el establecimiento de una retribución*”, admitiendo que el Juez la acuerde “*siempre que el patrimonio del tutelado o asistido lo permita*”. El art. 73.2 del Anteproyecto viene a corroborar que, para el prelegislador, el derecho de retribución beneficia por igual al tutor y al curador. Aunque parte de la doctrina se ha manifestado a favor de que el curador, cuando su designación sea permanente, tenga derecho a ser retribuido, la cuestión dista de ser pacífica. Teniendo en cuenta la literalidad de los arts. 274 y 291 CC, lo cierto es que la dicción del art. 50 del Anteproyecto implica una contradicción con la norma sustantiva de referencia. Por ello, se aconseja restringir lo dispuesto en ese art. 50 de la futura LJV (y en el art. 73.2) únicamente a los tutores, o bien modificar los correspondientes preceptos del CC a fin de



admitir de modo explícito la posibilidad de que los curadores puedan tener derecho a retribución.

216. Desde el punto de vista conceptual el Anteproyecto realiza una reasignación de las competencias en el seno del expediente, de modo que si bien las principales funciones, como la designación del tutor o curador, la declaración de suficiencia de la fianza o la aprobación de las cuentas, siguen quedando atribuidas al Juez, otras se asignan a los Secretarios judiciales, como es el caso del otorgamiento del acta de aceptación del cargo, el nombramiento de defensor judicial en situaciones de interinidad y la aprobación del inventario. A tal fin, nótese la modificación prevista de determinados preceptos del CC en los que, conforme a la actual redacción, esas atribuciones se asignan al Juez. Así, el art. 256 CC, sobre el nombramiento de defensor judicial mientras se resuelve sobre la excusa y el tutor omite ejercer la función, el art. 259 CC, sobre la dación de posesión en el cargo, y los arts. 263, 264 y 265 CC, sobre diversos aspectos de la formación del inventario.

217. Se detecta un posible problema en la modificación del art. 249 CC, relativo a la posibilidad de suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial, decisión que en el precepto vigente se atribuye al Juez. En el Anteproyecto, sin embargo, el proyectado art. 249 CC se limita a decir que *“durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial”*. Ese empleo del verbo en impersonal (“se podrá”), vuelve a repetirse en el art. 51.2 del Anteproyecto, conforme al cual:

“Durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender al tutor o curador en sus funciones y nombrar al tutelado o sujeto a curatela un defensor judicial”.



Teniendo en cuenta que al Juez compete en todo caso acordar la remoción del tutor o curador (arts. 248 y 291 CC), así como el nombramiento del nuevo tutor o curador, en su caso (art. 51.3 del Anteproyecto), todo apunta a que debería atribuírsele igualmente la potestad de decidir si, durante la tramitación del expediente de remoción, es o no procedente suspender al tutor o curador en sus funciones; con independencia de que el nombramiento del defensor judicial al que en tal caso habría que proveer, corresponda al Secretario judicial, por así disponerlo el art. 27.1.b) de la futura LJV. Así las cosas, se recomienda no modificar la redacción del vigente art. 249 CC, y especificar en el segundo apartado del art. 51 del Anteproyecto que la decisión sobre la suspensión interina de las facultades del tutor o curador corresponde al Juez. En cualquier caso, aun aceptando que se considerase preferible asignar esta competencia al Secretario judicial, sería conveniente hacer explícita esa asignación, en lugar de redactar las dos normas en liza (art. 249 CC y art. 51.2 LJV) con el verbo en impersonal.

218. Otra muestra del cambio de orientación observable en el Anteproyecto, por contraste con el sistema vigente, tiene que ver precisamente con la concepción que el prelegislador tiene de la remoción del tutor/curador. Mientras que, conforme al art. 1879 LEC/1881, dicha remoción no puede ventilarse en un acto de jurisdicción voluntaria, siendo indispensable para decretarla “oírlos [al tutor o curador] y vencerlos en juicio”, en el Anteproyecto la remoción se inserta con naturalidad como una pieza más dentro del expediente de JV (art. 51), dando lugar todo lo más a que –por excepción– sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador (art. 45.3). Ello llama la atención, por cuanto en el seno de este mismo expediente, está previsto que el planteamiento de determinada oposición origine la suspensión del expediente y la apertura de un juicio verbal para dirimirla. Nos referimos al caso de que se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, caso en el que el art. 49.2 del Anteproyecto manda al



Secretario judicial citar a los interesados a una vista y a continuar la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, suspendiéndose la formación del inventario hasta que la controversia se resuelva. Debería reconsiderarse si una cuestión de mayor alcance, como es la remoción del tutor o curador, en la que cabe presumir la oposición de quien ostente el cargo, no tendría que encauzarse a través de un procedimiento contencioso, como se prevé en la actualidad, en lugar de canalizarse dentro del expediente de JV.

219. También en materia de rendición de cuentas observamos una falta de correlación entre lo previsto en el CC y lo dispuesto en el Anteproyecto, de nuevo en relación con la asignación de una competencia al Juez o al Secretario Judicial. Así, mientras que el art. 280 CC –cuya modificación no se prevé– señala que antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, “el Juez oír al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial, y a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos”, una lectura combinada de los apartados 2 y 4 del art. 53 del Anteproyecto pone de manifiesto que es el Secretario judicial quien dará audiencia a esas mismas personas, por más que sea el Juez el competente para resolver sobre la rendición de cuentas (art. 53.3). Debe pues cohonestarse nuevamente el tratamiento de los aspectos procedimentales del expediente de JV con la regulación sustantiva de la materia, bien modificando el precepto de la futura LJV, bien alterando el actual art. 280 CC, como se ha previsto hacer con otros artículos de este mismo Capítulo.

220. Para terminar con este epígrafe, el Anteproyecto dedica un artículo, el 54, a la guarda de hecho, en el que básicamente se replica lo dispuesto en la norma sustantiva de referencia (art. 303 CC). Aprovechando el tratamiento de esta materia, podría ser adecuado disponer que, no obstante la activación de la regularización de la situación de hecho a instancias de persona legitimada



para ello, el Juez esté facultado para adoptar medidas que refuercen la posición del guardador, cuando considere que éste está dispensando una protección adecuada, sobre todo cuando la persona sobre la que recaiga la guarda de hecho sea un menor y en aras del superior interés de éste.

e) La concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (arts. 55 a 58 del Anteproyecto).

221. El Capítulo V del Título II del Anteproyecto contiene la regulación de la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayor edad. Las normas sustantivas sobre la materia se localizan en los arts. 320 y 321 CC.

222. La regulación es relativamente escueta y, por eso mismo, admite efectuar escasas observaciones. Como primer elemento a destacar, habría quizás que señalar, de forma similar a cuando comentamos el tratamiento de la tutela y curatela, que la regulación conjunta de la emancipación y del beneficio de la mayor edad, que en el CC se residencia en preceptos separados (arts. 320 y 321) conduce a una formulación que se presta a equívoco. Nos referimos al art. 55 del Anteproyecto, que asigna la competencia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor para conocer de la solicitud de emancipación o del beneficio de mayoría de edad formulada por aquél que, teniendo más de dieciséis años, se hallare en una de las cuatro situaciones enumeradas a continuación, tres de las cuales se corresponden con los supuestos del art. 320 CC (emancipación) y la otra con el supuesto del art. 321 CC (beneficio de mayor edad). Al fusionar todos los casos, se crea la impresión de que el menor que esté en cualquiera de las cuatro situaciones puede solicitar indistintamente la emancipación o el beneficio de mayor edad, lo cual no es correcto a la luz de la regulación sustantiva de la materia.



223. En cuanto a la solicitud, puede causar alguna extrañeza esa necesidad de asistencia de “alguno de sus padres o del tutor” (art. 56.1 del Anteproyecto). Debe recordarse que si los padres están conformes con la emancipación del hijo menor, tienen a su alcance concedérsela voluntariamente ante Notario o ante el Encargado del Registro Civil (arts. 314.3º y 317 CC), lo cual no sucede con el beneficio de la mayor edad, que ha de provenir necesariamente de una concesión judicial (art. 321 CC). Esto, aparte de mostrar de nuevo la dificultad de situar ambas figuras en un mismo plano, permite dudar de lo acertado de exigir que el hijo que solicita al Juez la concesión de la emancipación deba actuar asistido por al menos uno de sus padres. Piénsese que, aun no estando los padres privados ni suspendidos de la patria potestad, puede ocurrir que ninguno de ellos esté de acuerdo con que el menor se emancipe, y sin embargo darse una de las situaciones que permiten a éste solicitar la concesión de la emancipación (v. gr. que los padres vivan separados). De hecho, el propio precepto acepta con naturalidad que la asistencia de alguno de los progenitores [o del tutor] no vaya a producirse, sin que ello represente en realidad un obstáculo para la prosecución del expediente (*“A falta de la asistencia de los mismos, se dará traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal para que intervenga en el expediente como defensor del menor”*). Por consiguiente, podría sopesarse la configuración de esta posibilidad como la normal o natural, aunque se permita también, alternativamente, que el menor obre con asistencia de alguno de sus progenitores o del tutor.

224. Si, por el contrario, la falta de asistencia de ninguno de los padres o del tutor en la fase de formulación de la solicitud, debe interpretarse como un signo de la latencia de un conflicto entre aquéllos y el menor que anhela emanciparse, quizás sería apropiado prever el nombramiento de un defensor judicial, ya que nos hallaríamos en uno de los casos en los que procede tal designación (vid. arts. 299.1º CC y 27.1.a/ del Anteproyecto), en lugar de asignar la



defensa del menor al Ministerio Fiscal, que en todo caso deberá ser oído en la comparecencia (art. 57.1 del Anteproyecto).

225. En otro orden de cosas, se recomienda revisar la previsión de que a la solicitud se acompañen los documentos que acrediten la concurrencia de la causa exigida en el CC para instar la emancipación o el beneficio de la mayor edad, y en su caso la proposición de prueba que considere pertinente. Primero porque, una vez más, esta disposición muestra los efectos perniciosos que tiene el tratamiento conjunto de dos figuras que, aunque presentan algunas analogías, están sujetas a requisitos de aplicación diferentes. Nos referimos a que la solicitud del beneficio de la mayor edad no está causalizada, de modo que nada tendrá que acreditar el menor para pedir su concesión. Pero, incluso cuando la concesión esté subordinada a la concurrencia de determinadas causas, como sucede con la emancipación, no parece pertinente requerir de forma necesaria la aportación de documentos acreditativos de esas causas con la solicitud, entre otras cosas porque puede tratarse de situaciones que no estén soportadas documentalmente (piénsese, por ejemplo, en el caso de que “concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”, o que quien ejerza la patria potestad “conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor”).

226. En consecuencia, la aportación de documentos con la solicitud debería configurarse con el mismo carácter eventual que la proposición de prueba, haciendo extensivo a aquélla el giro “en su caso”. De hecho, es así como se trata la aportación de documentos en las normas comunes de tramitación de los expedientes de JV, con arreglo al art. 14.1.II del Anteproyecto. No parece que sea éste un expediente en el que esa regla general deba trastocarse. Al hilo de esta observación, cabe también plantear la duda que suscita el hecho de que en la regulación especial del expediente que ahora nos ocupa, se haga mención de algunos trámites y no de otros. Así, la proposición y práctica



de prueba es objeto de una alusión explícita (arts. 56.2 y 57.1 del Anteproyecto), mientras que no existe ninguna referencia al trámite de conclusiones. ¿Debe interpretarse que en este procedimiento no será posible efectuar conclusiones tras la práctica de la prueba? ¿O, por el contrario, puesto que conceder ese trámite no se opone a la regulación especial (art. 13), hay que entender que el Juez puede y debe permitir a los interesados formular oralmente sus conclusiones? Este tipo de dudas no se suscitarían si en la regulación de los diferentes expedientes no se contuviesen menciones, por lo demás inocuas, a ciertos trámites y no a otros. Cabe pues recomendar, como criterio válido para este expediente pero con valor de pauta general, que en el seno de cada uno de los expedientes se evite hacer precisiones sobre la tramitación cuando éstas se limiten a ser trasuntos de una parte de la regulación general, pues ello puede dar a entender que los trámites no mencionados se suprimen. A falta de especialidades relevantes, cabe remitir a los preceptos generales en sede de tramitación (como, por ejemplo, hace el art. 60.2 en el siguiente expediente), o más sencillamente omitir hacer ninguna referencia, lo que, a falta de especialidad, determinará la aplicación de esos preceptos.

227. Para terminar con este epígrafe, cabe únicamente señalar que el art. 57.1 se presta a un posible equívoco cuando alude a que el Secretario judicial, tras admitir a trámite la solicitud, convocará a la comparecencia *“al menor, a sus progenitores o a su tutor, en su caso, al Ministerio Fiscal y a aquellos que pudieran estar interesados, quienes serán oídos por este orden”*. Pareciera como si la audiencia de todos ellos en esa comparecencia debiera efectuarla el Secretario judicial, dado que no hay la menor referencia el Juez en ese apartado. Sin embargo, ello no tiene sentido, puesto que quien ha de resolver el expediente, concediendo o no la emancipación o el beneficio de mayor edad, es el Juez (arts. 55.1 y 57.2 del Anteproyecto). El art. 17.4 deja claro que la comparecencia ha de celebrarse ante el Juez o Secretario, según



quién sea el competente para conocer del expediente. Por todo ello, quizás debería retocarse la redacción del art. 57.1 para que quedase claro que, con independencia de que el Secretario judicial convoque a los interesados, quien presidirá la comparecencia y habrá de oír a todos ellos es el Juez.

f) La adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad (arts. 59 y 60 del Anteproyecto).

228. Como comienza señalando el art. 59 del Anteproyecto, las normas de este Capítulo se aplicarán a los expedientes que tengan por objeto alguna de las actuaciones judiciales previstas en el Capítulo I de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, a saber: (a) la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, así como la aprobación de las aportaciones al mismo cuando sus padres, tutor o curador se negaren injustificadamente a prestar el consentimiento o asentimiento a ello; (b) el nombramiento de administrador cuando no se pudiera realizar conforme al título de constitución; (c) el otorgamiento al administrador de la autorización o aprobación judicial, cuando proceda, para la realización de actos de disposición, gravamen u otros, de bienes del patrimonio protegido; (d) la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza que sea necesaria tras la constitución del patrimonio protegido.

229. La regulación de este Capítulo no es demasiado prolija, teniendo en cuenta que en gran medida reproduce elementos que proceden de la norma sustantiva de referencia. Así, la exigencia de que sea el Fiscal quien inicie el expediente (arts. 59.3 y 60.1 del Anteproyecto), la necesidad de realizar inventario de los bienes del patrimonio protegido, así como la de establecer



reglas para su administración y los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración (art. 60.3 del Anteproyecto), o el deber de comunicar al Registro Civil la constitución de un patrimonio protegido cuyo administrador no coincida con el beneficiario del mismo, y a otros registros públicos los bienes del patrimonio protegido que tengan carácter registrable (art. 60.5 del Anteproyecto), son cuestiones todas ellas contempladas en la Ley 41/2003 (vid. arts. 3.2, 4.2 y 5.6 sobre la potestad de iniciativa del Ministerio Fiscal; art. 3.3 sobre contenido de la resolución judicial por la que se constituya el patrimonio protegido; art. 8 sobre las constancias registrales).

230. La falta de prolijidad se aprecia también en el hecho de que, en materia de tramitación del expediente, este Capítulo apenas presenta ninguna especialidad, ya que, de conformidad con el art. 60.2 del Anteproyecto, “*su tramitación se ajustará a las normas generales de tramitación previstas en esta ley*”, pudiendo únicamente señalarse la desviación de que la resolución que el Juez dicte en el contexto de estos expedientes, salvo una excepción que no viene al caso, “*será recurrible en apelación con efectos suspensivos*” (art. 60.4 del Anteproyecto).

231. Desde el punto de vista sistemático, plantea dudas la solución plasmada en el art. 60.2 del Anteproyecto, consistente en remitir a la aplicación de las disposiciones del Capítulo VIII (“*De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad judicialmente complementada*”), cuando fuere necesario el otorgamiento al administrador del patrimonio protegido de autorización o aprobación judicial para actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes de ese patrimonio. Creemos que, en rigor, este concreto expediente tendría mejor acomodo en ese Capítulo VIII y no en el destinado a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, por cuanto presenta más homogeneidad con los



expedientes regulados en ese Capítulo VIII que con los contemplados en el Capítulo VI. Así, entre otras cosas, parece más apropiado aplicarle la regla de que será necesario actuar con Abogado y Procurador si el valor del acto para el que se inste el expediente supera los 6.000 euros (art. 64.2.II) que la de que no se precisará actuar asistido de Abogado y Procurador (art. 59.3.II del Anteproyecto).

232. Es más, de la regulación sustantiva de la materia se desprende que la solicitud de autorización o aprobación judicial para poder disponer o gravar bienes del mismo, no debe ser formulada por el Ministerio Fiscal, sino que ha de partir del propio Administrador. En efecto, de acuerdo con el art. 5.2 de la Ley 41/2003, cuando el administrador no sea el constituyente y beneficiario del patrimonio, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución o plasmadas en la resolución judicial, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 CC (o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables), salvo que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente. El recurso al Fiscal tan sólo se prevé como potestativo cuando el administrador pretenda que por el Juez se exceptúe de la necesidad de autorización judicial determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador u otra circunstancia análoga (art. 5.3 Ley 41/2003). Siendo esto así, y puesto que en el Capítulo VI se dispone la exclusiva legitimación del Ministerio Fiscal para iniciar el expediente, habría que considerar que la ubicación de este tipo de expediente en dicho Capítulo es, más que dudosa, francamente desacertada. Por su parte, con las adaptaciones terminológicas adecuadas, la forma de describir la legitimación para iniciar el expediente en el art. 64 del Anteproyecto, se adaptaría perfectamente al caso del administrador del patrimonio protegido de una persona con discapacidad.



233. El único supuesto que se libraría de esa inadecuada ubicación sistemática es aquél al que alude la letra c) del art. 59.1 en su último inciso, a saber, el otorgamiento de exención a la exigencia de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición o gravamen sobre bienes del patrimonio protegido de una persona con discapacidad, pues en este caso, como acabamos de decir, si se quisiera obtener tal exención, deberá instarse al Ministerio Fiscal que lo solicite del Juez.

234. En relación con la aplicación, por remisión, de las disposiciones del Capítulo VIII a la tramitación de los expedientes mencionados en la letra c) del art. 59.1, a excepción del que acaba de mencionarse, debe tenerse en cuenta todavía una cuestión más. Si se observa, el art. 67.2 del Anteproyecto viene a establecer que la autorización judicial para la venta de bienes o derechos se concederá, en principio, bajo la condición de efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, aunque se trata de una regla que admite ser exceptuada si así lo acordase el Juez. Esta previsión, concebida para bienes y derechos de menores y personas con capacidad judicialmente complementada, coincide con lo preceptuado en el actual art. 2015 LEC/1881. Sin embargo, acudiendo de nuevo a la regulación sustantiva de los patrimonios protegidos de personas con discapacidad, se observa que el art. 5.2.III de la Ley 41/2003 estatuye que *“en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”*. Quiere decirse que la remisión que en el art. 60.2 se hace a las disposiciones del Capítulo VIII debería incluir alguna matización en este sentido, ya que en el caso de la enajenación de bienes o derechos que integren el patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, la subasta pública no será exigible en ningún caso. Esta exigencia de matización, en un aspecto de



relieve además, hace de nuevo preferible que estos expedientes sean objeto directo de tratamiento en el Capítulo VIII, pues parece más fácil introducir ahí la correspondiente salvedad, en lugar de en una norma de remisión interna.

235. Para finalizar con este epígrafe, cabe pensar si no nos encontramos ante expedientes contenciosos, al menos los recogidos en la letra a) del art. 59.1 del Anteproyecto, pues presuponen por definición una oposición por parte de los representantes de la persona discapacitada para que se cree el patrimonio protegido o se hagan aportaciones a él. Sin embargo, en este extremo sí se aprecia una coherencia con la regulación sustantiva de referencia, ya que la Ley 41/2003, en la disposición adicional primera, dice que *“las actuaciones judiciales previstas en el capítulo I de esta ley se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente”*. Naturalmente, puede ponerse en duda lo acertado de esta disposición, ya que en los supuestos que comentamos no es que la oposición se desate en el seno del expediente a raíz de la solicitud promovida, sino que es un factor que precede a éste y se erige en el motivo de que haya que instarlo. Sin embargo, esta valoración excede del objeto de este Informe, pues supone cuestionar una norma que ya se halla en el ordenamiento y que no resulta innovada por el Anteproyecto, sino simplemente no modificada por él.

g) El derecho al honor, intimidad e imagen del menor o persona con capacidad judicialmente complementada (arts. 61 y 62 del Anteproyecto).

236. El Capítulo VII del Título II del Anteproyecto se destina a regular el expediente relativo a la prestación del consentimiento de los menores o personas con capacidad judicialmente complementada, que permite entender como legítima una intromisión en el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen. La correlación de estas disposiciones debe buscarse en los arts. 2 y



3 de la L. O. 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Más en concreto, los arts. 61 y 62 del Anteproyecto se circunscriben al expediente que surge cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada. Es en ese caso cuando dicho representante legal puede instar del Juez que valide el consentimiento prestado para que la intromisión pueda considerarse legítima.

237. Es importante tener en cuenta que la regla en esta materia es que el consentimiento en cuestión podrá ser prestado por el menor o incapacitado si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (vid. art. 3.1 L. O. 1/1982, en concordancia con los arts. 162.1º y 267 CC). Sólo cuando tales condiciones de madurez no se den, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por el representante legal, quien estará obligado a poner el consentimiento proyectado en conocimiento previo del Ministerio Fiscal, de tal forma que si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, deberá resolver el Juez (art. 3.2 L. O. 1/1982).

238. En la medida en que la premisa para la activación de este procedimiento es la resistencia opuesta por el Ministerio Fiscal al consentimiento proyectado por el representante legal, cabe suscitar la duda de si es adecuada su configuración como un expediente de JV, o si sería más apropiado incluirlo entre los procesos contenciosos especiales del Libro IV, Título I LEC (“De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”). Igualmente, podría ser conveniente aclarar si, pese a lo dictaminado por el Juez en este expediente, sería posible recrear la pretensión (emisión de consentimiento por el representante legal) en el seno de un procedimiento contencioso. En principio, lo previsto en el art. 6.2 del Anteproyecto avalaría una respuesta afirmativa, pero las características de este procedimiento, en el que el Juez



en realidad ya viene a dirimir una controversia, podrían hacer dudar de la aplicabilidad de la regla general a este caso concreto.

239. El art. 61 del Anteproyecto contiene la delimitación del ámbito de aplicación, así como la regla de competencia (Juzgado de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia del menor o persona con capacidad judicialmente complementada), de legitimación (representante legal del menor o incapaz) y postulación (no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador). El art. 62, por su parte, describe la tramitación y la resolución del expediente, señalando qué documentos deberán acompañarse con la solicitud (proyecto de consentimiento, documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y documentos que acrediten su representación legal) y qué personas deberán ser citadas para ser oídas en la comparecencia (Ministerio Fiscal, representante legal, menor o persona con capacidad judicialmente complementada si tuviere suficiente juicio, y en todo caso si tuviere más de 12 años, y otros posibles interesados).

240. Como puede verse, el precepto contempla la posibilidad de oír al menor que tuviere suficiente juicio, y en todo caso al mayor de doce años. Sin embargo, sabemos que si se ha suscitado este expediente es precisamente por la necesidad de intervención del representante legal, ante la falta de madurez suficiente por parte del menor o incapacitado. Si el Juez considera que el afectado, de cuyo honor, intimidad o imagen se trata, posee condiciones suficientes de madurez como para ser oído en la comparecencia, entonces debería sencillamente admitir que su consentimiento al respecto es lo suficientemente relevante como para excluir que la intromisión en cuestión deba considerarse ilegítima. En otras palabras, prever la audiencia del menor o del incapaz en la comparecencia encierra una contradicción, pues implica presuponer las condiciones de madurez que harían innecesaria la propia tramitación del expediente. Por ese motivo, se recomienda matizar que la



audiencia del menor o incapacitado se efectuará, sólo si el Juez lo creyera necesario, a pesar de no contar con las suficientes condiciones de madurez, o para asegurarse de que en efecto carece de tales condiciones.

241. Por lo demás, advertimos que en este expediente no se explicita que el Juez deba dictar la resolución en interés del menor o persona con capacidad judicialmente complementada. Obviamente, puede entenderse que se trata de una aclaración innecesaria porque va de suyo que así habrá de ser. Sin embargo, el prelegislador sí ha creído necesario efectuar una puntualización similar en otros expedientes. Así, cuando en el art. 60.3 se proclama que el Juez deberá dictar la resolución en interés de la persona con discapacidad, o en el art. 67.1 que se concederá o denegará la autorización o aprobación solicitada valorando, entre otras cosas, su conveniencia a los intereses del menor o persona con capacidad judicialmente complementada. Si este tipo de advertencias son superfluas, por sobreentendidas, deberían serlo en todos los casos, y si no lo son, entonces no deberían dejar de incluirse en todos los expedientes en los que esté en juego el interés de un menor o una persona con capacidad judicialmente complementada. Todo ello, se entiende, en pos de la mejor armonía y coherencia interna del futuro texto legal.

h) La realización de actos de disposición y gravamen de bienes de menores y personas con capacidad judicialmente complementada (arts. 63 a 68 del Anteproyecto).

242. Una primera observación a propósito de la regulación de este Capítulo tiene que ver con el ámbito de aplicación. Con arreglo al art. 63, “*se aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que, conforme al Código Civil, el representante legal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada necesite para su validez autorización o aprobación judicial, salvo que tuviera establecida una tramitación específica*”. Como hemos



señalado *supra*, razones sistemáticas avalarían que se incluyeran también en este Capítulo los expedientes relacionados con la autorización o aprobación judicial de actos de disposición o gravamen de bienes pertenecientes al patrimonio protegido de una persona con discapacidad. De hecho, es significativo que, a la hora de regular estos expedientes, el art. 60.2 del Anteproyecto se remita a las disposiciones del Capítulo VIII, es decir, el que en este momento comentamos. Por esto mismo, la salvedad final del art. 63 tiene poco sentido: el único caso de esta naturaleza que estará recogido en la futura LJV carecerá de tramitación específica, por cuanto se prevé trazar una remisión interna a la regulación del Capítulo en el que se inserta el propio art. 63.

243. Así las cosas, si se asume esta recomendación, el ámbito de aplicación descrito en el art. 63 del Anteproyecto se podría redefinir fácilmente, para indicar que este Capítulo se aplicará a todos los casos en que, conforme al Código Civil u otras leyes especiales, la persona con poderes de representación legal de otro sujeto o de administración de un patrimonio protegido, deba recabar autorización o aprobación judicial para realizar válidamente actos de disposición o gravamen sobre bienes del representado o de ese patrimonio protegido.

244. Con independencia de que el prelegislador no atienda esta sugerencia, debe revisarse en cualquier caso la dicción del art. 63 del Anteproyecto, por cuanto, tal y como está redactado, el giro “para su validez” no está proyectado sobre el objeto esperado (actos de disposición o gravamen de bienes y derechos del sujeto representado), sino sobre el propio representante legal del menor o persona incapacitada, lo que carece de sentido.

245. El examen del contenido de este Capítulo VIII del Título II del Anteproyecto pone de manifiesto que sus disposiciones presentan una notable proximidad



con los preceptos que en la actualidad rigen la materia, a saber, los arts. 2011 a 2030 de la LEC/1881. La correlación es casi literal en no pocos supuestos (v. gr. el apartado 1 del art. 65 del Anteproyecto es trasunto de los ordinales 2º y 3º del art. 2012 LEC/1881, los apartados 2 y 3 del art. 65 lo son de los dos segundos párrafos del art. 2025 LEC/1881, el art. 67.5 se corresponde con el art. 2030 LEC/1881), mientras que en otros casos el reflejo es menos exacto pero la regulación vigente sigue siendo reconocible en la proyectada (compárese el art. 67.1 y 6 del Anteproyecto con el art. 2014 LEC/1881, por ejemplo). La razón para esta mayor cercanía con respecto a la regulación actual puede encontrarse en el hecho de que esta regulación procede de la modificación de la LEC operada por la Ley 15/1989, de 29 de mayo.

246. Existe sin embargo un aspecto importante en el que la Norma proyectada se separa de su antecedente. Es el relativo a la necesidad de que, si el Juez accede a dar la autorización al acto de disposición, en todo lo caso lo hará bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de derechos de todas clases (excepto el de suscripción preferente de acciones), bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos, y valores mobiliarios que no coticen en bolsa (vid. art. 2015.I LEC/1881). En el régimen vigente esta exigencia sólo se exceptúa cuando se trate de ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad, quienes podrán realizarla sin más requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las personas designadas en el art. 205 de la Ley Hipotecaria (art. 2015.II LEC/1881).

247. Frente a ello, el art. 65.4 del Anteproyecto dispone que *“si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad*



especializada. En este caso deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar". Posteriormente, el art. 67.2 indica que *"la autorización para la venta de bienes o derechos se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, salvo que se trate de operaciones hechas por los progenitores con patria potestad o por el tutor, curador, administrador o defensor y se les autorice la venta directa sin necesidad de subasta"*. Creemos que la formulación de esta segunda regla debería reconsiderarse, desde distintos puntos de vista.

248. En primer lugar, puesto que el precepto viene a admitir que el Juez puede dispensar la necesidad de subasta, prácticamente con carácter general, no se entiende la necesidad de pormenorizar, en el inciso introducido por "salvo que", todo ese listado de sujetos (progenitores, tutor, curador, administrador, defensor). A fin de cuentas la clave no es quién lo solicite sino si el Juez lo autoriza o no. De este modo, bastaría con indicar "salvo que el Juez autorice la venta directa sin necesidad de subasta". Por cierto que en ese listado, con indudables pretensiones de exhaustividad, omite incluirse al propio constituido en tutela o curatela, si no se le hubiere prohibido realizar el acto de disposición o gravamen en cuestión (vid. art. 64.2 del Anteproyecto). Creemos que no hay ninguna razón para excluirle, pero por lo acabado de decir, creemos también que su mención es innecesaria, por cuanto la clave de la regla no la marca el espectro de sujetos solicitantes de la dispensa, sino el hecho de que el Juez acepte concederla.

249. En segundo lugar, si se observa bien, el contenido del art. 67.2 resulta tautológico, pues viene a decir que la autorización para la venta de bienes/ derechos se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta, salvo que se autorice la venta directa sin necesidad de subasta. Si a fin de



cuentas el Juez tiene la potestad de permitir que la enajenación no se efectúe mediante subasta pública, más vale entender que la regla pasa a ser la de que el bien se enajenará del modo en que el Juez disponga: venta directa, a petición de parte y con los requisitos necesarios para ello, o subasta pública en caso contrario. De hecho, cabría permitir la enajenación por cualquier otro medio que sea convenido, o la realización a través de persona o entidad especializada, siguiendo la pauta marcada en los arts. 640 y 641 LEC.

250. Por otro lado, la redacción del art. 67.2 del Anteproyecto podría dar lugar al equívoco de entender que sólo en caso de que se autorice la venta de bienes o derechos bajo la condición de efectuarse en pública subasta será necesario el previo dictamen pericial de valoración de los mismos, puesto que la salvedad introducida a continuación podría querer indicar que si el Juez así lo autoriza, será posible proceder sin necesidad de subasta, ni de previo avalúo del bien o derecho. Frente a ello, una lectura combinada de este precepto por el art. 65.4 pone de manifiesto, como antes señalamos, que si se pretende llevar a cabo el acto de disposición mediante venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada, la propia solicitud deberá acompañar dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate. Así las cosas, encontramos otro motivo más para reconsiderar la redacción del art. 67.2, a fin de evitar todo riesgo de mala interpretación.

251. En otro orden de cosas, el prelegislador debería sopesar la conveniencia de dar algunas reglas básicas conforme a las cuales articular el procedimiento de subasta, para el caso de que no se haya pedido por los interesados, o no se hubiese concedido por el Juez, el sistema de venta directa. En el modelo vigente, los arts. 2016 a 2021 LEC/1881 contienen una regulación mínima de dichas subastas, la cual incluye la posibilidad de solicitar autorización para la venta extrajudicial en caso de que la subasta haya quedado desierta, así



como una vía de retorno al procedimiento de subasta si también la venta extrajudicial se demostrase infructuosa. Creemos que, aunque inspirándose en criterios diferentes, sería positivo que la futura LJV contuviera algunas reglas a propósito de la tramitación de la subasta.

252. Para terminar con este epígrafe, haremos un par de apuntes menores. De un lado, creemos que en el art. 64.2 del Anteproyecto, al definir qué sujetos podrán promover este expediente, se olvida mencionar al curador, que no está comprendido por la alusión al representante legal (vid. por contraste el art. 2012.1º.d/ LEC/1881). De otro lado, así como la actual LEC/1881 previene la necesidad de que el menor mayor de doce años, representado por su tutor, deba ser oído en el expediente, y de que incluso deba firmar la petición cuando ésta sea tramitada por sus progenitores, todo apunta a que sería apropiado explicitar si el menor con suficiente juicio, y en su caso el de más de doce años, ha de tener algún tipo de presencia en el curso del expediente, ya sea en el momento de formular la solicitud, ya en el marco de la comparecencia. En este sentido, resulta demasiado impreciso indicar, como hace el art. 66.1 del Anteproyecto, que “admitida a trámite la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a comparecencia al Ministerio Fiscal, *así como a todas las personas que, según los distintos casos, exijan las leyes*”.

i) La declaración de ausencia y fallecimiento (arts. 69 a 79 del Anteproyecto).

253. Como sucedía con el Capítulo anterior, también en este Capítulo IX del Título II se aprecia una notable cercanía con la regulación actualmente vigente (arts. 2031 a 2047 LEC/1881), lo que en este caso no puede atribuirse a la relativa modernidad de esta regulación (redactada conforme a una Ley de 30 de diciembre de 1939), sino seguramente a la escasa variabilidad del objeto de regulación.



254. Dicho lo cual, existen algunos elementos en los que las disposiciones proyectadas se apartan con nitidez del sistema ahora vigente. El más destacado tal vez sea el relativo a la competencia para resolver los expedientes a los que se refiere este Capítulo (nombramiento de defensor del desaparecido, declaración de ausencia, declaración de fallecimiento), pues dicha competencia deja de atribuirse al Juez para pasar a asignarse al Secretario Judicial (arts. 71.1, 73.1 y 76.1 del Anteproyecto). En concordancia con esta asignación de competencias, el prelegislador prevé modificar una serie de artículos del Código Civil en los que la potestad en cuestión aparece conferida al Juez. Es el caso de los arts. 181, 184, 185, 186 y 187, en los que la modificación consiste estrictamente en la sustitución de la referencia al Juez por la del Secretario judicial. Asimismo, se prevé reformar también los arts. 183 y 198, en este caso para sustituir las referencias al Registro Central de Ausentes por las del Registro Civil, en el que deberán practicarse las inscripciones relativas a las declaraciones de desaparición, ausencia legal y fallecimiento. Como cuestión menor, debe consignarse que el cambio que se proyecta introducir en el art. 185.4ª CC, consistente en sustituir la referencia a la “Ley procesal civil” por la de la “Ley de Enjuiciamiento Civil”, no parece atinado. En efecto, *las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la LEC* (por más señas, la de 1881) son precisamente las que están llamadas a ser sustituidas por las de la futura LJV, de manera que la remisión que se traza en ese art. 185.4ª CC debería hacerse a la “Ley de Jurisdicción Voluntaria”, y no ya más a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

255. Otro aspecto en el que la regulación en proyecto se aparta de la actual es el relativo a la publicidad de la resolución de admisión de la declaración de ausencia. Con arreglo al art. 72.2 del Anteproyecto, *“el Secretario judicial admitirá la solicitud y señalará día y hora para la comparecencia, (...), y ordenará publicar dos veces la resolución de admisión mediante edictos, con*



intervalo mínimo de ocho días, en la forma establecida en el artículo 164 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el tablón del Ayuntamiento de la localidad en la que el ausente hubiere tenido su último domicilio". Ello contrasta con lo preceptuado en el vigente art. 2038.III LEC/1881, en virtud del cual es requisito indispensable para la declaración de ausencia legal *"la publicidad de la incoación del expediente mediante dos edictos que con intervalo de quince días se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en un periódico de gran circulación de Madrid y en otro de la capitalidad de la provincia en que el ausente hubiere tenido su última residencia o, en su defecto, el último domicilio. Además, se anunciará por la Radio Nacional dos veces y con el mismo intervalo de quince días. El Juzgado podrá también acordar otros medios para que esa publicidad sea aún mayor, si lo considerare conveniente*". Otro tanto ocurre en sede de declaración de fallecimiento, si se compara el régimen del Anteproyecto (el mismo que el de la declaración de ausencia, por la remisión de su art. 76.2), con el de la LEC/1881 (art. 2042.II), análogo igualmente al de la declaración de ausencia.

256. Resulta fácil apreciar la desproporción entre la intensidad y alcance de los medios de publicidad actualmente establecidos, y el limitado impacto que cabe presumir en los dispuestos por el Anteproyecto; hasta el punto de que da la impresión de que el prelegislador observa esta fase del procedimiento como un mero trámite a cumplimentar de forma rutinaria, del que no cabe esperar ningún resultado positivo. El cambio es lo bastante sustancial como para que en la parte expositiva de la Norma, o en la MAIN, se hubieran ofrecido las razones que lo animan (presumiblemente valores estadísticos sobre los que basar un análisis de coste/beneficio).

257. Sin perjuicio de que puede tener sentido modificar las actuales previsiones, por entender que resulta excesivo publicar la incoación del expediente en el Boletín Oficial del Estado, más en dos periódicos y en Radio Nacional, al



mismo tiempo parece un enfoque demasiado restrictivo limitar la publicidad a la que pueda articularse a través del tablón de anuncios del Juzgado y del Ayuntamiento del último domicilio del ausente. Quizás podría llegarse a un punto de equilibrio entre ambos extremos. En el contexto de las nuevas tecnologías tendría sentido disponer de oficio una publicidad a través de medios telemáticos, acaso creando una suerte de tablón virtual dentro del sitio web del Ministerio de Justicia.

258. Fuera de estas consideraciones cabe hacer alguna apreciación puntual en torno a lo señalado en el art. 73.2 del Anteproyecto, pues además de alguna imprecisión, su contenido implica cierta contradicción con otras previsiones del Anteproyecto. Conforme a dicho precepto:

“Serán aplicables al representante del ausente las disposiciones establecidas en los capítulos V y VIII para los tutores y curadores sobre la aceptación, excusa y remoción de su cargo, la prestación de fianza, realización del inventario, fijación de su retribución, obtención de autorizaciones y aprobaciones para la realización de determinados actos referidos a bienes y derechos del ausente, y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial”.

