

¿HA INCIDIDO EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA?

Comunicación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

**Elías Campo Villegas
Académico de número**

SUMARIO:

Preliminar.

1.- Escrituras públicas notariales.

2.- Actas de mera constatación de hechos, actos y manifestaciones del mismo Notario.

3.- Actas de emisión de juicios y calificaciones jurídicas. Las actas de notoriedad.

4.- Actos dispositivos del mismo Notario.

4.1.- El artículo 843 C.c.

4.2.- El artículo 899 C.c.

4.3.- El artículo 905 C.c.

4.4.- El artículo 1057.2 C.c.

4.5.- El artículo 1020 C.c.

PRELIMINAR

El Notario, en el desarrollo de las actuaciones que se le atribuyen en las materias de Jurisdicción Voluntaria, de las que nos ocupamos en esta comunicación, lo hace con la técnica formal y documental del instrumento público que le es propia, y que en definitiva se encierra básicamente en los dos órdenes que la centenaria terminología española recoge en el artículo 144.1 del Reglamento Notarial, de escrituras públicas y las actas. Categorías que el legislador en la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, al modificar la Ley del Notariado, lo ha hecho elevando a categoría de ley la histórica clasificación reglamentaria en su nuevo y primer artículo 49 “*Los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas*”. Y este será el esquema que seguiremos en la exposición del protagonismo que la nueva Ley concede al Notario en materia de Jurisdicción Voluntaria, si bien se nos permitirá introducir dos nuevas categorías. Las actas de emisión de juicios y calificaciones jurídicas, y los actos o negocios jurídicos de disposición del Notario. Estos últimos en los que el legislador han concedido al Notario facultades que explican la interrogante que plantea el enunciado de la comunicación ¿se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial?

1.- ESCRITURAS PÚBLICAS NOTARIALES.

Cuando se trate de *“la declaración de voluntad ... o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento el Notario autorizará una escritura pública”* (art. 49 Ley del Notariado). Ello ocurrirá en actuaciones como las siguientes en las que en adelante, en lugar del Juez, será el Notario:

-En la repudiación de la herencia (art. 1.008 C.c.). En este acto el Notario tan sólo recibe el acto dispositivo del otorgante. Se trata de escritura que recoge ese negocio jurídico unilateral. Dada esta naturaleza resultaba inadecuada la intervención del Juez.

-O en la renuncia del cargo por el albacea (art. 899 C.c.). Atribución compartida con el Secretario judicial. Siendo de advertir al respecto que si la renuncia se hace ante Notario, el renunciante tendrá libertad de elección del mismo, lo que no ocurrirá si lo hace ante el Secretario judicial, puesto que la competencia territorial viene predeterminada en el artículo 91.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, si bien con ciertas facultades de elección por el solicitante.

2.- ACTAS DE MERA CONSTATACIÓN, PERCEPCIÓN DE HECHOS, ACTOS, COMUNICACIONES, MANIFESTACIONES DEL MISMO NOTARIO Y OTRAS ACTUACIONES.

Se ha dicho de ellas que el Notario en su actuación se limita a documentar lo que ha percibido por sus sentidos o ha realizado él mismo. En ocasiones, hasta sin emitir juicio alguno. Casi en una actitud meramente pasiva. Veamos algunos supuestos de la materia que nos ocupa.

2.1.- En la modificación que se ha hecho de los artículos 1005 y 1014 del Código civil se ha sustituido la intervención del Juez por la del Notario:

El artículo 1005 queda redactado de la forma siguiente:

“Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente”.

En este precepto se trata de un acta mixta de requerimiento y constatación de una manifestación del mismo Notario relativa a las consecuencias legales de la conducta del requerido.

El artículo 1014 queda redactado de la forma siguiente:

“El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante Notario y pedir en el plazo de treinta días a contar desde aquél en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere”.

Ahora estamos ante un acta de comunicación y requerimiento.

