

Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa

(El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil
y la problemática actual)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Dícese que deben terminar o que han terminado (quizá por una inutilidad) las polémicas sobre el concepto de «Jurisdicción Voluntaria» y que se debe acudir, en su lugar, a «criterios de política legislativa» (1) como los que pueden regir a los contenidos procedimentales —digo, procedimentales, y los procesales— (2) tan heterogéneos que se hallan hoy día incluidos en esa llamada JV.

Pero ello no excluye, incluso para los más significativos adictos, a adoptar como uno de los postulados actuales de la ciencia y de la técnica procesales, «el ocaso de las grandes construcciones conceptuales» (3) y proclives a examinar, sobre todo, las «técnicas procesales nuevas» —con clara influencia del Derecho Anglosajón— la necesidad de «no abandonar descuidadamente el campo de batalla» en el cual se desarrollaron las justas sobre el concepto de JV, sembra-

(1) Cfr. DENTI, «La giurisdizione volontaria rivisitata», en *Rivista Trimestrale di Diritto o Procedura Civile*, 1987, pp. 325 y ss., esp. pp. 330 con cita de la jurisprudencia de la Corte Costituzione italiana (S. de 10/7/1975, núm. 202, Foro It. 1975, I, 1575).

(2) Ya que participo de las ideas que consideran a la llamada «Jurisdicción Voluntaria», como figura fuera del proceso. Cfr., p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria», en *Studi in onore di Enrico REDENTI*, I (Milán, 1951, pp. 1 y ss.), y en sus *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974, I, pp. 115 y ss., esp., § 5 a 9, pp. 117 y ss.; JODŁOWSKI, «El procedimiento civil no contencioso», Ponencia General al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, agosto de 1966, trad. esp. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, XX, núm. 58-59, En. Ag. 1967, esp. pp. 172 y ss.

(3) Cfr. DENTI, *ob. cit.*, pp. 338.

do de vestigios servibles o inservibles, pero aún desordenados y sin clasificar.

Y puede constituir al visión de un panorama vacío de garantías, la declaración de que «la ausencia de partes, la iniciativa de oficio, las excepciones a la regla de la correlación entre lo pedido y el pronunciamiento, la falta de un gravamen —recurso— en sentido técnico, la exclusión de los efectos de cosa juzgada, y así lo demás, son todos elementos que caracterizan ciertos aspectos de la tutela en presencia de situaciones sustanciales de un tipo dado, pero, que pueden no coexistir, o pueden estar previstos o excluidos *ad libitum* por el legislador, sin que de ello derive una desnaturalización de la función jurisdiccional» (4). Un contentarse por parte del estudioso, con lo que el legislador le dé (5). Y la preocupación por los «ritos camerales» con el recuerdo que su nombre trae del secreto de las cámaras frente a la publicidad y contradicción de los consejos (6) (7) (8) (9) —además de ser un homenaje a la idea del «tribunal reducido (10)— desvía un tanto las discusiones, ya que tales «cámaras» no eran ciertamente privativas para los asuntos de JV (11).

Y aparece inherente a todo el cuadro, a toda la *facies* que presenta esta problemática, el riesgo de que veamos desaparecer a la jurisdic-

(4) Cfr. DENTI, *ob. cit.*, p. 339.

(5) Cfr. la opinión de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO en «Premisas», § 10, pp. 123 y ss.

(6) Recuérdense las expresiones, del viejo CPC francés, art. 116 («Los jueces podrán retirarse en la cámara del consejo...»); el art. 433 del nuevo CPC francés («Los debates son públicos salvo que la ley exija que se celebren en cámara del consejo»), y 434 («En materia graciosa, la demanda es examinada en cámara del consejo»). Se trata de «un tribunal reducido», cfr. SOLUS-PERROT, «Droit Judiciaire Privé», París, Sirey, 1961, I, § 601, p. 545.

(7) Para ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, mejor que traducir literalmente al castellano la expresión «Chambre du Conseil» por «Sala del consejo» debería hablarse de «Sala de deliberación», en contraste con la «Sala de audiencia» («Acotaciones» a su trad. de la *ob. cit.* de JODŁOWSKI (a)). Habida cuenta la raigambre histórica de la expresión y su significado en ella —cfr. *infra*— estimo mejor el respetar la traducción literal, ya que «cámara» y «consejo» eran dos entidades jurídicas diferentes. Cfr. *infra*.

(8) Recuérdense lo dicho en el nota núm. 6.

(9) Cfr. la nota núm. 7. Cfr. ANDRIOLI, «Commento al Codice di Procedura Civile», 3.^a ed., Nápoles, Jovene, 1964, IV., lib. IV. tit. II, Cap. VI, pp. 429 y ss.

(10) Cfr. SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, § 601, p. 435.

(11) En España —ya unificada, desde los Reyes Católicos— los «Consejos Reales» sustituyen a las Cortes y acaban (siglo XVIII) por concentrar el poder legislativo, sin olvidar el judicial superior, ejerciendo todo en nombre del rey; la cámara era un organismo más restringido y próximo al monarca. Las atribuciones del consejo a costa de las de la cámara se fueron extendiendo en general, si bien una serie de cuestiones de la ya llamada JV (ab intestatos; legitimaciones; mercedes de juro de heredad, etc.) continuaron siendo despachadas en cámara (Leyes I, II, IV, tit. III, Novísima Recopilación de 1805; Ley III, tit. V, lib. IV, etc.).

ción a manos de una o varias administraciones desarrollada hasta la voracidad intervencionista de determinados tipos de Estado —y de Gobierno— que dejan cada vez menos lugar al principio de la autonomía de la voluntad individual, y con ello, a la idea clásica de «parte».

Indudablemente, se trata de manifestaciones de «técnica de tutela contenciosa simplificada» (12), cuyas ventajas reconozco, naturalmente, pero a mi juicio, expuesta a la tentación de que haya... quien *simplifique aun más*, devorando a lo contencioso; al verdadero proceso. No sería el primer error cometido en esta vía (13), históricamente.

Y quizá, en presencia de la fenomenología sin bautismo que se anuncia, deberíamos recordar una de las notas de la Jurisdicción, que quizá por ser clásica y estructural, estamos omitiendo de valorar debidamente: la de la independencia de quienes ponen en práctica la jurisdicción, de los jueces, tanto en abstracto y con respecto a sus «superiores» como en concreto, de imparcialidad (14); frente a la rigurosa jerarquización —que incluso se disimula, se mimetiza legalmente a fin de aparentar «independencias» inexistentes— de los funcionarios administrativos. Nótese que ese aspecto «formal», «subjetivo» de la jurisdicción, es puesto de manifiesto por la Corte Costituzionale italiana (15).

Y a esta consideración genérica de la independencia de los jueces, hay que unir otras, en favor de sus diferenciaciones internas. Ya que una gran cantidad de los «asuntos» de esta gran familia de la JV que ahora parece querer disolverse con su desahucio y sin proveer a un realojo adecuado de sus miembros en el gran edificio del Derecho, tiene carácter obligatorio —p. ej., las inscripciones— o de tipo constitutivo; o se trata de procedimientos (16). Y, como *climax* de lo confuso: no pocas de

(12) Cfr. DENTI, *ob. cit.*, p. 339.