259. Una primera imprecisión se detecta en la remisión a las disposiciones establecidas en los Capítulos V y VIII, pues es de suponer que la primera de esas referencias va dirigida en realidad al Capítulo IV del Título II, dedicado a los expedientes de tutela y curatela. Pero, más allá de eso, la remisión sin matices a las disposiciones previstas para tutores y curadores en lo relativo a todos esos aspectos enumerados en el precepto transcrito, presenta algún inconveniente, por cuanto si se repasa la regulación sustantiva de la materia, se aprecia que una remisión de similares características (a “los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa



de los tutores”), se efectúa sólo en relación con los representantes dativos del ausente y “en cuanto se adapten a su especial representación” (art. 185.II CC, que el Anteproyecto no prevé modificar).

260. Es más, por lo que toca al aspecto concreto de la prestación de fianza o garantía, debe tenerse en cuenta que esta exigencia, por así mandarlo el art. 185.I CC, se exceptúa para los representantes legítimos del ausente enumerados en los tres primeros ordinales del art. 184 CC, esto es, el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho, el hijo mayor de edad, con preferencia del que convivía con el ausente y del mayor al menor, y el ascendiente más próximo de menor edad de una u otra línea. Este matiz no se capta en el art. 73.2 del Anteproyecto, el cual parece dar por sentado tanto que a todos los representantes del ausente se les aplican en estas cuestiones los mismos requerimientos, como que tales requerimientos coinciden a su vez con los correspondientes a tutores y curadores.

261. Por otro lado, la remisión del art. 73.2 –a esos otros Capítulos de la Norma en proyecto– en lo relativo a la realización de inventario resulta contradictoria, por cuanto en el art. 75 del Anteproyecto (“Práctica de inventario de bienes”), descubrimos que se regula justamente esta materia dentro del propio Capítulo IX, lo que convierte en innecesario trazar ninguna remisión interna.

j) La extracción de órganos de donantes vivos (arts. 80 a 82 del Anteproyecto).

262. El Capítulo X del Título II del Anteproyecto regula el expediente de JV que tiene por objeto la constatación de la concurrencia del consentimiento libre y consciente del donante y demás requisitos exigidos por la legislación sobre extracción y trasplante de órganos de donante vivo. La regulación sustantiva de esta materia se contiene en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos (LETO) y su reglamento de desarrollo,



aprobado actualmente por R. D. 1723/2012, de 28 de diciembre. De hecho, las disposiciones de los arts. 80 a 82 del Anteproyecto son, en gran medida, una traslación de lo ya dispuesto en el art. 8.4 y 5 del R. D. 1723/2012. No obstante, esa traslación no se efectúa de manera perfecta, deslizándose algunos desajustes que merecen ser comentados.

263. La regulación *in fieri*, por ejemplo, cuando traza la competencia territorial del Juez de Primera Instancia indica que éste será el “*del domicilio donde ha de realizarse la extracción o el trasplante*”. El empleo del término “domicilio” no es del todo riguroso, por cuanto es conocido que la extracción y trasplante de órganos ha de efectuarse en determinados centros sanitarios autorizados. Frente a ello, y más acertadamente, el R. D. 1723/2012 alude al Juzgado de Primera Instancia “*de la localidad donde ha de realizarse la extracción o el trasplante*”, lo que debiera trasladarse –creemos– al texto del Anteproyecto. Por otro lado, en relación todavía con la regla de competencia territorial, es de ver que la norma reglamentaria en vigor señala la posibilidad de que el promotor del expediente determine, a su elección, la competencia del Juzgado de Primera Instancia de la localidad de extracción o de la localidad de trasplante (obviamente si ambas no coinciden). El Anteproyecto en cambio contempla ambas alternativas pero no señala explícitamente que, a elección del promotor, la competencia quedará determinada en favor de uno u otro Juez de Primera Instancia, el del lugar donde haya de realizarse la extracción o el de la localidad donde vaya a efectuarse el trasplante. De nuevo, sería aconsejable que se introdujera esta puntualización.

264. Por otro lado, en el art. 81 del Anteproyecto, concretamente en su apartado segundo, comprobamos que se alude a la comparecencia al hilo de señalar la necesidad de citar a ella a una serie de personas. Sin embargo, en ningún momento anterior se ha establecido, para empezar, que en el seno del expediente habrá de tener lugar una comparecencia en la que el donante



deberá otorgar su consentimiento. A diferencia de esta fórmula, el art. 8.4.II del R. D. 1723/2012 comienza señalando cómo:

“El donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez durante la comparecencia a celebrar en el expediente de Jurisdicción Voluntaria que se tramite, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia de (...)”.

Creemos que esta técnica, más depurada, debería emplearse igualmente en el Anteproyecto.

265. El Anteproyecto se aparta del R. D. 1723/2012, y posiblemente de la LETO, en otro aspecto, de mucha mayor relevancia. Se trata de lo establecido en el apartado 1 del art. 82, conforme al cual, *“si el Juez estimare que no se cumplen los requisitos legales, denegará la expresión del consentimiento por el donante”.* El prelegislador, por tanto, parece concebir que el Juez tiene facultad para autorizar o denegar *la expresión del consentimiento del donante*. Frente a ello, lo que se desprende de la norma reglamentaria dada en desarrollo de la regulación legal sustantiva sobre la materia (art. 8.5 R. D. 1723/2012), es que el documento de cesión del órgano donde ha de constar la conformidad del donante ha de ser extendido por el Juez y firmado también por él, aparte de por el resto de sujetos presentes en la comparecencia (médico de la extracción, médico del trasplante, médico –distinto de los anteriores– que informa sobre los riesgos y beneficios de la intervención, y persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención), de tal forma que tanto el Juez como el resto de los presentes podrá oponerse eficazmente a la donación en caso de dudar de que el consentimiento se haya otorgado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. Lo que significa que esa oposición, y por ende esa negativa a firmar el documento, dará como resultado la imposibilidad de llevar a cabo la extracción, pues



como termina diciendo el art. 8.5 del R. D. 1723/2012, *“en ningún caso podrá efectuarse la obtención de órganos sin la firma previa de este documento”*.

266. Análogamente, el art. 4.c) LETO, indica simplemente, como tercer requisito para la extracción de órganos de donante vivo:

“c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento”.

De esta dicción no se deriva que la autoridad pública interviniente (el Juez, por mandato de la norma reglamentaria de desarrollo), tenga la función de “autorizar” o “aprobar” el consentimiento prestado por el donante.

267. Así las cosas, no se trata de que el Juez *deniegue la expresión del consentimiento* por parte del interesado, sino de que, teniendo dudas sobre que dicho consentimiento reúne las características legalmente exigidas, puede negarse a extender el documento de cesión. Pero análogamente, si esas dudas fuesen albergadas por cualquier otro de los sujetos comparecientes, su oposición a la donación será tan eficaz como la del propio Juez.

268. Creemos que esa equivalencia de efectos entre la negativa a firmar la cesión del Juez y la procedente de cualquiera de los demás intervinientes en la comparecencia, no está suficientemente bien captada en el art. 82 del Anteproyecto, no ya sólo por la dicción del transcrito apartado 1, sino también por lo que leemos en el apartado 2, que comienza señalando *“si no hubiere*



motivos de oposición que aconsejen la denegación y el Juez estimara que se han cumplido los requisitos legales se extenderá por escrito el documento de cesión del órgano (...). De nuevo, ello parece dar a entender que el Juez debe llevar a cabo una verificación del cumplimiento de los requisitos legales independiente, y de mayor calidad, que la que la Norma sustantiva pone en manos de todos los intervinientes en la comparecencia.

269. De hecho, no es correcto señalar, como se hace en la segunda parte de ese art. 82.2, que *“(...) se extenderá por escrito el documento de cesión del órgano que será firmado por el interesado, el médico que ha de efectuar la extracción y los demás asistentes”*, pues ello parece dar a entender que, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales y autorizada la extracción por el Juez, el resto de comparecientes no tienen más opción que la de firmar el documento de cesión, careciendo de capacidad de oposición; lo que sabemos que no es exacto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.5 R. D. 1723/2012. En suma, resulta necesario un mayor esfuerzo de coordinación entre la regulación de los arts. 80 a 82 del Anteproyecto y las disposiciones sustantivas que regulan la materia.

270. En otro orden de cosas, la regulación en proyecto podría aprovecharse para introducir en el trámite de la comparecencia alguna cautela que, si bien no se desprende literalmente de la regulación sustantiva, resulta no sólo compatible con ella sino también altamente recomendable. Nos referimos a la prevención de que, en línea con lo preceptuado en el art. 8.6 del R. D. 1723/2012, el Juez advierta a todos los presentes, y en especial al donante, de que éste podrá revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna, y sin que dicha revocación pueda dar lugar a ningún tipo de indemnización, siendo así que entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas.



3. Expedientes de JV en materia de familia (Título III del Anteproyecto).

a) De la dispensa (arts. 83 a 85 del Anteproyecto).

271. Este primer Capítulo del Título III del Anteproyecto se destina a la regulación de la dispensa de los impedimentos para contraer matrimonio. Hay que tener en cuenta que, con motivo de la reforma, que modifica los artículos correspondientes del Código Civil, los únicos impedimentos dispensables pasan a ser el de muerte dolosa del cónyuge anterior y el de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales. Desaparece en cambio la posibilidad de dispensar el impedimento de edad, lo que significa que no serán factibles los matrimonios por debajo de los dieciséis años, ya que el art. 46.1º CC, cuya modificación no se prevé, prohíbe contraer matrimonio a los menores de edad no emancipados. Sobre este segundo cambio, nos remitimos a las consideraciones que se efectuarán *infra*, al tratar de las modificaciones del CC por la DF 1ª del Anteproyecto.

272. Otra de las novedades en la regulación de esta materia es que la dispensa, en ambos casos (impedimento de crimen y de parentesco) corresponderá prestarla, en su caso, al Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia de cualquiera de los contrayentes. En la regulación vigente, el impedimento de crimen corresponde dispensarlo, en su caso, al Ministro de Justicia. El tratamiento del procedimiento se contiene actualmente en los arts. 260 a 262 del Reglamento del Registro Civil, elementos de cuya regulación no es difícil detectar en la regulación proyectada, en particular en el futuro art. 84 LRC.

273. Esa relativa poca novedad de la regulación proyectada, aunque se enfunde en una nueva vestimenta, se detecta también en el art. 85.3 del Anteproyecto (*“la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya*



nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”), que no es más que un trasvase de lo actualmente preceptuado en el último párrafo del art. 48 CC. Por lo demás, el contenido de esta disposición, dada su naturaleza, debería permanecer en el cuerpo legal donde reside la regulación sustantiva de la materia, y no en la futura Ley llamada a regular el expediente de JV correspondiente.

274. Hay sin embargo un aspecto en el que el Anteproyecto sí podría –y debería, a nuestro juicio– resultar innovador. Es el relativo a la contemplación como impedimento de crimen no sólo de la condena, como autor o cómplice, por muerte dolosa del cónyuge anterior, sino también de una análoga condena por muerte dolosa del anterior conviviente en relación análoga a la conyugal.

b) De la intervención judicial en relación con la patria potestad (arts. 87 a 93 del Anteproyecto).

275. El Capítulo II del Título III del Anteproyecto se descompone a su vez en cuatro Secciones. La primera de ellas contiene una disposición sobre tramitación que es común a todos los expedientes regulados en el Capítulo. En ella se establece que una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad judicialmente complementada, en su caso, o al menor si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor, y se podrá acordar la citación de otros interesados. En general, el Juez podrá acordar la práctica de las diligencias que considere oportunas, señalándose que si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en



el plazo de cinco días. Para promover y actuar en estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

276. La primera Sección contiene las disposiciones relativas a los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores (art. 156 CC), aplicables también en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado por desacuerdo o imposibilidad de sus padres o tutor (art. 157 CC). La Sección prácticamente se limita a señalar el órgano judicial competente por razón del territorio y la legitimación para promover el expediente.

277. Obsérvese que no es del todo exacto decir que a estos expedientes se les aplicarán “las disposiciones de este capítulo” (art. 88.1), por cuanto *en este Capítulo* se regulan otros dos expedientes que tienen sus propias reglas sobre ámbito de aplicación, competencia, legitimación y resolución. Debería pues emplearse una fórmula en la que quedase claro que lo aplicable son las disposiciones de la Sección 1ª, común a todos los expedientes del Capítulo, así como las de la propia Sección 2ª, en la que se contempla el expediente en cuestión. Esta apreciación vale también para lo ordenado en los arts. 89.1 y 91.1, respectivos artículos iniciales de las dos siguientes Secciones, en los que se emplea una fórmula idéntica.

278. La Sección 3ª se destina a regular la adopción de medidas en cuantos asuntos se planteen respecto a las relaciones de los menores en régimen de acogimiento con sus progenitores, sus abuelos y demás parientes y allegados (art. 160 CC). También aquí se señala la competencia judicial territorial, sin embargo no se menciona la legitimación para promover el expediente, aunque ésta se deduce del art. 160 CC (“a petición del menor, abuelos, parientes o allegados”). Claro que también se deducía esa legitimación, en el



caso de la Sección anterior, de los artículos del CC respectivos, y eso no impide que el art. 88.3 del Anteproyecto se destine a regularla. A cambio, la Sección 3ª integra un artículo sobre el posible contenido de la resolución (art. 90), que en cambio no aparece en la Sección anterior. Con independencia de la falta de armonía que supone que las diferentes Secciones estén compuestas de piezas heterogéneas, debe señalarse que la indicación de las medidas que el Juez puede adoptar en estos casos debería tener en cuenta lo señalado en el último inciso del art. 160.III CC. Por otro lado, en caso de estar en tramitación un proceso de familia, la competencia debería recaer en el Juzgado que esté conociendo del mismo, desplazando la regla ordinaria de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del menor o persona con capacidad judicialmente complementada. Ello a fin de evitar resoluciones contradictorias o a que haya que archivar el procedimiento ex art. 6.2 de la futura LJV.

279. Por último, la Sección 4ª del Capítulo que venimos tratando, concierne a los expedientes para la adopción de las medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad judicialmente complementada, o a la administración de sus bienes, en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil, concretando después los supuestos en cuestión. Tras definir así el ámbito de aplicación de la Sección, se determina la competencia territorial, la legitimación y el contenido de la resolución.

280. Como reflexión común a todos estos expedientes, cabe plantear si no sería más adecuado, en lugar de configurarlos como procedimientos de JV, llevarlos a la LEC, dentro del Título relativo a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en cuyo caso deberían tener reflejo en la enumeración inicial del art. 748 LEC, precepto que el Anteproyecto prevé reformar (DF 3ª.4). Bastaría con incorporarlos en un nuevo ordinal 6º (“los que



versen sobre desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad”), con el consiguiente desplazamiento de los ordinales 6º, 7º y 8º previstos en el Anteproyecto. Su naturaleza esencialmente controvertida lo aconsejaría. En ese caso, la experiencia enseña que sería importante disponer la existencia de un recurso de apelación con tramitación urgente en dos casos: (a) los desacuerdos sobre determinación del domicilio del menor, y (b) las intervenciones relacionadas con enfermedades del menor. Ello a fin de evitar que el Juez atribuya la capacidad de decidir a uno de los padres sin que el otro progenitor tenga la posibilidad de recurrir la decisión. Lógicamente, esta innovación exigiría la reforma en paralelo del art. 156 CC.

281. En particular, por lo que se refiere a las decisiones sobre el domicilio del menor, sería aconsejable introducir una fórmula de aceptación tácita de aquel cambio de lugar de residencia del menor que pueda tener el efecto de alejarle de su entorno habitual. En principio, los progenitores que ejerzan la patria potestad, con independencia de quién ostente la custodia y quién tenga un derecho de visitas, deberían necesitar, salvo que el Juez haya dispuesto otra cosa, del consentimiento expreso o tácito del otro para llevar a cabo un cambio de residencia del menor con esas características. Podría articularse un mecanismo en virtud del cual quepa entender que el otro cónyuge ha conferido tácitamente su consentimiento, si no se ha opuesto por cualquier medio admitido en derecho, en el plazo de treinta días desde la notificación, al cambio de residencia debidamente notificado. En caso de desacuerdo sería necesario contar con una autorización judicial, que deberá obtenerse en un procedimiento sumario, incluida la apelación.



c) De la intervención judicial en casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (art. 94 del Anteproyecto).

282. Compuesto de un solo artículo, este Capítulo III del Título III del Anteproyecto dota de una misma tramitación a diversos expedientes, un primer grupo de ellos relacionado con las divergencias de los cónyuges a propósito de la fijación del domicilio conyugal (art. 70 CC), y de dos aspectos del “régimen económico-matrimonial común”, como son la disposición sobre la vivienda habitual y los objetos de uso ordinario (art. 1320 CC), y la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio en caso de incumplimiento de este deber (art. 1318 CC), y un segundo grupo relacionado con la necesaria intervención del Juez en determinadas situaciones conectadas con la administración o disposición de bienes gananciales, cuando entre los cónyuges rijan este régimen matrimonial.

283. Si examinamos, a su vez, las diferentes situaciones relativas a actos de administración o disposición de bienes gananciales, la descripción de algunos de los casos recogidos en las letras c) a e) del art. 94 del Anteproyecto podría aquilatarse. La letra c) se refiere a la necesidad de intervención/autorización judicial para “*realizar un acto de administración respecto de bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición sobre los mismos, por hallarse el otro cónyuge impedido para prestarlo o se negare injustificadamente a ello*”, en lo que parece un intento de abarcar de modo conjunto los dos supuestos previstos en los arts. 1376 y 1377 CC. En el supuesto de los actos de disposición, quizás fuera oportuno puntualizar, de acuerdo con el art. 1377 CC, que deberá tratarse de un acto de disposición a título oneroso, para evitar causar la impresión de que el acto de disposición podría ser tanto oneroso como gratuito, lo cual no es exacto, ya que los actos gratuitos hechos sin el consentimiento de ambos cónyuges son nulos, sin que sea posible suplir el



consentimiento de uno de ellos a través de la intervención del Juez (art. 1378 CC).

284. En cuanto a la letra d), que alude a la necesidad de autorización judicial para “*administrar los bienes comunes, cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar el consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho*”, tal y como está redactada corre el riesgo de que parezca una mera redundancia con respecto al primer subcaso de la letra anterior. Sin embargo, todo apunta a que el prelegislador intenta cubrir aquí el supuesto contemplado en el art. 1388 CC, conforme al cual los tribunales podrán conferir la administración a uno sólo de los cónyuges cuando el otro se hallare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho. Este precepto alude, por tanto, a situaciones estables y no meramente puntuales para la realización de actos concretos de administración. Para subrayar ese factor, sería preferible que en lugar de referirse a “administrar los bienes comunes”, la futura Norma aludiera a “conferir la administración de los bienes comunes”.

285. En cuanto a la letra e) del art. 94 del Anteproyecto, se refiere a la autorización del Juez cuando sea necesaria para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, “*si el cónyuge tuviera la administración de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial*”. En realidad, esta previsión, que proviene del art. 1389.II CC, se aplica no sólo cuando un cónyuge ostente la administración de los bienes comunes, sino también cuando tenga conferida la disposición de los bienes gananciales, por haberle sido transferida *ministerio legis* en los casos en que se le haya nombrado tutor o representante legal de su consorte (art. 1387 CC, al que –junto con el art. 1388– se remite el art. 1389 CC). Por consiguiente, el proyectado art. 94.e) del Anteproyecto debería decir algo



semejante a: “*si el cónyuge tuviera la administración, así como en su caso la disposición, de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial*”.

286. La regla de competencia territorial del apartado 3 del art. 94 (según la cual será competente para todos los expedientes de este Capítulo “el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o residencia de los cónyuges”), debería tal vez considerar el hecho de que en alguno de los expedientes, como el de fijación de domicilio conyugal o el de concentración en un cónyuge de las facultades de administración de los bienes comunes por abandono familiar del otro, o incluso por separación de hecho, faltaría o podría faltar la existencia de un lugar común, desde luego de domicilio, pero incluso de residencia, de los cónyuges, con la consiguiente dificultad de aplicación de esa regla. Sería pues conveniente proveer un fuero alternativo para determinar la competencia territorial en esos supuestos.

287. En cuanto a la intervención de Abogado y Procurador para promover y actuar en estos expedientes, que se establece como preceptiva para realizar actos de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros, debería considerarse la posibilidad de ceñir esa necesidad a los casos relacionados con la administración de bienes gananciales, dejando fuera los expedientes sobre disposición de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario, y sobre contribución a las cargas del matrimonio, habida cuenta de su íntima conexión con las necesidades básicas de la familia.

4. Expedientes de JV relativos al Derecho sucesorio (Título IV del Anteproyecto).

288. Contiene el Título IV del Anteproyecto la regulación de algunos expedientes de JV relativos al Derecho sucesorio, aquéllos cuya competencia corresponde



a los órganos judiciales. Se trata de ciertas actuaciones en relación con el albaceazgo, tales como la renuncia al cargo del albacea, su remoción, la rendición de cuentas y la obtención de autorización para que pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia (Capítulo I); la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor (Capítulo II); y la aceptación y repudiación de la herencia efectuada por los padres respecto de sus hijos menores, por el tutor respecto de su pupilo o por los acreedores del llamado a la herencia que renuncie a la misma en perjuicio de aquéllos (Capítulo III). Esta regulación debe completarse con la –más extensa– de los expedientes en materia de sucesiones que se prevé incluir en la LNot (Título VII, Capítulo III).

289. El contenido de los tres grupos de expedientes que se regulan en el Título IV del Anteproyecto, se limita prácticamente a las reglas sobre competencia territorial y funcional y sobre postulación. Sólo en el Capítulo destinado a la aceptación y repudiación de la herencia, se abordan también la legitimación y la resolución del expediente. Habida cuenta del escaso contenido de los respectivos Capítulos, parece discutible el empleo de expresiones como “será de aplicación lo previsto en este capítulo” (arts. 95.1 y 96.1) o “se aplicarán las disposiciones de este capítulo” (art. 97.1 del Anteproyecto), las cuales hacen presagiar un régimen de cierta extensión. Dicho régimen, coincidente en gran parte, sobre todo en los dos primeros Capítulos, resulta –como decimos– sumamente exiguo, destacando el hecho de que en ninguno de los tres grupos de expedientes se dispongan normas especiales en materia de tramitación, remitiéndose a las normas comunes de la Ley (arts. 95.3, 96.3 y 98.1 del Anteproyecto).

290. Es común a los tres expedientes el hecho de que se prevea la preceptiva intervención de Abogado y Procurador, salvo que la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros (arts. 95.2, 96.2 y 98.4), así como la



regla sobre competencia territorial, que viene a coincidir con la que el art. 52.1.4º LEC dispone para los juicios sobre cuestiones hereditarias (“*el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del causante, y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del solicitante*”), que en algún caso se combina con una regla sobre competencia funcional en virtud de la cual la decisión queda atribuida al Secretario Judicial (art. 95.4 para la renuncia del albacea y art. 96.3 para la aprobación de la partición hecha por el contador-partidor). Por cierto que esta atribución al Secretario Judicial motiva algunas modificaciones en los preceptos sustantivos de referencia (vid. arts. 843, 905, 910 y 1057 CC).

291. En el caso del albaceazgo, procede llamar la atención sobre el hecho de que la descripción de los casos en que será de aplicación lo dispuesto en el art. 95, elude algunas precisiones que tal vez fuera bueno introducir, para no dar lugar a confusión o descoordinación con las normas sustantivas sobre la materia. Así, al igual que en el artículo siguiente se puntualiza que lo dispuesto en él será de aplicación a la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor “cuando resulte necesario” (art. 843 CC), debería quizás puntualizarse que la intervención del Juez o del Secretario Judicial en materia de rendición de cuentas del albacea, o para efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia, deberá producirse únicamente en los casos en que, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, resulte necesario (vid. arts. 907 y 903 CC respectivamente). Otro tanto sucede con la prórroga del plazo del albaceazgo, que puede producirse por acuerdo de herederos y legatarios, sin necesidad de intervención judicial (art. 906 CC). De otro modo, podría interpretarse que una redacción efectuada en términos tan generales, ha de generar efectos sustantivos aptos para alterar las previsiones contenidas en el CC.



292. Finalmente, de nuevo en lo tocante a las relaciones entre la futura LJV y el Código Civil, debe revisarse la oportunidad de transcribir en el art. 99.3 del Anteproyecto el contenido del art. 1001.II CC (*“si se autorizare a los acreedores del heredero que hubiera repudiado la herencia a la que hubiere sido llamado, la aceptación de la misma en su nombre, sólo aprovechará a los promotores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en el Código Civil”*), que como puede verse constituye una regla netamente sustantiva que no tiene por qué ubicarse en el cuerpo legal llamado a regular el correspondiente procedimiento de JV.

293. Por lo que se refiere al expediente relativo a la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor dativo, cuando resulte necesario, debe ponerse en relación con el expediente regulado en el proyectado art. 65 LNot, atinente al nombramiento del contador-partidor dativo. Como veremos en las observaciones a esa parte del Anteproyecto, cabe sugerir una concentración de todas las competencias en materia de contadores-partidores dativos, de tal forma que el Secretario judicial aglutine tanto la función de aprobación de la partición como la de nombramiento del contador-partidor, incluida la renuncia al cargo y la prórroga del plazo para la realización de la partición.

294. En cuanto al expediente sobre aceptación y repudiación de la herencia, viene a representar el “núcleo mínimo” que en esta materia se proyecta dejar en manos del Juez, cual son los casos en que la aceptación o repudiación de la herencia necesite contar con autorización o aprobación judicial, por tratarse de la aceptación o repudiación efectuadas por padres o tutores respecto de sus hijos menores o pupilos, de la aceptación por los acreedores del heredero que hubiese repudiado la herencia en su perjuicio, o de la repudiación por los



legítimos representantes de asociaciones, corporaciones y fundaciones llamadas a una herencia. Queda en cambio fuera del ámbito de aplicación de este expediente todo lo relacionado con la repudiación de la herencia en el resto de supuestos, que podríamos considerar “ordinarios”, así como con la aceptación de la herencia haciendo uso del beneficio de inventario. En la actualidad, para efectuar tanto una cosa como la otra, nuestra legislación civil admite una dualidad de cauces: la presentación de un escrito ante el Juez competente o el otorgamiento de una escritura pública ante Notario (vid., respectivamente art. 1008 y 1011 CC). El Anteproyecto introduce diversas modificaciones en el CC, al tiempo que regula un expediente notarial sobre la formación del inventario, con el fin de concentrar en el Notario las facultades en ambas materias, suprimiendo correlativamente las competencias del Juez. Esta innovación será objeto de comentario *infra*, a la hora de abordar el correspondiente expediente notarial.

5. Expedientes de JV relativos al Derecho de obligaciones (Título V del Anteproyecto).

a) De la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando proceda (arts. 100 y 101 del Anteproyecto).

295. La regulación de los arts. 100 y 101 del Anteproyecto está estrechamente relacionada con la modificación, que el Anteproyecto también contiene, del art. 1128 CC. Con arreglo a esta última modificación, ese precepto del CC pasará a atribuir al Secretario judicial, en lugar de a “los Tribunales”, la competencia para fijar el plazo de una obligación cuando ésta no señale plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, así como la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor. Quiere decirse que se contempla efectuar un cambio en la competencia funcional de este expediente, pero sin convertirlo



en un expediente notarial, ni siquiera con carácter no exclusivo, como veremos que sucede con el expediente regulado a continuación.

296. En consonancia con la reforma del art. 1128 CC, el proyectado art. 100 LJV, indica que *“cuando, conforme al artículo 1128 del Código Civil o cualquier otra disposición legal, proceda que se señale judicialmente el plazo para el cumplimiento de una obligación a instancia de alguno de los sujetos de la misma, se seguirán las normas comunes de la presente ley”*. Por su parte, el art. 101 del Anteproyecto se limita a señalar que *“la tramitación y resolución del presente expediente corresponderá al Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor”* y que *“para la actuación en este expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador”*. Como puede verse, se trata de una regulación de muy baja densidad, que pretende ser un mero acompañamiento del cambio operado en la norma sustantiva de referencia, limitándose a aspectos como la competencia territorial/funcional y la postulación. En todo lo tocante a la tramitación y resolución hay una remisión a las normas comunes de la futura LJV.

297. Suscita algunas dudas la valoración de esta disposición, por cuanto ha de tenerse en cuenta que la fijación del plazo de una obligación no es una tarea meramente deductiva o que pueda equipararse a la determinación de un plazo procesal, sino que comporta una labor de interpretación e integración del contrato o título fuente de la obligación, cuando no una labor constitutiva de una situación jurídica efectuada con base en principios generales, como el de buena fe y el de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, todo lo cual nos aproximaría al ejercicio de una función netamente jurisdiccional.

298. En otro orden de cosas, la fijación de la competencia territorial del Juzgado por referencia al domicilio del deudor, puede no ser adecuada en determinados casos. Por ejemplo, en la relación trabada entre un consumidor



o usuario y un empresario o profesional, siendo éste el deudor de la prestación cuyo plazo, puesto en beneficio suyo, haya quedado sin fijar, o cuya duración haya quedado a su voluntad, cabe entender como más apropiado –al margen de la posibilidad que tendría el consumidor de instar la nulidad de la cláusula de referencia en virtud del art. 85.8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios–, atribuir la competencia al Juzgado del domicilio del acreedor, en la línea de lo previsto en el art. 52.1.14º LEC en relación con los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación.

b) De la consignación (arts. 102 y 103 del Anteproyecto).

299. Se aplican estos preceptos a todos aquellos casos en que, procediendo la consignación conforme a la ley (art. 1176 y ss. CC), pretenda realizarse ésta ante el órgano judicial. Debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto prevé modificar algunos artículos del CC en sede de ofrecimiento de pago y consignación (concretamente los arts. 1176, 1178 y 1180), contemplando una doble posibilidad de efectuar la consignación, a elección del deudor: ante el Notario o ante el Juez. El desarrollo del expediente notarial de consignación se efectúa en el proyectado art. 68 LNot. No obstante, como veremos en la parte correspondiente de este Informe, el expediente notarial de consignación adolece de un tratamiento muy tímido que lo hace prácticamente inservible para los fines a los que se supone enderezado, quedando prácticamente reducido al aspecto concerniente al ofrecimiento de pago. Por el contrario, el expediente judicial de consignación sí está concebido para que pueda servir a la finalidad de lograr la extinción de la obligación y la liberación del deudor.

300. Tanto la regla sobre competencia como la relativa a la postulación (art. 102.II y III LJV respectivamente) deben considerarse adecuadas. La primera



porque señala como territorialmente competente al Juzgado de Primera Instancia correspondiente al lugar donde deba cumplirse la obligación (o al de cualquiera de los posibles, si la obligación pudiera cumplirse en varios lugares, a elección del solicitante), y en su defecto, al Juzgado del domicilio del deudor. La segunda porque indica que en el presente expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

301. También resulta acertada la regulación de la tramitación del expediente, tanto por lo que respecta a los requisitos que deberá reunir el deudor para poder promoverlo, como por lo que hace a la división en dos fases del procedimiento: en la primera es el Secretario quien, después de declarar admitida la solicitud, notificará a los interesados la existencia de la consignación, a los efectos de que en el plazo de diez días retiren la cosa debida o realicen las alegaciones que consideren oportunas, además de adoptar las medidas oportunas en cuanto al depósito de la cosa debida. En esta primera fase, puede suceder que los interesados retiren la cosa debida aceptando expresamente la consignación, en cuyo caso el Secretario judicial dictará decreto teniéndola por aceptada, con los efectos legales procedentes, mandando cancelar la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicitará el deudor. En caso de que, transcurrido el plazo, no procedieran a retirar la cosa debida, no realizaran ninguna alegación o rechazaran expresamente la consignación, se prevé dar traslado al consignatario para que inste, en el plazo de cinco días, la devolución de lo consignado o el mantenimiento de la consignación.

302. La retirada de la cosa puede adoptar dos modalidades dependiendo de si el deudor la efectúa por su exclusiva voluntad o si, tras solicitarlo al Juzgado y haberse dado traslado de la petición de retirada al acreedor, éste prestara su autorización a la misma. En este caso el Secretario judicial dictará decreto acordando el archivo del expediente y el acreedor perderá toda preferencia



que tuviere sobre la cosa y los codeudores y fiadores quedarán libres, mientras que en el primer caso el archivo del expediente dejará subsistente la obligación; todo lo cual es coherente con las normas sustantivas contenidas en los arts. 1180.II y 1181 CC.

303. La segunda fase del procedimiento comienza cuando el deudor insiste en el mantenimiento de la consignación, caso en el que el Secretario deberá citar al consignatario, al acreedor y a aquellos que pudieran estar interesados a una comparecencia a celebrar ante el Juez, en la que serán oídos y se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y acordadas. El Juez deberá resolver declarando o no estar bien hecha la consignación, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la concurrencia en la consignación de los requisitos que correspondan. Si la tuviere por bien hecha, la resolución judicial producirá los efectos legales procedentes (la extinción de la obligación, conforme al art. 1180.I CC), se entregará al acreedor la cosa consignada y se mandará cancelar la obligación a solicitud del deudor. En caso contrario, la obligación subsistirá y se devolverá la cosa consignada al deudor.

304. Creemos que el tratamiento de la materia es acertado, que el reparto funcional de competencias entre Juez y Secretario judicial también lo es, y que por ende se debería tratar de emular esta estructura en la regulación del expediente notarial homólogo.

c) De la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo (arts. 104 a 107 del Anteproyecto).

305. Las disposiciones contenidas en los arts. 104 a 107 de la futura LJV deben ponerse en relación con lo preceptuado en el art. 507 CC a propósito del usufructuario que, estando dispensado de prestar fianza o no habiendo



podido constituirla, o resultando insuficiente la que hubiese constituido, desee reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo o dar al capital obtenido el destino que estime conveniente, no contando para ello con la autorización del nudo propietario.

306. La regulación de este expediente judicial de JV se encuentra en plena consonancia con el régimen jurídico sustantivo de la materia. Tan sólo cabe llamar la atención sobre una discordancia, cual sería que en el proyectado art. 106 LJV se da a entender que el usufructuario puede solicitar la autorización judicial no sólo cuando tenga el propósito de cobrar un crédito vencido sino también cuando ya lo hubiera realizado, lo que parece no coherencia bien con lo dispuesto en el art. 507 CC.

307. Por otro lado, debe consignarse que la ausencia de una palabra provoca, a nuestro modo de ver, un error gramatical en el art. 104 LJV. Transcribimos a continuación el texto de esta disposición añadiendo, subrayada, la partícula omitida:

“Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los supuestos en los que el usufructuario pretenda reclamar y cobrar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo, cuando esté dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente y no cuente con la autorización del propietario para hacerlo, así como para poner a interés el capital obtenido con dicha reclamación si no contará con el acuerdo del propietario”.

6. Expedientes de JV en materia mercantil (Título VII del Anteproyecto).

308. Con carácter preliminar, debe reflexionarse sobre la posibilidad de rescatar un mayor número de los expedientes que se incluyeron en el Proyecto de LJV



de 2006 y que, ignorándose las razones de su omisión, dejan de incluirse en el actual Anteproyecto. En opinión de este Órgano, diversos argumentos justificarían su inclusión, preferentemente con atribución a los Registradores Mercantiles de la competencia para tramitar y resolver tales expedientes.

309. En primer lugar, existía un general consenso político plasmado en la redacción del non nato Proyecto de LJV de 2006 sobre el elenco de expedientes en materia mercantil, susceptibles de ser encomendados a los Registradores Mercantiles. En todo caso, de suyo, la calificación registral que ponga término al procedimiento debe poder recurrirse ante el Juez de lo Mercantil, como es regla general en la inscripción y en el procedimiento ahora existente. El control jurisdiccional queda asegurado merced al sistema de recursos habitual.

310. Segundo, se trata de materias todas ellas directamente vinculadas a la función calificadora de documentos inscribibles y a las bases de datos que obran en el Registro. De esta manera, se encomendarían funciones al Registrador cuyo conocimiento profesional especializado se da por supuesto; algunos de cuyos datos y presupuestos están al alcance del funcionario (en la contabilidad: porque los libros se legalizan en el Registro y las cuentas se depositan; en nombramiento de expertos y administradores, porque ya existen procedimientos en paralelo y experiencia acreditada; en convocatoria de junta, porque las reglas de convocatoria están a la vista; en amortización forzosa de acciones o disolución forzosa, porque son materias sobre las que habitualmente recae la calificación y los estatutos están a la vista del registrador, etcétera).

311. Tercero, existiendo una mínima controversia, y siendo por tanto materias que pueden desjudicializarse, debe asegurarse una competencia única y un funcionario predeterminado por la Ley no susceptible de elección. No es



conveniente que las decisiones sobre si procede o no reconocer o exhibir libros contables o si procede convocar queden abiertas a la decisión de los interesados que simultáneamente puedan escoger quien decida el procedimiento. Sería caótico permitir que los interesados puedan simultáneamente ensayar en relación a una misma junta y convocatoria varios procedimientos ante varias autoridades competentes.

312. En fin, en una convocatoria de junta o en una solicitud de reconocimiento de libros, creemos que la función de decisión debe ser atribuida al Registrador Mercantil por las razones expuestas (tiene los estatutos a la vista, es autoridad única predeterminada en su ámbito territorial de competencia, controla cuestiones sobre las que ordinariamente califica, tiene la base de datos más completa pública sobre el empresario lo que incluye las cuentas y los libros legalizados, etc.), lo que sin embargo no es obstáculo para que en el seno del procedimiento intervengan otras autoridades. Así, un ejemplo de la múltiple intervención para convocatoria y reconocimiento/exhibición de libros podría ser éste: a) el Registrador resuelve sobre al fondo a la vista de la solicitud y los datos que obran en el Registro; b) el notario puede intervenir para levantar acta de la junta (si se solicita por quien corresponda acta notarial de ella en ejercicio del derecho del socio que reconoce la LSC), o cuando haya que personarse en la sede social para poner a disposición la documentación; c) la garantía judicial de derechos se arbitra mediante la posibilidad de recurso ante el Juez contra la decisión del Registrador.