2.2.- En el nuevo articulado de la Ley del Notariado que se ha introducido por la Ley 15/2015, son de recordar otros tipos de actas referentes a determinadas formas de testamentos. Son actas de mera constatación de hechos, no de notoriedad declarando la existencia de derechos. Así:

a).- Adveración y protocolización de testamentos cerrados (arts. 57 a 60 R.N.). Aquí la actividad notarial va encaminada a cerciorarse de la autenticidad de las firmas de los testigos instrumentales que en su día suscribieron el pliego

cerrado. En definitiva, como el testimonio de legitimación de firmas contemplado en el artículo 256 del Reglamento Notarial. El Notario tan sólo emite su juicio sobre la pertenencia de las firmas a personas determinadas. El juicio lo forma el Notario mediante prueba testifical o pericial por el cotejo de letras y otras diligencias conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas. Lo mismo que ocurre en el juicio de identidad de un compareciente. Asegurada esta elemental exigencia, el resto de la actuación del Notario consiste en reflejar en un acta de presencia la apertura del pliego y lectura del testamento que seguidamente protocolizará.

Dicho cuanto antecede respecto al elemento formal de la actuación del Notario, se nos permitirá advertir del error del legislador al atribuir la competencia territorial del Notario por la regla general del artículo 57.1 cuando lo adecuado hubiera sido atribuirlo al Notario otorgante o a su sucesor en el protocolo, lo que hubiera conducido directamente al cotejo con el original protocolizado.

Ahora el trámite no sólo se ha complicado sino que resulta expuesto al fracaso, pues el legislador lo ha configurado bajo el principio de rogación, en lugar del de impulso oficial de la L.e.c. de 1881, lo que podrá conducir a que se archiven las actuaciones sin ni siquiera abrirse el sobre, sin conocerse el contenido de un testamento en el que pueden existir disposiciones atinentes a personas o fines ignorados para quienes han podido ser inútiles las publicaciones realizadas. En la nueva Ley el expediente se archiva cuando, practicados los anuncios previstos, “ningún interesado” lo haya promovido. Como el Notario podrá no ser el que otorgó el testamento, ello conduce a que se busque la autenticidad del testamento cerrado, no cotejándolo con el instrumento del protocolo del Notario autorizante, sino mediante pruebas testificales de quienes fueron testigos instrumentales, hasta, incluso del Notario, cuya declaración no será otra cosa que prueba testifical; acudiendo incluso a la prueba pericial del cotejo de letras. Además, a pesar de todo este esfuerzo probatorio, la Ley le permite también “acordar ... otras diligencias conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas de los no comparecidos y del fallecido”. Pero nada sobre el cotejo con el protocolo. En este testamento hay que distinguir dos documentos notariales, dos actas. La original estampada en el sobre que contiene el testamento y la copia de la misma que se protocoliza. Ahora bien, ocurre que el acta original circula; ha circulado desde su autorización, en tanto que su copia ha dormido protegida, encuadernada, en el seno del protocolo. De ahí que el acta original es la que preocupa al legislador sobre su autenticidad a diferencia de la copia radicada en el protocolo. De esta manera a los efectos de prueba y de autenticidad los papeles se cambian. Por ello hubiera sido más acertado, más sencillo y eficaz, seguir la vía trazada en la LEC de 1881. Notario competente sería el que

autorizó el testamento cerrado o, en su defecto, su sucesor en el protocolo. Éste tramitaría el expediente, practicaría las pruebas oportunas, y quizá bastaría con el cotejo con el acta protocolizada. Y todo ello incluso de oficio si no hubiera nadie que instara el trámite. Actuaciones de oficio que no deben repugnar cuando existan normas imperativas que así lo dispongan. Y hoy las tenemos. Mas que las deseadas en pro de los intereses mas variados de la sociedad en sus aspectos económicos, fiscales, políticos, etc. Más concretamente ante testamentos con una cláusula en beneficio de ciertos entes o motivos. También en algunas diligencias del mismo testamento cerrado y del procedimiento mal llamado de ejecución hipotecaria. E independientemente de todo ello, el legislador podría haber impuesto sin más este deber en pro de intereses desconocidos, los ocultos en el seno del testamento o de persona a quienes no llegaron los edictos. Y todavía existiría otra vía para evitar el archivo de testamentos cerrados sin haberlos abierto el Notario competente para su tramitación. Se trata del Ministerio Fiscal, a quién se podía haber legitimado y ordenado que lo promoviera en defensa de los posibles interesados ignorados o desconocedores del procedimiento y del testamento cerrado.