(13) Me refiero a la errónea doctrina del «juicio sumario indeterminado» del siglo XVI y hasta el XVIII. Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, ed. Bosch, 1953, I Parte, *passim*; mi trabajo «El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades» en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDESA, I, 1983, III y IV, pp. 202 y ss.

(14) MICHELI ha recordado esta fundamental noción en su trabajo sobre el tema «Significado y límites de la Jurisdicción Voluntaria», trad. esp. SENTIS MELENDO, ed. EJEA, Buenos Aires, 1970, IV, pp. 115 y ss., y esp. pp. 126 y ss.

(15) Cfr. la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana en DENTI, *ob. cit.*, pp. 325 y ss.; MANDRIOLI, *ob. cit.*, *passim*; FAZZALARI, «Procedimento camerale e tutela dei diritti», en *Riv. Dir. Proc.*, 1988 (4), pp. 909 y ss., y la del Tribunal de Casación italiano en MANDRIOLI C.D. «Procedimenti camerale su diritti» e «Ricorso straordinario per cassazione», *idem*, pp. 921 y ss., y TARZIA, «Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare», *idem*, pp. 932 y ss.

(16) «La negación de la JV como tipo especial de procedimientos, no resuelve el problema». HABSCHEID, «Problemi attuali della volontaria giurisdizione nella Repubblica Federale Tedesca», comunicación al XVI *Convegno* de la «Associazione Italiana fragli Studiosi del Processo Civile» (Palermo, octubre de 1989), nota núm. 1.

tales actividades, se confían en ciertos Estados —España es uno de ellos— a funcionarios administrativos —notarios, registradores, etc.

Al tratar de «abandonar» la JV, nos hallamos ante un vacío —los procedimientos en cámara del consejo, no lo llenan— que precisa colmar. Y, aunque intentemos transformar en *iter* jurídico dicho vacío, debemos tener presto el mecanismo del «salto», rápido, sobre el mismo. ¿Existe ese mecanismo con regulación juridiforme en la actualidad?

Nihil novum sub iove. En mi intervención en el *Convegno* de Palermo (17) me creí en el deber de recordar la tendencia de Baumbach (18), pro la absorción del proceso civil por la JV so pretextos de excesos de formalismo, etc., esto es, de economía, más sobre un fondo de fundamental ataque y sustitución de la actividad jurisdiccional por la administrativa de jueces-funcionarios al servicio de un sistema dictatorial —y el fenómeno se extendió más tarde a tendencias que utilizan las mismas o semejantes tácticas a las del Estado nacional— socialista alemán; hoy, al parecer, en grave declive. ¿Se trataba de simples problemas de «técnica procesal»? Entiendo que no. Y yo sí que sigo viendo —pese a las respuestas tranquilizadoras de los amigos italianos— ese peligro, escondido tras una supervaloración del «legislador» (19) —y ya es indicio grave la abundancia de remisiones

(17) Cfr. mi comunicación «Jurisdicción “Voluntaria”, juicios sumarios: las confusiones en la Historia y su evolución. Posibles soluciones», de la que expuse un resumen oralmente en «Atti del XVII Convegno Nazionale» de la «Associazione Fragli Studiozi del Processo Civile» («I procedimenti in camera di consiglio e la tutela deidiristi») Giuffrè, Milán, 1991, pp. 179 y ss. En España, se ha publicado casi totalmente, en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1990, 2, pp. 19 y ss.

(18) Cfr. BAUMBACH, «Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit», en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 583 y ss. Su crítica inmediata vino, en Italia de parte de CALAMANDREI, «Abolizione del processo civile?» en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, pp. 336 y ss.; en la misma Alemania, a BULL, «Ende des Zivilprozesses?», en la ZAK, 1938, pp. 629 y ss.

(19) Esto es, del «poder político». Cfr. sobre él y en resumen, a tres juristas —no escogidos al azar— de diversa nacionalidad e ideología; p. ej., a ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Introducción a un Curso de «Técnica legislativa procesal», en sus *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1980, esp. pp. 27 y ss.; ALEC SAMUELS, «The Argument for a Bill of Rights in the United Kingdom», en la obra colectiva ed. por JOHN A. ANDREUS, *Human Rights in criminal procedure (A Comparative Study)* (Martinus Nijhoff Publ., La Haya, Boston, Londres, 1982), monogr. cit., p. 430; a M. CAPPELLETTI, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, trad. DURAN, 1986, pp. 45 y ss. Y mis propias ideas sobre el tema, en «Los recursos de *greuges*, *Firmas de Derecho*, y *Manifestación de personas*, el *Writ de Habeas corpus*, el recurso de *Amparo* y el *Mandado de Segurança*, garantías históricas y actuales de los Derechos Fundamentales de Libertad de Locomoción y de no sumisión a la tortura», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1988, pp. 619 y ss.; «¡Atención a la técnica legislativa!», en *idem*, 1990, 3 (*passim*). En resumen: de un margen de desconfianza en «el legislador».

a él y no a la ley—; una supervaloración de las simples «técnicas procesales» —que también las poseían indudablemente los verdugos. Y en las formidables extensiones de las administraciones, con sus sistemas de dependencias a cuestras y con sus riesgos de arbitrariedades — cada vez mejor encubiertas.

De todo esto se deduce que, llamemos o no JV a lo que actualmente «lo es» (y estoy entre los que estiman que el *nombre* es inadecuado) (20), con un contenido que no cesa de aumentar, y sin fronteras claras —lo que no se puede dejar ni huérfano de juridicidad, ni vagante por los campos del derecho, a merced de *administradores* u operadores mal calificados— es necesario que *sepamos*, en las ocasiones en que nos hallamos muy cerca de un verdadero proceso — incluso por las «formas externas» tan engañosas, de los llamados procedimientos en cámara del consejo y recuérdese su origen y el secreto— que ya deberemos admitir que pase a dominar la escena, todo el sistema de garantías en que el proceso consiste, de una vez y sin eflujos ni dudas. Esto es, debemos saber cuando debemos abandonar un «camino y procedimiento» de la JV y pasamos a acogernos a «un camino y procedimiento» de la vía contenciosa. Esto supone, a mi entender, bastante más que un simple cambio de rito interior de lo contencioso.

Los «procedimientos en cámara del consejo», constitúan y constituyen una agrupación heterogéneas, no bien deslindada doctrinalmente, de contenido híbrido en cuanto a su mecánica y a su dinámica (los problemas del art. 737 del CPC italiano con sus numerosísimas aplicaciones, las remisiones del art. 742-bis); todo lo cual, podría, considerado globalmente, integrar un procedimiento contencioso incompleto —a completar quizá por la Corte Costituzionale (21)— *si no hubiere otros medios de proveer*.

Y el mejor de ellos, en muchísimas ocasiones, será el de salir de dudas inmediatamente; cuando se trate de un *asunto* de JV con contradicciones y dudas fundadas sobre esta vía, se debe abandonarlo de una vez, sin más, y de adoptar el de la *contentio*, sin mayores pérdidas de tiempo ni de trabajo en actividades dudosas que pueden ser ya procedimentalmente contenciosas, sino yendo ya, de manera clara y ter-

(20) Cfr. en el mismo sentido, muchos autores. P. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *ob. cit.*; SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, p. 337; DENTI, *ob. cit.*; ANDRIOLI, «Commento», *cit. IV*, pp. 430 y ss., y *bibl. cit.*, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano», ed. Reus, S. A., Madrid, 1986, pp. 17 y ss.