313. En virtud de lo señalado, cabe sugerir la plasmación de diversos expedientes de JV en materia mercantil, con atribución de la competencia al Registrador Mercantil, lo que podría acaso efectuarse por vía de adicionar cuatro nuevas disposiciones adicionales a la futura LJV. A continuación, se formula la redacción que podría darse a esas disposiciones adicionales, numeradas a partir de las tres que contempla el Anteproyecto:



“Disposición adicional cuarta. Exhibición extrajudicial de los libros de las personas obligadas a llevar contabilidad.

1. Sin perjuicio de la competencia del Juzgado de lo mercantil, la comunicación y exhibición de los libros de las personas obligadas a llevar contabilidad podrá decidirse por procedimiento tramitado ante el Registrador Mercantil del domicilio social del empresario por las reglas establecidas en su Reglamento.

2. Podrá acumularse la solicitud de designación de auditor en los términos previstos en el artículo 40 del Código de Comercio.

3. La decisión favorable del Registrador incluirá certificación de los libros que el empresario hubiera legalizado y las cuentas depositadas en el Registro y la designación de notario para levantar acta de la exhibición o reconocimiento en el establecimiento conforme a lo previsto en el art. 32 del Código de Comercio.

4. La decisión favorable o desfavorable del Registrador podrá recurrirse ante el Juez de lo Mercantil y por el trámite de los recursos contra la calificación.

Disposición adicional quinta. Convocatoria de junta o asamblea general.

1. Cuando se trate de entidades inscribible en el Registro Mercantil, el Registrador podrá convocar la junta general o asamblea, ordinaria o extraordinaria, en los supuestos previstos en las Leyes en sustitución de la convocatoria judicial y, en particular, de conformidad con lo previsto en los artículos 169 y 170 LSC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. A la vista de los estatutos inscritos el Registrador resolverá lo que proceda y nombrará en su caso un notario que levante acta de la sesión cuando la solicitud procediera de los administradores o la petición de intervención notarial hubiera sido formulada por quienes según la Ley tienen derecho a pedirla.

3. El procedimiento se tramitará por lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Contra la decisión del Registrador podrá interponerse recurso ante el Juez de lo Mercantil competente y por el trámite de los recursos contra la calificación.

Disposición adicional sexta. Otros expedientes de jurisdicción voluntaria susceptibles de ser administrados por el Registrador Mercantil.

El Registrador Mercantil del domicilio social del empresario será competente para resolver los siguientes expedientes de jurisdicción voluntaria:

a) La designación de auditor de cuentas a petición de quien acredite un interés legítimo en el supuesto del artículo 40 del Código de Comercio.

b) El nombramiento de coadministrador en las compañías mercantiles previsto en el artículo 132 del Código de Comercio.

c) La decisión relativa a la disolución forzosa de la sociedad irregular en el supuesto del artículo 40 de la Ley de Sociedades de capital.

d) Las decisiones relativas a la enajenación y reducción forzosa de capital en anónimas y limitadas en los casos de infracción de la normativa de autocartera previstas en los artículos 139.3 y 4, 141.2 y 152 de la Ley de Sociedades de Capital.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

e) La revocación y nuevo nombramiento de auditor en el supuesto contemplado en el artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital.

f) La constatación de que los créditos se encuentran ya suficientemente garantizados y que los acreedores no disfrutaban de derecho de oposición a la reducción de capital de anónimas en los términos del artículo 334.2 Ley de Sociedades de Capital.

g) La decisión relativa a la disolución forzosa de la sociedad previa constatación de la existencia de la correspondiente causa legal en los términos previstos en el artículo 366 de la Ley de Sociedades de Capital así como la convocatoria de la junta y el nombramiento de liquidadores previstos en el artículo 377.1 y 377.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

h) La separación forzosa de los liquidadores del artículo 380 de la Ley de Sociedades de capital.

i) La designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación de las sociedades anónimas a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social, de conformidad con lo previsto en el artículo 381 de la Ley de Sociedades de Capital.

j) La designación de liquidador en los supuestos previstos en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital.

Disposición adicional séptima. Incidente registral sobre suficiencia de garantía de los créditos para el ejercicio de derecho de oposición del artículo 334.2 de la Ley de Sociedades de Capital.



En caso de discrepancia sobre la suficiencia de garantía de los créditos a los efectos del derecho de oposición regulado en el art. 334.2 de la Ley de Sociedades de Capital, resolverá el Registrador Mercantil del domicilio social, en expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado a petición de los interesados.

a) De la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad (arts. 118 a 122 del Anteproyecto).

314. Pasando ya al análisis de los expedientes judiciales de JV en materia mercantil que el prelegislador sí ha previsto incorporar en la futura LJV, y comenzando por el de exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad, su correlato en el plano sustantivo lo hallamos en el art. 32 del Código de Comercio (CCom), según el cual, tras señalar que la contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las leyes, se indica que *“la comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, sólo podrá decretarse, de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo”*, si bien a renglón seguido se puntualiza que, *“en todo caso, fuera de los casos prefijados en el párrafo anterior, podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate”*.



315. El expediente contemplado en los arts. 118 a 121 LJV viene pues a concretar la vía a través de la cual la persona interesada podrá proceder a la solicitud de esa exhibición, a salvo que exista una norma especial que sea aplicable al caso (art. 118 del Anteproyecto). Se trata de un expediente judicial en sentido puro, en tanto la competencia para decidirlo se atribuye al Juez, concretamente al titular del Juzgado de lo Mercantil del domicilio de la persona obligada a la exhibición, o del establecimiento a cuya contabilidad se refieran los libros y documentos de cuya exhibición se trate (art. 119.1). Ahora bien, en el seno del expediente se reserva algún papel al Secretario judicial, suscitando alguna duda la asignación de cierta función, como en seguida veremos. Por lo demás, resulta preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, como ocurre con todos los expedientes en materia mercantil llamados a ser regulados en la futura LJV.

316. En relación a la competencia objetiva de los Juzgados mercantiles, en todo caso procede realizar una recomendación aclaratoria, y ello en tanto, la doctrina jurisprudencial ya tiene pacíficamente establecido, con relación a la atribución de competencia a los Juzgados de lo mercantil de la llevanza de procedimientos monitorios en los que la reclamación afecta a materias de su competencia (propiedad intelectual p. ej.), la claridad en tal atribución sin lugar a dudas, pueden extenderse a los expedientes de JV. Así, hemos de argumentar que no existe impedimento para la atribución a los Juzgados Mercantiles, de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria y ello por hacer extensivo el razonamiento habitualmente utilizado para la atribución a dichos órganos judiciales de los procedimientos monitorios en los que la reclamación traiga como causa materias cuyo conocimiento viene atribuido de manera exclusiva y excluyente a los mismos; tal argumento parte de la afirmación de que la competencia objetiva viene determinada por la materia y no por el procedimiento, y que cuando la ley habla de demandas, pretensiones, procedimientos, asuntos o acciones se está refiriendo a cualquier tipo de



procedimiento en materias cuyo conocimiento viene atribuido a los Juzgados Mercantiles, ya sea un proceso declarativo, un juicio monitorio o un expediente de jurisdicción voluntaria.

317. De lo expuesto cabe entender que la atribución de competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia, ha de interpretarse tomando en consideración el 86.ter Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que permite su aplicación preeminente frente a todos aquellos preceptos que atribuyan la competencia al Juzgado de Primera Instancia en materias relacionadas en dicho artículo, regulador de la competencia exclusiva de los Juzgados Mercantiles.

318. Pasando a la regulación de la tramitación, habrá que estar a las normas comunes de la Ley, con algunas especificaciones, relativas no tanto al procedimiento en sí como al contenido de la resolución que dicte el Juez a propósito de la exhibición solicitada y de cómo ésta deberá, en su caso, practicarse (art. 120.2 del Anteproyecto).

319. Por lo que hace al art. 121 del Anteproyecto, su contenido –como ocurre en otros casos a los que ya nos hemos referido– es, en parte, materia de índole sustantiva, llevando a cabo una traslación de lo preceptuado en el art. 33 CCom (“1. *El reconocimiento al que se refiere el artículo anterior, ya sea general, o particular, se hará en el establecimiento del empresario, en su presencia o en la de la persona que comisione, debiendo adoptarse las medidas oportunas para la debida conservación y custodia de los libros y documentos.*// 2. *En cualquier caso, la persona a cuya solicitud se decrete el reconocimiento podrá servirse de auxiliares técnicos en la forma y número que el Juez considere necesario*”). El elemento que se agrega es el relativo a la necesaria presencia del Secretario judicial durante la exhibición y a la constancia de lo actuado en acta que deberá levantar el propio Secretario.



320. Por último, en el art. 122.1, se previene la posibilidad de que la persona obligada a la exhibición se negara injustificadamente, obstaculizara o quebrantara el deber de colaborar y facilitar el acceso a la documentación solicitada, en cuyo caso será requerida por el Secretario judicial, a instancia del solicitante, para que lo haga y se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de la imposición de multa y de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial. Asimismo, se señala que si el incumplimiento persistiere, el Secretario judicial, tras oír al requerido, para asegurar el cumplimiento de la orden, podrá imponer mediante decreto y respetando el principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al otro interesado se hubieren podido causar, multas coercitivas de hasta 300 euros al día, que se ingresarán en el Tesoro Público (art. 122.2 y 3 LJV). Esta última función es la que suscita algunas dudas, puesto que si la multa sirve a reforzar el cumplimiento de la resolución dictada por el Juez en orden a la exhibición solicitada, parecería más apropiado que fuera el Juez, y no el Secretario judicial, quien decidiera sobre la imposición o no de la multa así como sobre la fijación de su cuantía, ponderando todos los elementos en juego.

b) Del nombramiento de administrador, liquidador o interventor de una entidad (arts. 123 a 126 del Anteproyecto).

321. El siguiente expediente en materia mercantil es el referido al nombramiento de administrador, liquidador o interventor de una entidad, concebido para todos aquellos supuestos en que la ley prevea la posibilidad de solicitar judicialmente dicho nombramiento, así como la revocación del mismo (art. 123 de la futura LJV). Se trata de casos como el nombramiento de liquidador, conforme a lo previsto en el art. 377 de la Ley de Sociedades de Capital



(LSC), o el nombramiento de interventor, según lo dispuesto en el art. 381 de esa misma Ley. De acuerdo con el primero, *“en caso de fallecimiento o de cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los liquidadores”*. Ídem si, convocada al efecto junta general por los liquidadores que permanezcan en el cargo, ésta no procediese al nombramiento de liquidadores. Por su parte, el art. 381 LSC estatuye que *“en caso de liquidación de sociedades anónimas, los accionistas que representen la vigésima parte del capital social podrán solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social la designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación”*. En materia de administradores, no parecen detectarse casos en la legislación mercantil en que éstos deban ser nombrados en sede judicial, y de hecho es sintomático que en el Borrador de Anteproyecto de LJV de octubre de 2005 [ídem en el Proyecto de LJV de 2006] este expediente se redujera al nombramiento de liquidador o interventor en los casos previstos legalmente. No obstante, sí cabe mencionar un supuesto de cese o revocación del administrador, a saber, el del art. 230 LSC, en virtud del cual, en la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición de dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad.

322. No hace mención el Anteproyecto al nombramiento de auditor, siendo así que también hay casos en que la ley prevé que este cargo debe ser provisto por decisión judicial. Así, en el art. 266 LSC, tras describirse en los artículos anteriores el sistema ordinario de designación del auditor por la junta general,



o en su defecto por el registrador mercantil, se establece que *“cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al juez la revocación del designado por la junta general o por el registrador mercantil y el nombramiento de otro”*. En consecuencia, debería agregarse la figura del auditor entre el elenco de cargos cuyo nombramiento o revocación puede ser hecha en sede judicial conforme al procedimiento regulado en este Capítulo II del Título VII del Anteproyecto. Como dato de interés, cabe consignar que en el Borrador de Anteproyecto de LJV de octubre de 2005, así como en el Proyecto de LJV de 2006, sí se incluía un expediente relativo a la solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios.

323. Al hilo de esta consideración, debe notarse que el Anteproyecto contempla modificar el art. 40 CCom, para disponer que la petición fundada por parte de quien acredite interés legítimo, y que puede derivar en la obligación del empresario de someter las cuentas anuales a un auditor, operará mediante solicitud al Registrador mercantil del domicilio del empresario para que designe la persona o personas que deban realizar la auditoría, y no ya mediante petición dirigida al “Juzgado competente, incluso en vía de jurisdicción voluntaria”, como dice el actual art. 40 CCom. Cabe plantearse si no debería añadirse también éste al elenco de casos a los que se aplique el procedimiento que venimos examinando, y por ende si sería procedente mantener la configuración de este supuesto como un expediente de JV de naturaleza judicial.

324. Con todo, si bien la competencia territorial en estos procedimientos se asigna al Juzgado de lo Mercantil del domicilio social de la entidad, la competencia funcional viene atribuida al Secretario judicial y no al Juez. Aquél es quien deberá convocar a una comparecencia a los interesados, y en particular a los administradores de la entidad que no hubieran promovido el



expediente, y aquél es también quien deberá resolver el expediente por medio de decreto, notificando la decisión a los nombrados para su aceptación del cargo y proveyéndoles a continuación de la acreditación correspondiente. La atribución competencial al Secretario es dudosa, por cuanto la regulación sustantiva parece partir de la existencia de un conflicto de intereses, y por tanto de una controversia latente en esta clase de expedientes.

325. Por lo demás, el Capítulo tiene un contenido relativamente poco denso. La regulación de la tramitación es sucinta, se refiere al modo de iniciación –que es el habitual, mediante solicitud en la que se exponga la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente en cada caso, acompañando los documentos en que se apoye la solicitud–, a las personas que deberán ser citadas a la comparecencia y a la decisión a adoptar por el Secretario. Algunos preceptos son prescindibles, por cuando se limitan a disponer un contenido tautológico. Es el caso del art. 124.2 del Anteproyecto, conforme al cual se atribuye legitimación para promover el expediente a “quien resulte legitimado para ello por las correspondientes leyes”.

c) De la disolución judicial de sociedades (arts. 127 a 130 del Anteproyecto).

326. El último de los expedientes en materia mercantil que regulará la LJV es el relativo a la disolución judicial de sociedades, cuyo correlato sustantivo debe buscarse en el art. 366 LSC. En efecto, este artículo dispone que si la junta, que los administradores deberán convocar para que adopte el acuerdo de disolución en los casos en que ésta sea procedente, no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior [el de disolución o los que sean necesarios para la remoción de la causa de disolución], cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social.



327. Es importante subrayar que el precepto termina especificando que “*la solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad*”. Ello vendría a dar idea de que, en principio, el legislador mercantil no parece haber contemplado este supuesto como un caso de jurisdicción voluntaria, sino contenciosa. No en vano, es significativo que este procedimiento no se incluyera entre los expedientes de JV en materia mercantil recogidos en el Borrador de Anteproyecto de LJV de octubre de 2005, ni en el Proyecto de LJV de 2006. Así las cosas, quizás debería repensarse la opción de ubicar este procedimiento en el seno de la futura LJV.
328. Más allá de esto, el contenido en sí del expediente es de corte similar al de los dos anteriores. Se dispone la competencia territorial y funcional, la necesidad de intervenir mediante Abogado y Procurador, la forma de iniciarse el expediente, los sujetos que deberán ser convocados a la comparecencia y el contenido de la resolución que dicte el Juez. Dado que se trata de un contenido poco prolijo, apenas cabe hacer un par de apuntes.
329. En primer lugar, es equívoco configurar la legitimación, como se hace en el art. 128.2 del Anteproyecto, por referencia a “los administradores, los socios y cualquier interesado”. La atribución de la legitimación a “cualquier interesado”, que comprende obviamente las dos anteriores, es la empleada por la Ley sustantiva, y es la que debería mantenerse. Por otro lado, es discutible que la Ley procesal pueda agregar una exigencia que la ley mercantil de referencia no establece. Aludimos al requisito de que cuando la solicitud se presente por sujeto legitimado distinto de los administradores, deberá acreditar que se ha procedido a notificar a la sociedad la solicitud de disolución. La LSC no establece dicho requisito, y por tanto creemos que no debería exigirse el cumplimiento del mismo en la futura LJV.



7. Sobre la conciliación (Título VI del Anteproyecto).

330. Regula el Título VI del Anteproyecto la figura de la conciliación, y lo hace en unos términos sustancialmente coincidentes con los del actual Título I del Libro II de la LEC/1881 (arts. 460 a 480, de los que se hallan derogados los arts. 461, 462, 470 y 478). Se mantienen constantes aspectos relevantes de este expediente, como la no necesidad de Abogado ni Procurador, el elenco de supuestos en los que no se admitirá la conciliación, la forma de plantear y presentar la solicitud, los efectos que causa la admisión de la misma, o la manera de llevar a cabo la celebración del acto. Así las cosas, al ser escasa la innovación respecto del régimen vigente, son también pocas las consideraciones que pueden realizarse.

331. Cabe mencionar, en primer lugar, la novedad consistente en atribuir la competencia para conocer de los actos de conciliación al Juzgado de Primera Instancia o al Juzgado de lo Mercantil, según corresponda por la materia, suprimiéndose la referencia al Juez de Paz que se mantiene en los arts. 460 y 463 LEC/1881, como órgano competente alternativo al Juzgado de Primera Instancia. Más en concreto, la decisión se atribuye el Secretario judicial de uno u otro Juzgado, aunque este aspecto de competencia funcional no es novedoso, ya que desde la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el art. 460 LEC/1881 ya dice que ante quien podrá intentarse la conciliación es ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia. Esta atribución competencial es coherente con lo dispuesto en el art. 456.3.b) LOPJ, en virtud del cual los Secretarios judiciales tendrán competencias, si así lo prevén las leyes procesales, en materia de “conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia”. En efecto, dado el carácter de mecanismo alternativo de solución de controversias, parece doblemente acertado residenciar en los Secretarios judiciales la competencia en materia de conciliación.



332. El decreto del Secretario judicial aprobando, en su caso, la avenencia, o haciendo constar que se intentó sin efecto o que se celebró sin avenencia, lleva aparejada ejecución de conformidad con el art. 571.2.9º LEC. Así se dispone tanto en el art. 116.1 del Anteproyecto como en el art. 476.I LEC/1881. En la regulación actual se aclara seguidamente que *“lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto en el mismo Juzgado en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado”* (art. 476.II LEC/1881), mientras que *“en los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado a quien hubiere correspondido conocer de la demanda”* (art. 476.III LEC/1881). Ambas reglas quedan fusionadas en el Anteproyecto en el art. 116.2 en el que, con una fórmula más inespecífica, se indica que *“lo convenido en acto de conciliación se ejecutará por el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil que corresponda”*. Siendo esto así, no se entiende bien que a continuación se establezca que *“en los demás casos, tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne”* (art. 116.3), puesto que si la expresión “Juzgado que corresponda” abarca ya las dos hipótesis posibles (que el competente para la ejecución sea el mismo órgano que conoció de la conciliación y que no lo sea), no parece que puedan aquí existir esos *otros casos*. Quizás quiera significarse el valor que cabe dar al acuerdo de conciliación en un ámbito extrajudicial, pero entonces debería señalarse así de forma explícita.

333. El Anteproyecto efectúa una contemplación explícita del trámite de admisión (art. 111.1), el cual en la regulación actual se da por sobreentendido (arts. 460.II y 479 LEC/1881). Junto a ello, la importancia de este trámite se ve reforzada, pues además de enumerar las materias en relación con las cuales no se admitirán a trámite las peticiones de conciliación (art. 108.2, que se corresponde con el art. 460.2 LEC/1881), se dispone que *“la utilización de*



este expediente para finalidades distintas de la prevista en el párrafo anterior [alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito] y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal tendrá como consecuencia la inadmisión de plano de la petición” (art. 108.1.II).

334. Debe considerarse acertado el tratamiento, algo más pormenorizado que el actual, que se hace de la no comparecencia en el art. 113 del Anteproyecto. En particular, parece correcto estatuir que en caso de no comparecencia del solicitante, sin acreditación de justa causa para no concurrir, el requerido podrá reclamar a aquél indemnización de los daños y perjuicios que su comparecencia le haya originado, así como que si el requerido no compareciere ni alegare justa causa para no concurrir, se pondrá fin al acto, teniéndose la conciliación por intentada a todos los efectos legales. En la regulación vigente (art. 469 LEC/1881), la solución para la incomparecencia injustificada de cualquiera de ellos, es que se dará el acto por intentado sin efecto, condenando en costas a quien no comparezca, quienquiera que éste sea. Sin embargo, ni parece correcto hablar de “costas”, ni tampoco aplicar el mismo trato al solicitante y al requerido, ya que, no siendo obligado acudir al intento de conciliación instado por otro, no puede exigirse al requerido un deber de justificación de su incomparecencia, a efectos de exonerarle de posibles daños y perjuicios derivados de ella, como en cambio es exigible al solicitante, a quien corresponde la iniciativa de solicitar el acto de conciliación. Cuestión diferente es la consecuencia que tenga para el requerido no comparecer ni avenirse a la conciliación en la hipótesis de que posteriormente decida allanarse a la demanda presentada contra él, pues ello determinará una mala fe relevante a efectos de la imposición de costas (art. 395 LEC).

335. Por otro lado, el art. 113.2 del Anteproyecto regula incluso el trámite de reclamación de esos daños y perjuicios, sobre la cual deberá resolver el Secretario judicial, dando traslado previo al solicitante para alegaciones. El



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretario resolverá fijando, en su caso, la indemnización que corresponda sin ulterior recurso. También se establece el modo de proceder cuando el Secretario judicial considerase acreditada la justa causa alegada por el solicitante o requerido para no concurrir: deberá procederse a suspender el acto y a señalar nuevo día y hora para la celebración del mismo en el plazo de los cinco días siguientes (art. 113.4).

336. El Anteproyecto, a diferencia de lo que sucede en los arts. 467 y 468 LEC/1881, no contiene especificaciones sobre la notificación de la providencia de citación al demandado, ni sobre el auxilio judicial para poder practicar tal citación en lugar distinto de donde se haya solicitado la conciliación. El art. 111 tan sólo indica que se citará a los interesados señalando día y hora en que haya de tener lugar el acto de conciliación, así como el plazo que deberá mediar entre la citación y dicho acto. Se entiende, por tanto, que resulta de aplicación la norma común de tramitación prevista en el art. 17.3 del Anteproyecto, según la cual la citación deberá practicarse con arreglo a la forma prevenida en la LEC, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.

337. En otros aspectos, sin embargo, se advierte un claro distanciamiento de las normas comunes de tramitación, hasta el punto de que cabe plantearse si realmente la conciliación no debería dotarse de un régimen completamente singular, al que no fuesen de aplicación dichas normas comunes. Así, esa distancia se aprecia en aspectos como la admisión, la comparecencia de las partes, la celebración del acto, la ejecución del resultado del expediente o los recursos frente a la decisión del Secretario judicial. Hasta tal punto el prelegislador parece asumir la singularidad de la conciliación que, incluso en los aspectos en los que no hay un alejamiento con respecto a lo dispuesto en las normas comunes de tramitación, como sería el caso de la solicitud (Cfr.



arts. 14 y 110 del Anteproyecto), no se sustrae a remedar la regulación general en un precepto propio dentro del Capítulo dedicado a la conciliación.

338. Finalmente, el Anteproyecto sustituye el acta de conciliación, de la que habla el art. 472 LEC/1881 y la cual refleja lo convenido en el acto de conciliación y ha de ser firmada por todos los concurrentes, por la grabación en la que quedará registrada –en soporte apto para reproducir la imagen y el sonido– la comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en la LEC (art. 114.4). A pesar de la dicción del art. 114.3 del Anteproyecto (*“si hubiere conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente todo cuanto acuerden y que el acto terminó con avenencia así como los términos de la misma”*), no está previsto extender un documento por escrito en el que se recojan los términos del acuerdo en su caso alcanzado. El decreto del Secretario judicial, como sucede en el sistema vigente (art. 471, último párrafo, LEC/1881), parece que se limitará a aprobar la avenencia, en caso de haberla alcanzado, o a hacer constar que no se alcanzó, así como a acordar el archivo de las actuaciones en ambos casos (art. 114.4).

339. Creemos que, dada la naturaleza contractual del acuerdo de conciliación (la cual se confirma en el art. 117.1 del Anteproyecto, que sólo permite impugnar lo convenido en el acto de conciliación por las causas que invalidan los contratos), resultaría oportuno prever algún tipo de reflejo documental de los términos del mismo, el cual fuese firmado por todos los comparecientes. Algo similar a lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, sobre el acta final del procedimiento y el acuerdo de mediación eventualmente alcanzado, que deben ser firmados por las partes. Piénsese que, de otro modo, resultaría difícil llevar a efecto lo previsto en el art. 116.3 del Anteproyecto, según el cual lo convenido en acto de conciliación *tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne*. En fin, debe notarse que el acta a la que se refiere el art. 472



LEC/1881 no tiene como finalidad recoger el desarrollo de la comparecencia, sino los términos del acuerdo convenido, en su caso, en el acto de conciliación. De ahí que, a diferencia de lo previsto en el art. 147 LEC, no puede ser sustituida por un soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Naturalmente, todo ello no obsta a la procedencia de grabar la comparecencia de la conciliación en cualquier caso, es decir, con independencia de que las partes hubieran alcanzado o no la avenencia.

8. Modificaciones que afectan al Código Civil (DF 1ª).

340. La DF 1ª del Anteproyecto se compone de noventa y cuatro apartados que introducen otras tantas modificaciones en el Código Civil. Como hemos descrito *supra*, en el apartado de “Estructura y contenido del Anteproyecto”, estas modificaciones afectan a materias muy diversas y lo hacen, a su vez, con un alcance diferente. Algunas de ellas ya han sido comentadas a la hora de analizar los respectivos expedientes de JV con los que guardan relación (v. gr. acogimiento/adopción, nombramiento de defensor judicial, ausencia y declaración de fallecimiento, administración de bienes gananciales); otras, como la que afecta al Derecho de sucesiones, se examinarán sobre todo al analizar las modificaciones introducidas en la LNot y en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En este epígrafe nos centraremos en las modificaciones que inciden sobre materias que no tienen correspondencia en un expediente regulado en la futura LJV, a saber, las que afectan al requisito de edad y a la forma de celebración del matrimonio, las dirigidas a permitir la separación y divorcio ante Notario, y las relativas a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

341. No obstante, antes de abordar estos tres bloques temáticos, haremos una breve anotación sobre los dos últimos números de esta DF 1ª del Anteproyecto, en virtud de los cuales se modifican los arts. 1392 y 1442 CC.



342. En cuanto al art. 1392 CC, sobre la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales, el prelegislador sólo prevé modificarlo para adecuar la terminología de su ordinal 3º, de tal forma que en lugar de hablar de “cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges”, pase a hacerlo de “cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges”, a fin de comprender el caso de la separación pactada ante Notario.

343. Pues bien, creemos que esta reforma es una buena oportunidad para establecer una modificación legal, de forma que la disolución de la sociedad de gananciales se adelante al cese efectivo de la convivencia –fundamento ésta de la comunicación ganancial– en lugar de esperar a que se dicte sentencia y mucho menos a la firmeza de la misma. A tal efecto, el cese efectivo de la convivencia se acredita con la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues si bien puede persistir la convivencia física es evidente que implica la ruptura de la *affectio maritalis*, lo que desvirtúa radicalmente la comunicación ganancial. Adicionalmente, habría que introducir un nuevo apartado para considerar la disolución de la sociedad de gananciales ante situaciones de separación de hecho, sin constancia jurisdiccional, a las que debe exigirse la acreditación fehaciente, como ya existe en diversas legislaciones sobre uniones de hecho (v. gr. manifestación o requerimiento notarial). Sumado todo, el precepto pasaría a tener el siguiente tenor:

“La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

1º. Desde la admisión a trámite de la demanda de disolución del matrimonio o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges al divorcio otorgado en escritura pública.



2º. Desde la admisión a trámite de la demanda de nulidad matrimonial.

3º. Desde la admisión a trámite de la demanda de separación matrimonial o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges a la separación otorgado en escritura pública.

4º. Desde que se acredite fehacientemente la separación de hecho de los cónyuges.

5º. Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”.

344. Por lo que hace al art. 1442 CC, la reforma que se prevé es más bien de índole terminológica, puesto que allí donde el precepto actual habla de “quiebra” o de “quiebra o concurso”, el proyectado habla únicamente de “concurso”, y allí donde el primero habla de “separados judicialmente o de hecho”, el segundo lo hace de “separados legalmente o de hecho”. Sobre esta modificación debe advertirse que, acuerdo con una parte de la doctrina, el art. 1442 CC ha sido abrogado por el art. 78 de la Ley Concursal (LC), que en sus dos primeros apartados contiene básicamente la misma norma, pero sin incurrir en el anacronismo consistente en seguir hablando de “periodo de retroacción de la quiebra”. En dichos apartados se lee:

“1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella



fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

345. En efecto, frente al periodo de retroacción al que alude el art. 1442 CC, la LC dispone la posibilidad de ejercitar determinadas acciones de reintegración de la masa activa del concurso, bajo la premisa de que, declarado el concurso, los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere habido intención fraudulenta, son rescindibles (art. 71.1 LC).

346. En resumen, no parece procedente seguir hablando en el art. 1442 CC del “periodo a que alcance la retroacción del concurso”, siendo probable incluso que no tenga sentido seguir manteniendo la vigencia del art. 1442 CC, en tanto la norma que lo contiene se halla recogida, con eliminación de la parte obsoleta, en el art. 78.1 y 2 LC. En cuanto a la actualización del inciso relativo al caso de que los cónyuges estén separados “judicialmente o de hecho”, a fin de reemplazar el término “judicialmente” por “legalmente”, debería efectuarse sobre el texto del art. 78.2 LC, y no ya –o no sólo, en cualquier caso– sobre el texto del art. 1442 CC. Esta modificación legal no se encuentra prevista en el Anteproyecto.

a) El requisito de edad y la forma de celebración del matrimonio.

347. El primero de los cambios del CC en materia de matrimonio sobre los que procede llamar la atención, afecta a uno de los requisitos para contraer matrimonio, y concretamente al de edad. Como se sabe, con arreglo al art. 46.1º CC, no pueden contraer matrimonio los menores de edad no



emancipados. En el régimen actualmente vigente, sin embargo, esta exigencia de mayoría de edad o emancipación admite ser dispensada por el Juez. Conforme al art. 48.II CC, el Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte, puede dispensar el impedimento de edad a partir de los catorce años. El Anteproyecto planea suprimir esta dispensa, de tal modo que deje de ser viable en ningún caso el matrimonio por debajo de los dieciséis años, edad mínima para la emancipación. A tal fin, se modifica la redacción del art. 48 CC y se deroga el art. 316 CC, que prevé precisamente que “el matrimonio produce de derecho la emancipación”.

348. Como se explica en la MAIN (p. 10), al comentar el expediente de JV dirigido a obtener las dispensas para contraer matrimonio, el régimen diseñado en la futura LJV *“ya tiene en cuenta que la edad para contraer matrimonio se eleva de 14 a 16 años, de acuerdo con los trabajos que han llevado a cabo los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con lo que este supuesto pierde sentido y pasa a regirse por el régimen general de la emancipación del Código Civil”*. No hay una explicación más detenida acerca de esta medida, quizás por entender que se justifica por sí sola. Tampoco se pormenorizan los trabajos a los que ese pasaje alude, pero una somera indagación nos conduce al II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016, presentado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013. Una de las medidas propuestas en este Plan consiste en la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio (vid. Objetivo 2, punto 2.9, pág. 66), la cual aparece vinculada a la elevación de la edad mínima para el consentimiento sexual en relación con los abusos sexuales a menores. Se dice que ambas medidas estarían conectadas con observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y por el Consejo de Europa. Desde este punto de vista, la fijación de la edad para casarse en los dieciséis años, sin posibilidad de dispensa, sería complementaria de la



elevación de trece a dieciséis años de la edad de referencia para la comisión de la conducta de abuso sexual a un menor, elevación que se refleja en el futuro art. 183 del Código Penal (CP), de acuerdo con el Proyecto de L. O. por la que se modifica el CP, actualmente en fase de discusión parlamentaria (vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 66-1, 4 de octubre de 2013).

349. Ahora bien, por lo que hace a la edad mínima para contraer matrimonio, debe señalarse que en rigor, nuestro ordenamiento no fija esa edad en los catorce años, sino que exige que la persona sea mayor de edad o se halle emancipada. Los menores por debajo de los dieciséis años, o incluso por encima de esa edad si no están emancipados, sólo pueden casarse contando con la previa dispensa judicial. Quiere decirse que no es exacto afirmar que la reforma proyectada supondrá la elevación de la edad mínima para casarse de catorce a dieciséis años. Lo correcto es decir que el prelegislador pretende suprimir la dispensa del requisito de edad para contraer matrimonio. Dicho de otro modo, con arreglo a la modificación en ciernes se sustituirá el control judicial caso por caso, por un control legal general y abstracto. Con el sistema actual, algunos menores no emancipados pueden casarse, si el Juez aprecia que existe una justa causa para ello una vez oídos el menor y sus padres o guardadores. Con el que se quiere instaurar ningún menor no emancipado podrá, bajo ninguna circunstancia, contraer matrimonio. Pareciera como si el legislador desconfiara del buen hacer de ese control *ad hoc* puesto en manos de los jueces.

350. Y sin embargo las estadísticas indican que no existe un problema de calado, ya sea porque los jueces están actuando como auténtico filtro, ya porque en la práctica no se presenta un número apreciable de peticiones de dispensa por razón de edad. Así, con datos del Instituto Nacional de Estadística, durante el periodo comprendido entre los años 2006 y 2012 contrajeron



matrimonio en España un total acumulado de 65 personas de menos de 16 años (60 mujeres y 5 hombres), de las que sólo 10 contaban únicamente 14 años (8 hombres y 2 mujeres). Estas figuras dan idea de la escasa relevancia del fenómeno en nuestro país, y avalarían continuar confiando en el control judicial individualizado de los [pocos] casos que de este tipo se presentan.

351. A la anterior consideración se añade que los instrumentos internacionales sobre la materia no establecen una concreta edad mínima para contraer matrimonio. La Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos (1962), a la que España se encuentra adherida, no establece sino que (art. 2):

“Los Estados parte, en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad”.

352. Inclusive la posterior Recomendación de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1965), de carácter no vinculante, que sí cifra una edad concreta, vuelve a contemplar la posibilidad de dispensa. En efecto, conforme a su Principio II:

“Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la



autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad”.

353. Parece pues que la actual legislación española se aviene perfectamente con estos instrumentos internacionales, puesto que la clave está en fijar una edad mínima para contraer matrimonio –tal y como nuestro CC hace, situándola incluso en un umbral más elevado que el de los 15 años–, siendo admisible el matrimonio por debajo de ese mínimo con dispensa otorgada por autoridad competente, por causa justificada y en interés de los contrayentes. A nuestro parecer, el control judicial en estos casos es garantía más que suficiente para asegurar que en ningún caso el matrimonio de una persona menor de la edad mínima requerida, va a comportar para ella una situación de explotación o de inferioridad con respecto al otro contrayente, y que el consentimiento se presta con un correcto conocimiento del alcance del negocio para el que se otorga.

354. Sumado todo, el nuevo expediente de JV para dispensa de los otros dos impedimentos para contraer matrimonio (muerte dolosa del cónyuge anterior y parentesco del grado tercero entre colaterales), regulado en los arts. 83 a 86 del Anteproyecto y al que se remite el proyectado art. 48 CC, podría perfectamente emplearse para dispensar el impedimento de edad; máxime cuando precisamente se prevé aglutinar en el Juez de Primera Instancia la competencia para conceder o denegar todas las dispensas, desapareciendo la actual atribución al Ministro de Justicia de la facultad para dispensar el impedimento de crimen.

355. Debe quedar claro, finalmente, que con arreglo al sistema del Anteproyecto, no será posible el matrimonio de menores de edad, salvo que éstos se encuentren previamente emancipados, pues el matrimonio dejará de producir de derecho la emancipación y el requisito de edad dejará de ser dispensable



completamente. Puesto que la intención del prelegislador podría ser sólo la de no permitir la dispensa del requisito de edad a partir de los catorce años, por considerarla una edad excesivamente temprana, cabría, como alternativa, mantener la posibilidad de dispensa judicial del requisito de edad, así como el efecto automáticamente emancipatorio asociado al matrimonio, pero elevando el listón a partir del cual puede operar esa dispensa, de los catorce a los dieciséis años. De este modo, se impedirían los matrimonios de personas más jóvenes, pero también se evitaría tener que efectuar una emancipación previa al matrimonio cuando el sujeto tenga más de dieciséis años cumplidos.

356. La segunda gran modificación en materia de matrimonio prevista en el Anteproyecto afecta a la forma de celebración del mismo. De conformidad con el proyectado art. 51.2 CC, será competente para celebrar el matrimonio:

“1º. El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

2º. El Notario libremente elegido por ambos contrayentes que tenga su sede en el lugar de celebración.

3º. El Encargado del Registro Civil del lugar donde se celebre el matrimonio.

4º. El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero”.

Definitivamente, pues, desaparece la alusión que en ese artículo aún se mantiene al Juez encargado del Registro Civil, si bien el impacto de esta supresión es sólo aparente, pues la disposición final 2ª de la LRC ya había establecido que *“las referencias que se encuentren en cualquier norma referidas a Jueces o Magistrados encargados del Registro Civil se entenderán*



hechas al Encargado del Registro Civil, en línea con la desjudicialización del Registro Civil y la reasignación de competencias de los Jueces encargados del mismo a los funcionarios que asumirán sus funciones desde la entrada en vigor de la Ley 20/2011 en julio de 2014. Es más, en materia de autorización de matrimonio hay que estar, en la actualidad, al segundo párrafo de esa misma DF 2ª LRC, en virtud de la cual *“las referencias que se encuentren en cualquier norma al Juez, Alcalde o funcionario que haga sus veces competentes para autorizar el matrimonio, deben entenderse referidas al Alcalde o Concejales en quien éste delegue”*. Y es que, en efecto, de acuerdo con el sistema de la LRC de 2011 –aún no en vigor–, la celebración del matrimonio en forma civil corresponderá exclusivamente a los Alcaldes o a los Concejales en quienes aquellos deleguen (art. 58.1 LRC), excluyéndose pues incluso a los Encargados del Registro Civil.

357. Con todo, además de “recuperar” para el listado de personas que pueden celebrar matrimonios a los Encargados del Registro Civil, la mayor novedad del proyectado art. 51.2 CC es la inclusión en dicho listado de los Notarios. En este caso, el papel del celebrante en el matrimonio es el de ser receptor del consentimiento de los contrayentes, a fin de que éste pueda ser emitido de manera solemne. Eso sí, habrá de tenerse en cuenta la cuantía del arancel, que lógicamente cabe recomendar que sea fijado en el nivel más bajo posible, máxime si se tiene en cuenta que nos encontramos ante un expediente apto para influir en el estado civil de las personas. En seguida volveremos sobre esto.