b).- Adveración y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 y 62 R.N.). Ahora se repite la misma actuación. Legitimación de firmas y protocolización del testamento.

c).- Adveración y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral (arts. 64 y 65 R.N.). En este supuesto la misión del Notario todavía es más sencilla. Se limita a transcribir las manifestaciones de los testigos relatando las disposiciones que realizó el testador ante ellos como de su última voluntad y en su caso protocolizar las notas, memoria o soporte magnético en que se hubiere consignado la última voluntad.

3.- ACTAS DE EMISIÓN DE JUICIOS Y CALIFICACIONES JURÍDICAS. LAS ACTAS DE NOTORIEDAD.

Tanto en las actas de mera constatación de hechos como en las escrituras públicas, el Notario actúa en la esfera de los hechos sensibles. Refleja en el documento lo que ve, oye o percibe por sus sentidos. Pero su actividad no puede quedar en ese mundo; sino que, partiendo de su raíz sensorial, trasciende a la esfera del Derecho, emitiendo juicios y calificaciones. Así en la escritura pública vemos que el Notario emite juicios como el de capacidad, o la identificación a través de documentos o testigos de conocimiento, e incluso sobre la legalidad del acto. Naturalmente que estos juicios y calificaciones implican meras actuaciones accesorias o complementarias. Ahora bien, cuando estas manifestaciones de emisiones de juicios constituyen el contenido básico y fundamental de un

acta, entonces tendremos un acta notarial de naturaleza propia y especial. Estaremos ante las actas de notoriedad en las que el Notario emite un juicio suyo acerca de la notoriedad. Juicio sobre la notoriedad de un hecho que en ocasiones podrá funcionar como prueba del hecho mismo. De esta manera se da un paso más, pues en las actas de notoriedad se comprueba por el Notario la certeza de los hechos que no se perciben por los sentidos. Pero todavía otro progreso más, y es la posibilidad de que el Notario, superando la esfera de los hechos, pueda llegar a declarar el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales cuando los mismos resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso (art. 209 del Reglamento Notarial). Y una vez que el ordenamiento jurídico admitió que en las actas de notoriedad se podía declarar el reconocimiento de derechos, el paso siguiente tuvo que ser que ese reconocimiento de derechos fuera el de los herederos abintestato, que primero se realizó, con cierto temor, que lo fuera únicamente a favor de sucesores de la línea recta o entre cónyuges (art. 209 bis R.N.) y finalmente en la Ley 15/2015 de 2015 entre colaterales (arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado). Pero estas posibilidades costaron mucho. Mucho, incluso en el largo camino de integración de las funciones del Notariado éste llegó a recibir la advertencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo que luego recordaremos en la mini historia de los ochenta años que corrieron desde 1935 hasta 2015.

Fue el Reglamento Notarial de 1935 el que dispuso la primera regulación de las actas de notoriedad que tuvieron escasa atención en la práctica, salvo las aplicaciones que se hizo de ellas a partir de 1936 para resolver los vacíos legales ocasionados “al quebrar las relaciones normales del Estado de Derecho”, en frase de RODRÍGUEZ ADRADOS, quién, a su vez, recuerda especiales disposiciones al efecto, como el D. de 10 de noviembre de 1938 sobre reconstrucción de protocolos destruidos, los DD. de 7 de agosto de 1939 y 10 de noviembre de 1942 sobre entrega de valores en los Comités de Depósitos quebrantados y Cajas de seguridad expoliadas, la Ley de 11 de julio de 1941 sobre apertura de bultos de alhajas y valores procedentes de Bancos, el D. de 15 de junio de 1939 sobre recuperación de empresas colectivizadas y la Ley de 5 de diciembre de 1940 sobre contratación en zona roja.