(21) Cfr. arg. en DENTI, *ob. cit.*, pp. 327 y ss.; de manera diferente, FAZZALARI, «Procedimento camerale», pp. 917 y ss.; MANDRIOLI, *ob. cit.*, con ref. a la Corte di Cassazione; menos entusiasta; prudentemente, MONTESANO, «“Dovuto processo” su diritti incisi da giudizi camerali», Comunicación al XVI Congreso de la *Associazione*, *cit.*, Palermo, 1989, § 6. Y mi *comunic. cit.*, pp. 19 y ss., con aportación de textos italianos.

minante, al procedimiento contencioso que corresponda. Y para ello, la solución del art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sería la adecuada. *Voluntaria iurisdictio transit in contentiosam interuentu iusti adversarii*, según el brocardo (D'Argentré, Voet) (22). Pero no en mera doctrina, sino en la práctica forense.

Solución vislumbrada en general, en Italia. P. ej., el viejo Mattirollo, autor tan en boga hasta la entrada en vigor del CPC de 1940 decía: «Puede suceder que en el curso de estos procedimientos (de JV) surja la *controversia a cuestión jurídica* y entonces cesa la jurisdicción voluntaria para dar lugar a la contenciosa o juicio regular. Véase Sent. Cass., Florencia, 7 de junio de 1867» (23).

Y Berio, relator del proyecto definitivo de CPC SOLMI: «*E da rilevarsi che i procedimenti di volontaria giurisdizione possono trasformarsi, necessariamente oppure occasionalmente, in contenziosi*» (24).

En Alemania —RFA— se sigue el principio de «no remitir a los participantes (en actuaciones de la JV) a la vía del proceso» (25). Y sólo excepcionalmente se halla motivo de suspensión o de interrupción de la actividad de la FG en ciertos casos (proceso hereditario pendiente; de composición con los acreedores) (26). Pero se trata de *suspensiones* o de *interrupciones* y no hay abandono de la vía de la FG. Y la admisibilidad de un recurso —*Beschwerde*, queja— da lugar a una serie de necesarias disquisiciones sobre su amplitud (27) que a su vez, muestran la oportunidad de una solución del tipo de la española (28).

(22) De influencia en España a través de su estudio por el muy conocido procesalista JOSÉ VICENTE Y CARAVANTES, en su «Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento», 1.ª ed., Madrid, 1956-1958, III, p. 698.

(23) Cfr. MATTIROLLO, «Instituciones de Derecho Procesal Civil», trad. esp. OVEJERO, Madrid, ed. La España Moderna, S. A., I, p. 7, nota 2.

(24) Cita de ANDRIOLI, en «Commento», *cit.*, IV, p. 471 (ref. a las «Actas» de la comisión, sesión 44, p. 471).

(25) Cfr. HABSCHIED, «Freiwillige Gerichtsbarkeit», Beck, Munich, 7.ª ed., 1983, § 19, 4, b), p. 142.

(26) Cfr. HABSCHIED, *ob. últ. cit., loc. cit.*; el clásico PAPE-KRAUSE-SIEHR, «Die Gerichtspraxis», VI, «Frewillige Gerichts-barkeit», 2.ª ed., Berlin, Franz Vablen, p. 50.

(27) Cfr. HABSCHIED, *ob. cit.*, § 32, pp. 225 y ss.

(28) En 1967, se celebró en Uppsala (Suecia), el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por l'Academie Internationale de Droit Comparé. Fue ponente general en la Sección de Derecho Procesal civil, el prof. Jerzy Jodlowski, de la Universidad de Varsovia, y presidente el prof. Habscheid, para salir del *impasse*, rogó a los presentes —entre los que me hallaba yo— que redactásemos nuestra conclusión sobre el problema del pase de lo jurisdiccional voluntario a lo contencioso. En mi *papel* escribí la solución de la LEC española, que plugo mucho al prof. Habscheid. Leyendo su obra, me explico el por qué.

Y con respecto a la solución francesa, traída a colación por Denti, que trata de disminuir la importancia de *l'absence de litige* del art. 25 del nuevo CPC francés y de *l'absence de contradiction* (29) (y su aparición, al pasar a lo contencioso, estimo no admite parangón con el «cambio de rito» en el interior de esta jurisdicción), también estimo, fuera de cualquier *chauvinismo* —mi historial lo abona— que... que la de la LEC española, le es superior (30 (30a)). Ciertamente que en el régimen francés, hay complicaciones (31), como las hay en el régimen español. Pero no es menos cierto que las ideas expuestas —el paso de la JV a lo contencioso— constituyen bases de regulación, criterios de tipo conceptual, necesario, por tratarse de elementos esenciales del proceso —partes y conflicto hecho litigio (32)—. Repito mi conclusión de que no se puede derribar la casa sin realojar bien a los que la ocuparon, y si fuere necesario, construir otra nueva (33).

El actual derecho español de Jurisdicción Voluntaria judicial (la extrajudicial es vastísima) se basa en las construcciones clásicas —yo dejo aparte la polémica sobre la JV en Roma (34)—, en las interpretaciones romanísticas de la glosa y el comentario. Nótese que el máximo monumento jurídico castellano —Las Partidas, sobre 1263— es de aquella época, del que yo llamo «Renacimiento jurídico». Si a la influencia de tales ideas en los mismos textos —primero doctrinales y luego legales (35)— unimos las de su nueva glosa por Gregorio López (a la edición oficial de Las Partidas, de 1555), de enorme eru-

(29) Cfr. DENTI, «La GV», pp. 332 y ss.

(30) En cuanto al paso de la jurisdicción contenciosa a la voluntaria, cfr. infra, a.f.

(30a) Lo que, naturalmente, no me impide exponer como se merecen, las normas o figuras de nuestras leyes que representen aciertos considerables; no soy un detractor sistemático de todo lo que hay en casa en beneficio de la ajena. Y si mis aportaciones no son triunfalistas, tampoco son tan tristes como las del Ponente español en la *Tagung* de Passau, en octubre de 1989...

(31) Cfr. los casos de «contencioso eventual»; de «contencioso conexo, formal y aparente» en SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, § 448 y ss., pp. 449 y ss.

(32) Esto forma parte de mi concepción del proceso. Cfr. mi «Doctrina General del Derecho Procesal», Barcelona, Librería Bosch 1990, I, II, 3, pp. 22 y ss.

(33) Cfr. algunos criterios a seguir en la regulación de la JV en GIMENO GAMARRA, «Jurisdicción Voluntaria», Comunicación General al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal (Madrid, 1955), en el Libro de «Actas» del mismo (Madrid, Instituto Español de Derecho Procesal, 1955, pp. 448 y ss., y esp. pp. 471 y ss.)

(34) En Roma y hasta la actualidad. Cfr. últimamente, resumen doctrinal en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ob. cit.*, *passim*.