358. La nueva atribución al Notario de funciones en materia de matrimonio, no se limita únicamente a su papel con motivo de la celebración del enlace, sino que también se extiende a la tramitación del expediente matrimonial previo. De hecho, a partir de la reforma, deberá dejar de hablarse únicamente de expediente matrimonial, para pasar a hacerlo de expediente o acta



matrimonial, el primero tramitado ante el Encargado del Registro y la segunda ante al Notario. En efecto, conforme al proyectado art. 51.1 CC:

“La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero”.

359. La reforma implica no sólo un apoderamiento al Notario para tramitar esas actas matrimoniales previas, sino un ‘reapoderamiento’ al Encargado del Registro Civil –aunque éstos ya no vayan a ser Jueces– para la tramitación de los expedientes matrimoniales, en detrimento de la atribución al Secretario del Ayuntamiento. En efecto, conforme al art. 58.2 LRC, la tramitación del expediente previo en el que acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, corresponde al Secretario del Ayuntamiento. Como sucedía en materia de celebración del matrimonio esta Ley vino a suprimir la competencia de los Encargados del Registro Civil para tramitar estos expedientes, competencia que ahora prevé recuperar el Anteproyecto. En correspondencia con esta modificación, se proyecta asimismo reformar la disposición final 5ª de la LRC, la cual a su vez venía a modificar el art. 20.5 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004. En lugar de decir que *“los Ayuntamientos podrán establecer una tasa por la instrucción y tramitación de los expedientes matrimoniales en forma civil y por la celebración de los mismos”*, este precepto sólo se referirá a que *“los Ayuntamientos podrán establecer una tasa por la celebración de matrimonio en forma civil”*.



360. Por lo que hace a los Notarios, la agregación de esta segunda función implica atribuirles la importante tarea –entre otras– de detectar y, en su caso, no autorizar los llamados “matrimonios de complacencia” o matrimonios simulados, en los que las partes no albergan un auténtico consentimiento matrimonial en el sentido de no querer los fines propios y específicos de este negocio jurídico. Precisamente, para garantizar que este control se lleve a cabo sin interferencias de las partes, el proyectado art. 51.1 LNot priva a los futuros contrayentes de la capacidad de elección de Notario para la tramitación del acta matrimonial (*“los que vayan a contraer matrimonio para el que se precise acta en la que se constate el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes, la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio, deberán instar previamente su tramitación ante el Notario que tenga su sede en el lugar del domicilio de cualquiera de ellos y, si hubiera varios, el que corresponda por turno”*).

361. Por otro lado, la asignación de esta competencia para autorizar el matrimonio a través de un acta previa, hace que tenga más sentido la cautela antes formulada a propósito de la cuantía de los aranceles, dado que a la escritura pública en la que se hará constar la celebración del matrimonio, se sumará el acta notarial en la que se acredite que los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad así como la ausencia de impedimentos o la dispensa de los mismos.

362. En efecto, conforme a la disposición final quinta bis que se prevé insertar en la LRC, *“el Gobierno aprobará los aranceles correspondientes a la intervención de los Notarios en la tramitación de las actas matrimoniales previas y por la celebración de matrimonios en forma civil con la autorización de las escrituras públicas correspondientes”*. Sobre esta disposición cabe decir lo que ya se señaló en las Consideraciones Generales de este Informe:



en lugar de disponer la habilitación al Gobierno para que apruebe los aranceles notariales correspondientes, sin ofrecer ningún tipo de pauta, el legislador debería efectuar una indicación precisa sobre el tipo de aranceles, y en su caso reducciones, que podrán aplicarse en estos casos.

363. Dicho lo cual, cabe observar que en el actual R. D. 1426/1989, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en la letra h) del número 1.1 de su Anexo (“Documentos sin cuantía”), aparece el subepígrafe “*Demás documentos (estado civil, emancipación, reconocimiento de filiación, etc.): 30,050605 euros*”. Creemos que sería factible considerar que los documentos notariales relacionados con la celebración y autorización del matrimonio se incardinan en este subepígrafe, pero en caso de que se considerase más apropiado configurar un subepígrafe *ad hoc* para las actas y escrituras públicas matrimoniales, se recomienda establecer una cuantía similar.

364. Por lo demás, de acuerdo con el proyectado art. 57.II CC, ha de entenderse que será posible realizar la prestación del consentimiento ante Notario aunque la comprobación del cumplimiento de los requisitos de capacidad se hubiera verificado mediante expediente tramitado ante el Encargado del Registro Civil, y viceversa, la acreditación de los requisitos mediante acta notarial podría ir seguida de la celebración del matrimonio ante [el mismo u otro] Notario, o ante cualquiera de los restantes funcionarios o autoridades con competencia para autorizar matrimonios.

365. Finalmente, a propósito del supuesto contemplado en el art. 65.II CC, matrimonio celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, cuando éste fuera necesario, y celebrado por autoridad o persona competente distinta de Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario, creemos que debería eliminarse la alternatividad consistente en que el acta pueda remitirse ora al Colegio Notarial del lugar para que se proceda por el



Notario que se designe a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el acta correspondiente, ora al Encargado del Registro Civil donde deba inscribirse el matrimonio para que sea realizada por éste la anterior comprobación, mediante la tramitación del correspondiente expediente. A nuestro modo de ver, en tal hipótesis basta con que el expediente se tramite ante el Registro Civil, siendo absolutamente anómalo y extravagante que también en estos casos pueda acudir al Colegio Notarial. Se sugiere una redacción alternativa para ese segundo párrafo del art. 65 CC:

“Si la celebración hubiera sido realizada ante persona o autoridad competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acta de aquélla se remitirá directamente al Encargado del Registro Civil donde deba inscribirse el matrimonio para que sea realizada por éste la comprobación de los requisitos de validez mediante la tramitación del correspondiente expediente”.

b) Separación y divorcio ante Notario.

366. La otra gran reforma del Código Civil que se plasma en el Anteproyecto es la que afecta a la regulación de la separación y el divorcio, a fin de propiciar que, dadas ciertas condiciones, tanto aquélla como éste puedan efectuarse no sólo ante el Juez sino también ante el Notario. Se trata por tanto de una competencia no excluyente, al igual que sucede en materia matrimonial donde, como hemos visto, el Notario concurre con los Alcaldes y Encargados del Registro Civil para celebrar el matrimonio, y con estos últimos para instruir el acta o expediente matrimonial previos. El modo de articular esa separación o divorcio ante Notario es la de formular un convenio regulador de mutuo acuerdo en escritura pública, en la cual, junto a la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse, se determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o divorcio en los términos establecidos en el artículo 90 CC (vid. el proyectado art. 82 CC para la separación y, por



remisión al mismo, el art. 87 CC para el divorcio). Ahora bien, no será posible acordar la separación o divorcio ante Notario “*cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente complementada que dependan de sus progenitores*” (art. 82.2 CC proyectado, al que se remitirá igualmente el futuro art. 87 CC).

367. El prelegislador parece concebir que, salvo el caso de que el matrimonio tenga hijos menores o con la patria potestad prorrogada, la separación y el divorcio son actos o negocios jurídicos que constituyen un simple reverso del matrimonio. Y que, puesto que dos personas podrán casarse expresando su consentimiento matrimonial ante Notario, también deberían poder hacer otro tanto, expresando un consentimiento de signo opuesto, para separarse o divorciarse en los que podríamos llamar *casos fáciles*. Frente a este enfoque, debe observarse que el matrimonio no es sólo, o no tanto, un acto o negocio jurídico de tracto único, que en efecto se celebra ante un funcionario, ministro de culto o autoridad investidos por la ley con la competencia apropiada, sino un estado en el que se penetra a través de ese acto inicial de prestación del consentimiento y en el que se permanece durante un periodo de tiempo más o menos extenso, en el cual los cónyuges van tejiendo una compleja red de relaciones personales, familiares y patrimoniales, fruto de su convivencia y proyecto en común, que es precisamente a la que está llamada a poner fin la separación (de forma no definitiva) y el divorcio (de forma definitiva). Desde este punto de vista, se explica que la separación legal o el divorcio, aunque sean de mutuo acuerdo y no haya hijos menores o dependientes, no puedan ser fruto del mutuo disenso sino que deban ser decretados por la autoridad judicial.

368. Debe tenerse en cuenta, además, que incluso en los supuestos en que no existan hijos menores ni incapacitados, la consecución de un acuerdo para separarse legalmente o divorciarse sobre la base de un convenio regulador



pactado entre los cónyuges, no garantiza que entre éstos exista una igualdad de fuerzas ni que, por tanto, el contenido de ese convenio sea equilibrado (piénsese, sin ir más lejos, que uno de los elementos del convenio regulador puede ser la pensión compensatoria que uno de los ex cónyuges deba abonar al otro). Si no fuera así, la ley establecería que, en ese tipo de situaciones, el Juez no tiene más que sancionar lo acordado por los esposos, lo que se desmiente por el art. 90.II CC: *“los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (...). La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede”*.

369. Ciertamente, de conformidad con el proyectado art. 90.2.III CC, *“cuando los cónyuges formalizasen (sic) los acuerdos ante el Notario, solo procederá el otorgamiento de la escritura pública si, tras advertir a los cónyuges o a los hijos mayores de edad o menores emancipados que comparecieran sobre aquéllos acuerdos que pudieran ser dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, expresamente los consintieran”*. Sin embargo, no es seguro que esa “advertencia” sea suficiente para asegurar que el convenio estará exento de desequilibrios que resulten perjudiciales para una de las partes. Por contraste, la pauta que se sigue en los procesos judiciales sobre la materia está presidida por el principio de que el Juez no tiene por qué aprobar las medidas acordadas por las partes. Así, el art. 91 CC dispone que *“en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas”*, mientras que, según el art. 777.7 LEC, *“concedida la separación*



o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente".

370. Se entiende que el Juez, al tener que visar en cualquier caso el convenio regulador presentado por los esposos, aprobándolo o no, o completándolo en lo que resultare incompleto, desempeña un papel tuitivo y decisorio en el que difícilmente puede ser sustituido por otra autoridad o funcionario. El legislador asume que, dada la confrontación latente de intereses, existe en estos casos un grado suficiente de controversia que exige la emisión de un juicio que la dirima y no de una mera toma de razón, comprobación o autorización. Dicho de otro modo, la existencia de mutuo acuerdo entre los cónyuges no convierte el convenio regulador en un contrato más sujeto a la plena autonomía de la voluntad de las partes, como lo mostraría el que la "materia matrimonial" esté excluida expresamente del ámbito de las transacciones, tal y como estatuye el art. 1814 CC ("*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros*").

371. Así, asumiendo la opción de política legislativa consistente en atribuir a los Notarios la competencia para autorizar divorcios y separaciones legales en casos donde no haya hijos menores o con patria potestad prorrogada procede realizar las siguientes consideraciones: la primera de esas observaciones tiene que ver con la preceptividad o no de la presencia, en este expediente notarial, de Letrado que asista a las partes. Conforme al proyectado art. 82 CC dicha asistencia letrada será meramente opcional, pero cabe considerar la conveniencia de que las partes sean necesariamente asistidas por un Letrado, ya que el Notario difícilmente podrá actuar, a la vez que como



administrador del expediente, como asesor de cada una de las partes que reclaman su intervención.

372. La solución del Anteproyecto contrasta con la que, en sede jurisdiccional, dispone el art. 750 LEC, del que se deriva la necesidad de asistencia letrada y representación por procurador, entre otros, en los procesos matrimoniales. Tras establecerlo así en el apartado primero (*“Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este Título con asistencia de abogado y representadas por procurador”*), el apartado segundo de ese precepto contiene una regla especial para los procedimientos de separación o divorcio instados de común acuerdo:

“En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el Secretario judicial requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el Tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, el Secretario judicial requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente”.

373. Como puede apreciarse, incluso en los supuestos que guardan más similitud con los previstos en los proyectados arts. 82 y 87 CC, no se prescinde de la necesaria presencia de abogado y procurador, aunque las partes se valgan de una misma representación y defensa. Adicionalmente, se



da opción de que las partes empleen sobrevenidamente una defensa y una representación propias, ante la tesitura de que alguno de los pactos del convenio no haya sido aprobado por el Juez. Algo similar debería reflejarse en la Norma proyectada, la cual no sólo no estatuye la necesidad de que las partes dispongan de asistencia letrada, común o propia, sino que ni siquiera contempla la posibilidad de que el Notario se oponga a la aprobación de alguno de los pactos del convenio.

374. Sí prevé en cambio el futuro art. 82.1.II CC, pasando a un segundo tema, que también deberán prestar su consentimiento en la escritura de separación o divorcio, *“los hijos mayores o menores emancipados respecto a los que se establezca alguna medida por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”*. Esta previsión, que no tiene correspondencia en el marco del homólogo procedimiento judicial, debe ponerse en relación, a su vez, con la previsión del proyectado art. 93.4 CC, de acuerdo con el cual, *“si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, o los progenitores en la escritura pública en la que formalicen el convenio, fijarán los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes”*. El actual art. 93.II CC dispone únicamente que *“si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”*. La finalidad de esta norma es mejorar la economía procesal, permitiendo que en el proceso matrimonial se resuelva la cuestión de los hijos mayores, a fin de evitar que el legitimado deba reclamarlos en un proceso aparte. Se admite que este derecho de alimentos, por ello, sea reclamado en el proceso matrimonial por el cónyuge con el que pasan a convivir los hijos mayores, en una suerte de legitimación por sustitución que ha sido avalada por la jurisprudencia (v. gr. STS de 24 de abril de 2000).



375. Lo que el Anteproyecto plantea en torno a esta cuestión, es no ya que el Juez sino que los propios progenitores otorgantes de la escritura, fijen de común acuerdo los alimentos que deban ser satisfechos a los hijos mayores o emancipados conforme al art. 142 CC. De manera concomitante, se estaría facultando también al Notario para que autorice un contenido adicional de la escritura de separación o divorcio, el cual no está comprendido entre los que pueden considerarse propiamente efectos de esas dos crisis matrimoniales. Todo ello hace que la solución acogida en el Anteproyecto pueda ser cuestionable, pues la acumulación de objetos en el seno de un proceso judicial no es enteramente trasladable al ámbito de los expedientes notariales. De hecho, sería bueno dejar claro que el dato de que los hijos mayores que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar no presten consentimiento a la medida que les pueda afectar, no será óbice para que el Notario autorice el resto de la escritura de separación o divorcio. Dicho de otra forma, aunque la dicción del proyectado art. 82.1.II, último inciso, CC pudiera dar a entender otra cosa, los hijos que se encuentren en esa situación no deben dar su consentimiento a la escritura de separación o divorcio en su conjunto, sino tan sólo a la medida que acaso se haya dispuesto y a ellos afecte.

376. Por otro lado, quizás debería hacerse también una salvedad expresa en el sentido de que, el hecho de que los hijos mayores que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar hayan dado su consentimiento a la escritura de separación o divorcio (*rectius* a la medida que, dentro de ella, les afecte de modo singular), no les priva de la acción de alimentos, la cual podrán ejercitar en el marco del correspondiente juicio verbal (art. 250.1.8º LEC).



377. En tercer lugar, la regulación de la reconciliación, cuando ésta sucede en el caso de una separación legal acordada notarialmente, suscita algunas dudas. De acuerdo con el proyectado art. 84 CC, *“cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública”*, a lo que se añade que *“la reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente”*. Semejantes previsiones, que incluso en términos absolutos se antojan de un formalismo excesivo, lo son sin duda en términos relativos, si se tiene en cuenta que para la reconciliación producida tras un procedimiento judicial de separación, el mismo precepto dispone, tanto en la versión vigente como en la proyectada, que *“la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”*.

378. Es decir, la reconciliación de las partes en sede judicial no requiere una nueva intervención por parte del Juez, sino simplemente una mera puesta en su conocimiento del hecho. No se entiende por qué una comunicación similar no podría bastar en el caso de la separación acordada notarialmente. Pues bien, resulta que a pesar de la estricta dicción del proyectado art. 84 CC, descubrimos que en efecto lo que el prelegislador tiene en mente es que la mera notificación al Notario sea suficiente para producir los efectos propios de la misma; o al menos ciertos efectos que el propio Código Civil anuda a la reconciliación y que, por cierto, trascienden el estricto ámbito de intereses de los cónyuges. Nos referimos al art. 835 CC que, en sede de derechos hereditarios del cónyuge viudo, prevé lo siguiente: *“si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el*



sobreviviente conservará sus derechos". El Anteproyecto prevé modificar este precepto, para que pase a decir:

"Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos".

Queda claro, por tanto, que la mera notificación al Notario del hecho de la reconciliación será apta para que ésta desate efectos jurídicos. Siendo esto así, debería reconsiderarse la redacción del art. 84.II CC proyectado, en tanto da a entender que la reconciliación no producirá efectos si no está formalizada en escritura pública, y que aun así, tampoco los producirá frente a terceros de buena fe si no está inscrita en el Registro Civil.

379. En cuarto lugar, cabe sugerir que en el art. 83 CC se contemple que en la separación judicial de mutuo acuerdo, los efectos no se produzcan desde la firmeza de la sentencia que así la declare, sino que se retrotraigan al momento en que los cónyuges suscribieron el convenio regulador, en la medida en que en la separación notarial los efectos sí se producen "desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública".

380. Otro aspecto a considerar es el de la relación en que se encuentran las medidas que hubieran sido sancionadas por el Juez o acordadas por éste en defecto de acuerdo, y las medidas convenidas en escritura pública, adoptadas en uno y otro caso para regular las consecuencias de una separación o divorcio. El Anteproyecto parte de que la vía judicial y la notarial constituyen caminos independientes y sin puntos de posible intersección o comunicación. Así, de acuerdo con el proyectado art. 90.3:



“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”.

381. Debe coincidir en que sería inoportuno aceptar que las medidas no aprobadas por el Juez puedan ser objeto de un nuevo acuerdo por las partes que, llevado ante el Notario, resulte autorizado por éste, pues ello implicaría enmendar el criterio judicial, logrando que entre las partes rijan una medida que, si el Juez rechazó, se debió a su carácter gravemente perjudicial para una de las partes. Sin embargo, cabría pensar en un acuerdo sobre nuevas medidas no contempladas en el momento inicial ni por ende rechazadas por el Juez, derivadas acaso de un cambio de circunstancias. En este caso las partes podrían acudir al Notario para aprobar esa modificación o novación de las medidas anteriores, judicialmente acordadas.

382. Para la hipótesis de que las medidas hayan sido inicialmente acordadas por las partes ante Notario, se justifica menos que no quepa su alteración por disposición judicial, entre otras cosas porque las partes pueden no alcanzar un acuerdo para la modificación, aunque sí lo alcanzaran para la fijación inicial del convenio. Parece claro que cualquiera de las partes ha de tener expedita la vía para instar una modificación de las medidas en sede judicial. La dicción de la segunda parte de ese proyectado art. 90.3 CC sólo parece dejar margen para la modificación notarial de aquellas medidas que hubieran sido originariamente pactadas ante Notario. Por todo ello, se recomienda revisar la redacción de ese precepto, permitiendo que las medidas notariales



puedan ser en todo caso modificadas en vía judicial, y que las medidas judiciales puedan ser innovadas por pacto ante Notario posterior, siempre que lo que pretenda acordarse no sea una medida que el Juez hubiera rechazado por considerarla gravemente perjudicial para una de las partes.

383. La última de las cuestiones a destacar, en relación con el régimen de separación o divorcio ante Notario, se refiere a las dificultades que podría haber, si la reforma se mantiene en sus actuales términos, para deslindar la separación legal notarial de la separación de hecho fehacientemente documentada. Esta última es una figura que el Código Civil contempla, asignándole determinados efectos. Así, conforme al art. 177.2.1º CC, deberá asentir a la adopción en la forma establecida en la LEC, entre otros, *“el cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”*. Esta referencia, por cierto, aunque el Anteproyecto prevé reformar también este precepto, no está previsto suprimirla ni modificarla.

384. La contemplación legal de la figura de la separación de hecho por mutuo acuerdo fehacientemente documentada, entraña la asunción por parte del legislador de una realidad sociológica contrastable, cual es que, a día de hoy, los Notarios ya están autorizando pactos de separación de hecho en los que las partes adoptan determinadas decisiones sobre aspectos tanto personales (ejercicio de la patria potestad de los hijos menores) como patrimoniales (atribución del uso de la vivienda familiar y otros bienes comunes, alteración del régimen económico matrimonial, fijación de una suerte de pensión para corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges). Dada esta realidad, y el reflejo de la misma en determinados preceptos legales, deberá ponerse especial cuidado en aclarar bajo qué condiciones el otorgamiento de esta clase de pactos ante Notario tendrá los efectos propios de una separación legal, equivalente a la separación judicial, y no los que corresponden a una



mera separación de hecho fehacientemente documentada. Otra alternativa sería considerar que la nueva separación legal notarial absorbe la figura de la separación de hecho fehacientemente documentada, pero en tal caso deberían suprimirse las referencias que legalmente se hacen a esa modalidad de separación de hecho, como la que hemos visto que se contiene en el art. 177.2.1º CC.

c) Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

385. El Anteproyecto prevé modificar también diversos preceptos del Capítulo del CC destinado a regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en concreto los arts. 90, 93 y 95, y en menor medida los arts. 97, 99 y 100 CC. También se enmienda el precepto (art. 107 CC) que disciplina la ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio, a fin de introducir entre los criterios de conexión la posibilidad de que los cónyuges formalicen su separación o divorcio, no mediante demanda sino mediante otorgamiento de escritura pública ante Notario. De esta modificación sólo sugeriremos revisar la dicción del último inciso del proyectado art. 107.2.II.b) CC, puesto que si el convenio regulador se formalizase en escritura pública ante Notario, va de suyo que habrá tenido que hacerse “de mutuo acuerdo por ambos cónyuges”.

386. Con diferencia, las novedades más importantes se localizan en los arts. 90, 93 y 95 CC, y en torno a ellas girarán también nuestras observaciones. Con carácter preliminar, debe señalarse que la redacción que se contempla dar a estos tres artículos, coincide con la que estaba prevista en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (en adelante Anteproyecto LECP), el cual fue objeto de informe por este Consejo mediante acuerdo plenario de 19 de septiembre de 2013. Tan sólo en el proyectado art. 90 CC se incluyen algunos elementos que no estaban en aquel otro Anteproyecto, y que se relacionan con la



novedosa previsión de que el convenio regulador pueda otorgarse ante Notario. Debería reconsiderarse la conveniencia de que dos diferentes leyes en tramitación presenten un contenido parcialmente idéntico, siendo preferible que las reformas que afecten a un mismo precepto se residencien únicamente en uno u otro anteproyecto. Dicho lo cual, no por ello dejaremos de hacer algunas observaciones relativas a los preceptos en cuestión.

387. Por lo que se refiere al proyectado art. 90 CC, quizás una de sus principales novedades tiene que ver con el “plan de ejercicio de la patria potestad conjunta” (apartado 1.a/), el cual deberá incluir los pactos alcanzados por los progenitores respecto determinadas materias relativas a los hijos, tales como la forma de compartir decisiones que afecten a cuestiones relevantes para aquéllos, el cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, los períodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, el lugar o lugares de residencia de los hijos, y las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia o en el régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

388. Como decíamos en nuestro Informe al Anteproyecto LECP, esta figura, que tiene como referentes el denominado “plan de parentalidad” regulado en el art. 233.9 del libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCC) y el “pacto de relaciones familiares” contemplado en el artículo 77 del Código de Derecho Foral de Aragón, merece una valoración positiva, al exigir de los progenitores una mayor concreción y detalle sobre determinados aspectos de la patria potestad, lo cual contribuirá a minorar las controversias derivadas de falta de acuerdo expreso sobre ciertos extremos. Dicho lo cual, señalábamos en ese Informe algunas observaciones, con la finalidad de mejorar el texto legal en ciernes, que ahora procede reiterar.



389. Así, por lo que se refiere a la indicación de que los progenitores deberán pactar la forma de compartir todas las decisiones que afecten a cuestiones relevantes para los hijos entre ellas, la salud, bienestar y residencia habitual, que parece un trasunto del art. 233.9.2.g) del Libro II del CCC (según el cual el plan de parentalidad deberá recoger “la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud, y el bienestar de los hijos”), cabe aconsejar que se ponga el acento no tanto o no sólo en el modo de compartir información o decisiones entre los padres, sino en el modo de alcanzar las decisiones sobre los aspectos enunciados en el precepto, a fin de facilitar el ejercicio conjunto de la patria potestad en una situación en la que los progenitores no conviven. Por otra parte, la referencia a la vivienda habitual en el punto 1º del art. 90.1.a) CC resulta redundante, toda vez que el ordinal cuarto de ese mismo precepto prevé un pacto específico sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos.

390. La letra b) contempla el eventual acuerdo sobre el régimen de relaciones de los hijos con sus hermanos, abuelos, otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos. Ello supone extender, con respecto al actual art. 90.B) CC, el radio de familiares susceptibles de relacionarse con los hijos, pues además de los abuelos se incluye a los hermanos y a otros parientes o allegados. Se trata de una ampliación apropiada, pues concuerda con el derecho de los hijos a relacionarse con parientes y allegados que se reconoce en el artículo 160 CC, debiendo tenerse en cuenta, en cualquier caso, que siempre habrá de prevalecer el superior interés de los hijos.

391. La letra c) del proyectado art. 90.1 CC tiene por objeto la regulación de los aspectos relativos al sostenimiento de las cargas familiares y la prestación de alimentos por parte de los progenitores. El pacto abarcará un amplio elenco de materias, ya que deberá diferenciar entre las necesidades ordinarias y extraordinarias, la periodicidad del pago, la actualización de la cuantía, la



determinación del cese de la obligación y las garantías que se establezcan para su cumplimiento. Para la fijación de la cuantía se deberá atender, especialmente, a las necesidades de los menores, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los padres, la capacidad económica de éstos, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

392. Respecto de este último punto, el Anteproyecto traslada al ámbito del convenio regulador la previsión contenida a su vez en el proyectado art. 93.3 CC para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios. Pero, y aquí radica una disfunción sistemática que ya hicimos ver en nuestro Informe al Anteproyecto LECP, mientras que el proyectado régimen jurídico para el supuesto de determinación judicial se ciñe al cálculo de los alimentos por gastos ordinarios, el art. 90.1.c) no distingue entre necesidades ordinarias y extraordinarias, además de englobar las cargas familiares, lo que origina el sinsentido de que para determinar la contribución a las cargas familiares –vid. primera línea de la letra c) del art. 90.1 CC– se deba tener en cuenta “la contribución a las cargas familiares” –penúltima línea de esa misma letra y artículo–.

393. Pero, al margen de esta deficiencia, la principal objeción que merece el precepto ahora comentado trae causa de otros motivos. El vigente art. 90.D CC dispone que el convenio regulador deberá contemplar la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de actualización y garantías en su caso. Al igual que el resto de las materias susceptibles de ser consensuadas a través del referido convenio, la normativa vigente no establece pautas o directrices a las que deban sujetarse los acuerdos alcanzados por los cónyuges, habida cuenta de que, conforme dispone el referido artículo en su segundo párrafo: “*los acuerdos de los cónyuges,*



adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (...)”.

394. La doctrina jurisprudencial (v. gr. SSTs de 4 de noviembre de 2011 y 30 de abril de 2013) ha precisado que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surjan como consecuencia del divorcio o la separación, pues el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, permite a los cónyuges acordar lo que estimen más adecuado a sus intereses. Es decir, los cónyuges que opten por regular la situación subsiguiente a la crisis matrimonial a través del convenio regulador están obligados a contemplar los aspectos enunciados en las letras A) a F) del art. 90 CC, pero no quedan constreñidos por norma imperativa alguna que limite su autonomía de la voluntad, con el único límite de que los acuerdos alcanzados no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges.

395. El Anteproyecto informado no incorpora novedad alguna en este punto, pues mantiene la cláusula de intangibilidad de los hijos y evitación de grave perjuicio para los cónyuges (art. 90.2.I CC). Por consiguiente, siendo éstos los únicos límites que se establecen al pacto entre cónyuges, no se alcanza a comprender la razón por la que se traslada el contenido del art. 93.3 CC – previsto para los casos en que el Juez deba fijar la prestación por alimentos – al proyectado art. 90.1.c) CC; salvo que el prelegislador pretenda alterar, en materia de alimentos y cargas familiares, el principio de autonomía de la voluntad a que se ha hecho mención, imponiendo a los cónyuges la observancia de unas pautas para el cálculo de las citadas prestaciones que operarán con independencia de los límites mínimos del art. 90.2 CC.



396. Esta solución merecería ser repensada, no ya por la dudosa oportunidad de constreñir la autonomía de los intervinientes con la fijación de criterios de obligada observancia, sino porque la medida proyectada podría redundar en una mayor dificultad para lograr acuerdos sobre la contribución a las cargas familiares y los alimentos, lo cual supondría un correlativo incremento de la litigiosidad. Como argumento adicional, cabe observar que en relación con la pensión compensatoria, la letra e) del art. 90.1 CC en proyecto no establece criterio alguno para su fijación mediante convenio regulador –al igual que la normativa vigente–, de manera que los cónyuges podrán regular tal cuestión conforme al resultado de la autonomía de la voluntad, sin obligación de sujetarse a los parámetros establecidos en el art. 97 CC, precepto que sólo prevé la aplicación de los criterios en él contemplados a los casos de falta de acuerdo entre los cónyuges.

397. La letra d) viene referida a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, siempre que no se les hubiera dado un destino definitivo. Las principales novedades que incorpora el Anteproyecto se refieren a la previsión de los supuestos de cese de la atribución, así como la repercusión de tal asignación sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la prestación por desequilibrio económico. La única observación versa sobre este último aspecto, y se anuda a las consideraciones formuladas en relación con lo estatuido en la letra c), en relación con la limitación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

398. La letra e), sobre la pensión compensatoria, no establece ningún cambio respecto del vigente régimen jurídico, contenido en la letra F) del art. 90.1 CC, mientras que la proyectada letra f), que se corresponde con la letra E) actual, contempla el pacto relativo al inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, así como la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si los hubiera. En cuanto al inventario y



liquidación, en efecto, es correcto sugerir que ese pacto sólo se abordará “en su caso”, de acuerdo con lo que se dirá al comentar el art. 95 CC. En cuanto a la división de los bienes en comunidad ordinaria, se sugiere modificar la redacción de ese pasaje conforme a lo previsto en el art. 95.II CC, de manera que la división de la cosa común tenga carácter potestativo, pues dicho en los términos en que está redactado el art. 90.1.f), pareciera que los intervinientes deberán acordar necesariamente la división de la cosa común, con tal de que ésta exista, lo cual no tiene por qué responder, en cualquier circunstancia, al interés de aquéllos.

399. La letra g) del futuro art. 90.1 CC introduce la posibilidad de que los intervinientes puedan prevenir acudir a la mediación familiar, bien para dirimir divergencias derivadas de la aplicación del convenio regulador, bien para modificar algunos de los pactos alcanzados en atención a posibles cambios de circunstancias. Tal previsión resulta plausible, en tanto que dota a los cónyuges de un instrumento útil para resolver eventuales conflictos o adaptar la regulación de sus relaciones a nuevas circunstancias que puedan surgir.

400. El art. 90.2 versa sobre dos aspectos diferentes. Por una parte, se mantiene la regulación respecto de la necesidad de aprobación judicial del convenio regulador, que será obligatoria salvo que los acuerdos resulten dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para los cónyuges, señalándose que la denegación de los acuerdos requerirá de resolución judicial motivada y que, desde la aprobación judicial, los acuerdos alcanzados podrán hacerse efectivos por vía de apremio. Con respecto al Anteproyecto LECP, se añade la posibilidad de que los acuerdos sean formalizados ante Notario y resulten autorizados expresamente por los cónyuges y demás intervinientes –hijos mayores– a pesar de la advertencia sobre su potencial carácter dañoso o gravemente perjudicial.



401. Por otra parte, en el caso de convenio de aprobación judicial, se extiende el ámbito subjetivo de las relaciones familiares de los hijos menores, pues junto con los abuelos también se contempla a los hermanos y otros parientes o allegados. Para que el Juez apruebe el régimen de relación familiar será necesario que así se recoja en la propuesta de convenio regulador y conste el consentimiento de los familiares. En este punto, podría ser conveniente diferenciar, en lo relativo a las relaciones con los hermanos, si éstos son mayores o menores de edad, pues si no han alcanzado la mayoría de edad no parece procedente condicionar el régimen de relación a su aquiescencia.

402. En cuanto a los apartados 3 y 4 del art. 90 CC, en sede de modificación de medidas por cambio de circunstancias y establecimiento de garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio, se añade la posibilidad –coherente con las novedades que el Anteproyecto aporta– de que esa modificación afecte a un convenio regulador otorgado ante Notario, en cuyo caso podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo de la misma naturaleza, y de que las garantías puedan ser fijadas por las partes en lugar de por el Juez. Con respecto a lo primero, ya señalamos que debería dejarse claro que las medidas convenidas en escritura pública podrán ser modificadas no sólo por un nuevo acuerdo protocolizado notarialmente, sino también judicialmente. Y en cuanto al establecimiento de garantías, el inconveniente es que no puede tener el mismo valor una garantía concertada entre las partes, que una garantía establecida por el Juez, ya que en el primer caso existirá el riesgo de que el pacto sobre la garantía se resienta de la situación de desequilibrio en la que se hallen los otorgantes, sirviendo en una menor medida a la finalidad a la que se supone que ha de estar enderezada.

403. Por lo que se refiere al art. 93 CC, frente a la parquedad con que el vigente precepto disciplina la obligación de satisfacer alimentos por parte de los progenitores, el proyectado art. 93 lleva a cabo un desarrollo detallado de los



diferentes aspectos vinculados a la prestación por alimentos. El futuro art. 93.1 CC distingue, dentro de la pensión de alimentos de los hijos, las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarios. El Juez deberá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares y, por otra parte, la pensión de alimentos de los hijos por las necesidades ordinarias y por los gastos extraordinarios, debiendo establecer la periodicidad y forma de pago, las bases de actualización y las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

404. Los gastos necesarios ordinarios se definen en el apartado 2 del artículo como *“aquéllos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, quedando incluidos los relativos a alimentación, con independencia del lugar o por quien se preste, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia”*. Por el contrario, los gastos extraordinarios son aquéllos que surgen por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico.

405. En contraposición a ambas categorías, los denominados gastos voluntarios son los que no responden a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, salvo que se consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares del ejercicio de la patria potestad.

406. Siguiendo el orden del propio Anteproyecto, la delimitación de los gastos ordinarios presenta ciertas diferencias con la definición de alimentos que ofrece el art. 142 CC. Según reza este último, *“se entiende por alimentos todo*



lo que es indispensable para el sustento, habitación, y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez complementada se encuentre en búsqueda activa de empleo". Siendo los gastos ordinarios una especie del concepto genérico de alimentos habría bastado, para delimitar su alcance, con trazar una remisión a los alimentos definidos en el mencionado art. 142 CC, incorporando el matiz relativo a la habitualidad de la necesidad y a la previsibilidad de su devengo. De este modo, se evitaría que quedaran fuera del contenido del art. 93 CC aspectos tales como la habitación y la asistencia médica, conceptos que también forman parte de los alimentos, según establece el ya citado art. 142 CC.

407. Al margen de esa consideración, no se ve razón plausible que justifique el matiz específicamente referido a alimentación ("con independencia del lugar o por quien se preste"), que no resulta implícitamente aplicable al resto de los componentes de los gastos ordinarios, tales como el vestido o la educación. De ahí que se sugiera la eliminación del inciso indicado, ya que la matización a que se hecho referencia arroja más incertidumbre que certeza.

408. En relación con los gastos extraordinarios, la referencia conjunta a la imprevisibilidad y no periodicidad constituye una redundancia, habida cuenta de que lo que no es susceptible de ser previsto tampoco puede acontecer periódicamente.

409. El apartado 3 del art. 93 CC en proyecto establece los criterios para la distribución entre los progenitores de los diferentes tipos de gastos. A tal fin, incorpora las siguientes pautas:



a) Alimentos por gastos ordinarios: Se tendrán en cuenta las necesidades de los menores, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, en su caso, y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos comunes. En términos generales, la regulación proyectada recoge una serie de parámetros que, al no establecer prioridad alguna entre ellos, permite al Juez fijar la contribución que estime adecuada y equitativa.

b) Gastos extraordinarios: el criterio rector se asienta exclusivamente en los recursos económicos de los que dispongan los padres, lo cual resulta acorde con su naturaleza imprevisible.

c) Gastos voluntarios: se abonarán en función de los acuerdos a que lleguen los progenitores y, a falta de acuerdo, por el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Cabe detectar cierta contradicción entre esta solución y la disposición contenida en el último párrafo del art. 93.2, conforme al cual este tipo de gastos deben “ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad”. Parece difícil exigir que haya acuerdo sobre la conveniencia para el hijo de que se efectúen estos gastos, aunque no sean necesarios, y que al mismo tiempo se admita que pueda no existir acuerdo sobre el abono de los mismos. En rigor, ese párrafo tercero del art. 93.2 podría suprimirse, y con él la ulterior mención a ese tipo de gastos en el art. 93.3, ya que si los gastos voluntarios innecesarios se venían atendiendo antes de producirse la ruptura ya suelen ser tenidos en cuenta por la resolución judicial que fija la pensión.

410. En cuanto al apartado 4 del precepto, referido a la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad, mantiene la redacción dada al vigente párrafo segundo del art. 93 CC.



411. Pasando a las modificaciones del art. 95 CC, centradas en los dos primeros párrafos en proyecto (el párrafo tercero mantiene la redacción del actual art. 95.li CC), comienza disponiéndose que la sentencia firme producirá la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, salvo que ya se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges. De no mediar acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, el precepto estatuye que al iniciar el procedimiento de nulidad, separación o divorcio se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujetos a las cargas y obligaciones matrimoniales. Asimismo, se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales y de los privativos que estuvieran afectados a las cargas familiares, así como la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial. Respecto de los bienes que los cónyuges tengan en régimen de comunidad ordinaria indivisa, se prevé la posibilidad de acumular al procedimiento de liquidación la acción de división de la cosa en común.