Pero donde mayor aplicación se produjo del acta de notoriedad fue en la legislación, jurisprudencia y práctica hipotecaria. Así para la reanudación del tracto registral interrumpido, registración de excesos de cabida, inmatriculación de fincas a base de un documento privado; o para la determinación de los sustitutos no designados nominativamente en toda clase de sustituciones hereditarias; incluso para determinar quién es el pariente más cercano del testador (Res. 24 febrero 1950).

La práctica notarial, sobre estos antecedentes y en base a lo dispuesto en el Reglamento Notarial de que en las actas de notoriedad se pudiera llegar a declarar el reconocimiento de derechos, fue admitiendo, con ciertos titubeos unas veces y con seguridad otras, la posibilidad de efectuar declaraciones de herederos abintestato. Práctica que fue contestada e incluso cortada por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo núm. 1/70 de 9 de marzo de 1970, dirigida a los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales tratando de sostener la integridad de atribuciones y competencia de los Jueces y Tribunales. Al final de la muy extensa circular, se contiene la instrucción siguiente dirigida a los Fiscales:

“2ª.- Si además los hechos y declaraciones contenidas en esta clase de actas y su inscripción en el Registro de la Propiedad, infringen algún precepto penal, previas las comprobaciones que se estimen procedentes, preparará el escrito ejercitando la acción penal y la civil derivada del delito, comprensiva del daño y perjuicio causado y la declaración de nulidad del acta”.

Advertencia que fue suficiente para que dejaran de autorizarse las ya pocas actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato. Sin embargo, todavía hubo Notarios que las admitieron para otros efectos que no fuera inscripciones en el Registro de la Propiedad, dada la literalidad del texto de la circular de la Fiscalía. Tuvieron que pasar dos décadas para que se reconociera la posibilidad estas actas de notoriedad. Su regulación y trámite se encuentra en los nuevos artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado; pero como el presente trabajo no se halla destinado a su exégesis, tan sólo aludiremos a unos desafortunados puntos del mismo:

3.1.- La preocupación por el domicilio de “los interesados”.

Se trata de las personas que el requirente del acta considera llamados a la herencia, como presuntos herederos, de los que ofrecerá sus “datos identificativos” (art. 56.1). De no constar el domicilio de alguno de los interesados, el Notario recabará, mediante oficio, “el auxilio de los órganos, registros, autoridades públicas y consulares ... a fin de que sea librada la información que se solicite, si ello fuera posible”. De no lograrse así averiguar el domicilio de alguno de los interesados, todavía se da un paso más. La publicidad a la tramitación del acta mediante anuncio en el BOE y otros medios de comunicación que se considere convenientes; y además anuncios en los tablones de los Ayuntamientos del último domicilio del causante y al del lugar del fallecimiento, si fuere distinto, o al del lugar donde radiquen la mayor parte de los bienes inmuebles (art. 56.2, párrafo cuarto).

Demasiado esfuerzo para lograr el domicilio de algún eventual heredero, cuando tal circunstancia es irrelevante. Tan irrelevante que puede no existir domicilio por haber muerto posteriormente el causante quién a su fallecimiento sí que lo era. Se es heredero o no; si se logra probar el parentesco, o no se consigue demostrarlo. Sobraba tal exigencia y pérdida de tiempo. Pero lo que ya resulta asombroso es que la no consecución del domicilio referido (de no poder ser “localizados”) impida al Notario la declaración de herederos a tales parientes, constatando en el acta únicamente “la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales (penúltimo párrafo del art. 56.3). En la derogada LEC de 1881 la declaración de herederos de parientes colaterales no exigía más que justificar “debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate y su parentesco con la misma”, aparte la información testifical.