(35) Las Partidas (sobre 1263 según la opinión dominante; hacia 1290 según GARCÍA GALLO, «La problemática de la obra legislativa de Alfonso X», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1984, 5); primero obra doctrinal y destinada a la docencia; después de 1348 (Ordenamiento de Alcalá, Alfonso X) fuente de derecho positivo; y continuando hasta ahora siendo fuente doctrinal. El Tribunal Supremo alude con mucha frecuencia a sus Leyes, y esp. a las de la Partida III, la procesal.

dición, en la que unió su conocimiento de Glosadores, Comentaristas y otras escuelas, a los suyos propios de la práctica procesal de su tiempo, resultó de tal obra su extraordinario valor para hallar en ellas casi todo lo que entonces se acercaba o era de lo que ya era común el llamar «Jurisdicción Voluntaria». Así, en la glosa a la Ley I, título XIII, Partida III —la procesal— aparecen Bartolo y Paulo, tratando del *modum voluntariae iurisdictionis* (36). En la Ley XLVIII, título XVIII, Partida III, se aclara con cita por Gregorio López, de Angelo de Ubaldis, el concepto de *cartas foreras* de las que *dicuntur omnia quae fiunt in iudicio voluntariae aut contentiosae iurisdictionis* (37). En cita o glosa de la Ley XCVI, título XVIII de la Partida III, se formula la duda de si para los actos *quae sunt voluntariae iurisdictione*, puede el tutor nombrar procurador, con remisión a Baldo de Ubaldis (38). En cita o glosa a la Ley XII, título XVI, Partida VI, se trata, con citas de Baldo, de si la dación de tutela sea acto de jurisdicción contenciosa o voluntaria («*quod persona pupilli sit subdita iudicii, qui dat tutorem, ut in 1.1 & quia actus tutelae videtur actus potius contentiosae iurisdictionis, quam voluntariae*»), problema aún discutido actualmente. Estos ejemplos, se pueden completar con muchos otros, ya de detalle sobre el contenido del procedimiento de JV: así, con respecto al famoso «conocimiento de causa» —que diferenciaría a las jurisdicciones contenciosa y voluntaria—, glosas a las Leyes IX, título IV, Partida V (nota 16 a); XXII, tít. XXII, Partida III (nota 3 c, «*causa cognitione*») —con cita de Angelo de Ubaldis—; sobre el *decretum* judicial para la enajenación de bienes inmuebles de menores, citas a la Ley LX, tít. XVIII, Partida III (nota h), y Ley XIV, tít. XI, Partida IV (nota i), etc. Hay asuntos que parece podían comenzar por vía «voluntaria», sin oposición —*ab intestato de peregrinos*—, Ley XXXI, tít. I, Partida VI—, pero en los que se prevenía la oposición (Ley XXXII, tít. I, Partida VI) por la vía de un procedimiento *sumario* (39). El título XVIII de la Partida III —de gran significación procesal: «De las Escrituras, por que se prueban los pleitos»— con-

Nótese —a efectos de su influencia en la codificación procesal española de 1855— que en 1843 se publicó una edición de dicho Cuerpo con la Glosa magna de GREGORIO LÓPEZ —esto es, con la uida a la Edición oficial, de 1555— añadida de otra posterior muy extensa; obra de los Dres. SANPONS BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER SUBIRANA (Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes y cía., 1843) en cuatro volúmenes —(GARCÍA GALLO no cita esta edición en su trabajo cit.), que debió ser de gran utilidad; traducida alcastellano toda la Glosa, con citas igualmente de la doctrina procesal contemporánea.

(36) Cfr. La Ley I, tít. XIII, Partida III, glosa sub (a).

(37) Cfr. La Ley XLVIII, tít. XVIII, Partida III, nota sub. (e).

(38) Cfr. La Ley XCVI, tít. XVIII, Partida III, nota sub (b).

(39) Cfr. todas las glosas de GREGORIO LÓPEZ a esta Ley y su ref. a la Clem. «Saepe contingit». Cfr. mi trabajo cit. «El Consulado de Valencia», parte I, p. 233.

tiene muchas leyes cuyo centro de gravedad es una fórmula notarial; a alguna de ellas se la ha comparado con otra de Rolandino (40) (es la Ley LXX). Todo este valiosísimo material doctrinal y práctico, aumentado por el de las posteriores recopilaciones castellanas, daba a los autores de la LEC de 1855 trabajo de clasificación suficiente (41). Ellos mismos lo decían. Y no se puede desdeñar la obra de romanistas en boga en tal época —sobre 1845— en cuanto a la formación de los juristas: uno de ellos, Heineccio, con numerosas traducciones anotadas inteligentemente por los mejores juristas de aquel tiempo (42) (43) nos traía los elementos clásicos de la definición de Marcianus (D. 1, 16, 2): «La jurisdicción es o voluntaria o contenciosa. Aquélla se ejerce en los que voluntariamente se someten a ella, como en la adopción, manumisión, emancipación (44); ésta aún en los invitos, con conocimiento de causa» (45). En la LEC de 1855, se puso bastante orden en cuanto a los «negocios de la JV» (46), y se sistema-

(40) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, transcripción del Instrumento de mutuo núm. LX de la «Aurora» de ROLANDINO (del incunable de Vicenza, maestro Enrique, 1485), ed. por el II Colegio Notarial de Madrid, 1950, pp. 439 y ss.

(41) La base I de la Ley de Bases de la LEC de 1855, decía así sobre el propósito en la misma:

«Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica.»

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —vigente aún, con numerosas reformas— es una «reforma» de la de 1855 (Cfr. su art. 1.º, Ley de Bases de 21 de junio de 1880).

(42) Por JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES.

(43) El «Tratado» de VICENTE Y CARAVANTES —también penalista, historiador, filósofo— se siguió editando en países iberoamericanos después de su Declaración de Independencia. En su ed. de 1856-58 ya comentaba la nueva doctrina de la «acción» surgida de la polémica WINDSCHEID-MUTHER.

(44) Cfr. actualmente, en el mismo orden, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ob. cit.*, pp. 97 y ss., siguiendo el tratado de MARCIANUS.

(45) Cfr. HEINECCIO, «Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones», por... añadidos al fin de cada página con las observaciones teórico-prácticas del mismo autor sobre cada uno de los párrafos en dichos elementos contenidos; ilustrados con numerosas notas, adiciones y enmiendas tomadas de ESTORIO, CUJACIO, GODOFREDO, GUNDLING, ULRICO HUBERO, MARCELO, NOODT, VINIO, OTON, PUFFENDORF, SCHULTING, THEOFILO, MERILLO, ULPIANO, y de otros célebres escritores y juriconsultos, trad. castellana y adicionada con doctrina moderna por JOSÉ VICENTE», Madrid, Imprenta de D. Pedro Sanz y Sanz, 1842, § 1323, p. 374.