412. Pues bien, en opinión de este Órgano, debería suprimirse la obligatoriedad de presentación de inventario y plan de administración y disposición de los bienes comunes, al iniciar todo procedimiento de crisis matrimonial, pues acudir a los procesos de división es opción que voluntariamente deben asumir los cónyuges, quienes podrán hacerlo o no hacerlo en tal momento. De igual manera, puede ser absolutamente precipitado que en tal momento se obligue a elaborar y presentar un inventario, con alcance preclusivo, en casos de complejidad patrimonial. Mucho más, si se piensa que el momento en que la crisis matrimonial desemboca en la demanda de separación o divorcio es sede poco propicia para precisar cuestiones patrimoniales de complejidad.



413. De esta manera, las operaciones a las que se refiere el art. 95.II CC deben plantearse no como imposición sino como una posibilidad por la que puede optar cualquiera de los cónyuges. En este sentido, es correcto y significativo que se establezca la posibilidad de que en el seno de la liquidación del régimen económico matrimonial se articulen, sin necesidad de transitar por todo el complejo proceso de los arts. 805 y ss. LEC, acciones de división respecto de concretos bienes individuales que se tengan en régimen de comunidad ordinaria indivisa si bien debe ampliarse tal mención a cualquier tipo de bien detentado en común pues es principalmente respecto de los bienes gananciales donde se plantea el problema y se apreciarán las ventajas del nuevo sistema cuya eficiencia aparece destacada por la STC de 21/2012 de 16 de febrero que si bien declara la inconstitucionalidad del art. 43.1 del Código de Familia catalán reconoce sin lugar a la duda la oportunidad de tal posibilidad. Se trata de un sistema mucho más ágil, y que, especialmente cuando tan solo exista un inmueble como haber común, propiciará acuerdos lógicos de adjudicación a uno solo de los cónyuges previa compensación al otro o, en su caso, enajenación.

414. En esta línea, debería eliminarse la referencia a que la masa a inventariar sea la de los “bienes y derechos sujetos a las cargas y obligaciones matrimoniales”, pues tales cargas pueden no existir. El inventario es el que se describe en los arts. 1397 y 1398 CC, sin que tenga razón de ser la matización que el Anteproyecto efectúa.

415. Asimismo, suprimida la obligatoriedad del inicio del procedimiento de liquidación, no tiene sentido alguno la presentación de un plan sobre administración y disposición de los bienes comunes, que se solapa con la petición de medidas coetáneas a la demanda, sede natural donde instar todo ello.



416. En resumen, teniendo en cuenta todas estas consideraciones, cabe sugerir como redacción alternativa de este art. 95.II CC la siguiente:

“A falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas, se podrá iniciar la liquidación mediante la solicitud de inventario pudiendo acumular, en su caso, la acción de división respecto a los bienes que los cónyuges detenten en común”.

9. Modificaciones que afectan a la Ley de Enjuiciamiento Civil (DF 3ª).

a) Introducción.

417. La DF 3ª del Anteproyecto, por la que se modifica la LEC, se subdivide en dieciséis números, los cuales contienen modificaciones de muy diverso orden, siendo las más destacables las concernientes a las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, que comportan la adición de un nuevo Capítulo IV bis dentro del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los nuevos arts. 778 bis a 778 quater. A ellas irán dirigidas fundamentalmente las observaciones efectuadas en este apartado.

418. Los cambios restantes van dirigidos, en su mayor parte, a plasmar la atribución de competencias al Secretario judicial o al Notario, en concordancia con otras modificaciones del Anteproyecto. Así, en el art. 8.1 LEC se pretende consignar la competencia del Secretario judicial, en lugar de “el Tribunal”, para el nombramiento –mediante decreto, y no “mediante providencia”– de defensor judicial. Otro tanto sucede en el art. 758 LEC, sobre personación del demandado en los procesos sobre capacidad de las personas. Por su parte, se estatuye en la proyectada DF 22ª LEC, que la certificación prevista en el



art. 39 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, relativa a las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, deberá expedirla el Secretario judicial, por contraste con la regulación actual de ese mismo precepto, que prevé que dicha certificación se canalice mediante providencia judicial.

419. En cuanto al Notario, sus nuevas funciones en relación con la designación de contador-partidor dativo (arts. 1057 CC y 65 LNot), comportan el cambio de redacción del art. 782.1 LEC, mientras que sus nuevas atribuciones en sede de declaración de herederos ab intestato son las responsables de que se proyecte modificar los arts. 790 y 792. La modificación del art. 791 LEC, por su parte, responde al nuevo régimen que se pretende instaurar en materia de declaración de heredero abintestato a favor del Estado. Por lo que hace al art. 802, la reforma pretende que se tengan en cuenta los gastos notariales que se hayan de atender por la administración del caudal hereditario.

420. Otros cambios, como los afectantes a los arts. 525.1ª, 748 y 749 LEC, aunque no se localicen en ese nuevo Capítulo IV bis, del Título I del Libro IV LEC, tienen que ver con la sustracción internacional de menores, y por tanto serán comentadas en el epígrafe siguiente.

421. Una última –y menor– modificación se proyecta hacer en el art. 395 LEC, para adaptar su dicción a la nueva terminología empleada en sede de conciliación, de tal forma que en lugar de “demanda de conciliación” el precepto pase a hacerlo de “solicitud de conciliación”.

422. Puesto que se va a modificar el art. 748 LEC a fin de introducir la mención de los procesos que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, cabe suscitar si no sería oportuno, además de contemplar, como un proceso más de ese Título,



el relativo a los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad, tal y como hemos sugerido *supra*, mejorar la redacción del actual ordinal 4º, para que pasara a referirse a los procesos que versen sobre la concreción de los derechos y deberes de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores, e introducir un nuevo ordinal relativo a los procesos dirigidos a concretar la efectividad de los derechos reconocidos en el art. 160 CC y preceptos análogos en las legislaciones autonómicas. Esto último permitiría derogar el art. 250.1.13ª LEC, conforme al cual se han de decidir en juicio verbal las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 CC, aunque el juicio se sustancie con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV LEC.

b) Medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional.

423. En la actualidad, el procedimiento para los casos de sustracción internacional de menores se encuentra en los arts. 1901 a 1909 LEC/1881, modificados por la L. O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y declarados en vigor por la LEC hasta la aprobación de la futura LJV. El prelegislador, sin embargo, persuadido de que estos procesos no tienen una genuina naturaleza de JV, opta por aproximar su regulación a los procesos contenciosos de familia, y de ahí que planea la creación de un proceso especial con sustantividad propia en la LEC, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores. En este sentido, la modificación del art. 748 LEC contempla la inserción de un nuevo ordinal 6º, desplazando a su vez a los actuales ordinales 6º y 7º, que pasarían a ser 7º y 8º respectivamente, en virtud de la cual serán aplicables las disposiciones del presente Título (el I del Libro IV, relativo a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores) a los procesos que versen sobre medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional. De manera



concomitante, el proyectado art. 749 LEC prevé añadir el inciso “en los de sustracción internacional de menores”, para disponer la necesaria intervención del Ministerio Fiscal como parte en el procedimiento –aunque no haya sido promotor del mismo ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes–, en este tipo de procesos, junto a los de capacidad de las personas, nulidad matrimonial y determinación e impugnación de la filiación. Desde el punto de vista gramatical, se recomienda revisar la frase subordinada final (“*que velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada*”), pues queda excesivamente alejada de su sujeto antecedente (el Ministerio Fiscal).

424. La reubicación de esta regulación sobre medidas relativas a la restitución de los menores en casos de sustracción internacional, pasando a insertarla entre los procesos contenciosos especiales de la LEC, no provoca sin embargo un vuelco en el particular contenido de esa regulación, pudiendo decirse que la reforma proyectada mantiene en lo sustancial los rasgos característicos de la misma, e incluso la literalidad o casi literalidad de varios de los preceptos actuales. Ello no debe sorprender, por cuanto se trata de un área fuertemente influida por normas internacionales y comunitarias. Entre otros, resultan de aplicación el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y en vigor en España desde el 1 de septiembre de 1987 [en adelante el Convenio ACSIM], y el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. También cabe citar el Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y en el plano bilateral el Convenio suscrito con el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre reconocimiento y ejecución de Resoluciones en materia de derecho de



custodia y derecho de visita y devolución de menores y que entro en vigor en España el 1 de julio de 1999.

425. Esa continuidad se aprecia sobre todo en aspectos relacionados con el desarrollo del procedimiento, pudiendo hallarse una nítida correspondencia entre varios de los apartados del art. 778 ter LEC y lo dispuesto en los arts. 1904 a 1909 LEC/1881. La correspondencia es quizás algo menor en lo que respecta a las normas generales del proceso, donde el Anteproyecto contiene algunas innovaciones o desviaciones con respecto al régimen vigente, si bien no pocos elementos de los arts. 1901 a 1903 LEC/1881 son perfectamente reconocibles en el proyectado art. 778 bis LEC. Sin duda, la parte más novedosa de la regulación en proyecto es el art. 778 quater LEC, en el que se prevé la posibilidad de obtener una resolución por la que se declare la ilicitud de un traslado o retención internacional.

426. Comenzando por las normas generales y el ámbito de aplicación (futuro art. 778 bis LEC), los principales cambios con relación a la regulación actual se refieren a la descripción del ámbito de aplicación, la competencia, la legitimación para promover el procedimiento, la asistencia y postulación, la no suspensión del procedimiento, el auxilio, y la adopción de posibles medidas cautelares o provisionales.

427. En cuanto al ámbito de aplicación, el apartado 1 del futuro art. 778 bis LEC indica que se procederá de acuerdo con lo previsto en el [nuevo] Capítulo en el que se insertará, *“en los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España”*. Las novedades frente a lo dispuesto en el actual art. 1901 LEC/1881, que aparecen subrayadas en el pasaje transcrito, aunque pudieran parecer innecesarias o darse por sobreentendidas, resultan



pertinentes por cuanto la mención de la normativa comunitaria es obligatoria, en tanto modaliza el Convenio ACSIM, y en cuanto a la presencia del menor en España evita muchos malentendidos, cuando ello no sucede así, en diferentes fases del proceso, y no sólo para fijar la competencia inicial. En conexión con esto, obsérvese que el futuro art. 778 ter.3.I LEC estatuye que cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Secretario Judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, deberá archivar provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado.

428. En cuanto a la aplicación de este procedimiento únicamente en los casos en que resulten de aplicación un convenio internacional o las disposiciones de la UE, ello indicaría que, no estando vinculado nuestro país por ninguna norma internacional, las autoridades judiciales españolas no deberían acordar el retorno o restitución de un menor supuestamente objeto de un traslado o retención ilícitos; o al menos no, de acuerdo con el procedimiento especial de cuya regulación se trata: sería necesario acudir a los mecanismos generales de exequátur y de cooperación judicial internacional.

429. Por lo que respecta a la competencia territorial, según el apartado 2 del art. 778 bis LEC en proyecto, *“será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos y, en su defecto, el que por turno de reparto corresponda”*. Así formulada, la norma presenta una evidente anomalía de redacción, por cuanto no es dable pensar en una situación “por defecto” de la enunciada. Todo apunta a que se ha omitido hacer alguna puntualización en la primera parte de la frase, y que la expresión “en su defecto” está precisamente relacionada con el elemento omitido.



430. Si nos trasladamos a la MAIN, en ella se nos indica, en relación con esta parte de la reforma, que el objetivo es procurar una concentración de la jurisdicción para, en sintonía con las recomendaciones y estándares internacionales, lograr una mayor especialización y, con ella, una mayor calidad y eficacia de la respuesta judicial para resolver estos casos. Sigue la MAIN diciendo que, a fin de reducir el número de jueces que en la instancia puedan conocer de las causas de sustracción internacional de menores, “se atribuye la competencia al Juzgado de Primera Instancia con competencias en Derecho de Familia de la capital de la provincia en cuya circunscripción se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos y, si no hubiera, al que por turno de reparto corresponda” (pág. 21). Se observa pues que el dato cuya ausencia se advertía en el proyectado art. 778 bis.2 LEC es esa alusión al Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia “con competencias en materia de familia”. Así las cosas, a fin de subsanar la falta de correspondencia entre lo anunciado en la MAIN y lo plasmado en el texto del articulado, y en suma de lograr ese pretendido efecto de especialización, sería preciso hacer esa especificación (“con competencias en materia de Derecho de Familia”) en el precepto señalado.

431. Ciertamente, la especialización en este terreno, no tendría por qué conllevar al mismo tiempo una concentración de la competencia en los Juzgados de la respectiva capital de provincia. La solución por la que se decanta el Anteproyecto parece estar en sintonía con la previsión del art. 15 de la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, conforme al cual, “*para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento*”. Ello en la medida en que puede



ser parte en el proceso la Autoridad Central Española encargada del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de un convenio en la materia, la cual actuaría representada por la Abogacía del Estado. Es claro que el procedimiento no habrá de ser instado siempre por dicha Autoridad, ni ésta, pese a haberlo promovido, está llamada a continuar en el proceso toda vez que el solicitante de la restitución comparezca con su propio Abogado y Procurador. Sin embargo debe considerarse plausible el objetivo de concentrar la jurisdicción y reducir así el número de Jueces encargados de esta materia, con miras a su mejor preparación y especialización. Ésta es la fórmula, por lo demás, mayoritariamente acogida en los países de la UE. Debe retenerse que los casos de sustracción internacional son siempre casos difíciles, y por ello la concentración de la jurisdicción es una de las recomendaciones internacionales más constantes. La concentración y la especialización son mejor salvaguarda para el interés del menor, que el hecho de que la competencia pudiera residenciarse en el órgano judicial de la concreta demarcación judicial en la que aquél se halle, tal y como hace el actual art. 1901 LEC/1881.

432. Dicho lo cual, en conexión todavía con esta materia, nótese que el art. 778 bis.2 LEC del Anteproyecto prevé que el tribunal “examinará de oficio su competencia”, y asimismo, el proyectado art. 778 ter.3.II LEC dispone que si el menor, tras las averiguaciones hechas a raíz de no ser hallado en el lugar que se hubiera indicado en la demanda, fuera hallado en otra provincia, “*el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes*”.



433. Es importante advertir que el hallazgo del menor en provincia distinta de la inicial no comporta necesariamente la pérdida de competencia del Juzgado que hubiera empezado a conocer del procedimiento, lo cual es razonable, pues desincentiva posibles comportamientos itinerantes de la persona que ha sustraído o retiene al menor, con el ánimo de ir frustrando sucesivamente los procedimientos instados antes autoridades judiciales españolas. De hecho, otra alternativa sería establecer una perpetuación de jurisdicción, una vez iniciado el procedimiento por virtud de admisión de la demanda presentada. Sin embargo, la regulación proyectada debe considerarse prudente, pues esa perpetuación podría incentivar la presentación de demandas de restitución de menores en el Juzgado de Primera Instancia más conveniente a los intereses de la parte demandante, aunque ésta tuviera conocimiento de que el menor se halla en una demarcación diferente, aprovechando la dificultad de acreditar si el traslado del menor retenido o sustraído al territorio de otra provincia ha sido anterior o posterior a la formulación de la demanda.

434. En lo tocante a la legitimación, el art. 778 bis.3 LEC, a diferencia del vigente art. 1902.II LEC/1881, contempla que puedan promover el procedimiento, no sólo la persona, institución u organismo que tenga atribuida la custodia del menor, así como la Autoridad Central Española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad, sino también la persona, institución u organismo que tenga atribuido “un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor”. Ello supone una ampliación de la legitimación activa que debe considerarse positiva, en línea con las previsiones del Convenio ACSIM.

435. Otra novedad reseñable del Anteproyecto es la previsión de que las partes en estos procedimientos deben actuar con asistencia de Abogado y representados por Procurador. En la regulación actual, al tratarse de un



proceso de JV, la postulación por Procurador no es necesaria, y en cuanto a la asistencia letrada el art. 1902.III LEC/1881 la configura como facultativa, al prever que los interesados “podrán” actuar bajo la dirección de Abogado. En rigor, no sería necesaria la especificación del proyectado art. 778 bis.4 LEC, a propósito de la necesaria intervención de Abogado y Procurador, por cuanto ésta ya se establece con carácter general en el art. 750.1 LEC para todos los procesos a que se refiere el Título I del Libro IV LEC, en el que se inscribirá el nuevo Capítulo IV bis sobre restitución de menores en supuestos de sustracción internacional. Del mismo modo que la preceptiva intervención como parte del Ministerio Fiscal en los procesos, entre otros, de sustracción internacional de menores, ya no se reitera en el art. 778 bis, por disponerlo así el art. 749.1 LEC proyectado, creemos que tampoco es necesario volver a plasmar la exigencia de asistencia letrada y representación por Procurador.

436. Nótese, por cierto, que el Anteproyecto prevé que la intervención de la Abogacía del Estado, cuando proceda a instancia de la Autoridad Central española, cese desde el momento en que el solicitante de la restitución comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador (art. 778 bis.4 LEC). Esta disposición contempla la hipótesis a la que antes aludíamos, la de que el interesado acuda a la Autoridad Central y sea ésta la que inste judicialmente la restitución del menor, lo cual es coherente con el deber que se deriva para las Autoridades Centrales conforme al art. 10 del Convenio ACSIM (*“la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”*). Quiere decirse que es posible que el interesado acuda a la Autoridad Central, que ésta promueva el procedimiento, y que aquél no comparezca después en el proceso con su propio Abogado y Procurador.



437. Para el caso de que el procedimiento no se promueva a instancias de la Autoridad Central Española, o cuando habiéndolo promovido, la Abogacía del Estado cese en su intervención como parte a raíz de haber comparecido en el proceso el solicitante de la restitución con su propio Abogado y Procurador, dicho solicitante deberá arrostrar con el coste correspondiente a los honorarios de ambos profesionales, lo cual tiene sentido.

438. Es también novedosa la previsión, según la cual, *“en ningún caso se ordenará la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores”*. Ello, según la MAIN, servirá para hacer efectiva la regla de que *“el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente”* (el actual art. 1902.IV LEC/1881 habla sólo de *“preferente”*). Se trata de una previsión que entronca con la filosofía del Convenio ACSIM, que no en vano se ciñe a los aspectos estrictamente civiles del fenómeno que nos ocupa, desinteresándose de la posible sanción penal del comportamiento del progenitor que ha infringido el régimen de custodia/visitas. En las Reuniones de seguimiento del Convenio se ha puesto de manifiesto que la existencia de un procedimiento penal en curso puede ser un inconveniente para la aplicación de dicho Convenio y para la consecución de sus objetivos, ya que puede dar lugar a que la autoridad judicial del Estado requerido deniegue la restitución del menor, así como disuadir al sustractor para devolver al menor voluntariamente.

439. La anterior previsión debe también relacionarse con la fijación de un plazo máximo para tramitar y resolver el procedimiento. De conformidad con el art. 778 bis.6 LEC en proyecto, el procedimiento *“deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan*



imposible". Teniendo en cuenta la posibilidad de recurso de apelación, que también tendrá tramitación preferente y deberá ser resuelto "en el improrrogable plazo de veinte días" (art. 778 ter.11 LEC del Anteproyecto, que viene a coincidir con el art. 1908 *in fine* LEC/1881), el plazo que resta para la resolución del procedimiento en primera instancia es de veintidós días, ya que no es posible conocer a priori si la resolución de instancia será objeto de recurso.

440. El redactado de ese art. 778 bis.6 LEC es correcto y acorde con lo preceptuado por el art. 11.3 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, el cual, por contraste con el Convenio ACSIM, enfatiza la exigencia de celeridad:

"El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.

Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda".

441. Sobre el posible auxilio jurisdiccional, el apartado 7 del futuro art. 778 bis LEC señala algo que la actual LEC/1881 no precisa pero que, en cualquier caso, hay que entender factible, a saber que *"en este tipo de procesos y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el juez lo considerase necesario, podrá recurrirse al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional*



existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los jueces de enlace”.

442. En cuanto a la adopción de posibles medidas cautelares o provisionales, dice la MAIN que se afronta una regulación de las medidas cautelares que cubra cualquier supuesto de aseguramiento del menor que se estime pertinente, y se contempla la posibilidad de ordenar durante la tramitación del procedimiento la concesión de un régimen provisional de estancia, relación y comunicación del menor con el progenitor reclamante de la restitución. En efecto, según el apartado 8 del proyectado art. 778 bis LEC, *“el Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al artículo 773, además de las previstas en el artículo 158 del Código Civil. Del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor”*. En la actualidad, el art. 1903 LEC/1881 establece que *“a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, el juez podrá adoptar la medida provisional de custodia del menor prevista en la Sección siguiente de esta Ley y cualquier otra medida de aseguramiento que estime pertinente”*. Por su parte, el art. 1905 LEC/1881, para el caso de que el requerido no compareciese, indica que el Juez citará a una comparecencia a los interesados y al Ministerio Fiscal *“y decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor”*.

443. Como se ve, el régimen es, en términos prácticos, bastante similar al que se deriva del Anteproyecto, si bien éste tiene la virtud de describir con mayor detalle la clase de medidas provisionales que podrán acordarse durante la sustanciación del procedimiento, relativas a la estancia, visita, relación o



comunicación entre el menor y el demandante. También es reseñable la previsión de que las medidas cautelares y de aseguramiento, conforme al Anteproyecto, podrán ser acordadas de oficio, lo que contrasta con el actual art. 1903 LEC/1881, que dispone que dicha adopción deberá hacerse a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal. En esta línea, la remisión al art. 158 CC que se prevé hacer en el futuro art. 778 bis.8 LEC debe considerarse acertada, si bien el entendimiento generalizado es que la aplicación de este precepto, en el marco de un procedimiento de sustracción internacional de menores, es ya factible en el estado actual de nuestra legislación. La remisión al art. 773 LEC puede resultar a priori menos atinada, por cuanto se refiere a medidas provisionales derivadas de la admisión de una demanda de nulidad, separación o divorcio. Sin embargo, al no configurarse ya como de JV el procedimiento de restitución de menores ilícitamente retenidos o trasladados, no habría el obstáculo derivado de la imposibilidad de acumulación de un expediente de JV con otro contencioso.

444. Pasando al desarrollo del procedimiento, el Anteproyecto contempla la fase de presentación de la demanda de restitución y describe explícitamente una fase de admisión de la solicitud que en el sistema vigente no se contempla. Con respecto a la presentación de la demanda, el proyectado art. 778 ter.1 LEC prevé mantener la disposición actualmente plasmada en el art. 1904 LEC/1881, concerniente a la necesidad de aportar con la demanda “la documentación requerida, en su caso, por el correspondiente convenio o norma internacional”. A este respecto, debe observarse que el art. 15 del Convenio ACSIM estatuye que *“las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación*



pueda obtenerse en dicho Estado". Como se ve, existe cierta documentación que, conforme al Convenio ACSIM, queda a la discreción del órgano judicial exigir o no al solicitante, no pudiendo considerarse que ésta es una documentación estrictamente exigida por el Convenio. Se trata de una diferenciación importante, que la autoridad judicial debe tener en cuenta, ya que toda documentación adicional que no sea estrictamente requerida por el Convenio puede redundar en una ralentización del retorno del menor.

445. Por esta misma razón, en cuanto al plazo que se concede al Secretario judicial para decidir sobre la admisión (48 horas), teniendo en cuenta la sencillez de la demanda y de la información/documentación que la acompañará, debería calibrarse una posible reducción a 24 horas, plazo éste que en la regulación actual se otorga al Juez para que efectúe el requerimiento a la persona en cuyo poder se halla el menor, y que parece coherente con la urgencia que se quiere imprimir a todo el procedimiento.

446. Por lo demás, el Anteproyecto mantiene el esquema que se encuentra reflejado en la regulación actual, contemplando las siguientes posibilidades tras la admisión de la demanda y el requerimiento a la persona a la que se imputa la sustracción o retención ilícita, para que comparezca y manifieste si accede o no a la restitución: (a) que el requerido comparezca y acceda a la restitución del menor; (b) que el requerido no comparezca, o comparezca pero no alegue causa de oposición ni entregue al menor; (c) que el requerido comparezca y lo haga formulando oposición a la restitución del menor. Sobre la base de ese esquema, el Anteproyecto incorpora algunas novedades que, en líneas generales, deben considerarse positivas. No obstante, cabe hacer algunas observaciones en relación con aspectos que admitirían una posible mejora.



447. Así, por lo que se refiere a la hipótesis de que el requerido comparezca y acceda a la restitución del menor, en cuyo caso el apartado 4 del art. 778 ter LEC proyectado manda que el Secretario judicial levante acta y el Juez dicte auto acordando la conclusión del proceso y la restitución del menor, pronunciándose en cuanto a los gastos y costas del proceso, es novedoso y merece un juicio favorable el dato de que, a continuación, el precepto señale que el demandado podrá también comparecer en cualquier momento, antes de la finalización del procedimiento, y acceder a la entrega del menor, siendo de aplicación lo dispuesto en ese apartado. Es decir, se facilita explícitamente la posibilidad de aceptar sobrevenidamente la restitución del menor, aunque el requerido hubiera manifestado inicialmente una oposición a la misma, o no hubiera acudido a la comparecencia inicial. A tal fin, nótese que el proyectado art. 778 ter.5 LEC ordena que la resolución citando al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez en los casos de no comparecencia del requerido, o de no comparecencia en forma debida, le sea notificada también al demandado.

448. Debe observarse que el art. 778 ter.4 LEC en proyecto habla únicamente de la “restitución del menor”, como posible contenido del auto que deberá dictar el Juez ante la aquiescencia del requerido a proceder a la misma. De forma análoga, al regular la hipótesis de que el requerido manifieste oposición, sólo se contempla la posibilidad de que la oposición lo sea “a la restitución del menor”, y en concordancia con ello, la resolución del Juez, en este caso por sentencia, implicará acordar si procede o no “la restitución del menor”. Estas disposiciones pasan por alto que en el precepto anterior (art. 778 bis.3) se reconoce legitimación para promover el procedimiento también a la persona, institución u organismo que tenga un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, con lo que parece lógico que, a la hora de articular las posibles reacciones del requerido y las resoluciones que podrá emitir el juzgador, se admita que aquél muestre aquiescencia a respetar el régimen de



estancia, visita, relación o comunicación eventualmente solicitado por el demandante, y que, en caso de oposición y de ulterior resolución judicial, ambas vayan referidas a dicho régimen, y no únicamente a la restitución del menor. En consecuencia, la redacción del art. 778 ter debería acomodarse, para ser coherente con lo preceptuado en el art. 778 bis.3 LEC en sede de legitimación activa y posible “petitum” del solicitante. Junto a lo anterior, debe valorarse la oportunidad de concretar, en los preceptos citados, el sujeto destinatario de esa restitución, de forma que en lugar de hablar de la “restitución del menor”, se señale que esa restitución deberá efectuarse a “la persona, institución u organismo solicitante que tenga atribuida la custodia del mismo”.

449. Por otro lado, creemos que la previsión del apartado 8 del art. 778 ter LEC en proyecto, conforme a la cual *“antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia del retorno del menor, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada”*, no debería circunscribirse a los casos en que el requerido haya comparecido manifestando oposición a la restitución y se haya convocado a las partes a una vista en la que se practicarán las pruebas. Antes bien, de acuerdo con lo que se desprende del art. 13.II del Convenio ACSIM, la audiencia del menor, siempre que éste haya alcanzado la edad y grado de madurez suficientes, debería contemplarse como trámite previo a cualquier decisión judicial que comporte la restitución del menor, aunque ésta proceda por haber accedido voluntariamente a ella el requerido. Así las cosas, se recomienda emplazar la norma del apartado 8 del art. 778 ter LEC en otro lugar del precepto que permita entenderla aplicable también a la hipótesis de comparecencia con entrega voluntaria del menor, o



bien hacer una remisión a lo que dispone ese apartado en el apartado 4 de ese mismo artículo.

450. En la hipótesis de que el demandado no compareciere, o no lo hiciera en debida forma, el Anteproyecto suaviza el efecto subsiguiente consistente en la declaración en rebeldía del mismo, dado que el proyectado art. 778 ter.5 LEC contempla que se le notifique en todo caso la resolución por la que se cite a la vista al solicitante y al Ministerio Fiscal, admitiendo el apartado 7 posterior que el requerido comparezca a dicha vista, debiendo oírsele en dicho trámite, incluso para manifestar oposición, y por descontado para acceder de forma sobrevenida a la restitución del menor. Debe entenderse que el requerido declarado en rebeldía que posteriormente acuda a la comparecencia, puede también proponer pruebas, si bien quizás fuera bueno clarificar este extremo. Por lo demás, el Anteproyecto mantiene el plazo de seis días posteriores a la comparecencia para la práctica de las pruebas (art. 778 ter.7.III LEC, que se corresponde con el art. 1908 LEC/1881), así como el ulterior plazo de tres días para el dictado de la resolución judicial que ponga fin al proceso (art. 778 ter.9 LEC, que igualmente se corresponde con el art. 1980 LEC/1881).

451. Un aspecto ciertamente novedoso es el relativo a la admisión del eventual recurso de apelación en ambos efectos (art. 778 ter.11 LEC, que contrasta con el art. 1908 in fine LEC/1881, conforme al cual el recurso de apelación cabe sólo en un solo efecto). La doctrina ha puesto de manifiesto que esta admisión del recurso con efectos únicamente devolutivos, trae como consecuencia que si se ordena la restitución inmediata del menor en ejecución del auto del Juzgado, y después la Audiencia falla en sentido contrario a ese retorno, es evidente la imposibilidad práctica de llevar a cabo la ejecución del fallo de apelación, y para paliar este efecto se ha propuesto como solución práctica que, cuando el Juez de instancia ordene la restitución, se fije la fecha de entrega del menor una vez transcurrido el plazo de los



veinte días que tiene la Audiencia para resolver (lo que, *de facto*, viene a equivaler a una suspensión de los efectos de la resolución del Juzgado). Parece pues una medida acertada establecer que el recurso tendrá el doble efecto, devolutivo y suspensivo, lo que asegura que el fallo de la Audiencia, en caso de no coincidir con la del órgano de instancia, pueda ser ejecutada *in natura*.

452. La admisión del recurso de apelación en dos efectos se refuerza con la previsión del art. 525.1.1ª LEC, el cual se reforma, a decir de la MAIN, al objeto de impedir la ejecución provisional de las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional. No obstante, debe señalarse que la redacción utilizada puede resultar ambigua y lograr una interpretación opuesta al objetivo que se pretende, ya que según el texto en proyecto no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional *“las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso, y sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional”*. Para evitar toda confusión sobre la posible afectación del inciso añadido (“y sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional”) por la partícula “salvo”, se sugiere ubicar ese nuevo inciso justo antes de la excepción introducida por el “salvo”, a continuación de “derechos honoríficos”, de tal forma que la redacción quedaría así:

“1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:

1ª Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado



civil y derechos honoríficos, y sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso”.

453. Otra importante novedad del Anteproyecto es la relativa a la posibilidad de suspender el procedimiento, de conformidad con el art. 19.4 LEC, para que las partes se sometan a mediación, siempre que así haya sido solicitado por ambas. La solución de mediación, puede ser incluso propuesta de oficio por el Juez, si éste cree posible que las partes lleguen a un acuerdo en función de las circunstancias concurrentes, y siempre que ello no suponga un retraso injustificado del proceso. Esta segunda posibilidad, que aboca a una suspensión del procedimiento a pesar de no haber sido solicitado por ambas partes el sometimiento de la contienda a mediación, podría resultar contraria al principio de voluntariedad de la mediación, enunciado en el art. 6 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. De hecho, el último párrafo del art. 778 ter.12 LEC en proyecto no puede sino reconocer que el procedimiento se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Siendo esto así, es obvio que cualquiera de las partes debe poder oponerse *ab initio* a la suspensión.

454. En otro orden de cosas, no resulta perfectamente clara la previsión del segundo párrafo del proyectado art. 778 ter.12 LEC, a propósito de que *“la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este capítulo”*. Literalmente, esta disposición indica que la suspensión del proceso para mediación podrá extenderse por el plazo legalmente previsto en este capítulo (seis semanas). Sin embargo, todo apunta a que el objetivo que se persigue es que el procedimiento en su



conjunto, incluida la suspensión para la mediación, no exceda en ningún caso de las seis semanas, de acuerdo con el art. 778 bis.5, si bien la suspensión para intentar la mediación podría ser una de esas circunstancias excepcionales, de las que habla este precepto, que motivara admitir que el procedimiento se prolongue más allá de las seis semanas. Sea como fuere, se sugiere pulir la redacción del art. 778 ter.12.II LEC a fin de que quede claro este extremo.

455. La posibilidad de encontrar una solución amistosa al conflicto derivado del traslado o retención del menor, es una de las variables contempladas por el Convenio ACSIM (art. 7.II.c/), y a decir de los especialistas en la materia esa clase de solución resulta particularmente beneficiosa para el menor, dado que garantiza una mayor paz familiar y una situación de equilibrio más duradera que cuando la restitución obedece a una resolución judicial. Es posible que el conflicto generado por una retención o traslado hechos con infracción de un derecho de custodia, pueda resolverse gracias al reconocimiento al progenitor no custodio de un determinado derecho de visitas del que no disfrutaba, o de cuyo ejercicio había sido privado a su vez, y sin duda esta clase de contrapartidas pueden ser acordadas en el contexto de una mediación.

456. Ahora bien, debe recordarse que, de conformidad con la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, este tipo de mediaciones son posibles *“siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”*, y no parece que el régimen de custodia y visita de los hijos menores sea una materia disponible (vid. arts. 90 y 91 CC). En ese sentido, debería reflexionarse sobre si sería necesario algo más que la intervención del Juez homologando el acuerdo alcanzado ex art. 19.2 LEC. Sin embargo, como quiera que el procedimiento de restitución de menores tiene un marcado carácter sumario y no pretende afectar a las resoluciones sobre el fondo, podría ser problemático que, para solventar la



restitución, las partes alcancen un acuerdo de mediación que tenga implicaciones sobre el fondo de la materia y el Juez sancione dicho acuerdo. Como se ve, la inserción de la mediación en el seno del procedimiento de restitución de menores, a pesar de reconocer sus innegables efectos favorables, comporta también algunas posibles disfunciones a las que debe prestarse atención.

457. Finalmente, el art. 778 quater LEC en proyecto contempla la posibilidad de obtener una declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional, emitida por las autoridades judiciales españolas, cuando un menor residente en España sea objeto de traslado o retención en el extranjero, precisando cuál es el órgano judicial para conocer de la misma. Ello supone la configuración de una nueva acción declarativa que serviría para dar cauce a lo previsto en el art. 15 del Convenio ACSIM, en virtud del cual *“las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado”*.

10. Modificaciones que afectan a la Ley del Registro Civil y a las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992 (DF 4ª, 5ª, 6ª y 7ª).

458. Las modificaciones que afectan a la LRC, en su mayor parte, y las que se refieren a esas tres Leyes que aprueban acuerdos de cooperación del Estado español con otras tantas entidades religiosas o federaciones de las mismas, están relacionadas con la nueva regulación del matrimonio, y de la separación o divorcio, que se pretende introducir en el CC.



459. En cuanto a la LRC, los cambios a que nos referimos afectan sobre todo a la autorización e inscripción del matrimonio (arts. 58 a 60). Comenzando por el art. 58 LRC proyectado, cabe decir que presenta un contenido un tanto “reglamentista”, lo que no debe extrañar si se piensa que viene a recoger en gran medida –del apartado 3 en adelante– la regulación contenida en los arts. 240 y ss. del actual Reglamento del Registro Civil (RRC). Cabe preguntarse, dado que el apartado 12 del futuro art. 58 LRC se remite al desarrollo reglamentario para la tramitación de estas actas y expedientes, si no sería más adecuado que, al menos una parte del contenido de este artículo, se reservara para incluirlo en el futuro reglamento de desarrollo de la LRC. Por otro lado, la llamada a la aplicación supletoria de la legislación notarial (también en ese apartado 12) debería reservarse para el caso de las actas tramitadas ante Notario.

460. Plantea algunas dudas la redacción del apartado 7 del art. 58 LRC en proyecto, para los casos de decisión desfavorable del Notario a autorizar el matrimonio. Se indica que el interesado podrá entonces ejercer sus derechos ante el Encargado del Registro Civil del lugar donde se haya tramitado el acta. Ello no configura propiamente un recurso, puesto que Notario y Encargado del Registro Civil no están en relación jerárquica, ni orgánica ni funcionalmente, pero de alguna forma el juicio del Notario será objeto de revisión por el Encargado del Registro Civil, frente a cuya resolución sí cabrá acudir en vía de recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). No se entiende por qué abocar al interesado a acudir al Encargado del Registro Civil, en lugar de articular una vía directa de recurso ante la DGRN para el caso de decisión desfavorable del Notario a autorizar el matrimonio.

461. Por otro lado, surge la duda de qué valor cabe dar entonces al acta comenzada a tramitar por el Notario, así como la necesidad de arbitrar una



vía de comunicación para que la decisión desfavorable del Notario a la autorización del matrimonio pueda ser conocida por el Encargado del Registro Civil, y viceversa. A tal fin, debería disponerse algún tipo de publicidad o de comunicación recíproca entre Registros Civiles y Notarías, a fin de que unos y otras tengan conocimiento de las actas y expedientes que están siendo objeto de tramitación en las otras sedes, y en particular de aquéllos que han sido resueltos desfavorablemente. De este modo, si los interesados acuden al otro agente, se encontrarán con que no resulta posible volver a iniciar el expediente, a menos que el anterior hubiese caducado.

462. Debe ponerse el acento también en algún aspecto terminológico. En la reforma de la LRC se habla del “acta o escritura pública”, como si se tratase de instrumentos alternativos para hacer constar la celebración del matrimonio. Pero de la regulación del CC plasmada en el Anteproyecto, parece derivarse que lo que corresponde hacer al Notario ante el que se celebre un matrimonio es autorizar una escritura, lo que además concuerda con lo prevenido en el futuro art. 49 LNot. Todo apunta a que el empleo del binomio acta-escritura en el proyectado art. 58 CC responde a la función distributiva de la frase, resultado de aplicar ambas nociones respectivamente al Alcalde, Concejal y Encargado del Registro Civil por un lado, y al Notario por otro. En cualquier caso, si se pretende que de la celebración del matrimonio ante Notario pueda dejarse constancia mediante acta o mediante escritura indistintamente, sería aconsejable estatuirlo así, de modo expreso, en la regulación sustantiva del CC, eliminando todo riesgo de contradicción entre éste y la LRC. De hacerse así, ello probablemente obligaría a replantear la definición general que se contiene en el art. 49 LNot.