3.2.- La extraña entrega de los bienes del párrafo tercero del artículo 56.3.

Tras la declaración de quienes son los herederos abintestato se dispone que “se podrá recabar de la autoridad judicial la entrega de los bienes que se encuentren bajo custodia”.

El precepto causa extrañeza y evidencia su inutilidad. El acta notarial se ha terminado con la decisión del Notario. Hasta entonces había una indefinición de quienes eran los herederos. Estos son los que podrían ejercitar cuantas facultades les corresponde para recobrar la entrega de los bienes, los tenga el Juez o quién sea. Sólo los herederos, no el Notario; pero aquéllos lo habrían de hacer fuera del acta notoriedad. Nada ya en ella. Por lo tanto esa petición deberá realizarse en un cauce procesal judicial. Y además, en este caso concretamente ante el Juez que tenga bajo su custodia bienes del caudal hereditario, los que nos conduce irremisiblemente a un procedimiento judicial preexistente al acta notarial. Un proceso judicial cautelar al no conocerse la existencia de herederos. Situaciones éstas que constituyen parte integrante del procedimiento relativo a la división de la herencia en el más amplio proceso especial “De la división judicial de patrimonios” regulado en el Título II del Libro IV de la LEC. En cuanto al eventual procedimiento cautelar de que acabamos de hablar lo tenemos en la Sección 2 del referido CAPÍTULO PRIMERO “De la división de la herencia” bajo el epígrafe “De la intervención del caudal hereditario”. En esta vía “... el Tribunal ... adoptará de oficio las medidas más indispensables para ... la seguridad de los bienes ...” (art. 790.1 LEC). Y más concretamente “... El Tribunal ordenará ... que se proceda ... 2º a inventariar y depositar los bienes ...” (art. 791.1 y 2.2º LEC). Diligencia cautelar que puede llevarse a cabo, tanto en el supuesto del artículo 791 “cuando no conste la existencia de testamento ni de per-

sonas llamadas a la sucesión legítima”, como “ ... durante la tramitación de la declaración de herederos ...” (art. 792.1 LEC).

Veamos pues, como al redactar el texto de la Ley 15/2015 la pluma se ha resbalado entrando en la Ley de enjuiciar. El precepto está fuera de lugar y puede tenerse por no escrito. Con ello ningún heredero pierde un derecho que ya le concede el ordenamiento jurídico: en el contenido por el Código civil, y en la vía adjetiva por la Ley de enjuiciar.

4.- ACTOS DISPOSITIVOS DEL MISMO NOTARIO.

Son un paso más en las posibles actuaciones del Notario, en las que la ley permite que disponga, constituyendo o modificando relaciones jurídicas ajenas. Ya no son conclusiones que la Ley deduce de los juicios realizados por el Notario. Ahora estamos ante decisiones que emanan del poder que se le confiere al Notario ¿por su carácter de autoridad, o quizá por ser autoridad? Bastante algo más que un mero funcionario. Este poder decisorio de efectuar nombramientos ya lo teníamos recientemente respecto del mediador concursal con la trascendencia que ello implica. Pero la reforma que ocasiona la Ley de Jurisdicción Voluntaria nos aporta nuevos e importantes supuestos, alguno de ellos preocupante. Tan preocupante que motiva el enunciado de este trabajo sobre hasta qué punto se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial en cuanto el añadido de facultades dispositivas, que le son impropias. Veamos los artículos 843, 899, 905, 1057.2 y 1020 del Código civil.

4.1.- El artículo 843.

“Salvo confirmación expresa de todos los hijos y descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá la aprobación por el Secretario judicial o por el Notario”.