(46) Así, p. ej., la figura de la dación o prestación de alimentos provisionales, se hallaba en las Leyes 2.ª, 5.ª y 35 del tít. 2.º, Partida 4.ª; en las 7.ª, tít. 22, Partida 3.ª; en la 7.ª, tít. 2.º, y 7.ª, 31 y 32, tít. 11, Partida 4.ª; en las 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª del tít. 19, y 3.ª y 4.ª del tít. 20, Partida 4.ª; en las 6.ª, tít. 1.º; 35, 36 y 37 del tít. 12, y 35 del tít. 14, Partida 5.ª; en la 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª; y 20, tít. 1.º, Libro 2.º y 9.ª, tít. 2.º del Libro 10 de la Novísima Recopilación de 1805. Cfr. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1856, V, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, p. 15.

tizó —menester era hacerlo, dado el desorden proveniente de las Partidas y de las recopilaciones— la doctrina general de la JV (47) —de

Pero con toda esta masa de normas referentes a los alimentos derivados de «ley, equidad natural u oficio de piedad», o «de contrato o de testamento», no se declaraba si correspondían a la Jurisdicción contenciosa o a la Voluntaria (Cfr. DE LA RÚA, *ob. cit.*, p. 15), y las *cuestiones* se podían resolver por medio de un juicio sumario, ejecutivo o plenario ordinario, según una casuística desordenada (Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, «Tratado», III, 711). En la LEC de 1855 se fijó que correspondiese el tratamiento a la Jurisdicción Voluntaria, igualando todos los casos, sin audiencia del alimentista «para evitar dilaciones» (GÓMEZ DE LA SERNA, «Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil» (es lo que hubiera debido campar al frente de la misma, como «Exposición de Motivos» y no lo fue por temor a discusiones que «alargasen la presentación de la Ley tan vivamente deseada» (*sic*) (cfr. *ob. cit.*, Madrid, Imprenta de la *Revista de Legislación*, 1857, «Advertencia Preliminar», p. 217). Sobre el curioso iter parlamentario de este proyecto de Ley —la discusión se produjo a la vez que la del proyecto de Constitución, notable paradoja— mi trabajo «Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en mis *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, ed. Tecnos, 1969, I, pp. 19 y ss., y esp. pp. 97 y ss.

La solución de la LEC fue muy criticada (cfr. en defensa, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, «Tratado Académico-Forense de los Procedimientos Judiciales», 2.ª ed. Madrid, 1856, librería de Sánchez, II, pp. 514 y ss.; en contra, VICENTE Y CARAVANTEZ, «Tratado», III, pp. 710 y ss.; DE LA RÚA, «Comentarios», V, pp. 15 y ss.; T.S., 6 de febrero de 1860. La base 18 para la Ley de Enj. Civil de 1881, decidía crear dos tipos procedimentales —uno, un juicio sumario; el otro, de jurisdicción voluntaria— más alguno especial (alimentos a los concursados; en las testamentarias), sin que se aclarase totalmente la problemática —ni la de la *sumariedad* en general (cfr. las Leyes II, III y VII, tít. XXII, Partida III, sobre lo sumarísimo), que parece en las glosas como uno de los puntos más oscuros del campo procesal, *et pour cause*.

(47) Estimo merece la pena reproducir aquí las «Disposiciones Generales» sobre la Jurisdicción Voluntaria, de la LEC de 1855, que, a mi juicio, son de contenido y redacción muy discretos. Probablemente no se ha fijado demasiado al atención en ello: el trabajo de los autores —y sobre todo, del animador, D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA— hubo de ser ingente. Y esos textos están reflejando la problemática más enconada, la que ahora vuelve a surgir en Italia (y *debe surgir* de nuevo en España, en donde se está procediendo a reformar la JV a base de parches, remiendos, sin visión general ni del presente, ni del futuro. Cfr. p. ej., la reforma de los discutidos arts. 2011 y ss., sobre enajenación de bienes de menores, Ley de 29 de mayo de 1989).

«Art. 1207.—Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.»

«Art. 1208.—Los actos de jurisdicción voluntaria, de que no hace especial mención esta Ley, se acomodarán a las reglas siguientes:

1.ª Todas las actuaciones relativas a ellos se practicarán en los juzgados de primera instancia y ante Escribano, consignándose en el papel sellado correspondiente.

2.ª Son hábiles para ellas todos los días y horas sin excepción.

3.ª Si en algún caso procediese la audiencia de alguien, se prestará u otorgará poniendo de manifiesto el expediente en la escribanía para que se instruya el que haya de evacuarla.

4.ª En los casos en que la audiencia proceda, podrá oírse también en la forma prevenida e la regla anterior al que haya promovido el expediente.

la cual surgieron los arts. 1811 a 1824 de la LEC vigente, de 1881 (48) (49).

5.ª Se oirá precisamente al Promotor Fiscal: 1.º cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos, y 2.º cuando se refiera a persona o cosa, cuya protección o defensa competan a las autoridades constituidas.

6.ª Se admitirán cualesquiera documentos que se presentaren, e igualmente las justificaciones que se ofrecieren, sin necesidad de citación, ni de ninguna otra solemnidad.

7.ª *Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el expediente, y sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.*

8.ª Si la oposición se hiciere por quien no tenga personalidad para ello, podrá el juez, desestimándola, dictar providencia sobre la solicitud que se hubiere instruido al promover el expediente.

9.ª El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto a las que deban su origen a la jurisdicción contenciosa.

10.ª De las providencias que se dictaren, se admitirán para ante la Audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan.

11.ª Las apelaciones se admitirán siempre libremente y en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente.

12.ª Las que interpusieren 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.

13.ª La sustanciación de todas las apelaciones se acomodará a los trámites establecidos para las que se interpongan y admitan en sentencias interlocutorias.

14.ª *Contra las sentencias que dictaren las Audiencias se da el recurso de casación.»*

(48) Cfr. las «Disposiciones Generales» sobre la Jurisdicción Voluntaria de la LEC de 1881 y nótese su relación con las de 1855.

«Art. 1811.—Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria, o se solicite la intervención el Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.»

«Art. 1812.—Para las actuaciones de jurisdicción voluntaria, son hábiles todos los días y horas hábiles.»

«Art. 1813.—Si el que promoviere el acto pidiere que se oiga a alguna otra persona o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escribanía por un breve término, que fijará el juez, según las circunstancias del caso.»

«Art. 1814.—En los casos en que la audiencia proceda podrá oírse también, en la forma prevenida en el artículo anterior, al que haya promovido el expediente.»

«Art. 1815.—Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos, y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad.

El Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.»

«Art. 1816.—Se admitirán, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren.»

«Art. 1817.—Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y

El punto al que este trabajo se refiere es el tratado en el art. 1817:

«Si a la solicitud promovida (50) se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará intencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.»

Sin más pretensiones que las de aclarar en algo este importante texto, estimo del caso el añadir algún comentario *aditivo*.

La transformación del expediente de JV en contencioso, presupone y conlleva:

se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.»

«Art. 1818.—El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno.»

«Art. 1819.—Las apelaciones se admitirán siempre en ambos efecto al que hubiere promovido el expediente.»

«Art. 1820.—Las apelaciones que interpusieren los que hayan venido al expediente, o llamados por el juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación, serán admitidas en un solo efecto.»

«Art. 1821.—La sustanciación de las apelaciones a que se refieren los precedentes artículos se acomodará a los trámites establecidos para las de los incidentes.»

«Art. 1822.—Contra las sentencias que dictaren las Audiencias se dará el recurso de casación.»

«Art. 1823.—Los expedientes sobre actos de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa.»

«Art. 1824.—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.»