463. En otro orden de cosas, cuando en el apartado 3 del proyectado art. 58 LRC se habla de que en la solicitud de acta o expediente matrimonial previos habrán de aportarse, entre otros, los documentos acreditativos de “la



emancipación o la dispensa” –frase tomada por arrastre del art. 241 RRC–, hay que darse cuenta de que, conforme al Anteproyecto, no habrá ya modo de dispensar el impedimento de edad, de tal manera que la futura LRC no debería presentar la dispensa como un término alternativo a la emancipación, pues lo único que podrá acreditar el sujeto que no alcance los 18 años es la emancipación. En su caso, podrá tener que aportar la dispensa para otra clase de impedimentos (parentesco, crimen), pero entonces este factor no debería yuxtaponerse a la emancipación mediante un “o”, sino mediante un “y”, quizás con el matiz “en su caso”.

464. Por lo que hace a la inscripción del matrimonio notarial en el Registro Civil, debemos reiterar lo ya señalado al comentar la reforma del art. 62 CC, y es que la inscripción del matrimonio precisa la calificación del Encargado del Registro Civil. Por eso, sugerimos que en la redacción del tercer párrafo del art. 58.8 LRC se señale que *“Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se remitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, copia electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación por el Encargado del Registro Civil”*.

465. Asimismo, para la hipótesis de que el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, cuando éste fuera necesario, por autoridad o persona competente distinta de Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario, el art. 58.10 LRC en proyecto, a diferencia del proyectado art. 65 CC, ni tan siquiera reconoce competencia al Encargado del Registro Civil para tramitar el expediente de comprobación posterior de los requisitos de validez, sino que residencia exclusivamente esa función en el Notario, previa designación por el Colegio Notarial del lugar de celebración. De nuevo en coherencia con lo anteriormente indicado, el párrafo



segundo del art. 58.10 LRC debería, o bien remitirse al párrafo segundo del art. 65 CC, o bien dotarse de una redacción idéntica al mismo:

“Si la celebración hubiera sido realizada ante persona o autoridad competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acta de aquélla se remitirá directamente al Encargado del Registro Civil donde deba inscribirse el matrimonio para que sea realizada por éste la comprobación de los requisitos de validez mediante la tramitación del correspondiente expediente”.

466. Pasando al art. 58 bis LRC, se refiere al matrimonio celebrado en forma religiosa. Su objetivo es establecer que, a salvo el matrimonio canónico, para el que habrá que estar a lo dispuesto en los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, en el resto de supuestos (matrimonio celebrado por el rito islámico, judío y evangélico), se requerirá la tramitación de un expediente o acta previos, ante el Encargado del Registro Civil o ante el Notario, que incluirá en todo caso certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes.

467. En gran medida, el contenido de este precepto constituye un trasunto o generalización de lo que establecen en su art. 7º las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, que regulan respectivamente los acuerdos de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. El Anteproyecto prevé modificar el art. 7 de esas tres Leyes para prever, como novedad respecto de su actual contenido, que la acreditación de la capacidad matrimonial de los contrayentes podrá efectuarse mediante acta previa expedida por un Notario; además de mantener expedita la posibilidad de tramitar un expediente matrimonial previo ante el Encargado del Registro Civil.



468. Debe advertirse, no obstante, que frente a la redacción de las Leyes 24/1992 y 25/1992, que hablan correctamente de expediente previo ante el Encargado del Registro Civil, la redacción que se proyecta en ambas leyes (apartado 2 de su respectivo art. 7) es la de “acta previa al matrimonio ante el Notario o Encargado del Registro Civil”, lo que no resulta coherente con la terminología empleada por el Anteproyecto en el caso del matrimonio celebrado en forma civil. A fin de lograr una mayor homogeneidad en el empleo de los términos, debería hablarse de acta para el Notario y de expediente para el Encargado del Registro Civil. En el caso de la Ley 25/1992 la cuestión es más grave porque se habla, por error evidente, de “acta previa al matrimonio ante el Notario Encargado del Registro Civil”, con ausencia de la “o” que debería separa ambos términos.

469. En cuanto a la Ley 26/1992, la cual se refiere actualmente a la “certificación expedida por el Registro Civil correspondiente” (art. 7.2), el Anteproyecto se introduce un nuevo binomio, pues habla de “acta o resolución previa expedida por el Notario o Encargado del Registro Civil”. Insistimos en que debería hacerse un esfuerzo armonizador a fin de emplear en todos los casos unos mismos términos.

470. Por lo demás, la modificación de estas tres Leyes suscita una cuestión relacionada con la tramitación de la Norma *in fieri*. Los arts. 7.7 de las Leyes 24/1992 y 25/1992, y el art. 7.5 de la Ley 26/1992, señalan que “*las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil*”, en los tres casos previa audiencia, ora de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, ora de la Federación de Comunidades Israelitas de España, ora de la Comisión Islámica de España. Sin embargo, si se repasa la MAIN, en el apartado de “Tramitación” (p. 31) no se contiene la menor referencia a la



necesidad de dar audiencia a estos tres entes o federaciones de entidades religiosas, como resulta preceptivo en virtud de los preceptos citados.

471. En cuanto al resto de modificaciones de la LRC, aparte las que atañen a la DF 5ª y a la nueva DF 5ª bis, a las que ya nos hemos referido *supra* en otras partes de este Informe, la más relevante es la concerniente a la plasmación registral del régimen económico matrimonial, legal o pactado (art. 60 LRC). La novedad con respecto a la redacción actual de este precepto radica en el primer párrafo del proyectado apartado segundo, donde, tras estatuir el apartado anterior que *“junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo”*, se dice que:

“2. Cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable. Para hacer constar en el Registro Civil expresamente el régimen económico legal aplicable a un matrimonio ya inscrito será necesaria la tramitación de un acta de notoriedad”.

472. Esta disposición, que concuerda con lo dispuesto en el futuro art. 53.1 LNot (*“Quienes deseen hacer constar expresamente en el Registro Civil el régimen económico matrimonial legal que corresponda a su matrimonio cuando éste no constare con anterioridad deberán solicitar al Notario correspondiente a su domicilio la tramitación de un acta de notoriedad”*), comporta la necesidad de tramitar un acta notarial para lograr la constancia registral expresa del régimen económico matrimonial, incluso aunque los cónyuges no hayan pactado capitulaciones matrimoniales, y por tanto deba regir entre ellos el régimen económico matrimonial legal que les sea aplicable.



473. Semejante previsión se antoja algo excesiva, pues si bien la intervención del Notario tiene sentido cuando las partes pretendan apartarse del régimen legal supletorio mediante el otorgamiento de un negocio *ad hoc*, como son las capitulaciones, las cuales deben constar en escritura pública por mandato del art. 1327 CC, se justifica peor cuando los contrayentes no tienen intención de exceptuar la aplicación del régimen legal supletorio que sea de aplicación. En estos casos el efecto jurídico correspondiente opera por ministerio de la ley (v. gr. art. 1316 CC, que dispone la aplicación del régimen de sociedad de gananciales “a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces”), y por ello la constancia registral de dicho régimen debería operar automáticamente, sobre la base de la no constancia de pactos o capitulaciones que desplacen o modifiquen dicho régimen. A lo sumo, esa plasmación registral podría hacerse depender de las comprobaciones pertinentes efectuadas por el Encargado del Registro Civil, pero no parece de recibo abocar a los potenciales interesados a que tramiten un acta notarial de notoriedad en la que, a la postre, se va a considerar “suficientemente acreditado el régimen económico legal del matrimonio” (art. 53.3. LNot en proyecto). Se recomienda pues reconsiderar la opción plasmada en los arts. 60.2 LRC y 53 LNot, y examinar en su lugar otras posibles alternativas, a nuestro modo de ver más plausibles.

474. Un último apunte en relación con las modificaciones de la LRC, se refiere a la que afecta a su disposición final décima, relativa a la entrada en vigor de la propia LRC. Como se sabe, esta Ley fue aprobada con una extensa *vacatio legis* de tres años, a salvo sendas disposiciones finales. Esto quiere decir que el grueso de la Ley 20/2011 entrará en vigor el 22 de julio de 2014. El cambio proyectado pretende insertar un nuevo párrafo en esa disposición para prever que los arts. 58, 58 bis, 59, 60 y 61, así como la disposición adicional novena y las finales quinta y quinta bis, entren en vigor con motivo de la aprobación de la futura LJV. Sin embargo esta previsión, además de confusa, no resulta adecuada al fin que se persigue. Es confusa, por cuanto al momento de entrar



en vigor la propia LRC, ésta no tendrá entre su articulado ni art. 58 bis, ni disposición adicional novena ni disposición final quinta bis, todos los cuales prevé añadir precisamente el Anteproyecto. Por consiguiente, es obvio que tales preceptos no podrán entrar en vigor hasta que lo haga la futura LJV. Y si lo que el prelegislador desea es que no entren en vigor los restantes preceptos, sí existentes, de la todavía no vigente LRC (es decir, los arts. 58, 59, 60, 61 y la disposición final 5ª), entonces lo procedente es derogarlos o suprimirlos, quedando a expensas de ser añadidos en su nueva redacción una vez sea aprobada la futura LJV.

11. Modificaciones que afectan a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (DF 8ª).

475. Prevé la DF 8ª del Anteproyecto la modificación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), a cuyo fin se disponen básicamente tres intervenciones. De un lado el cambio de redacción del art. 20.6 LPAP, de otro la agregación de una nueva letra e) en el art. 41.1. de la misma Ley, y en tercer lugar el añadido de una nueva Sección 2 bis en el Capítulo V del Título II, (“De la declaración de heredero abintestato”), compuesta de tres artículos (49 bis, 49 ter y 49 quater), y complementada por dos nuevas disposiciones adicionales (la 23ª y la 24ª), dirigidas a atender dos situaciones particulares de legitimación para efectuar la declaración ab intestato en el caso de sendas instituciones o Administraciones públicas concretas. La reforma de este cuerpo legal se conecta con la modificación, también proyectada, de los arts. 956 a 958 CC (“De la sucesión del Estado”), a la cual nos referiremos igualmente en este epígrafe. Debe tenerse en cuenta, además, que el Anteproyecto prevé reformar el art. 791.2 LEC, así como derogar los arts. 977 a 1000 LEC/1881 [la parte de los mismos que perdura con algún contenido tras la reforma operada por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal], sobre declaración de herederos ab intestato, quedando regulada



esta materia por lo dispuesto en la legislación notarial (vid. nuevos arts. 54 y 55 LNot).

476. Por lo que se refiere a la modificación del art. 20.6 LPAP, frente a la actual redacción (“la sucesión legítima de la Administración General del Estado se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias”), se proyecta la siguiente:

“La sucesión legítima de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas se regirá por la presente ley, el Código Civil y sus normas complementarias, o las normas de Derecho foral o especial, que fuera aplicable”.

Ello tiene que ver con el dato de que el Anteproyecto, como en seguida vamos a ver, contempla regular en el seno de la propia LPAP el expediente de declaración de heredero abintestato a favor de la Administración del Estado.

477. A lo anterior se une la agregación de una nueva letra e) en el apartado 1 del art. 41, lo que conlleva el reconocimiento a las Administraciones públicas de una nueva facultad/prerrogativa para la defensa de su patrimonio, a saber: *“Efectuar la declaración de heredero abintestato a su favor, así como la adjudicación de los correspondientes bienes y derechos hereditarios”*. En efecto, la principal innovación del Anteproyecto en esta materia consiste en atribuir a las propias Administraciones públicas beneficiarias abintestato de una herencia, la prerrogativa de efectuar la declaración de heredero a su favor. En la actualidad, esa declaración debe efectuarse en sede judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 958 CC y los artículos concordantes de la legislación procesal civil.



478. Este mismo principio se plasma, de forma más específica, en el proyectado art. 49 bis LPAP, según el cual, “*cuando a falta de otros herederos legítimos con arreglo al Derecho civil común o foral sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar la declaración de su condición de heredero abintestato en vía administrativa una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otros herederos legítimos*”. A continuación, el art. 49 ter LPAP en proyecto detalla el procedimiento para la declaración como heredera abintestato de la Administración del Estado, y el art. 49 quater LPAP se ocupa de los efectos de la declaración de heredero abintestato.

479. Podría ser aconsejable reconsiderar la asignación de la facultad reconocida a las Administraciones públicas de realizar la declaración de su condición de heredera abintestato en vía administrativa, en la medida en que, al menos para cuando la llamada no sea la Administración estatal sino determinada Administración autonómica, la legislación civil aplicable determine un procedimiento diferente de declaración de heredero abintestato a favor de las mismas. Piénsese, por ejemplo, que el art. 442-12 de la Ley catalana Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, establece que a falta de parientes colaterales de cuarto grado heredará en la sucesión intestada la Generalidad de Cataluña, y que en ese caso la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario “previa declaración judicial de heredero”. Este precepto podría entrar en contradicción con lo dispuesto en el proyectado art. 49 bis LPAP, que ya hemos transcrito, en el sentido de que a falta de otros herederos legítimos con arreglo al Derecho civil común o foral, corresponderá a la propia Administración –del Estado o autonómica– llamada a suceder, “efectuar la declaración de su condición de heredero abintestato en vía administrativa”.



480. En principio, la disposición final segunda.5 de la LPAP, que también se proyecta enmendar, establecerá que el art. 49 bis tiene el carácter de legislación básica de acuerdo con el art. 149.1.18ª CE (el cual se refiere a “*las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (...); el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas*”). Frente a ello, podría sostenerse que la disposición que nos ocupa se inscribe en la órbita competencial del art. 149.1.8ª CE, correspondiente a la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y con la salvedad a su vez de un núcleo duro de materias que en todo caso serán de competencia exclusiva estatal. De hecho, una norma con bastante menor proximidad con aspectos jurídico-civiles, como es la del art. 49 LPAP (“*No será necesario tramitar el procedimiento de investigación cuando con motivo de concentraciones parcelarias se asignen a la Administración General del Estado fincas de reemplazo carentes de titular. El acto o acuerdo de asignación constituirá título suficiente para la toma de posesión e inscripción de las mismas a favor de la Administración*”), se dice dictada, conforme a la disposición final segunda.2 LPAP, “*al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución, y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan*” (vid. número seis de la DF 8ª del Anteproyecto). Parece que sería más apropiado entender también dictado el futuro art. 49 bis LPAP al amparo de ese art. 149.1.8ª CE relativo a las competencias estatales en materia de legislación civil.



481. Entrando ya en el análisis del procedimiento para la declaración de la Administración del Estado como heredero abintestato (art. 49 ter LPAP en proyecto), llama la atención, de un lado, las vías que pueden conducir al inicio del procedimiento, el cual está previsto que acontezca de oficio, por acuerdo del Director General del Patrimonio del Estado (DGPE). Entre esas vías se mencionan la iniciativa propia, la orden superior, la petición razonada de otro órgano y la denuncia. Junto a ellas aparecen otras dos, que se antojan las más probables: la remisión del órgano judicial conforme al art. 791 LEC [en su versión reformada por el Anteproyecto] y la comunicación a la que se refiere la legislación notarial [se refiere a lo dispuesto en el art. 55.4 LNot, igualmente redactado conforme al Anteproyecto]. Del primer bloque de posibles vías de inicio, se antoja extraño que la DGPE, por iniciativa propia y sin impulso de ningún interesado u otro órgano, pueda dar origen a incoar el procedimiento, pues será difícil que llegue a conocimiento directo de la misma el fallecimiento de una persona en las circunstancias que pueden propiciar la sucesión a favor del Estado. Y otro tanto cabe decir, en realidad, del impulso de otro órgano o de la orden de un superior. Sería acaso más factible que la *notitia mortis* llegara a través de la “denuncia” de un interesado, aunque no es fácil pensar en quién podría reunir en estos casos esa condición, habida cuenta de las circunstancias –falta de parientes del causante hasta colaterales de cuarto grado– en que ha de producirse la delación de la herencia a favor del Estado; sea como fuere, el término “denuncia” no parece el más adecuado en este contexto.

482. Más razonable es pensar que la noticia del fallecimiento de una persona en las condiciones que pueden determinar una delación de la herencia a favor del Estado, llegue a la DGPE en virtud de la remisión o comunicación del Juez o del Notario. Una fórmula alternativa, para redactar el apartado 1 del art. 49 ter LPAP, podría ser la de reducir a estas dos las vías de conocimiento que pueden dar lugar a la incoación del expediente, previendo una suerte de



cláusula de cierre del siguiente tenor: “sin perjuicio de otras posibles vías por las que la Dirección General de Patrimonio del Estado llegare a conocer el hecho de haber resultado fallecida una persona sin testar y sin parientes llamados por ley a la sucesión”.

483. Pero, más allá de lo anterior, debemos llamar la atención sobre un aspecto que debe considerarse crucial. El proyectado art. 49 ter LPAP diseña todo un procedimiento que culminaría en la declaración, por parte de la DGPE, de la Administración General del Estado (AGE) como heredera abintestato. Dicho procedimiento incluye un trámite de verificación de que en efecto los derechos sucesorios del causante corresponden a la AGE, debiendo aportarse al expediente cuantos datos puedan recabarse sobre el causante, sus bienes y sus derechos (apartado 4). Con carácter previo se habrá debido publicar en el BOE –sin perjuicio de otros medios adicionales de difusión– el acuerdo de incoación del procedimiento, del cual habrá de remitirse copia para su publicación en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos del último domicilio del causante, del lugar de su fallecimiento y del lugar donde radique la mayor parte de sus bienes, con exposición en ellos durante un mes, dando opción a que cualquier interesado pueda presentar alegaciones o aportar documentos o elementos de juicio, para lo que dispondrá del plazo de dos meses contados desde la finalización del plazo de la última exposición edictal (apartado 3). Es entonces cuando, previo informe de la Abogacía del Estado sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la AGE como heredera abintestato (apartado 5), la DGPE resolverá el expediente, declarando en su caso tal condición de heredera así como la adjudicación administrativa de bienes y derechos de la herencia (apartado 6).

484. Pues bien, en los casos –que serán la mayoría, si no la totalidad– en que el inicio del procedimiento haya operado por remisión del Juez ex art. 791.2 LEC, o por comunicación del Notario ex art. 55.4 LNot, resulta que tanto aquél



como éste habrán debido efectuar las comprobaciones pertinentes, en su caso articulando la oportuna publicidad edictal, que les permita alcanzar la conclusión de que el Estado es el heredero abintestato.

485. En efecto, de conformidad con el art. 791.1 LEC [que no se prevé reformar], en el caso de que el tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes o cónyuge del finado o persona que se halle en una situación de hecho asimilable, ni de colaterales dentro del cuarto grado, una vez adoptadas las medidas más indispensables para el enterramiento del difunto y para la seguridad de sus bienes, libros, papeles, correspondencia y efectos susceptibles de sustracción u ocultación, el Secretario judicial adoptará las medidas que estime más conducentes para averiguar si la persona de cuya sucesión se trata ha muerto con disposición testamentaria o sin ella, ordenando, a tal efecto, que se traiga a los autos certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, así como el certificado de defunción luego que sea posible, añadiéndose que a falta de otros medios, el tribunal ordenará mediante providencia que sean examinados los parientes, amigos o vecinos del difunto sobre el hecho de haber muerto éste abintestato y sobre si tiene parientes con derecho a la sucesión legítima. Es importante consignar que, de acuerdo con el art. 791.2 LEC, en la redacción que el Anteproyecto prevé darle [que en este punto es coincidente con la actual], la comunicación de oficio a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración de heredero abintestato a favor del Estado, se deberá efectuar “*si, en efecto, [la persona de cuya sucesión se trata] resultare haber fallecido sin testar y sin parientes llamados por la ley a la sucesión*”. Como es obvio, y se dispone en el art. 956 CC [tanto en la versión vigente como en la del Anteproyecto], en semejante situación “heredará el Estado”.



486. Por su parte, el proyectado art. 55.2 LNot señala que si, instada la declaración de herederos abintestato, se ignorase la identidad o domicilio de los posibles interesados, el Notario dará publicidad del expediente en la sección correspondiente del BOE, así como en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación, anuncios que deberán estar expuestos durante el plazo de un mes, a fin de que cualquier interesado pueda presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio, dentro del plazo de dos meses a contar desde la finalización del plazo de la última exposición del anuncio. Por su parte, el apartado 4 del art. 55 LNot en proyecto prevé que si transcurrido el plazo de dos meses desde que se citó a los interesados sin que nadie se haya presentado, *o si fuesen declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia*, se remitirá copia del acta de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración administrativa de heredero.

487. Así las cosas, nos encontramos con que en un caso, si es el Juez el que ha intervenido ante el conocimiento del fallecimiento de una persona en las condiciones descritas en el art. 790.1 LEC, resulta que, con carácter previo a la comunicación a la Delegación de Economía ya Hacienda, habrá tenido que llegar a la conclusión de que, en efecto, la persona de cuya sucesión se trata ha fallecido sin testar y sin parientes llamados por la ley a la sucesión, lo que determina la sucesión a favor del Estado. Y si es el Notario el que está tramitando un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, ocurre que, antes de la remisión del acta de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda, deberá haber constatado la ausencia de interesados o haber declarado sin derecho a los que hubieran acudido reclamando la herencia. En ambos casos, tras la realización de diversas comprobaciones



previas, y en el caso particular del acta notarial tras la articulación de un trámite de publicación edictal análogo al descrito en el proyectado art. 49 ter.3 LPAP.

488. Dadas estas circunstancias, debería someterse a reconsideración si es procedente diseñar un procedimiento posterior en el que, tras la realización de unas comprobaciones similares a las llevadas a cabo en sede judicial o notarial (en particular duplicando el trámite de publicidad edictal previsto en la legislación notarial), un órgano administrativo –la DGPE– aparece investido de la potestad para pronunciarse sobre un extremo que el Juez o el Notario ya habrán resuelto, admitiéndose incluso que la resolución pueda no conllevar la declaración de heredero abintestato a favor del Estado (art. 49 ter.6 LPAP). En el mejor de los casos, esto supone propiciar una reiteración de trámites y resoluciones, y en el peor la generación de resoluciones contradictorias entre las distintas instancias intervinientes (Juez/Notario por un lado, DGPE por otro). Todo ello hace aconsejable repensar el esquema del procedimiento ante la DGPE, el cual podría limitarse a la constatación de que, en sede judicial o notarial, se ha efectuado la declaración del Estado como heredero abintestato de un causante, y en consecuencia procede asumir esa condición, aceptar la herencia a beneficio de inventario y tomar posesión de los bienes y derechos de la misma. A tal efecto, además de los correspondientes ajustes en el art. 791.2 LEC y en el art. 55.4 LNot, bastaría con mantener el art. 49 quater LPAP, prescindiendo en cambio del art. 49 ter LPAP [el cual, en sus cinco primeros apartados describe el procedimiento a que hemos aludido, y en el apartado sexto no pasa de contener un trasunto de lo prevenido en el proyectado art. 956 CC].



12. Modificaciones que afectan a la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (DF 11ª).

489. La DF 11ª del Anteproyecto dispone la introducción de un nuevo Título VII en la LNot (“Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales”), compuesto de seis Capítulos (“Reglas generales”, “De las actas y escrituras públicas en materia matrimonial”, “De los expedientes en materia de sucesiones”, “De los expedientes en materia de obligaciones”, “Del expediente de subasta notarial” y “De los expedientes en materia mercantil”).

490. Desde el punto de vista de las competencias consultivas de este Órgano, el expediente más relevante es el relativo a la reclamación de deudas dinerarias que pudieran resultar no contradichas (Sección 2ª del Capítulo IV), lo que coloquialmente podría denominarse “monitorio notarial”, por cuanto viene a erigirse en cauce alternativo al procedimiento monitorio de la LEC, siendo así que además se prevé la posible intervención judicial en caso de que las partes planteen judicialmente el carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales, así como en fase de ejecución, toda vez que el acta notarial que ponga fin al expediente ante la no comparecencia o la no oposición del deudor se convierta en título ejecutivo.

491. En cuanto al resto de expedientes se harán menos observaciones, o apenas ninguna. Por otro lado, algunos de ellos han sido ya aludidos al referirnos a otras partes del Anteproyecto, como sucede con el expediente relativo al acta matrimonial y a la escritura pública de celebración del matrimonio (arts. 51-52 LNot). Con carácter preliminar haremos alguna referencia a un aspecto contenido en las “Reglas generales” del Capítulo I del nuevo Título VII LNot.



a) *Reglas generales.*

492. Las reglas generales relativas a la intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales se contienen en dos artículos, el 49 y el 50 de la LNot. Mientras que el primero describe con carácter general los dos instrumentos –escrituras públicas y actas– a través de los cuales los Notarios podrán intervenir en esta clase de expedientes, el segundo establece el sistema mediante el cual los Notarios y los Colegios Notariales dispondrán de la información oportuna sobre peritos y profesionales en general, a los efectos de proceder a las designaciones que fueren necesarias.

493. En cuanto al art. 50, sus dos apartados se vienen a corresponder casi literalmente –*mutatis mutandis*– con lo preceptuado en los dos apartados del art. 341 LEC, si bien en el primero de ellos se advierte un matiz diferencial de relieve. El aludido precepto de la LEC, en relación con el cual este Consejo General tiene aprobada la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre de 2001, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de listas de profesionales para su designación como peritos, dispone en su primer apartado que “*en el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. (...)*”.

494. Como puede verse, no se prevé una intervención alternativa de Colegios profesionales y de asociaciones profesionales u otras entidades análogas, así como Academias e instituciones culturales y científicas, sino un sistema de intervención escalonada, con preferencia de los Colegios, ya que se dispone que en primer término corresponde recabar la información de éstos, y sólo en su defecto se acudirá a otras entidades análogas, tales como asociaciones



profesionales que agrupen a quienes prestan estas actividades, o a Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. Por este motivo, se han suscitado dudas acerca de si este régimen es acorde con los dictados y objetivos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

495. Entre otras, por estas consideraciones, el Pleno del CGPJ, en su reunión de 28 de octubre de 2010, acordó modificar la Instrucción 5/2001, añadiendo un segundo párrafo en el apartado 3, en virtud del cual, *“para los casos en que la prueba pericial requerida exija una titulación de colegiación obligatoria, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Jueces Decanos procurarán recabar los listados de todos aquellos Colegios Profesionales existentes en la demarcación vinculados a una profesión cuya titulación pudiera guardar relación directa y resultar idónea para el ejercicio del peritaje judicialmente requerido. Para los casos en que la colegiación no constituya requisito imprescindible para el ejercicio profesional o exista distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizar de forma adecuada la práctica pericial solicitada, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Jueces Decanos procurarán solicitar los listados de peritos de todas las asociaciones profesionales, corporaciones, y colegios no oficiales que existan en la demarcación”*.

496. Pues bien, el proyectado art. 50.1 LNot neutraliza, para el ámbito de los expedientes notariales, ese efecto de escalonamiento entre Colegios profesionales y otras asociaciones, e incluso da entrada en pie de igualdad a



cualesquiera profesionales con conocimientos acreditados en la materia, con total independencia del dato de su colegiación:

“En el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional. (...)”.

497. Sin duda esto representa un avance en la eliminación de condiciones de acceso al mercado de prestación de servicios profesionales. Lo que cabría pedir al prelegislador es que este mismo modelo, que se plantea implantar en el ámbito notarial, se traslade igualmente al ámbito jurisdiccional mediante la oportuna modificación del art. 341 LEC.

b) De las actas y escrituras públicas en materia matrimonial.

498. Sobre el expediente relativo al acta matrimonial y a la escritura pública de celebración del matrimonio (Sección 1ª del Capítulo II, Título VII, LNot), ya hemos algunas consideraciones, en concreto por lo que atañe al dato de que el proyectado art. 51.1 LNot no permita a los futuros contrayentes elegir al Notario que tramitará el acta previa en la que se constate el cumplimiento de los requisitos de capacidad, la inexistencia de impedimentos y la presencia de genuino consentimiento: más allá de que dicho Notario pueda ser el del lugar de domicilio de cualquiera de ellos, el precepto estatuye que, de haber varios, la tramitación se llevará a cabo por el que corresponda por turno. Por lo



demás, la regulación de este expediente en la futura LNot es de baja densidad, por cuanto el proyectado art. 51.2 LNot remite al art. 58 LRC –ya analizado *supra* en el epígrafe correspondiente– para todo lo relacionado con la solicitud, tramitación y autorización del acta matrimonial.

499. En cuanto a la otra Sección de este Capítulo (“Acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal”), su contenido también lo hemos examinado al abordar las modificaciones que afectan a la LRC. Decíamos entonces que no parece atendible que, a fin de hacer constar en el Registro Civil el régimen económico matrimonial legal que corresponda al matrimonio, sea preciso tener que tramitar un acta de notoriedad ante Notario. El análisis detenido del art. 53 LNot en proyecto permite corroborar esa apreciación. De un lado, parece dudoso que el juicio del Notario a tal efecto deba basarse en elementos como las aseveraciones de los solicitantes acerca de “la certeza de los hechos positivos y negativos en que se deba fundar el acta” o “los documentos acreditativos de su vecindad civil en el momento de contraer matrimonio”, pudiendo en último extremo levantarse el acta sobre la base de que dos testigos aseguren la realidad de los hechos de los que se derive la aplicación del régimen económico matrimonial legal. De otro lado, encierra una contradicción lo dispuesto en el primer párrafo del art. 53.2 LNot en proyecto, donde se indica que *“la solicitud de inicio del acta deberá ir acompañada de certificación del matrimonio del Registro Civil, a menos que se obtuviera ésta por el Notario, en la que no conste vigente un régimen económico matrimonial pactado”*. Ello quiere decir que, para poder hacer constar de forma expresa en el Registro Civil el régimen económico matrimonial legal –esto es, no pactado–, se exige a los solicitantes que aporten al procedimiento notarial una certificación del propio Registro donde ya conste que no hay vigente un régimen económico matrimonial pactado. Todo apunta a que si el Registro Civil ya hace publicidad de este extremo, no



debería haber necesidad de procurar la constancia de esa información, acreditada de nuevo vía acta de notoriedad.

c) De los expedientes en materia de sucesiones.

500. El Capítulo III del Título VII de la LNot se compone, a su vez, de seis Secciones, la 1ª sobre declaración de herederos abintestato, la 2ª sobre presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, la 3ª sobre presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos, la 4ª sobre presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral, la 5ª sobre designación de contador-partidor dativo y la 6ª sobre formación de inventario. Estos expedientes responden a la decisión del prelegislador de atribuir al Notario la competencia que, en todas esas materias, aparecen actualmente conferidas al Juez. Por ello, de forma concomitante con la reforma de la LNot, se modifican también diversos preceptos del CC y de la LEC, al tiempo que se derogan otros de la LEC/1881.

501. Comenzando por el expediente de declaración de herederos abintestato, al que en parte nos hemos referido al examinar las modificaciones de la LPAP, supone concentrar en el Notario la competencia para efectuar esa clase de declaraciones en todos los casos: no sólo, como sucede en la actualidad, cuando se trate de declarar la condición de herederos abintestato de los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado (art. 979 LEC/1881, cuya derogación se prevé), sino también cuando esa declaración beneficie a otros parientes, hasta los colaterales de cuarto grado (art. 980 LEC/1881 –que se deroga igualmente– y art. 791.2, último párrafo, LEC –que se modifica–). El único supuesto de declaración de herederos abintestato que quedará fuera de las atribuciones del Notario es aquél en el que la herencia beneficie al Estado o a las Comunidades Autónomas, pues tal y como hemos visto se prevé que



esa declaración la efectúe la Administración llamada a la sucesión conforme a los nuevos arts. 49 bis a 49 quater LPAP. Pero ésta no es una competencia que se sustraiga a los Notarios –que tampoco la ostentan en la actualidad–, sino a los Jueces.

502. Por cierto que, para hacer factible que la correspondiente Administración (la estatal o la autonómica) realice la declaración de heredero abintestato a su favor, el art. 55.4 LNot dispone que transcurrido el plazo marcado sin que se haya presentado ningún interesado, o si fuesen declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia, “se remitirá copia del acta de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración administrativa de heredero”, agregando que “en caso de que dicha declaración no correspondiera a la Administración General del Estado, la citada Delegación dará traslado de dicha notificación a la Administración autonómica competente para ello”. Creemos que podría encomendarse al Notario para que efectuase la remisión del acta a la Administración –estatal o autonómica– competente, pues debe presumirse que posee al menos iguales competencias jurídicas que una Delegación de Economía y Hacienda para discriminar ese aspecto.

503. Por lo demás, la tramitación plasmada en los arts. 54 y 55 LNot en proyecto se asemeja bastante a la descrita en el vigente art. 209 bis del Reglamento Notarial (RNot), con algún elemento procedente de los arts. 979 y ss. LEC/1881. No obstante, debemos llamar la atención sobre algunos aspectos, por si ello pudiera servir para mejorar la regulación proyectada.

504. En primer lugar, sobre la competencia del Notario, se contemplan varios posibles fueros en relación de subsidiariedad: lugar del último domicilio del causante en España, lugar del fallecimiento si hubiera acaecido en España, lugar donde estuviere la mayor parte de los bienes del causante. Aunque



prácticamente coincide con lo previsto en el art. 209 bis. 1ª RNot, lo cierto es que debería preverse un fuero residual por si el causante tampoco tuviere en España la mayor parte de sus bienes, o ni siquiera tuviera aquí ningún patrimonio. Quizás podría preverse el lugar del domicilio del solicitante.

505. En segundo lugar, a propósito de la documentación a presentar, a fin de identificar la relación de parentesco del solicitante con el finado, se habla de forma genérica (art. 55.1 LNot) de “documentos acreditativos del parentesco de los solicitantes con el fallecido”, lo que contrasta con la regla 4ª del art. 209 bis RNot, donde se dice que habrán de presentar el libro de familia del causante o las certificaciones del Registro Civil acreditativas del matrimonio y filiaciones. Creemos que, al menos cuando se trate de ascendientes, descendientes o cónyuge, debería mantenerse la exigencia de este tipo de certificaciones.

506. Tercero, el trámite de publicidad del expediente a través del BOE, aparte de los tablones de anuncios de los Ayuntamientos relevantes, que el proyectado art. 55.2.II LNot dispone para el caso de que se ignorase la identidad o el domicilio de los interesados, señalados en su caso por el solicitante, puede resultar excesivo desde diferentes puntos de vista. Por un lado, porque no se deja margen de apreciación al Notario para que sopesa la oportunidad de efectuar o no esa publicidad, por otro, por el radio de acción que implica efectuar la publicidad a través del BOE en lugar de un Boletín Oficial de alcance menor. Además, debe tenerse en cuenta que, a diferencia del anuncio mandado hacer desde el Juzgado, la publicidad en este caso deberá ser costeada por el interesado. En fin, tampoco hay que menospreciar los plazos de tiempo, tan holgados, que se prevén para articular esta publicidad, a saber: un mes de exposición de los anuncios en los Ayuntamientos, dos meses desde la finalización de ese plazo para que los interesados puedan presentar alegaciones o aportar documentos, más veinte días a contar desde



la comparecencia del último de los interesados. Dichos plazos conllevan también un indudable coste para el solicitante del expediente, que puede no estar justificado en muchos casos. Por todo ello, se recomienda dotar al Notario de una mayor discreción para que calibre la necesidad o no de efectuar los anuncios, contemplar el anuncio en el BOE sólo como medida excepcional, y acortar los tiempos tanto de exposición de los anuncios como de alegaciones y plazo para que el Notario haga constar su juicio.

507. Por último, anotamos dos aspectos que creemos que obedecen a sendos errores. Uno, más evidente, es la reiteración textual que se advierte entre el párrafo tercero del art. 55.3 LNot (“*Se hará constar en el acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados. También quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda*”) y el párrafo quinto de ese mismo artículo y apartado (“*En su caso, se hará constar en el acta que los que hubieran sido declarados sin derecho a la herencia y los que no hubieran podido ser localizados, se reservan su derecho a ejercitar su pretensión en juicio ordinario. También quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda*”). El otro es la alusión que se hace en el párrafo cuarto, también del art. 55.3 LNot, a que tras la terminación del acta en la que constará el juicio que se haya formado sobre la procedencia o no de la declaración de herederos, el Notario procederá a su protocolización “y le dará la misma publicidad que se hubiere dado a la incoación del expediente”. Si se repasa la regulación descrita en los apartados anteriores de este artículo y en el artículo anterior, se observa que no está previsto dar ninguna clase de publicidad a la incoación del expediente, pues la única publicidad que se prevé, en primer lugar no es obligada, ya que sólo se producirá en caso de ignorarse la identidad o domicilio de los que hubieran sido señalados como interesados, y



en segundo lugar no lo es de la incoación, sino del expediente ya incoado. Frente a ello, el actual art. 209 bis RNot sí dispone un trámite de publicidad genérico del expediente, cuando en su tercera regla dice que “el Notario requerido habrá de poner en conocimiento del Decanato del respectivo Colegio Notarial, en el mismo día que hubiese admitido el requerimiento, la iniciación de la tramitación del acta”. Probablemente, el prelegislador está pensando en un trámite de este tipo, y tal vez haya tenido la intención de plasmar esta previsión en el marco de los futuros arts. 54 y 55 LNot, pero lo cierto es que no lo ha hecho, y en tanto esa omisión no sea enmendada, la alusión del art. 55.3.IV a “la misma publicidad que se hubiese dado a la incoación del expediente” no tiene un término válido de referencia, o al menos no legalmente predeterminado, como parece que debiera ocurrir.

508. Pasando al expediente relativo a la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, se regula en los arts. 56 a 59 LNot, los cuales en una medida importante recogen el contenido de los arts. 1956 a 1968 LEC/1881. Sobre la apertura del testamento cerrado deben tenerse en cuenta asimismo los arts. 712 a 714 CC, que el Anteproyecto también prevé reformar.

509. La principal diferencia con respecto a la regulación actual estriba, desde luego, en la asignación al Notario, en lugar de al Juez, de la competencia para la apertura y protocolización de esta clase de testamento. Como efecto concomitante de esa nueva asignación, el proyectado art. 712 CC contempla un mecanismo de comunicación por parte del Notario que tenga en su poder el testamento para poner la existencia del mismo en conocimiento de determinados parientes (cónyuge, descendientes y ascendientes, y en su defecto colaterales hasta el cuarto grado). Dice el precepto en proyecto que, *“de no conocer la identidad o domicilio de estas personas, o si se ignorase su existencia, deberá dar la publicidad que determine la legislación notarial”*.