La sustitución del Juez por el Notario para aprobar la partición excepcional del artículo 841 pone de relieve una advertencia y una interrogante. Hemos superado las declaraciones de derechos de ciertas personas que el Notario realiza como derivadas, a su juicio, de los hechos comprobados. Ya no hay emisión de juicios del Notario sino decisiones de éste con trascendencia respecto de determinadas relaciones jurídicas. Simultáneamente la atención se dirige hacia cual sea el alcance de esta nueva actividad del Notario conectada con la regla excepcional de la partición del artículo 841 en que se lesiona uno de los principios protectores de la legítima castellana como *pars bonorum. El quale*. Esta idea impone al intérprete que se exija ahora el máximo rigor para que no pueda quedar abierta una puerta mediante la cual pueda también ser lesionado el

quantum. Por ello la aprobación del Notario no puede reducirse sólo en el sentido de que se hayan respetado las normas formales establecidas en el Código civil. Es precisa una actividad que conduzca a justas valoraciones económicas. Al Notario no le basta una regularidad formal. Debiéndose traer a colación la misma Ley del Notariado en su artículo 24: “Los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan ...”. No estamos ante un problema de mera legalidad formal sino ante un imperativo de justicia.

4.2.- El artículo 899.

“El albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa al criterio del Secretario judicial o del Notario”.

La actuación que se pide aquí al Notario, al igual que en el artículo 843, excede de su tradicional competencia orgánica. Ya no estamos en la emisión de juicios dimanantes de los hechos probados y con eficacia *iuris tantum*. Nos encontramos ante una decisión que emana de su propia autoridad. El aprobar o desestimar la renuncia del albacea exige un razonamiento previo que conectará esa pretensión con las circunstancias que concurren en el supuesto, incluso teniendo en cuenta las pruebas que debe admitirse pueda realizar el Notario. Y todo ello sin que exista norma alguna de derecho positivo que regule tal renuncia. Sólo el criterio del mismo Notario. Estamos así ante una función análoga a la del Juez amparado de plena discrecionalidad.

4.3.- El artículo 905.

“Si el testador quisiera ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año. Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el Secretario judicial o el Notario conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso”.

Estamos en este precepto frente a un supuesto idéntico al del artículo 899. El Notario ante una petición (la de prorrogar el plazo) decidirá si la aprueba o la deniega, también discrecionalmente, solo “atendidas las circunstancias del caso”, las que le permitirán practicar las diligencias previas que éstas aconsejen.

4.4.- El artículo 1057.2.

“No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”.

Nos hallamos ante una norma que contiene doble remisión de facultades decisorias al Notario. Disponer el nombramiento de un contador-partidor y además la eventual aprobación de la partición que en su momento realice el así designado. Respecto al nombramiento de un contador-partidor, el hecho de que luego la persona se concrete por el procedimiento del artículo 50 de la Ley del Notariado, no desdibuja el acto decisorio del Notario de que se confiera la partición a un contador-partidor dativo. Y no digamos al atribuir al Notario la aprobación de la partición así realizada. Facultad ésta que resulta preocupante por cuanto ante todo hay que averiguar el alcance de lo que se considere como “la aprobación” del Notario a tal partición.

Tanto en la doctrina como en la práctica forense se ofrecen dos criterios, si bien referidos a la situación anterior a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, es decir a la hasta ahora necesaria “aprobación judicial”. Unos, han entendido que el Juez debía denegar su aprobación cuando exista una indebida valoración de los bienes, lo que conllevaría a que, tanto el Juez antes como el Notario ahora, no sólo podría sino incluso debería cerciorarse de los valores para prestar su aprobación. Frente a esta posición, la mayoría de autores y jurisprudencia de las Audiencias estima que aquella “aprobación” no implica un control sobre la inclusión de bienes y valoraciones (Auto AP de La Coruña de 30 de marzo de 2000), “sólo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de sus funciones (SAP de Pontevedra de 1 de abril de 2014). Todo ello “salvo irregularidades groseras o manifiestas” o “irregularidades esenciales”, frases que se reiteran en esta jurisprudencia de las Audiencias.