(49) Naturalmente, no entro a criticar la sistemática de la LEC de 1880 ni de la de 1881, con un Libro específico para la Jurisdicción Voluntaria. La argumentación de GÓMEZ DE LA SERNA, coautor básico de aquélla, en sus bases y en su redacción, se basa en la modestia del proyecto y con alegación de «los códigos modernos de Austria, de Prusia y de Baviera» y la abundancia de «actos de jurisdicción voluntaria» regulados en el Libro II —y eso que faltan los comerciales, que se hallaban en el Código de Comercio— justificada por la necesidad de «no borrar nuestro derecho antiguo, ni a destruir nuestras prácticas seculares, sino a ordenar y compilar las leyes y reglas del Enjuiciamiento civil sujetándose a bases determinadas» («Introducción a los Motivos», *cit.*, XI) lleva consigo un excesivo tradicionalismo, que no era necesario. Sí lo era un nuevo tipo de enjuiciamiento. Lo intentó, de forma revolucionaria (y sé lo que digo, cfr. mi trabajo *cit. Estudio histórico... de la LEC de 1855*, VII, pp. 90 y ss.). D. JOSÉ MARÍA CASTRO Y OROZCO (más conocido por su título: MARQUES DE GERONA), en 1853, cosechando un injusto fracaso.

(50) Nótese la diferencia de léxico referente a la «jurisdicción contenciosa» y a la «jurisdicción voluntaria». Nuestra LEC, en general muy imprecisa, en este punto es bastante fina. Cfr. también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Premisas», *cit.*, § 41, pp. 161 y ss.

A) La preexistencia de capacidad para ser parte y procesal de quien solicita dicha transformación (art. 1208-8ª LEC de 1855, por interpretación histórica (51) de la de 1881) (52). Sería absurdo lo contrario. Y si es un incapaz el que solicite la transformación, deberá solicitar previamente —una actividad más de JV— la habilitación para comparecer en juicio (arts. 1994 y ss. LEC, y 300 del Código civil) (53). Y ha de aceptarse que el Juez, antes de admitir la transformación solicitada, deba «oír» al peticionario «sin forma contenciosa, de juicio», a fin de fijar si tiene o no personalidad para obtenerla (54).

B) Que tenga a su favor un *interés* en la transformación. Debe ser el básico, el que fundamenta la pretensión procesal que intenta promover (55). Y es que precisa establecer al diferenciación entre «lo solicitado» en al vía de la JV que se desea abandonar, y «lo que se pretende» en al vía contenciosa cuya apertura se intenta (56).

Hasta tal punto se valora por Gimeno Gamarra la cualificación de ese *interés* desde el punto de vista del proceso que, a su juicio, si la propuesta oposición en al vía de la JV no se basa en una pretensión procesal, debe poder continuar el expediente de JV hasta su finalización normal (57). Más estimamos que, para los casos en que de la mutación haya de surgir un procedimiento contencioso de los que comienzan «por citación» —tipo del juicio verbal español, 715 y ss. LEC, 163 y ss. CPC italiano— será suficiente que ésta contenga una preparación de la pretensión (58), suficiente para identificarla.

C) Naturalmente, lo expuesto indica que la solicitud de transformación de la vía voluntaria en contenciosa, ha de ir fundamentada.

(51) Recordemos que según la Ley de Bases para la Ley de 1881, se trataba de una «reforma» de la LEC de 1855 (Ley de Bases de 21 de junio de 1880).

(52) Cfr. REUS, «Comentarios», IV, p. 135, com. al art. 1817; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, «Tratado», II, pp. 523 y ss.

(53) Cfr. REUS, IV, pp. 523 y ss.

(54) Cfr. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V, p. 13. Es siempre el elemento histórico de la interpretación del actual art. 1817.

(55) Cfr. MANRESA Y NAVARRO (Redactor de una gran parte de la LEC de 1881), «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880», 7.ª edición (póstuma) aumentada por DAGO SANZ Y MOLINUEVO JUNOY, ed. Reus, Madrid, 1960, vol. VIII, pp. 494 y ss. La pretensión procesal, en su concepción moderna no es elemento para la JV (Cfr. GUASP, «Derecho Procesal Civil», Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 1.643; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Premisas», p. 144).

(56) Cfr. GIMENO GAMARRA, «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *Znuario de Derecho Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1953, I, esp. p. 54.

(57) Cfr. GIMENO GAMARRA, *ob. últ. cit.*, p. 54.

(58) A completar, naturalmente, en la vista o audiencia, art. 730 de la LEC, juicio verbal o de ínfima cuantía.

D) Precisa que en la Ley no haya una tramitación especial para la figura de la transformación o «pase». Ya que el art. 1824, deja fuera de la norma general que estudiamos aquí, las disposiciones concretas en contra para cada figura de la JV en ella regulada (59), que prevén especialidades procedimentales (y precisaría luchar contra este piélagó inútil).

Anotemos que, probablemente dada la amplitud de la concepción de la «jurisdicción voluntaria» ya en la temprana época de la Glosa y del Comentario, tal y como fueron recibdas en Las Partidas, más la ulterior glosa de las mismas, el problema de la protección de derechos a través de dicha JV (60), no resulta tener la gravedad con que se le considera, p. ej., en Italia (61), a lo que posiblemente ha conducido la vieja concepción de los «procedimientos en cámara del consejo» como agrupación de elementos discordantes entre sí.

Con respecto a este carácter general y limitado a al vez de la aplicabilidad del art. 1817, y en consecuencia, se ha dicho que «en lugar de seguirse este criterio que tiene en cuenta la clase del acto o negocio para determinar los efectos de la oposición, tal vez hubiere sido preferible tener en cuenta la clase de oposición» (62).

Y también quedan exceptuados del marco del citado art. 1817, aquellas cuestiones o asuntos en los que el carácter de *ius cogens*, de «carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor», imponen *ope legis* su indisponibilidad procedimental en cuanto a su finalización «sin perjuicio de los intereses de acudir al juicio correspondiente» (ej., en el art. 1974, protocolización de memorias testamentarias) (63).

(59) Efectivamente, en muchos casos más, se admite la transformación de la JV en contenciosa, más con especialidades procedimentales; p. ej., en el art. 1848 (oposición en casos de adopción); 1832, *idem*; 1839 y 1840 (oposición al nombramiento de tutor); 1873 (oposición al funcionamiento de la tutela); 1859 (oposición al discernimiento del cargo de tutor); 2000 (oposición a la habilitación para comparecer en juicio (la reforma de los arts. 1999 y 2000, por Ley de 29 de mayo de 1989, ha complicado —haciendo más oscuro el texto— inútilmente el tema); 2005 (oposición a las «Informaciones para perpetúa memoria»), etc.

(60) Cfr., p. ej., GIMENO GAMARRA, *ob. últ. cit.*, pp. 53 y ss.; «Jurisdicción Voluntaria», *cit.*, pp. 456 y ss.

(61) Cfr., p. ej., FAZZALARI, «Procedimento camerale», *cit.*, pp. 909 y ss.; DENTI, «La GV rivisitata», *cit.*, § 3, p. 331; MANDRIOLI, «Procedimenti camerali su diritti», *cit.*, *passim*.

Anotemos aquí que la tradicional aproximación del régimen español al sistema de recursos (actualmente, apelación y casación, arts. 1819 a 1822) admitiéndolos, constituye otra señal de la aproximación de la JV en España a lo contencioso, a diferencia de lo que ocurre en Italia y en la RFA de Alemania. Cfr. *supra*.