510. Se supone que la publicidad a la que se alude en el art. 712.III CC es la descrita en el apartado 4 del futuro art. 56 LNot. Sin embargo, tomada en su literalidad, esta disposición prevé un mecanismo de publicidad (a través de anuncios en el BOE y en los tabloneros de los Ayuntamientos del último domicilio del causante, del lugar de su fallecimiento y donde radique la mayor parte de sus bienes) que está concebido para el otro supuesto de activación de la apertura de un testamento cerrado, a saber: cuando comparezca ante Notario competente la persona –distinta del Notario autorizante– que tenga en su poder dicho testamento, en cumplimiento del deber establecido en el art. 712 CC (vid. art. 56.3 LNot). Esta publicidad estaría destinada a identificar o localizar a los sujetos potencialmente interesados en promover el expediente cuando quien hubiera presentado el testamento hubiera manifestado su falta de interés en la adverbación y protocolización, pero hubiera designado personas que sí pudieran tener ese interés, cuya identidad o domicilio se ignorase. Como se ve, no hay correspondencia con lo dispuesto en el proyectado art. 712.II y III CC, pues en éste se habla de identificar o localizar el domicilio, o incluso de averiguar si existen, las diversas especies de parientes que en él se enumeran.

511. La discordancia entre lo contemplado en la futura LNot y el art. 712.II CC se aprecia en otro aspecto. El precepto sustantivo parece dar por sentada la competencia del Notario autorizante en cuyo poder se hubiera depositado el testamento para instruir por su parte el expediente, pues desde luego no se le ordena que proceda a presentar el testamento ante su colega competente, como en cambio se hace en el art. 712.I CC con cualquier otra persona que tenga en su poder un testamento cerrado. Creemos que lo apropiado sería indicar expresamente en el art. 56.1 LNot –donde se traza la competencia del Notario para la tramitación de este tipo de expedientes, asignándosela al del lugar en que el causante hubiera tenido su último domicilio así como al del



lugar en que hubiera fallecido—, que también será competente, en caso de no coincidir con los anteriores, el Notario que autorizó el testamento y en cuyo poder quedó depositado con arreglo al art. 711 CC.

512. Por otro lado, en el supuesto del testamento presentado por tercero en cumplimiento del deber establecido en el art. 712.I CC, no se entiende por qué la publicidad ha de dirigirse a identificar y/o localizar a los potenciales interesados que hubiera manifestado el presentante, para cuando éste además hubiera expresado su falta de interés en advenir y protocolizar el testamento. Frente a ello, sería coherente prevenir que debería intentar localizarse a todos los parientes posiblemente interesados, mencionados en el art. 712.II CC. Y aquí no se trataría sólo de dotar de nueva redacción al art. 56.3 y 4 LNot, a fin de que la publicidad en ellos contemplada se extendiera a la localización e identificación de todos esos parientes, con independencia de lo manifestado por el sujeto presentante del testamento, sino que habría que modificar el propio art. 712 CC en proyecto, de modo que lo dispuesto en su segundo y tercer párrafos se proyectase igualmente sobre el caso previsto en su párrafo primero.

513. Con carácter general, se recomienda revisar la redacción entera dada a los apartados 2 y 3 del art. 56 LNot en proyecto, a fin de depurar otros posibles desajustes. Así, en el apartado 3 se dice que el Notario deberá requerir a las personas que pudieran tener interés en la herencia, “de acuerdo con lo manifestado por el requirente”. Sin embargo, el supuesto descrito en este apartado es el de una presentación espontánea por parte del poseedor del testamento en cumplimiento del deber establecido en el art. 712 CC, y por tanto no a raíz del requerimiento efectuado a instancias de un interesado, supuesto éste descrito en el apartado 2. El término correcto en el apartado 3 debería ser pues “presentante” y no “requirente”. O, si se quiere aludir al caso de que la presentación se haga a impulso de un requirente, entonces debería



eliminarse la mención a que la presentación se ha hecho “en cumplimiento del deber establecido en el artículo 712 del Código Civil”, pues por definición en el apartado 2 se parte del supuesto de hecho de que hayan transcurrido los diez días desde el fallecimiento del otorgante sin que el testamento se haya presentado conforme a lo previsto en el Código Civil.

514. Otro elemento para la reflexión lo suscita el art. 56.5 LNot, en el que se establece que *“transcurridos tres meses sin que se haya presentado el testamento, a pesar del requerimiento, o sin que ningún interesado haya promovido el expediente, se archivará el mismo, sin perjuicio de reanudarlo a solicitud de cualquier interesado”*. Más allá de la contradicción que encierra disponer que la falta de promoción del expediente por parte de ningún interesado dará lugar al archivo del mismo –es decir, de un expediente que nadie habría promovido–, y de que debería especificarse el dies a quo para el cálculo del plazo (pues es de suponer que en un caso será el de expiración del plazo del mes durante el cual deberán estar expuestos los anuncios a que se refiere el apartado 4, mientras que en el otro será la fecha de práctica del requerimiento), debe hacerse ver que la necesidad de aguardar un plazo de tres meses en el caso de haber tenido que requerir al supuesto poseedor del testamento para que lo presente, supone pasar por alto que en este escenario ya habrán debido transcurrir los diez días que la legislación civil marca para que el poseedor del testamento pueda presentarlo espontáneamente sin exponerse a las consecuencias de la no presentación dolosa (asumir la responsabilidad de los daños y perjuicios que ocasione y perder todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario testamentario). En tales circunstancias, el poseedor del testamento habrá perdido todo incentivo para presentarlo tardíamente, y por consiguiente marcar en la legislación notarial ese plazo de tres meses es poco menos que ocioso, a menos que vaya acompañado de alguna consecuencia civil que pueda servir de incentivo en forma de moderar la responsabilidad del



presentante o de recuperar algún derecho sobre la herencia. Es más si, como termina diciendo el art. 56.5 LNot, el expediente se reanuda a solicitud de cualquier interesado, no es ya que la fijación de ese plazo no vaya a tener ninguna repercusión en el plano civil, sino que tampoco tendrá la menor trascendencia en el marco de la legislación notarial.

515. Más allá de estos desajustes, plantea dudas la opción de que el expediente sólo pueda avanzar, a pesar de haberse presentado el testamento, sea o no a requerimiento de un posible interesado, si así lo promueven los parientes del causante u otros potenciales interesados que hubieran sido señalados por el sujeto presentante. En la legislación actual, la adveración, apertura y protocolización del testamento presentado no se hace depender de que el expediente sea promovido por tales sujetos, sino que el procedimiento se impulsa de oficio. La presencia de los parientes posibles interesados no es esencial, como lo muestra el art. 1965 LEC/1881, con arreglo al cual, *“Podrán presenciar la apertura del pliego y lectura del testamento, si lo tienen por conveniente, los parientes del testador en quienes pueda presumirse algún interés, sin permitirles que se opongan a la práctica de la diligencia por ningún motivo, aunque presenten otro testamento posterior”* [disposición que curiosamente rescata el art. 58.2 LNot].

516. En opinión de este Órgano, sería lógico que, una vez verificada la presentación del testamento, ésta desencadenase la realización de las restantes operaciones (adveración, apertura y protocolización), quedando a partir de ese momento el testamento depositado en poder del Notario que lo haya protocolizado, a expensas de que aparezcan los posibles beneficiarios del mismo. Si no se opta por esta fórmula, cabe pensar que se debe a la presunción de que el Notario no estará dispuesto a prestar este servicio si no hay ningún interesado a favor del cual actuar y a quien, en última instancia, cargar el coste del arancel correspondiente. Pero, de ser ello así, permitiría



cuestionar la conveniencia de asignar al Notario la competencia para la presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados.

517. Esta apreciación se ve avalada por el riesgo de que se produzcan otras distorsiones, igualmente conectadas con la atribución a los Notarios de la competencia que venimos examinando. Así podría ocurrir en relación con el aspecto regulado en el proyectado art. 59.1 LNot, conforme al cual: *“Leído el testamento, y resultando de las diligencias practicadas que en su otorgamiento se han guardado las solemnidades prescritas por la ley y la autenticidad del pliego, el Notario extenderá acta de protocolización, de acuerdo con la presente ley y su reglamento de ejecución”*. Con carácter preliminar debe señalarse que lo apropiado no sería leer el testamento y verificar después que en su otorgamiento se han guardado las solemnidades prescritas por la ley, sino justamente al revés: sólo en caso de que se estimen cumplimentadas todas las solemnidades legales resultará procedente la apertura del pliego y la consiguiente lectura del testamento (así se desprende de lo estatuido, creemos que con acierto, en los arts. 1966 a 1968 LEC/1881). Pero, más allá de eso, cabe plantear la inconveniencia de atribuir al Notario actuante, cuando sea el mismo que autorizó el testamento y en cuyo poder quedó éste depositado, la facultad de apreciar el respeto de las solemnidades prescritas por la ley.

518. En conclusión, existen razones para interesar, no obstante el mantenimiento de la configuración como notarial este expediente relativo a la apertura y protocolización de los testamentos cerrados, adoptar medidas para evitar los inconvenientes puestos de manifiesto.

519. Consideraciones similares podrían hacerse por lo que respecta a los expedientes de presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos y de testamentos otorgados en forma oral, sobre cuyos



pormenores no nos extenderemos. Baste consignar que, en lo tocante a la protocolización de testamentos ológrafos, el régimen del Anteproyecto es muy similar al de los testamentos cerrados, apreciándose tal vez una mayor proximidad –salvo por lo que se refiere al trámite de publicidad del expediente a fin de localizar a posibles parientes– con la regulación del Código Civil en la materia. De hecho, el Anteproyecto viene en gran medida a trasvasar a la futura LNot (arts. 60 a 62) el contenido de los arts. 689 a 693 CC, a los cuales se dota de nueva redacción, muy sucinta y prácticamente reducida a normas de remisión a la legislación notarial. Y en cuanto a los testamentos otorgados en forma oral, lo que hallamos es un trasunto de la regulación actualmente plasmada en los arts. 1943 a 1955 LEC/1881. En este caso, entendemos que sería aún más sencillo mantener las características de la actual regulación, la cual no deja de estar dirigida a la protocolización notarial del testamento y contempla incluso la participación activa del Notario en el procedimiento. Todo ello podría efectuarse en un expediente judicial de JV bajo el control del Secretario judicial.

520. La modificación del art. 1057 CC en materia de nombramiento de contador-partidor dativo y de aprobación de la partición por él efectuada, conlleva dos nuevas previsiones que tienen reflejo en el Anteproyecto. A una ya nos hemos referido, pues es el régimen del art. 96 de la futura LJV en el que se dispone la competencia del Secretario judicial para efectuar la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor “cuando resulte necesario” (siempre que la partición no resulte confirmada expresamente por la totalidad de herederos y legatarios). Es decir, el Secretario judicial está llamado a suplir al Juez en esa función, que actualmente es atribuida a éste en el art. 1057 CC. Otro tanto ocurre con la competencia para el nombramiento del contador-partidor dativo, pero en este caso la función resulta encomendada al Notario, conforme al futuro art. 65 LNot (precepto que se limita a disponer una regla de



competencia territorial para la designación del Notario y a describir de forma sucinta los dos supuestos en los que podrá intervenir).

521. Causa alguna sorpresa el desglose competencial trazado en esta materia, pues el nombramiento de contador-partidor, incluida la provisión del cargo en caso de renuncia y la decisión sobre la concesión de una prórroga para que termine su encargo, es tarea que se asemeja a la que en el art. 95 del Anteproyecto, en relación con el cargo de albacea, se atribuye al Secretario judicial. Desde el punto de vista de la sistemática interna, por tanto, se justificaría asignar al Secretario la competencia en materia de nombramiento de contador-partidor dativo. A igual conclusión, y por el mismo género de razones, se llega si se tiene en cuenta que, como acabamos de señalar, el art. 96 de la futura LJV otorga al Secretario la tramitación y decisión de los expedientes relativos a la aprobación de la partición efectuada por contador-partidor.

522. Finalmente, la Sección 6ª del Capítulo III del futuro Título VII LNot, se refiere a la formación de inventario. Como ya hemos anticipado al tratar de los expedientes en materia de sucesiones que regulará la futura LJV, el Anteproyecto prevé que todas las actuaciones relacionadas con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario sean realizadas exclusivamente ante y por el Notario, suprimiendo la opcionalidad que preside la materia en la regulación actual, conforme a la cual es posible manifestar la voluntad de aceptar la herencia a beneficio de inventario ante el Notario o ante el Juez (art. 1011 CC). A tal fin, se introducen diversas modificaciones en los artículos del CC que disciplinan la materia (arts. 1011, 1014, 1015, 1017, 1019, 1020, 1024, 1030 y 1033), y se dispone un expediente notarial sobre la formación del inventario en los arts. 66 y 67 LNot.



523. La regulación del expediente guarda alguna similitud con la de algunos de los que hemos visto en este mismo Capítulo, pues se principia por delimitar el Notario competente para tramitar el expediente (art. 66.1 LNot), el modo en que podrá acreditar su legitimación el solicitante del inventario (art. 66.2 LNot) y la forma en que se dará publicidad del expediente, mediante anuncios en el BOE y en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos relevantes, a efectos e identificar y/o localizar a los legatarios y acreedores que pudieran estar interesados en presenciarlo (art. 66.3 LNot). A propósito del Notario territorialmente competente, se señala al del lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio y al del lugar en que hubiera fallecido, pero no, curiosamente, al del lugar en donde radicara la mayor parte de bienes del causante, competencia que en este caso estaría más justificada, ya que se trata de hacer inventario de los bienes de la herencia, y el dato de que los bienes se hallen a larga distancia puede influir en la duración del expediente (vid. art. 1017.II CC). De hecho, a los efectos de la publicidad del expediente sí se menciona, entre otros, la difusión a través de los tablones de anuncios del Ayuntamiento en donde radiquen la mayor parte de los bienes del causante. Cabe pues pensar que la falta de plasmación de este tercer criterio competencial en el apartado 1 del art. 66 LNot no es deliberada.

524. El art. 67 LNot, en sus apartados 1 y 4, señala el momento de comienzo de las operaciones de inventario así como el plazo ordinario y máximo dentro del cual tales operaciones deberán finalizar (se corresponde con el art. 1017 CC). En los apartados 2 y 3 del artículo se describen las operaciones en cuestión, distinguiendo entre las que se dirigen a relacionar el activo y el pasivo de la herencia. Debe observarse que, de conformidad con el proyectado art. 1020 CC, *“durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial”*. Sin embargo, no está



claro dónde se halla la correspondencia de esta norma en esos dos cuerpos legales. Sería conveniente trazar una remisión más precisa al artículo o artículos, dentro del CC y de la LNot, en los que se regula el modo en que el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios.

d) De los expedientes en materia de obligaciones.

525. En materia de obligaciones, el capítulo IV del Título VII LNot en proyecto contiene dos expedientes, el de ofrecimiento de pago y consignación (Sección 1ª) y el de reclamación de deudas dinerarias que pudieran resultar no contradichas (Sección 2ª).

526. Con respecto al primero, debe ponerse en relación con la modificación que se pretende hacer del régimen sustantivo de la materia, mediante la nueva redacción dada a los arts. 1176, 1178 y 1180 CC, y con la regulación que en paralelo proyecta hacerse del expediente judicial de consignación (arts. 102 y 103 de la futura LJV). La principal novedad estriba en que la consignación subsiguiente a un ofrecimiento de pago por un deudor, no atendido por el acreedor sin razón para ello, podrá hacerse poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos por la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial, según reza el proyectado art. 1178 CC.

527. Sin embargo, a diferencia de la consignación efectuada en sede judicial, que de declararse bien hecha por el Juez podrá desencadenar la extinción de la obligación y la liberación del deudor pese al rechazo por el acreedor del ofrecimiento de pago (art. 103.4 del Anteproyecto, en concordancia con el proyectado art. 1180 CC), la consignación en sede notarial sólo está previsto que sirva para ofrecer al acreedor la posibilidad de aceptar el pago, ya que si



éste no procediera a retirar la cosa consignada, no formulase alegación ante el requerimiento del Notario o se negara a recibir la cosa, el art. 68.4 LNot dispone que el Notario procederá a la devolución de lo consignado sin más trámites, archivándose el expediente. Es decir, el expediente notarial cubriría sólo lo que en el procedimiento judicial es una primera fase, ante el Secretario judicial, en la cual se verifica si el acreedor accede o no a recibir la cosa consignada. Carece, sin embargo, de una segunda fase, descrita en el art. 103.4 del Anteproyecto, la cual se desata a raíz de que el deudor insista en el mantenimiento de la consignación pese a la negativa del acreedor a retirar la cosa consignada.

528. Sin esa segunda fase, que es realmente la que permite que la consignación se erija en un auténtico mecanismo subrogado del pago, capaz de producir la liberación del deudor, el expediente notarial resulta –creemos– de escasa utilidad, y se convierte en algo muy poco por encima de un ofrecimiento de pago encauzado por vía notarial. De hecho, parece tener poco sentido articular el depósito de la cosa debida en un establecimiento a designar por el Notario, para que, en el breve lapso de diez días, y tras comprobar que acaso el acreedor no acepta la retirada de la cosa o ni siquiera contesta al requerimiento, haya que proceder a la devolución de la cosa depositada, con el consiguiente coste en términos de tiempo, gestiones y dinero. Es dudoso que a ningún deudor convenga acudir a esta fórmula de consignación, y lo es aún más que un acreedor pueda llegar a aceptar el pago en unas condiciones en las que su negativa a aceptarlo no tiene mayores consecuencias, ya que al Notario no se le atribuyen facultades para, apreciando que la consignación está bien hecha, declarar la extinción de la obligación y ordenar cancelarla.

529. Es posible que el prelegislador considere inapropiado asignar al Notario la facultad a la que acabamos de referirnos, y sería síntoma de ello el dato de que en el correspondiente expediente de JV, la facultad para determinar la



corrección de la consignación y el efecto liberatorio concomitante se atribuye el Juez, y no al Secretario judicial. Lo que ocurre es que esa opción, determina la regulación de un expediente notarial prácticamente vacío de contenido y de utilidad práctica. Por todo ello, se recomienda repensar la configuración del expediente notarial al que venimos refiriéndonos, optando por aproximarle a su homólogo judicial, en cuanto a los efectos civiles de la consignación cuando ésta se aprecie como bien hecha, o en su lugar eliminarlo o dejarlo reducido a su vertiente de puro ofrecimiento fehaciente de pago; lo que puede interesar al deudor que vaya a solicitar la consignación en el marco del expediente judicial que se proyecta incluir en la futura LJV, ya que uno de los requisitos que se marcan es que el deudor acredite haber efectuado el ofrecimiento de pago, cuando proceda de acuerdo con el art. 1176 CC.

530. Subsidiariamente, si esta sugerencia no se considera atendible, se propone contemplar al menos la posibilidad –que sí se previene en sede del procedimiento de JV de consignación (art. 103.1.III del Anteproyecto)–, de que el Notario pudiera designar como depositario al propio deudor, evitando así el coste de llevar a efecto el depósito de la cosa debida en manos de terceras personas, puesto que a fin de cuentas el expediente sólo puede finalizar en una aceptación del pago por el acreedor o en un retorno de la cosa debida a manos del deudor.

531. En cuanto al expediente de reclamación de deudas dinerarias que pudieran resultar no contradichas, su tratamiento se encuentra en el extenso art. 69 LNot, compuesto de cinco apartados, subdivididos a su vez en párrafos. Este expediente se concibe para la reclamación por parte de un acreedor del pago de una deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, siempre que además la deuda se acredite por alguno de los dos modos que nos son familiares por el procedimiento monitorio regulado en la



LEC: bien mediante documentos que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, bien mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor (art. 812.1 LEC). Se descarta, eso sí, la posibilidad de acudir a este procedimiento *monitorio notarial* cuando se trate de reclamaciones basadas en el art. 21 de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, así como fundadas en Derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública.

532. Con carácter previo a la valoración de la normativa contenida en el art. 69 LNot, muy especialmente del contraste con la normativa de protección del consumidor y su exégesis tanto por el TJUE como por la Sala 1ª del TS –a lo que haremos detallada referencia–, debe enjuiciarse la oportunidad de encomendar al Notariado este tipo de procedimientos, hasta ahora exclusivamente jurisdiccionales. No podemos olvidar que no nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuya competencia se traslada a un distinto operador jurídico, sino ante un procedimiento declarativo de naturaleza especial, cuya tramitación ha sido atribuida a los Secretarios judiciales, sin perder el control el Órgano judicial en los casos de inadmisión (art. 815.1 LEC).

533. A tal efecto es indudable que, dado el número de procedimientos monitorios que se tramitan, la encomienda proyectada presenta la evidente ventaja de tener una incidencia cierta en la deseable desjudicialización de procesos que alivien la carga de trabajo que afecta a nuestros Tribunales. No obstante, sin cuestionar tal realidad, es lo cierto que existen argumentos que contrapesan tales ventajas haciendo dudar de su oportunidad.



534. Así procede recordar que ya el art. 438 LOPJ prevé la creación de un servicio común procesal con funciones en materia de jurisdicción voluntaria servido por Secretarios judiciales.

535. Debe partirse de que, a día de hoy, los problemas básicos que el procedimiento monitorio plantea se residencian y resuelven en el inicial control a efectuar por el Secretario judicial, con control final por el Tribunal a través de la competencia exclusiva y excluyente para la inadmisión de la petición inicial conforme dispone el art. 815 LEC en orden a la concurrencia de las exigencias contenidas en su art. 812. De esta manera, ante la variedad de posibilidades que este precepto presenta, aumentada exponencialmente por la realidad del tráfico, se ha suscitado una compleja problemática –objeto de pausada sedimentación jurisprudencial, si bien en constante evolución ante las nuevas realidades– en orden a la integración de las exigencias legales de la documentación presentada por el acreedor. Es asimismo incuestionable la escasa oposición que los deudores plantean una vez citados, lo que, a menudo, se funda en razones de quebranto económico que dificultan iniciativas de oposición que quizás fueran razonables. El resultado es la creación de un título ejecutivo de incuestionable pujanza agresiva de patrimonios que, precisamente por ello, al estar fundado en una solicitud unilateral, debe ser objeto de un control de legalidad que quizás tan solo el Juez por la vía del control de admisión pueda actuar. Consecuentemente se entiende que, contrapesando ventajas e inconvenientes, el control de admisión debe ser necesariamente jurisdiccional. Y ello al margen de las dificultades de todo tipo que pueden surgir, caso de eludirse la exclusividad jurisdiccional, respecto al eventual carácter abusivo del clausulado en que se documente la deuda, objeto de ulterior análisis. En definitiva, la propia naturaleza de este tipo de procedimientos determina su incardinación en las competencias que exclusivamente reserva a la jurisdicción el art. 117.3 CE.



536. Desde la perspectiva inversa debe también ponerse de relieve que el Notario no es una Autoridad Pública, tal y como fundadamente indicaron las Sentencias de la Gran Sala del TJUE (6) de 24 de mayo de 2011. Y no lo es, precisamente, como allí se justificó, porque el Notario ejerce sus funciones en condiciones de competencia, lo cual no es propio del poder público. Tal realidad, inobjetable, refuerza su inhabilidad competencial en un procedimiento unilateralmente desencadenado por el acreedor quien, a la vez designa al Notario que, en régimen de competencia con sus compañeros de distrito, va a tramitarlo. Ello, sin duda, diluye la necesaria independencia que debe presidir la actuación de quien ha de controlar la legalidad de la documentación presentada, para lo cual no solo debe atender a los intereses de su cliente, que lo elige unilateralmente, sino también, muy especialmente, los opuestos, pues el tramite inicial no está sujeto a la contradicción entre partes, actuando el Juez a modo de Fiscal del ausente de tal contención.

537. Efectivamente, ese control judicial se desprende de la obligación del Secretario judicial de dar cuenta al Juez para que proceda a resolver lo que en derecho proceda, cuando advierta que la petición inicial y los documentos que se acompañan no reúnen los requisitos que la LEC prevé.

538. Un ejemplo del citado control, lo encontramos introducido por la última reforma operada por la Ley 4/2011, de modificación de la LEC para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, que lo ha extendido a la valoración sobre la corrección de la propia cantidad reclamada, para, en caso de que no se considere así, se proceda por el Secretario judicial a dar traslado al Juez, quien, en su caso, mediante auto podrá plantear al peticionario aceptar o rechazar una propuesta de requerimiento de pago por el importe inferior al inicialmente solicitado que especifique, pudiendo llegar a tenerle por desistido en caso de que no



conteste, control que no se recoge en el procedimiento a sustanciar ante el Notario.

539. Como conclusión, podemos afirmar, que si bien es cierto que los documentos que deben aportarse con la solicitud o petición del procedimiento monitorio, no tienen entidad suficiente para gozar de fuerza ejecutiva por sí solos, han de ser considerados de manera diferente a una prueba en un procedimiento declarativo a valorarse a la vista de la postura procesal que la parte contraria adopte; tal especial categoría de documentos más el silencio del deudor requerido de pago se traducirán en un título ejecutivo, de ahí se deriva la necesidad de un riguroso control de la suficiencia y adecuación de los mismos. El silencio del deudor, en tanto manifestación de voluntad, debe sustentarse en el pleno conocimiento de lo que se le está reclamando y ello a fin de que la voluntad de no oponerse, en que se traduce su silencio, sea informada y por tanto suficiente para fundamentar el nacimiento del título ejecutivo; el control de la información que se le facilita para conformar su voluntad es esencial y ha de ser objeto de control previo por el órgano judicial.

540. Precisamente por lo que decimos, puesto que el objetivo de este expediente es lograr el requerimiento del deudor para que éste comparezca y pague la deuda, o en su defecto, si el deudor no compareciere o no alegare oposición, y supuesto que el requerimiento haya sido bien formulado, convertir el acta notarial en un documento que lleve aparejada ejecución a los efectos del art. 517.2.9º LEC, resulta de vital importancia asegurar que se establecen todas las garantías en materia de localización y requerimiento del deudor, ya que sólo si éste ha conocido la reclamación dirigida contra él y ha podido oponerse eficazmente a ella, debe aceptarse que su no comparecencia o su no oposición tengan el valor de convertir el acta notarial de requerimiento en un título de ejecución extrajudicial.



541. En este sentido, comparando la regulación proyectada con el tratamiento que de materia análoga se hace en la LEC en sede del procedimiento monitorio (arts. 812 y ss.), observamos indudablemente un elevado índice de coincidencia, pero también algunas divergencias. Así, sobre la determinación del Notario competente, el apartado 1 del art. 69 LNot, siguiendo el modelo del art. 813.I LEC –que establece la competencia del Juzgado de Primera Instancia “*del domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el Tribunal*”–, otorga la competencia al Notario “*con sede en el domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado*”. Quizás debería agregarse ese inciso final (“a efectos del requerimiento de pago por el Notario”), subrayando que no ha de valer cualquier lugar donde el deudor pudiera ser hallado ocasionalmente, sino que debe tratarse de un lugar residencial o en su defecto permanencial dotado de la suficiente estabilidad, tal como el centro de trabajo o el establecimiento donde ejerza su actividad comercial o profesional. Ídem la referencia al lugar en que pudiera ser hallado el deudor, en el art. 69.2 LNot, a efectos de constancia de datos en el acta notarial.

542. En segundo lugar, en cuanto a la práctica del requerimiento, el apartado 3 se inspira indudablemente en lo dispuesto en el art. 813.III LEC y en el art. 815.1 LEC, que a su vez remite al art. 161 LEC sobre la notificación del requerimiento. En este último precepto se acepta que la notificación estará válidamente realizada, desde luego si se hace entrega de la copia de la resolución o de la cédula a la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada, pero también cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, en cuyo caso se le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la Oficina judicial, dejándose constancia de ello en la diligencia.



Igualmente, si el domicilio donde se pretende practicar la comunicación fuere el lugar en el que el destinatario tenga su domicilio según el padrón municipal, o a efectos fiscales, o según registro oficial o publicaciones de colegios profesionales, o fuere la vivienda o local arrendado al demandado, y no se encontrare allí dicho destinatario, podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado, familiar o persona con la que conviva, mayor de 14 años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndolo al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de ésta, o a darle aviso, si sabe su paradero. Finalmente, conforme al art. 161 LEC, la entrega estará bien hecha si se efectuara en el lugar de trabajo no ocasional del destinatario, incluso en ausencia de éste, siempre que se haga a una persona que manifieste conocer a aquél o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella.

543. Creemos que los párrafos segundo a cuarto del art. 69.3 LNot tratan de emular este régimen, pero con algunos desajustes que tal vez fuera bueno pulir. Así, debería quizás puntualizarse que si el deudor es efectivamente requerido por el Notario pero rehúsa hacerse cargo de la documentación, se le deberá hacer saber que ésta queda a su disposición en la Notaría, y dejar constancia de ello en el expediente. En cuanto a la notificación hecha a un empleado, familiar o persona que conviva con el deudor, aunque por un lado la regla del futuro art. 69.3 LNot es más restrictiva que la del art. 161 LEC, ya que se exige que esa persona sea mayor de edad y no se admite la practicada al conserje, no debería servir cualquier domicilio o residencia, sino aquél que conste como tal en el padrón municipal, o a efectos fiscales, o según registro oficial o publicaciones de colegios profesionales, o fuere la vivienda o local arrendado al demandado. Respecto del lugar de trabajo no ocasional, la regla que se proyecta es más restrictiva que la de la LEC, ya que no permite dejar la cédula más que al responsable de la dependencia



destinada a recibir documentos u objetos, no a cualquiera que manifieste conocer al deudor de cuyo requerimiento se trata. Al igual que en el monitorio judicial, debería prevenirse que en el expediente se dejará constancia del nombre de la persona que recibe la notificación del requerimiento y su relación con el deudor requerido.

544. El apartado 4 del art. 69 LNot se dirige a procurar una garantía adicional, en este caso relacionada con las cláusulas del contrato en el que se apoye la reclamación, siempre que se trate de una relación entre un empresario (debería decir también un profesional) y un consumidor o usuario. Y es que al Notario se le ordena que efectúe un control de la posible abusividad de aquellas cláusulas contractuales que hubieran constituido el fundamento de la reclamación o hubiesen servido para determinar la cantidad exigible, debiendo poner esa circunstancia en conocimiento del deudor y del acreedor, así como cerrar el acta cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado judicialmente el carácter abusivo de dichas cláusulas.

545. No se especifica el momento en que el Notario debe formarse ese juicio y efectuar la oportuna advertencia a las partes. Es de suponer que, sobre todo en el caso del deudor, tal apreciación deberá ser puesta en su conocimiento con motivo de la práctica del requerimiento al que se refiere el apartado anterior. En tal hipótesis resultará crucial, sobre todo cuando la notificación no se pueda realizar personalmente al deudor, que el requerimiento incorpore la advertencia del Notario a propósito del posible carácter abusivo de la cláusula o cláusulas en cuestión. Sería bueno que en el Anteproyecto se indicaran estas especificaciones.

546. La regulación en proyecto evoca lo dispuesto en el art. 129.2 de la Ley Hipotecaria (LH), sobre venta extrajudicial del bien hipotecado, en la redacción dada al mismo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, conforme al cual:

“Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor”.

Debe notarse que, a diferencia del art. 129.2 LH, el proyectado art. 69.4 LNot no indica cómo se sustanciará la cuestión planteada en sede judicial, ni tampoco qué sucederá una vez sustanciada la cuestión, si podrá reabrirse el acta por no haber apreciado el Juez el carácter abusivo de ninguna cláusula, o por haber determinado la abusividad de alguna que no sea el fundamento del título que sirva de base a la reclamación.



547. Por su parte, en el Capítulo dedicado a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, el art. 695.1.4ª LEC señala que en tales procedimientos se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Formulada oposición, el Secretario suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación (art. 695.2 LEC). El auto que estime la oposición basada en la causa 4ª del art. 695.1, acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución, continuándose en otro caso la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva (art. 695.3 LEC).

548. Con carácter general, para cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4º, 5º, 6º y 7º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9º del apartado 2 del artículo 517, además de que el art. 557.1 LEC permite al ejecutado oponerse a la demanda ejecutiva, entre otras causas, por el hecho de contener el título ejecutivo cláusulas abusivas, el art. 552.1.II LEC introduce un mecanismo de control de oficio por el Juez de la posible abusividad de las cláusulas contenidas en el título de ejecución en tales supuestos: *“cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª”*). El art. 561.1.3ª LEC, por su parte, estatuye que *“cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”*.



549. Estas disposiciones, que provienen en parte de la reforma operada en la LEC por la ya citada Ley 1/2013, y en parte de la posterior reforma efectuada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, parecen situarse en sintonía con la reciente jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, tanto del TJUE como del TS. Así, la STJUE de 14 de marzo de 2013, dictada en el “caso Aziz” (asunto C-415/11), concluye que la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que *“se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal [la española], que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”*. Obviamente, cuando se suscitó el litigio que dio origen a la cuestión prejudicial, así como cuando el TJUE resolvió dicha cuestión, el ordenamiento español no contenía los preceptos que hemos indicado.

550. Por su parte, la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, en el asunto de las “cláusulas suelo” en los préstamos hipotecarios, ha establecido que *“la posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13”* (para. 111), y que *“el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir”* (para. 112), concluyendo que *“en definitiva, como ha reiterado el TJUE «el juez nacional debe apreciar de oficio el*



*carácter abusivo de una cláusula contractual» (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23” (para. 114). Eso sí, esta apreciación debe hacerse con respeto a los principios de congruencia y *iura novit curia* (para. 120 a 124), así como el de contradicción, que obliga a que “en el supuesto de que el Juez aprecie de oficio la eventual nulidad de cláusulas abusivas en contratos suscritos entre empresarios y consumidores, impone someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando a tal efecto los mecanismos” (para. 126).*

551. Debe señalarse, eso sí, que existe una divergencia entre el régimen estatuido en el art. 129.2 LH para la ejecución hipotecaria extrajudicial y el que se desprende de los preceptos de la LEC que han sido consignados. Conforme al primero, si el órgano judicial declara el carácter abusivo de una cláusula que sea fundamento de la ejecución, entonces el procedimiento para la venta extrajudicial no podrá continuar; ahora bien, si tal declaración no se produce, bien porque no se aprecie la existencia de cláusulas abusivas o porque, aun existiendo, no constituyan fundamento de la ejecución, cabrá entonces reanudar la tramitación de la venta extrajudicial, sin mayores consecuencias. Frente a ello, en el procedimiento judicial de ejecución, el artículo 695.3 de la LEC prevé el sobreseimiento de la ejecución si se declara abusiva una cláusula que sea fundamento de la ejecución, y la no aplicación al caso de la cláusula si ésta no constituyera tal fundamento. Es decir, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que haya determinado la cantidad exigible no conlleva consecuencia alguna en el contexto de la venta forzosa extrajudicial pues, a requerimiento del acreedor, se reanudará el procedimiento sin que se prevea consecuencia alguna por el carácter



abusivo, declarado judicialmente, de la cláusula determinante de la cantidad exigible.

552. Precisamente por ello, en nuestro Informe al Proyecto de Real Decreto de reforma del Reglamento Hipotecario, aprobado por acuerdo plenario de 25 de julio de 2013, recomendábamos abordar la modificación de lo dispuesto en el art. 129.2 LH, de manera que la declaración del carácter abusivo de una cláusula, tanto si constituye fundamento de la ejecución como si es determinante de la cantidad reclamada, impida la prosecución de la venta extrajudicial forzosa. Con posterioridad, y de forma coherente, este Consejo informó favorablemente la reforma del art. 129.2 LH prevista en el Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (acuerdo plenario de 12 de noviembre de 2013), consistente en añadir un inciso en su letra f) para especificar un segundo caso en el que, habiéndose suscitado ante el Juez el posible carácter abusivo de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya fundamento de una venta extrajudicial notarial, el Notario no podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor: además de cuando se trate de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución, ello tampoco podrá hacerse cuando se trate de una cláusula que haya sido determinante de la cantidad exigible.

553. El caso que ahora nos ocupa guarda similitud con esta problemática, en la medida en que estamos ante un expediente notarial y se contempla la posible apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la reclamación o hubiesen servido para determinar la cantidad exigible. A ello no obstan las diferencias existentes entre ambos supuestos, concretadas básicamente en el hecho de que el procedimiento monitorio no está sujeto a causas de oposición tasadas, sino que el deudor puede manifestar su oposición con base en cualquier motivo, y por tanto la



pretensión del reclamante sólo puede verse satisfecha contando con la voluntad –explícita o implícita– del deudor.

554. Así las cosas, procede insistir en alguno de los argumentos que expusimos en nuestro Informe al Proyecto de Real Decreto de reforma del Reglamento Hipotecario, al que ya hemos aludido. Decíamos entonces, refiriéndonos al art. 129.2 LH, pero en un razonamiento extrapolable al precepto de que ahora se trata, que la previsión de que el Notario advierta a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas, unida a la imposición de la suspensión del procedimiento cuando se acredite que alguno de los intervinientes acredite haber interesado del Juez la declaración de abusividad, conforma un modelo que sólo permite que el órgano judicial se pronuncie sobre el carácter abusivo de una de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión, pero no da al Juez la oportunidad de apreciar esa circunstancia de oficio, al no ventilarse el procedimiento –por definición– en sede judicial. Además, no deben pasar inadvertidas algunas dificultades que se entrevén para la aplicación efectiva del control de oficio puesto en manos del Notario, ya que el ejercicio de ese control podría llevarle a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero, o inclusive en una escritura autorizada por él mismo.

555. Más allá de esto, se trata de un control de oficio imperfecto, puesto que el Notario se limita a alertar de la posible abusividad, pero sin que su intervención sirva, por sí sola, para paralizar el expediente. Antes bien, es la acreditación por una de las partes de haber planteado judicialmente el carácter abusivo del clausulado contractual la que, al margen de que el Notario haya efectuado o no advertencia alguna al respecto, tiene la virtud de provocar el cierre del acta. Como alternativa cabe sugerir la de que, apreciado de oficio el posible carácter abusivo de una o más cláusulas del título contractual, y en su caso tras oír a las partes sobre el particular, el Notario



acuerde el cierre del acta, quedando abierta la vía judicial para que las partes ejerciten las acciones legales que les correspondan.

556. Todo ello abona las dudas en cuanto a la conveniencia de instaurar este nuevo monitorio notarial. Antes bien, parece oportuno residenciar únicamente en el ámbito judicial esta clase de procedimientos, ya que sólo de ese modo se garantiza un auténtico cribado de los títulos o documentos empleados como fundamento de la petición inicial, y en particular un genuino control de oficio de la posible abusividad de las cláusulas que constituyan el fundamento de la reclamación o hubiesen servido para determinar la cantidad exigible.