(62) Cfr. GIMENO GAMARRA, «Ensayo», p. 54.

(63) Ej., también en el art. 1953, protocolización del testamento verbal; el 1968, la apertura del testamento cerrado. V. T.S., 3 de junio de 1950 y 18 de octubre de 1928; MANRESA, «Comentarios», VIII, pp. 495 y ss., notas.

Otro ejemplo es el del art. 2166, información sobre posible mala administración social —sin que haya proceso entablado— con posible «resistencia» del socio administrador. Y, por el contrario, las incidencias de la intervención de los jueces en el nombramiento de los árbitros como consecuencia de la falta de acuerdo de las partes, de la nueva Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, pertenecen ya a la Jurisdicción contenciosa «porque no hay acuerdo entre las partes» (art. 38 de la cit. Ley). Y en cuanto a lo previsto en el art. 2111-4^a LEC sobre «intervención de terceras personas» en actividades de jurisdicción voluntaria comercial, «reclamando» sobre «identidad y capacidad legal de las personas concurrentes» —sin que por ello haya transformación de la JV en contenciosa— en realidad, lo que significa, es, volver al viejo art. 1209-8.ª de la LEC de 1855 (cfr. supra) sobre la necesidad de que concurra la «personalidad» de las personas como presupuesto; las demás «reclamaciones» darán lugar solamente a que a los «reclamantes» «se les reserve su derecho para que puedan ejercerlo donde y como estimen conveniente» (art. 2111-4.ª, a.f.).

La formulación —y la admisión por el juez: y debe haber recurso de apelación (sin efecto suspensivo) al promotor del «expediente», arg. art. 1819 y 1820 y a sus contradictores, «contrainterésados»— de la solicitud del paso a lo contencioso, dará lugar a las consecuencias que siguen:

A) La del sobreseimiento —finalización anticipada— del «expediente» (del *dossier*) de JV si procede.

Ello predica la necesidad de que el juez dicte una resolución fundamentada (sentencia o auto) que no tiene la cualidad de «definitiva» —ya que «no pone fin» al conflicto devenido litigio—; luego contra ella, cabrá el recurso de apelación —tan sólo con el efecto clásico *devolutivo* al superior, más no con el suspensivo, arts. 1819 y 1820 LEC—, pero no el de casación del art. 1822.

B) Este proceso —sigo considerando que la actividad de JV no constituye tal— tendrá la consideración de ser la continuación del «expediente» de JV pero *en forma contenciosa*; esto es, no se trata de un proceso independiente, sino ligado con aquél (Arg. en SS. del T.S. de 7 de oct. de 1895, A. de 27 de abril de 1948, S. de 3 de febr. de 1951).

C) Por esta resolución judicial, no se alterará:

a) La situación de los interesados al tiempo de incoarse el «expediente». Lo que puede implicar la adopción de medidas cautelares.

b) Lo que fuere objeto del «expediente». Lo que puede dar lugar igualmente a la adopción de medidas cautelares.

D) Con declaración de que tal oposición hace contencioso el asunto.

E) Y ya en este campo, y en virtud del principio dispositivo supra-procesal (64), se queda a la resultas de que uno de los anteriores participantes, promueva el proceso como demandante. ¿Cuál de ellos? Para Reus, será actor el que promovió el expediente de JV y el que se opuso será el demandado. A la inversa, para Gimeno Gamarra, «Hará de demandante el que inste la continuación del expediente en forma contenciosa, puesto que para ello habrá de formular la oportuna demanda, y aunque por regla general será el que promovió el expediente quien lo haga, si no lo hace, y al que se opuso al mismo le interesa la continuación en forma contenciosa, él será quien tenga que formular la demanda y, por tanto, hacer las veces de demandante» (65). Y en todo caso —estimo yo mismo— puede acudirse por un interesado a una «acción declarativa negativa», incluidas las que, de gran alcurnia en el Ordenamiento español, siguen hábiles en la práctica, según reciente jurisprudencia del T.S.: las viejas «acciones provocatorias de jactancia» de las previstas en la Ley XLVI, Título II de la Partida III («*Que nengun ome non deve ser constreñido que faga su demanda, si non quisiere, fueras ende en cosas señaladas*»).

F) El paso de una situación contenciosa a otra «voluntaria» —la que considera igualmente el art. 437 del CPC francés— ofrecerá también dificultades técnicas —como casi todo— pero se verá muy facilitada por vehículos ya existentes: por un «desistimiento bilateral» de las partes que «deje in contenido al proceso» (66); por una «*Erledigung der Hauptsache*» del § 91 a de la ZPO de la RFA (67); por el *contrat judiciaire* francés (68): todos los cuales tienen alguna relación con las transacciones. Tras lo cual, vendría la apertura, la incoación de la actividad de la JV —incluso, *ex officio* por el juez, si se tratase de materia de *ius cogens*.

Dejo aparte la fundamental pregunta de si el procedimiento *in camera di consiglio* italiano es, en la actualidad el vehículo apropiado o no lo es, para intentar resolver mediante él los problemas *fronterizos* —y trátase de una frontera-zona y no de una más simple frontera-

(64) Cfr. mi «Doctrina General del Derecho Procesal», *cit.*, IX, III, pp. 270 y ss.; XII, III, 1, pp. 388 y ss., y 5, p. 391. Se trata de mi *aproximación* a la doctrina enunciada por CARNACINI en su conocido trabajo «Tutela giurisdizionale e tecnica del processo», en los *Studi in onore di Enrico Redenti*, Giuffrè, Milán, 1952, tít. II.

(65) Cfr. GIMENO GAMARRA, «Ensayo», *cit.*, pp. 55 y ss.

(66) Cfr. mi trabajo «Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica», en «Justicia 1989», Barcelona, núm. IV, pp. 791 y ss., y bibl. allí cit.

(67) Cfr. las normas y la bibl. alemana citadas en mi trabajo *cit.* en la nota núm. 66, *supra*.

(68) Cfr. SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, § 490, p. 451; VINCENT-GUINCHARD, «Procédure civile», 21, ed., Dalloz, París, § 98, pp. 138 y ss.

línea— de la actual Jurisdicción contenciosa (69) —con sus procedimientos universales y particulares, ordinarios y especiales, plenarios y sumarios— y la JV (70). La examiné en mi comunicación al Congreso de Palermo ya citada (71).

Sí, vuelvo a ver la preocupación de los amigos italianos sobre los procedimientos citados, para salir de una situación llena de interrogantes —todas las de la nebulosa JV—, no excluyéndose ni el acudir a la incardinación de la casuística dejada o a dejar en situación de falta de defensa debida al caso de dicha JV, en otros puntos o esferas del ámbito del derecho, que podrían resultar incluso no adecuadas; ni la solución parentemente más sencilla, de dejar todo el futuro en manos de los tribunales, como si nos hallásemos en un régimen de *common law* en plena Edad Moderna, o la de exaltar la notable figura de los tribunales constitucionales para resolver en abstracto situaciones incluso supra-constitucionales, o bien otras más complicadas, las de la reforma total del sistema procesal.