557. Finalmente, en otro orden de cosas, resulta llamativo que en el penúltimo párrafo del art. 69.5 LNot en proyecto, en el que se señala que en caso de que el deudor no comparezca o no alegue motivos de oposición, el acta se convertirá en un documento que llevará aparejada ejecución ex art. 571.2.9º LEC, se prevea que la ejecución se tramite conforme a lo establecido para los títulos ejecutivos extrajudiciales “sin necesidad de tener que abonar la tasa prevista para estos casos”. Es decir, se viene a crear una auténtica exención de la tasa establecida en el art. 2.a) de la Ley 10/2012, de tasas judiciales, aunque no por la vía de modificar el art. 4 de la citada Ley, como sería en su caso lo deseable. Quiere esto decir que el acreedor que inste un monitorio judicial, deberá hacer frente al pago de la tasa descrita y cuantificada en los arts. 2.a) y 7.1 de la Ley 10/2012, mientras que no estará sujeto a tasa alguna –sí al arancel notarial que corresponda– el acreedor que opte por interponer un monitorio notarial. En sede de ejecución, así como la interposición de la demanda en los procesos de ejecución de títulos judiciales no constituye un hecho imponible gravado con la tasa, sí lo es la interposición de la demanda en los procesos de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales, como sería el caso del acta notarial en el expediente que venimos examinando.



558. Pues bien, no se alcanza a comprender por qué el primer acreedor ha de hacer frente al pago de una tasa –la de la solicitud inicial del monitorio judicial–, y en cambio al segundo acreedor se le exime de abonar la tasa relativa a la ejecución posterior de su título notarial; siendo así además que en el primer caso el devengo de la tasa es indefectible con independencia del resultado –exitoso o no– del procedimiento, mientras que en el segundo la tasa sólo se devengaría cuando el monitorio notarial no haya dado resultado. Creemos que, en tanto la ejecución del acta exige una actividad jurisdiccional, debería satisfacerse tasa por ella, siendo indiferente que el monitorio previo no haya *consumido* recursos judiciales, así como que el acreedor haya debido satisfacer un arancel.

e) Del expediente de subasta notarial.

559. Al expediente de subasta notarial se dedican los arts. 70 a 74 de la futura LNot. El contenido de este Capítulo es en gran medida tributario de la regulación de las actas notariales de subasta plasmada en el art. 220 RNot, precepto éste que resultó anulado por la STS, Sala 3ª, de 20 de mayo de 2008. El artículo había sido impugnado sobre la base de que, en tanto regulaba un procedimiento de actas de subasta, con una serie de trámites, va contra la reserva de Ley en materia de procedimientos, tanto judiciales como administrativos (arts. 117 y 105 CE), así como contra la reserva de Ley en materias que afecten al derecho de propiedad (art. 33 CE). El Alto Tribunal acogió estas alegaciones, al apreciar que *“el precepto contiene la regulación de un procedimiento para la dación de fe pública, requerimiento del interesado, comprobación por el Notario, condiciones de la celebración de la subasta, tramitación y resolución diligenciada por el Notario, que como tal es materia sujeta a reserva de ley y no puede ser objeto de regulación reglamentaria sin la necesaria y precisa habilitación legal”* (F. J. 32º). Así pues, los proyectados arts. 70 a 74 LNot vendrían a dotar de rango legal a



una regulación que, en su versión reglamentaria, fue anulada por problemas precisamente de rango normativo.

560. Junto a ello, ciertamente, el Anteproyecto introduce una innovación de tipo técnico, al estatuir que la subasta notarial deberá ser electrónica y llevarse a cabo a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (AEBOE). De este modo, la regulación en proyecto se aparta de la que contenía el art. 220 RNot en este aspecto, alterando todo lo relacionado con el anuncio de la subasta, la forma de plasmar sus condiciones y el desarrollo de la misma. En este punto, el Anteproyecto toma como guía el tratamiento que de las subastas electrónicas a través del Portal de Subastas de la AEBOE se prevé hacer en los futuros arts. 643 y ss. LEC, de conformidad con la redacción que planea dar a los mismos el Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, todavía en tramitación, y que fue dictaminado por este Consejo General mediante Informe aprobado por acuerdo plenario de 12 de noviembre de 2013.

561. En la medida, por tanto, en la que el expediente responde a la regulación preexistente, no resulta oportuno pronunciarse sobre su contenido por cuanto, en rigor, no está llamada a innovar nuestro ordenamiento. Y en la medida en que replica el régimen de la subasta electrónica que se proyecta introducir en la LEC, debemos remitirnos a las consideraciones hechas acerca de esa materia en nuestro Informe al Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. De ellas, la más relevante es la que afecta a la necesidad de publicar el anuncio de la subasta en el BOE, que en el Anteproyecto ahora informado se dispone en el art. 72.1 LNot. Como decíamos entonces, a efectos de la publicidad de la subasta, debería considerarse suficiente con la difusión que de la misma se contempla hacer a través del Portal de Subastas de la



AEBOE, pues es ahí donde realmente se plasman las condiciones y particulares de la subasta y de los bienes a subastar, así como todos los datos y circunstancias relevantes para la misma, incluida la cantidad mínima admisible para la licitación en su caso, mientras que en el anuncio del BOE sólo constará la fecha, el nombre y apellidos del Notario encargado de la subasta y la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de Subastas del BOE (vid. art. 72.1.III LNot en proyecto).

562. Así las cosas, no se advierte qué necesidad puede haber de publicar a través del BOE, con el coste que ello representa para el interesado, un anuncio cuyo contenido, en comparación con la información que va a quedar reflejada en el Portal de Subastas de la AEBOE, resulta nimio y a todas luces insuficiente para poderse hacer una idea cabal de aspectos clave sobre las características del bien a subastar, el periodo de presentación de licitaciones y otras condiciones de la subasta. Todo ello además, teniendo en cuenta que el art. 72.1 LNot del Anteproyecto indica que el anuncio de la convocatoria se publicará, además de en la sección correspondiente del BOE, en “los lugares designados por el promotor del expediente”. Como alternativa, se sugiere sopesar la posibilidad de establecer la obligatoriedad del anuncio en el BOE únicamente para los casos en los que la cuantía del tipo de la subasta supere los 120.000 euros, tal y como hacía el anulado art. 220.1.2ª.d) RNot.

563. Por lo demás, cabe efectuar una mínima anotación a lo dispuesto en el proyectado art. 70.2 LNot, a propósito de la aplicación supletoria de las normas que para las subastas notariales se establecen en el Reglamento Hipotecario. Creemos más apropiado que la llamada a esa aplicación supletoria debería hacerse a las normas de la Ley Hipotecaria, o de la legislación hipotecaria, y no a un cuerpo de rango reglamentario, que en definitiva no hará sino desarrollar lo dispuesto en la legislación de referencia.



f) De los expedientes en materia mercantil.

564. La reforma de la LNot culmina con la adición de un último Capítulo en el futuro Título VII relativo a los expedientes en materia mercantil. Se regulan en concreto el expediente de “robo, hurto, extravío o destrucción de título al portador” (Sección 1ª), el de “depósitos en materia mercantil y venta de los bienes depositados” (Sección 2ª) y el de “nombramiento de peritos en los contratos de seguros” (Sección 3ª). Quedan fuera todos los expedientes en materia de Derecho marítimo, que son objeto de tratamiento en el Proyecto de Ley de Navegación Marítima (arts. 501 a 524) [LNavM], el cual fue informado, en su fase de Anteproyecto, por este Consejo (Acuerdo plenario de 20 de diciembre de 2012). Ello tiene interés para la correcta delimitación de los expedientes que están llamados a incorporarse en la LNot, por cuanto algunos de los regulados en la futura LNavM se refieren a materias homogéneas, tales como el depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo, o el extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque. El prelegislador ha rechazado la alternativa, plasmada en el Borrador de Anteproyecto de LJV de octubre de 2005, de aglutinar en un mismo cuerpo normativo todos los expedientes de JV en materia mercantil y marítima. De esta forma, nos encontraremos con algunos expedientes de JV en materia mercantil de naturaleza judicial, que se regularán en la futura LJV, con expedientes en materia mercantil que quedarán tratados en la LNot, y con un tercer grupo de expedientes, los de Derecho marítimo, que serán objeto de regulación en la LNavM.

565. A todos ellos habría que añadir todavía los expedientes mercantiles ante el Registrador mercantil que se prevé incluir en la LSC, para la convocatoria de junta general ante la inercia de los administradores de la sociedad no obstante la solicitud formulada por la minoría (vid. modificación de sus arts. 169 y 170 por la DF 15ª del Anteproyecto), y en la Ley 211/1964, de 24 de



diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas, para forzar precisamente la constitución del sindicato de obligacionistas (vid. modificación de su art. 6 por la DF 16ª del Anteproyecto).

566. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de los expedientes a los que nos referimos en este epígrafe, los contemplados en el Proyecto de LNavM tienen en algunos casos una naturaleza mixta notarial-judicial, por cuanto admiten la posibilidad de impugnar ante el Juzgado de lo Mercantil la decisión del Notario. Así sucede con el expediente de liquidación de avería gruesa. En principio, el Notario, a la vista de los escritos de los interesados y el dictamen del liquidador, deberá dictar resolución motivada aprobando, modificando o rechazando la liquidación. Sin embargo, esta resolución será recurrible con efectos suspensivos ante el Juzgado de lo Mercantil competente, de tal forma que, admitido el recurso, el Secretario judicial designará un nuevo liquidador para que practique la liquidación. Recibidas las impugnaciones de los interesados o transcurrido el plazo de treinta días desde que se les puso de manifiesto la liquidación, el Secretario judicial convocará una vista que se celebrará por los trámites del juicio verbal. Esta fórmula, u otra similar, no es contemplada en ninguno de los expedientes notariales en materia mercantil no marítima.

567. Por lo que se refiere al primero de los expedientes notariales en materia mercantil, el de robo, hurto, extravío o destrucción de título al portador, hay que señalar que su ámbito de aplicación será bastante reducido, teniendo en cuenta que, según el apartado 2 del art. 75 LNot, en el caso de extravío, sustracción o destrucción de letras de cambio, cheques o pagarés, será de aplicación lo dispuesto al respecto por la ley que regula estos títulos, que no es otra que la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque (LCCh), en concreto sus



arts. 84-87, 96 y 154-155. El deslinde es importante, puesto que así como la normativa en proyecto contempla que el expediente sea tramitado y resuelto por el Notario, la LCCh dispone que el tenedor desposeído de uno de los títulos-valor en ella regulados, podrá acudir ante el Juez para impedir que se pague a tercera persona, para que el título sea amortizado y para que se reconozca su titularidad. En cuanto al extravío de los conocimientos de embarque, si bien el art. 75 LNot en proyecto no alude a este tipo de títulos, su regulación se localiza en la futura LNavM.

568. A lo anterior se une que, como explicaba la Memoria que acompañaba el Borrador de Anteproyecto LJV de octubre de 2005, el expediente de robo, hurto, extravío o destrucción de título al portador, *“queda muy reducido en sus efectos al haberse sustituido, en la mayoría de las grandes empresas los títulos por anotaciones en cuenta, pero quedan todavía algunos supuestos de títulos al portador y cabe aplicar al procedimiento en títulos emitidos por asociaciones y otras personas jurídicas”*.

569. Por lo demás, cabe hacer algunas observaciones de detalle sobre la regulación de este expediente. En primer lugar, el art. 75.3 indica que el Notario deberá comunicar la iniciación del expediente al emisor de los títulos, a la vez que solicitará la publicación en el BOE y en un periódico de gran circulación de la provincia, a fin de citar a comparecer en la Notaría a quien pudiera estar interesado. Creemos que, como se disponía en el art. 251.2 del Borrador de Anteproyecto LJV de 2005, una vez incoado el procedimiento, el Notario debería comunicarlo no sólo a quien hubiere emitido el título, sino también, si se tratara de un título cotizable, a la Sociedad Rectora de la Bolsa correspondiente.

570. En segundo lugar, dice el art. 75.5 LNot en proyecto que *“transcurridos los plazos previstos legalmente sin que se haya suscitado controversia, el Notario*



autorizará al que promovió el expediente a cobrar los rendimientos que produzca el título, requiriendo, a su instancia, al emisor para que proceda a su pago". Esta norma presenta el inconveniente de no concretar el plazo y aludir a una supuesta previsión legal de los mismos que no consta que exista. Sería preferible establecer un plazo de tiempo, a contar desde la publicidad de la incoación del expediente, para estimar que no se ha suscitado controversia y proceder en consecuencia. El art. 251.4 del Borrador de Anteproyecto LJV de 2005 creemos que era una buena guía en este sentido, por cuanto señalaba que *"transcurrido el plazo de seis meses sin que se haya presentado oposición, el tribunal autorizará al que promovió el expediente a cobrar los rendimientos que produzca el título, comunicándoselo, a instancia de éste, a quien hubiera emitido el título para que pueda proceder a su pago"*. Asimismo, parece adecuada la previsión que se efectuaba en el apartado a continuación, en el sentido de que *"el tribunal podrá, si lo considera oportuno, exigir al perceptor de los rendimientos una fianza que garantice, en su caso, la devolución de los mismos"*.

571. En tercer lugar, la disposición del último apartado del art. 75 LNot nos suscita algunas dudas, por cuanto en ella se estatuye que *"transcurrido el plazo de un año sin mediar oposición, el Notario expedirá nuevos títulos que se entregarán al solicitante"*. Parece más atinada, nuevamente, la previsión que hacía el art. 251.6 del Borrador de Anteproyecto LJV 2005, en virtud de la cual, *"transcurrido el plazo de un año sin mediar oposición, el tribunal ordenará la expedición de nuevos títulos que se entregarán al solicitante"*, ya que no parece que el Notario pueda protagonizar la expedición de nuevos títulos, sino a lo sumo ordenar su expedición al ente emisor de los mismos.

572. Pasando al expediente relativo a los depósitos en materia mercantil y a la venta de los bienes depositados, debe señalarse que se presta a equivocidad en cuanto a la mecánica del depósito. Parece que a diferencia de lo que



hemos visto en el expediente de ofrecimiento de pago y consignación notarial, aquí no se está pensando en configurar la entrega de los bienes depositados al Notario para emplazarlos en su establecimiento o en establecimiento por él concertado, sino en una mera constitución del depósito “ante Notario”. Al menos eso es lo que cabe deducir, si no se debe a un error, de la redacción dada al art. 76.3 LNot, en virtud del cual, *“en todos los casos en que, por la legislación mercantil, se permita la venta de los bienes o efectos depositados, el Notario, a instancia del depositante o del propio depositario, podrá convocar y proceder a la venta de los bienes. A ese efecto se procederá según lo previsto en esta ley para las actas notariales de subasta, y se dará al importe obtenido el destino establecido en la legislación mercantil”*. Es obvio que si el depósito se efectuara poniendo la *res deposita* en manos del propio Notario, éste pasaría a desempeñar el rol de depositario.

573. Pero, si la lectura que hacemos es correcta y ese apartado no contiene ningún error, realmente no se acierta a ver la procedencia de solicitar al Notario que levante acta de depósito, pues el hecho que el acta estaría aquí llamada a constatar o verificar (art. 49.2º LNot) se probaría por el hecho mismo de la existencia del depósito, en tanto contrato que es de naturaleza real. O lo que se quiere es protocolizar la realización del depósito (lo que llevaría a elevar a escritura pública la correspondiente declaración de voluntad), o lo que se desea es levantar acta, no ya del depósito realizado *ante Notario*, sino del hecho de quedar las cosas depositadas a disposición o en poder del Notario, para que en su caso éste articule ulteriormente la venta de las mismas. Sería bueno revisar la redacción de este precepto, a fin de que todos estos extremos quedasen convenientemente perfilados.

574. Finalmente, por lo que se refiere al nombramiento de peritos en los contratos de seguros, el expediente contemplado en el art. 77 LNot halla su correlato en lo dispuesto en el art. 38.VI de la Ley 50/1980, de Contrato de



Seguro (LCS), cuya reforma también dispone el Anteproyecto (DF 9ª). Frente a su redacción actual, de acuerdo con la cual *“cuando no haya acuerdo entre los peritos, ambas partes designarán un tercer Perito de conformidad y de no existir ésta, la designación se hará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación de peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el dictamen pericial se emitirá en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el de treinta días, a partir de la aceptación de su nombramiento por el perito tercero”*, el proyectado art. 38.VI LCS dispone que *“cuando no haya acuerdo entre los peritos, ambas partes designarán un tercer perito de conformidad. De no existir ésta, se podrá promover expediente en la forma prevista en la legislación notarial. En este caso el dictamen pericial se emitirá en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el de treinta días a partir de la aceptación de su nombramiento por el perito tercero”*.

575. Sobre la regulación del expediente, debemos llamar la atención sobre lo dispuesto en el apartado 6, según el cual *“verificado el nombramiento, se hará saber al designado para que manifieste si lo acepta o no, lo que podrá realizar alegando justa causa. Una vez aceptado, se proveerá el consiguiente nombramiento, debiendo el perito emitir el dictamen en el plazo que le sea concedido por el Notario”*. Subrayamos este inciso porque parece contravenir de forma nítida lo establecido en el precepto sustantivo de referencia, que es el más arriba transcrito (art. 38.VI LCS). En su virtud, cuando se acuda a la designación de perito por vía notarial, el dictamen pericial deberá emitirse en el plazo señalado por las partes, no por el Notario, y en su defecto en el plazo de treinta días a partir de la aceptación del nombramiento. No hay margen, por tanto, para la fijación por el Notario del plazo para la emisión del dictamen pericial.



576. En otro orden de cosas, se recomienda revisar también la disposición del apartado 5 del art. 77 LNot, de acuerdo con la cual, tras admitirse a trámite la solicitud, el Notario convocará a una comparecencia *“en la que se instará a los interesados a que se pongan de acuerdo en el nombramiento de otro perito y, si no hubiere acuerdo, se procederá a nombrarlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52”*. Creemos no sólo que no es función del Notario actuar a modo de mediador o componedor de cara a lograr el acuerdo entre las partes, sino que además la legislación sustantiva ya deja establecido que el recurso al nombramiento notarial del perito se activa precisamente a falta de acuerdo entre las partes para proceder a la designación de ese tercer perito.

13. Modificaciones que afectan a la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (DF 13ª).

577. Las modificaciones relativas a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) consisten en la adición de una nueva disposición adicional novena con la siguiente redacción:

“Disposición adicional novena. Gratuidad de determinados expedientes notariales y registrales.

1. Se reconocerán las prestaciones previstas en el artículo 6 de esta ley referidas a reducción de los aranceles notariales y registrales, la gratuidad de las publicaciones y, en su caso, la intervención de peritos, a los expedientes en materia de sucesiones y en materia mercantil regulados en los capítulos IV y V título VII de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, así como en los expedientes de deslinde e inmatriculación del título VI de la Ley Hipotecaria.



2. La acreditación de los requisitos del artículo 3 de esta ley tendrá lugar ante el Colegio Notarial o Registro que corresponda, los cuales tendrán las facultades previstas en el artículo 18 para verificar la exactitud y realidad de los datos económicos que proporcionen los solicitantes.

Cuando se solicite el reconocimiento del derecho para la asistencia de Letrado en los casos de separación o divorcio ante Notario, la acreditación se realizará en la misma forma prevista en esta ley”.

578. Por lo que se refiere al primer apartado, advertimos una falta de correspondencia entre los Capítulos del Título VII LNot indicados y los dos grupos de expedientes notariales a los que se refiere, ya que los expedientes en materia de sucesiones y en materia mercantil están contemplados en los Capítulos III y VI –no IV y V– de dicho Título VII LNot. La referencia a estos expedientes notariales en particular parece que atiende al hecho de que en ellos no existe alternatividad, puesto que el Notario concentra en exclusiva la competencia para conocer de las materias correspondientes. La alusión a los expedientes de deslinde e inmatriculación del Título VI de la Ley Hipotecaria no parece corresponderse con el actual contenido de dicho Título.

579. En cuanto al primer párrafo del segundo apartado, sobre la acreditación de los requisitos relativos a la insuficiencia de recursos económicos, resulta cuestionable que ésta deba efectuarse ante el Colegio Notarial o Registro que corresponda, y más aún que a éstos se les confieran las facultades de verificación de la exactitud y realidad de los datos económicos que proporcionen los solicitantes, que en el sistema actual son atribuidas a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita (CAJG). De forma similar nos pronunciamos con ocasión del Informe al Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por acuerdo del Pleno de este Consejo General de 21 de marzo de 2013, respecto de la atribución de funciones de



averiguación patrimonial a los Colegios de Abogados. Decíamos en aquella ocasión que resulta discutible hacer recaer el peso de la labor de comprobación y averiguación patrimonial sobre estos Colegios, puesto que ello significa poner en manos de los mismos un gran volumen de datos sensibles relativos a los solicitantes del beneficio de justicia gratuita, con el consiguiente incremento del riesgo de que se produzcan accesos indebidos a datos personales y otros comportamientos infractores de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Recomendábamos entonces mantener el régimen de la vigente LAJG, conforme al cual las facultades de averiguación patrimonial se concentran en las CAJG, limitándose los Colegios a canalizar las solicitudes presentadas.

580. Nos reiteramos en esta creencia, también por lo que se refiere a las solicitudes de asistencia jurídica gratuita relacionadas con expedientes de JV notariales o registrales, y sugerimos como fórmula alternativa la creación de secciones especiales, dentro de las CAJG, compuestas específicamente por miembros de los Colegios Notariales y de Registradores, a fin de que recibieran estas solicitudes y efectuaran las verificaciones oportunas. Por cierto que el apartado que venimos comentando de la proyectada nueva disposición adicional 9ª LAJG traza equivocadamente unas remisiones a los arts. 3 y 18 de la Ley, cuando debería decir 6 y 17. El lapsus viene dado, sin duda, por el hecho de que en el Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, aún en tramitación, esas materias están localizadas en los arts. 3 y 18, pero la Ley de cuya modificación se trata es la Ley 1/1996, todavía vigente.

581. Finalmente, por lo que hace al segundo párrafo del segundo apartado, cabe dudar de la posibilidad que esta disposición da por sentada, ya que, teniendo en cuenta que en los casos de separación o divorcio ante Notario la asistencia de Letrado no será preceptiva (art. 82.1.II y art. 87 CC en



proyecto), debería entenderse, conforme al art. 6.3 LAJG, que se trata de una prestación no incluida en el sistema de asistencia jurídica gratuita, o al menos no necesariamente. Por otro lado, puesto que este último precepto está claramente concebido para la defensa jurídica en el procedimiento judicial cuando la intervención del Abogado sea legalmente preceptiva, o cuando no siéndolo sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal, debería tal vez introducirse alguna enmienda en esa parte de la LAJG para contemplar esa misma previsión en el marco de un procedimiento notarial de JV, o en particular en el de separación o divorcio ante Notario.

14. Modificaciones que afectan a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión (DF 14ª).

582. Por la DF 14ª del Anteproyecto se modifica la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión (LHMPSD), en concreto la Sección 2ª del Capítulo I del Título V, cuyo título pasa a ser “Venta extrajudicial”, y más en particular los arts. 86 a 89 de la citada Ley. En rigor, la regulación contenida en estos artículos no se ve alterada más que en algunos aspectos, manteniéndose en su casi totalidad la redacción actual de los mismos. Las novedades afectan principalmente al anuncio y desarrollo de la subasta, por cuanto la convocatoria de ésta deberá anunciarse en el BOE y la subasta deberá celebrarse electrónicamente (regla 5ª del art. 87 LHMPSD), y a la adición de una causa de suspensión del procedimiento si cualquiera de las partes acredita haber planteado ante el Juez el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o hubiese determinado la cantidad exigible (art. 88.III LHMPSD en proyecto).



583. Por lo que hace al carácter electrónico de la subasta y a su anuncio en el BOE, valga lo dicho al comentar al expediente de subasta notarial, dentro de las modificaciones que afectan a la LNot: que en la medida en que se replica el modelo de subasta electrónica que se proyecta introducir en la LEC, procede remitirse a las consideraciones hechas acerca de esa materia en nuestro Informe al Anteproyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. En concreto, por lo que respecta a la publicación del anuncio de la subasta, en tanto la subasta se va a celebrar a través del Portal de Subastas de la AEBOE, en el que obviamente se plasmarán las condiciones y particulares de la subasta y de los bienes a subastar, así como los datos y circunstancias relevantes para la misma [todo esto no lo especifica el futuro art. 87 LHMPSD, pero le resultará aplicable en virtud de la regla de supletoriedad del art. 70.1 LNot], no se advierte la necesidad de publicar el anuncio de la subasta en el BOE, si se tiene en cuenta que en este anuncio sólo constará la fecha, el nombre y apellidos del Notario encargado de la subasta y la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de Subastas del BOE (art. 72.1 LNot), lo que determina una relación coste/beneficio francamente desequilibrada. Como alternativa, al igual que señalamos en la parte relativa a la subasta notarial, cabe al menos sopesar la posibilidad de que el anuncio en el BOE sólo se establezca como obligatorio cuando el valor de los bienes subastados fuese superior a una cierta cantidad, tal y como hace actualmente el art. 87.5ª LHMPSD, el cual sitúa ese umbral en las 250.000 pesetas (1.502,53 euros).

584. En cuanto a la suspensión del procedimiento si cualquiera de las partes acredita haber planteado ante el Juez el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario que constituya fundamento de la venta extrajudicial o hubiese determinado la cantidad exigible, debemos nuevamente insistir en algunos de los argumentos que expusimos en nuestro Informe al Proyecto de R. D. de reforma del Reglamento Hipotecario –al que



se ha aludido *supra*-, aunque estuvieran referidos al art. 129.2 LH, pues son extrapolables a un precepto como el que ahora nos ocupa. Se trata de un modelo que sólo permite que el órgano judicial se pronuncie sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones del título cuando el interesado suscite tal pretensión, pero no da al Juez la posibilidad de apreciar esa circunstancia de oficio, al no ventilarse el procedimiento –por definición– en sede judicial. Por otro lado, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento monitorio notarial, que ha sido examinado más arriba, el prelegislador no ha dispuesto aquí ni siquiera un control de oficio –por más imperfecto que éste sea– por parte del Notario, consistente en que éste alerte a las partes sobre la posible abusividad de alguna de las cláusulas que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Por lo que se refiere a la eventual desjudicialización de los expedientes de jurisdicción voluntaria se considera correcto mantener determinados expedientes en la órbita judicial.

SEGUNDA.- Encomendándose algunos expedientes a Notarios y Registradores, sería oportuno aplicar en los casos de exclusividad competencial el arancel correspondiente a los documentos sin cuantía que los acerquen, en orden a su onerosidad para el usuario, a los tramitados en sede judicial, carentes de tasa.

TERCERA.- En orden a la intervención de abogados y procuradores en estos expedientes es opinión de este Consejo el mantener su preceptividad. Esta se estima oportuna en todos los expedientes relativos a la capacidad de las personas, menores y familia en general. Específicamente se recomienda la presencia de abogado en los expedientes notariales de separación y divorcio considerándose



imprescindible que cada parte esté asistida en todo caso de su propio letrado.

CUARTA.- El Informe contiene una serie de consideraciones de índole procesal dirigidas a mejorar la tramitación de estos expedientes (§ 144 a 179) debiendo destacarse, entre ellas, que la inadmisión del expediente debe estar siempre reservada al Juez cuando se tramite en sede judicial. Igualmente parece oportuno matizar casuísticamente las consecuencias de la oposición y eventual archivo del expediente teniendo en cuenta el tipo de oposición y la naturaleza del expediente.

QUINTA.- Se efectúan una serie de recomendaciones en los expedientes en materia de personas, alguna meramente terminológica (§ 188), otras de índole procesal, como la procedencia de que se tramiten con carácter urgente las apelaciones en materia de acogimiento y adopción, y otras de carácter sustantivo como la posibilidad de oír a los padres, aún privados de la patria potestad, en supuestos de acogimiento.

Se matizan igualmente algunas cuestiones incidentales en los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho recomendándose que en el expediente dirigido a resolver el consentimiento del menor en lo referente a su honor, intimidad y propia imagen, se reenvíe a la LEC (§ 238).

Es importante la sugerencia de abrir la enajenación de los bienes del menor y de las personas con capacidad judicialmente complementada a todas las posibilidades que al efecto señala la LEC y no tan solo a la subasta.

Se contiene finalmente alguna previsión en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento (§ 253 a 258) y se propicia un esfuerzo de coordinación de los expedientes en materia de extracción de órganos de donantes vivos con su legislación sustantiva (§ 262 y ss.).



SEXTA.- En los expedientes de familia se recomienda el reenvío a la LEC de los procesos vinculados con la patria potestad y asimismo la preceptividad de la intervención de abogado en todos los expedientes referentes a la vivienda habitual (§§ 280 y 287).

SEPTIMA.- Asumiéndose con mínimas matizaciones la regulación de los expedientes en materia sucesoria se recomienda, respecto de los referentes a derecho de obligaciones, que sea el Juez y no el Secretario quien decida la fijación del plazo de las obligaciones debiendo homologarse, por otro lado, ciertos aspectos de la regulación del procedimiento de consignación notarial al procedimiento para la consignación judicial (§ 299 y ss.).

OCTAVA.- En materia mercantil se plantea la posibilidad de rescatar un mayor número de expedientes, sin relevancia jurisdiccional, que aparecían en el Proyecto de 2006, un tanto incidentales y especializados, que no se han incluido en este (§ 308 y ss.).

Al margen de ello suscita dudas que el Secretario judicial pueda imponer multas coercitivas en el expediente de exhibición de libros (§ 320), recomendándose por otro lado la incorporación del "auditor" al elenco de cargos cuyo nombramiento puede hacerse o revocarse en sede judicial para, finalmente, considerarse la oportunidad de incluir entre los expedientes de jurisdicción voluntaria el expediente de disolución de sociedades del art. 366 de la Ley de Sociedades de Capital (§ 327).

NOVENA.- Se valora favorablemente la regulación de la conciliación recomendándose que el acta sea suscrita por los comparecientes, dada su catalogación como documento público.

DÉCIMA.- En lo que afecta al C.c. es importante la sugerencia de que se aproveche la modificación del art. 1392 del C.c. para, en su caso, adelantar la



disolución de la sociedad de gananciales al momento del cese efectivo de la convivencia evidenciado por la interposición de la demanda o por la constancia fehaciente de la separación de hecho.

UNDÉCIMA.- Respecto al requisito de la edad para contraer matrimonio se estima oportuno huir del automatismo que las nuevas reglas sancionan, pues se establece el umbral en todo caso en los dieciséis años, manteniendo un cierto grado de discrecionalidad judicial como en determinados casos actualmente ocurre. (§ 347 y ss.).

DUODÉCIMA.- En lo que afecta a la forma de celebración del matrimonio debe valorarse positivamente la incorporación, como posible celebrante, del Encargado del Registro Civil –omitido en la LRC 20/2011–, así como la posibilidad de celebración del matrimonio ante Notario.

DECIMOTERCERA.- Resulta sin embargo desfavorable el juicio sobre la regulación del divorcio ante Notario. Es incuestionable la diferencia que existe entre matrimonio y divorcio, sin que la competencia para celebrar el primero ampare la de disolverlo. Son realidades absolutamente diferenciadas dada la existencia de numerosas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia del matrimonio que se ven afectadas por su disolución siendo éste último un momento proclive para hacer valer situaciones de desigualdad o de otras índoles que propician la necesaria intervención del Juez para controlarlas. Es tradicional, y por todas estas razones se entiende que debe mantenerse, el papel tuitivo y decisorio del Juez respecto del control de los convenios reguladores de la separación y divorcio, aún concertados de mutuo acuerdo.

Tampoco se advierte la procedencia de la exclusividad notarial para documentar la eventual reconciliación de los cónyuges ni la posibilidad de que presten su consentimiento en la escritura de separación o divorcio los hijos mayores dadas las



dificultades que en el informe se detallan (§§ 375-378).

Se considera oportuno que el acuerdo inicial bien notarial o judicial, pueda ulteriormente modificarse indistintamente en una u otra sede.

DECIMOCUARTA.- Respecto de los efectos comunes de las crisis matrimoniales se valora positivamente tanto la introducción de la referencia a la mediación como la figura del plan de ejercicio de la patria potestad conjunta discrepándose sin embargo del traslado al art. 90.1.c) lo que atañe al sostenimiento de las cargas familiares y prestación de alimentos pues altera el principio de autonomía de la voluntad (§ 392 a 394).

Merece crítica desfavorable y, dada su gran incidencia en la práctica de los Tribunales, se recomienda vivamente su supresión, la obligatoriedad de la presentación de inventario y plan de administración de bienes comunes pues debe ser opción voluntaria de los cónyuges en función de las razones que detalladamente se expresan en el Informe (§ 411 a 415). Por otro lado, en línea con lo apuntado por la STC 21/2012 de 16 de febrero, se considera que facilitaría la liquidación de las sociedades conyugales la posibilidad de acumular acciones individuales de división sobre cualquier tipo de bienes comunes, incluidos los gananciales, sin necesidad de transitar por todo y complejo procedimiento universal liquidatorio (§ 413).

DECIMOQUINTA.- Respeto del nuevo procedimiento para casos de sustracción de menores debe precisarse la competencia a favor de los Juzgados de 1ª Instancia con competencias en materias de familia. Asimismo parece oportuno ampliar el contenido del Auto o Sentencia que solo contempla la restitución del menor cuando están legitimadas para obtener tales pronunciamientos personas o instituciones que tienen a su favor tan solo un régimen de estancia, visitas o comunicación con el menor (§ 448). Debe valorarse más sedimentadamente la suspensión del procedimiento por haber propuesto el Juez el sometimiento del tema a mediación ya



que, al margen de otros problemas, puede resultar contraria al principio básico de voluntariedad de la mediación. (§ 456).

DECIMOSEXTA.- Respecto de las cuestiones que afectan a la LRC una primera sugerencia radica en que el Recurso ante la decisión del Notario se eleve a la DGRN y no al Encargado del Registro Civil. Debe regularse igualmente las relaciones entre la denegación del expediente de que se trate en una vía y la posibilidad de iniciar la otra. (§ 459). No se considera necesaria la tramitación de un expediente de notoriedad para hacer constar la modificación de un régimen económico matrimonial, especialmente si se remiten al que rija supletoriamente (§ 473) de igual manera que son criticables ciertos aspectos de la regulación en la legislación notarial que se propone de la constancia del régimen económico matrimonial (§ 499).

DECIMOSEPTIMA.- Respecto de las modificaciones que afectan a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, puede plantear problemas con las legislaciones autonómicas (§ 479 y 480). Existen finalmente ciertas dudas sobre la realización de comprobaciones por la Administración de lo ya decidido por el Juez o Notario (§ 483 a 488).

DECIMOCTAVA.- Respecto de los expedientes en materia sucesoria se aconseja una mayor libertad del notario en los expedientes de declaración de herederos abintestato en orden a la publicidad que debe darse al mismo así como recortar sus trámites desde una perspectiva no solo temporal. Por su parte respecto del testamento cerrado quizás fuera oportuno prevenir la localización de todos los parientes a los que hace mención el art. 712 C.c. Igualmente plantea dudas la continuidad del expediente, una vez presentado el testamento, que se reduce a los casos en que exista ulterior iniciativa de parientes del causante u otros posibles interesados recomendándose que el Notario active sin mas las restantes operaciones (adveración, apertura y protocolización) a la espera de que aparezcan



sus beneficiarios.

DECIMONOVENA.- Respecto de los expedientes en materia de obligaciones es lo cierto que el diseño de la consignación notarial, en comparación con la diseñada jurisdiccionalmente, parece redundará en su ineficiencia como en el Informe se justifica. (§ 529).

VIGÉSIMA.- Merece especial consideración el expediente notarial de reclamación de deudas dinerarias del que se recomienda su supresión y su mantenimiento en el ámbito jurisdiccional. Tal conclusión se justifica argumentadamente en el Informe (§ 531 y ss.) partiendo de la ineludible necesidad de que sea el Juez quien controle indirectamente a través de su exclusiva competencia para inadmitirlo, la propia admisión del proceso y la habilidad al efecto de la documentación presentada por el acreedor, cada vez más compleja. Tal control no puede realizarse con las mínimas garantías de independencia por el Notario que es elegido por un acreedor que unilateralmente desencadena el procedimiento. Así, si bien es cierto que los documentos que deben aportarse con la solicitud o petición del procedimiento monitorio no tienen entidad suficiente para gozar de fuerza ejecutiva por sí solos, han de ser considerados de manera diferente a una prueba en un procedimiento declarativo a valorarse a la vista de la postura procesal que la parte contraria adopte; tal especial categoría de documentos más el silencio del deudor requerido de pago se traducirán en un título ejecutivo, de ahí se deriva la necesidad de un riguroso control de la suficiencia y adecuación de los mismos; el control de la información que se facilita al deudor para conformar su voluntad de aceptar o no la reclamación efectuada es esencial y ha de ser objeto de control previo por el órgano judicial.

En aras de la protección del consumidor, también parece insuficiente la posibilidad de alertar del carácter abusivo de una cláusula—amen de las dificultades que para hacerlo derivan de lo anteriormente expresado— sin posibilidad autónoma de cierre del expediente debiendo reiterarse cuanto ya se expresó en el Informe del Consejo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

referido al RD de Reforma del Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial.

Finalmente el que en estos casos no exista ulterior tasa para promover la ejecución del título extrajudicial creado genera una asimetría con el procedimiento de reclamación judicial sin justificación que lo legitime.

VIGESIMOPRIMERA.- En cuanto a la subasta electrónica, que por su previsible eficiencia se recomienda sea en todo caso trasladada a la ejecución judicial ordinaria, se considera pertinente limitar la publicidad de la subasta al Portal de Subastas de la Agencia Estatal del BOE sin necesidad de hacerlo en el propio BOE salvo en casos en que el tipo de la subasta alcance una determinada cuantía como puede ser la cifra de 120.000 €.

VIGESIMOSEGUNDA.- Respecto de los expedientes mercantiles se aprecia, con una visión global de todos ellos, que el legislador ha renunciado al tratamiento unificado de los expedientes de jurisdicción voluntaria, ya que se dispersan por diversos cuerpos normativos y en cuanto a los que se regulan se efectúa alguna matización al procedimiento establecido caso de hurto o extravío de efectos así como sobre el plazo en que el perito debe emitir su dictamen en el expediente del art. 38 de la Ley del Seguro.

VEGESIMOTERCERA.- Respecto de las modificaciones en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no merece juicio favorable el que pueda ser el Notario o Registrador quien, en los expedientes que tramiten, valore la concurrencia de los requisitos relativos a la insuficiencia de recursos económicos. Competencia que debiera permanecer en las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.

VIGESIMOCUARTA.- Finalmente, respecto de las modificaciones de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, caben las mismas afirmaciones ya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

efectuadas sobre el expediente de subasta electrónica notarial tanto en orden a su publicidad como al hecho de que no permite al Juez la suspensión del procedimiento de ejecución cuando se advierta por el interesado la eventual presencia de cláusulas abusivas ya que debe acudir a tal fin al órgano jurisdiccional, ajeno a la sede donde se desarrolla la ejecución.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil catorce.