En este grave trance en el que las necesidades sociales nos ponen, estimo modestamente que, todo ello, no debe obstar a que, en todo tiempo, podamos determinar a tenor de un derecho vigente, «*el terreno en que nos movemos en cada momento*», y si nos hallamos o no en el de la actual JV y, por tanto, si interesa salir o no cuanto antes de su dudoso ámbito procedimental de manera clara, sin refugios ni invención de híbridos (72). Esto es, sin perjuicio del estudio a fondo de la problemática, dando u ofreciendo todas las soluciones posibles en derecho; ello no debe optar a que se acoja un vehículo para trasladarnos con rapidez jurídica, de la JV a la contenciosa y viceversa. Es la solución clásica de las leyes españolas (de la de 1855 y de la actual) que ya se ha expuesto.

La notoria proclividad favorable a la audiencia de los «contrainteresados» (73) en el procedimiento de la futura JV, de la Ley de Dele-

(69) Cfr. GRASSO, «I procedimenti camerali: l'oggetto della tutela», Comunicación al XVI Congreso de la *Associazione Italiana*, en Palermo, 1989, § 1.

(70) Cfr. art. FAZZALARI, «Procedimento» *cit.*, *passim*; «Istituzioni di Diritto Processuale civile», 5.ª ed., CEDAM, Padua, 1989, IV, II, pp. 529 y ss.

(71) Cfr. mi Comunicación al Congreso de Palermo, *cit.*, «Jurisdicción voluntaria, etc.», *passim*, en «Alti» *cit.*, pp. 177 y ss.

(72) Cfr. arg. en MONTESANO, *ob. cit.*, § 6.

(73) Nos hallamos muy cerca (o en el) principio de contradicción. Ciertamente es que éste no se halla recludo en el proceso contencioso —en el verdadero «proceso»— sino que también hay actividades de la JV en las que aparece, y en España, como ejemplo, puede ponerse las «reclamaciones» de terceras personas «a quienes se cite» a actividades de la JV comercial (art. 2111 LEC, 4.ª sobre identidad y capacidad de las personas intervinientes —sin salir por ello de la JV—, y ALLORIO tiene razón aquí, a mi entender (Cfr. ALLORIO «Nuove riflessioni critiche in tema de giurisdizione e giudicato», en los *Studi in memoria di Piero Calamandrei*, CEDAM, Padua, 1958, III, 1 y ss., y esp. p. 71), pero si en la JV puede admitirse que tal contradictorio sea «cuestión de intensidad

gación del 9 de mayo de 1981 en su punto 29, *d*) —audiencia ya históricamente abierta en España por lo menos desde la LEC de 1855, su art. 1208-4.^a y 5.^a y en la vigente, arts. 1813 y 1814— y a la apertura a un sistema de recursos en la materia, de otro lado (74); todo indica la posible insuficiencia de los remedios hasta ahora propuestos. Aquí, no se ha presentado ninguno nuevo; sólo se ha intentado recordar que en el armario-farmacia doméstico de nuestro derecho, hay desde hace muchos años, un medicamento para facilitar curas apropiadas al caso.

Y, en este trabajo de «recordar», pienso no haber incurrido en peticiones de principio. Ya que podría estimarse que, si la JV *desapa-*

y de grado» (*ob. cit., loc. cit.*) ello, en la jurisdicción contenciosa, en el proceso, significaría dar una fuerte entrada al arbitrio judicial, tan fuerte que peligraría todo el edificio. Esa «intensidad» y ese «grado» corresponde a la Ley el fijarlos —en nuestro sistema, en el *common law*, puede ser diferente.

(74) La misma esencia de la JV parece oponerse a la admisión de recursos, que por sí mismos significarían «oposición de una parte —de la vencida— frente a otra —la vencedora—» (SOLUS-PERROT, § 500, pp. 462 y ss.). Y efectivamente, la falta de recursos —el *richiamo* italiano entra en la modesta categoría de los remedios, más bien (cfr. mi trabajo «Doctrina General de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal», en mis *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, ed. Rev. Der. Priv. s., 1955, p. 333 y mi «Doctrina General», XIV, III, pp. 481 y ss.)— se toma por uno de los caballos de batalla de las diferencias entre los procedimientos de la jurisdicción contenciosa y la JV en Italia (DENTI, § 6, pp. 335 y ss; MANDRIOLI, pp. 927 y ss.). Por lo cual, la característica española de existir al menos un recurso de apelación e incluso el de casación (art. 1822 LEC), disminuye las distancias entre una y otra; aunque esta disminución no implica identidad, ni mucho menos. Pero parece que, existiendo la posibilidad de pasar a *discutir* en un proceso contencioso lo que comenzó a *tratarse* en un expediente de jurisdicción voluntaria (según el art. 1817 LEC) parecerá incluso «heterodoxo» el recurso con tal vía. Así piensan juristas franceses (SOLUS-PERROT, § 484, p. 446) —sobre la Ley, fundamental, en Francia, de 15 de julio de 1944—, revalidada por Decr. de 9 de octubre de 1945.

De la objeción se hace cargo la doctrina española (GIMENO GAMARRA, «Jurisdicción Voluntaria», pp. 479 y ss.) que le hace frente alegando las dificultades que pueden surgir al intentar acudir a un proceso contencioso a tenor del art. 1817, por haberse dictado resoluciones *ex officio* en él. No veo tal gravedad; ello ocurre también en el proceso penal, con la impugnación de las resoluciones judiciales que recaen durante el período instructorio, y existe la apelación, sin embargo (arts. 216 y ss., Ley de Enjuiciamiento Criminal); mejor cabe pensar en que, en determinados asuntos de JV rige el sistema inquisitivo, por tratarse de cuestiones de *ius cogens*, lo cual hace inaplicables los principios clásicos del sistema procesal intradispositivo. Y, sencillamente, la existencia ordinaria de tales recursos en el ordenamiento español, demuestra que la JV se ha considerado y considera como una manifestación de la jurisdicción, mejor que como administrativa, y ello, *ope legis*. Explicación, en la relatividad histórica y geográfica de los conceptos...

Ciertamente, la consecuencia de abrir la JV a los recursos produce una «apertura de lo contencioso» (arg. VINCENT-GUICHARD, § 102, p. 146). Pero la solución del art. 1817 LEC, tiene la ventaja de no haberse de llegar, antieconómicamente, hasta el final de la actividad que sea de la JV, sino la de poder pasar a entablar el contencioso en cuanto se manifieste la oposición.

rece, sería inútil preocuparse del o de los mecanismos de su transformación en contenciosa. Más lo que entiendo es que el contenido de la actual JV *no puede desaparecer* —se va incrementando día a día, como secuencia de las necesidades de la sociedad— y que, en todo caso si se la suprimiese —precedida por su inadecuado título, en ello estoy conforme— debería ser sustituida por un «algo», sobre lo que hay sucesión abierta —y uno de los pretendientes lo serían, sin duda, las administraciones, que ya tienen actualmente firmes títulos en cuanto a la naturaleza jurídica de la actual figura. Y sea quien fuere el sucesor, si recordamos el paralelo existente para regular el paso de las actividades administrativas a la jurisdiccionales, llegaremos a la conclusión de que el mecanismo aquí examinado no será superfluo, ni en Italia ni en España.