Ahora bien, cuanto antecede a nuestro juicio no implica que el Notario, frente a la partición del contador-partidor dativo, deba aprobarla sin más, basando su regularidad formal. El Notario debe penetrar en el fondo de la misma y abrirla a todos los interesados dándoles traslado de la misma para su audiencia en un plazo determinado, tal como venía haciéndose hasta ahora conforme al artículo 787.1 de la LEC para aprobar las operaciones divisorias en el proce-

dimiento judicial para la división de la herencia. Y si de esta manera se ofrece un camino a la actuación notarial, lo cierto es que se le abre al mismo tiempo, no digo un abismo, sino más bien las ineludibles consecuencias que se ocasionan al Notario por la sustitución que con él se hace del Juez; y además en un tema que no es realmente de Jurisdicción Voluntaria sino contenciosa, como siempre fue la aprobación de la partición de un contador-partidor existiendo oposición a la misma. Por ello el Notario debe hallar en el ordenamiento jurídico resortes adecuados frente a una oposición a la partición de la que el Notario haya dado traslado. Y el camino será el mismo judicial de la LEC, bien por analogía, por cuanto no hay otra vía que integre el vacío normativo, como por la remisión del artículo 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria “Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado en la presente Ley”. Y no se olvide que “esta Ley”, la 15/2015 de 2 de julio, es la que modificó y redactó el texto del artículo 1057 del Código civil. Y tampoco se olvide que cuanto para el Notario atribuimos, es lo mismo que tendrá el Secretario judicial para el que la Ley ha configurado *ex equo* con el Notario. Por ello, consideramos que el Notario, ante una oposición a la partición realizada por el contador dativo, practicará las pruebas que crea necesarias, hayan sido propuestas o no por los interesados.

4.5.- El artículo 1020.

“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”.

Se trata de una transcripción del contenido del mismo artículo con dos modificaciones: las facultades y poder del Juez, atribuir las al Notario, quién deberá actuar con arreglo a lo que prescribe el Código civil y la legislación notarial, en lugar de lo que se “prescribe para el juicio de testamentaria en la Ley de enjuiciamiento civil”.

Aquí tampoco estamos ante un acto de Jurisdicción Voluntaria, sino contenciosa. En la LEC de 1881 los juicios universales de abintestato y testamentaria eran contenciosos. No sólo no estaban ubicados en el Libro III de Jurisdicción Voluntaria, sino en el Libro II de la Jurisdicción contenciosa; y su contenido era un acto jurisdiccional propiamente dicho. Y así vemos en la actual LEC, dentro del libro IV de los procesos especiales, el título III se dedica a la división judicial de patrimonios, cuya Sección 3ª contiene las medidas cautelares de la administración de la herencia. En esta Sección unos preceptos se dedican a la “administración” (arts. 797 al 800) y otros a la “custodia”, “conservación de los

bienes de la herencia” (arts. 801 al 803); o sea los dos encargos hechos hoy al Notario y antes al Juez.

Con estos antecedentes, en adelante el Notario querrá saber, ante peticiones hechas a instancia de parte, qué decisiones podrá adoptar para la administración y custodia de los bienes hereditarios. A nuestro juicio el camino a seguir radica en la última expresión del art. 1020. El Notario deberá atenerse “a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial”. Concretamente en el artículo 1026 al considerar que toda la herencia se halla en administración. Luego todos los artículos y preceptos que siguen resaltan la figura del administrador. Ciertamente que todos estos artículos presuponen que la herencia ha sido aceptada, pero ello no obsta para su aplicación analógica a fin de colmar tal laguna con el propio Código civil.

Ahora bien, el problema de mayor calado, que quizá haga inviable la reforma del artículo 1020 del Código civil por la Ley 15/2015 consiste en el nombramiento por el Notario del administrador para la “administración y custodia de los bienes hereditarios”.

Pudiera pensarse que para el nombramiento del administrador se acudiría a “la legislación notarial” que dispone el mismo artículo 1020. Por ello tal nombramiento vendría sugerido por el artículo 50.1 de la Ley del Notariado en “esa lista” de “aquellos profesionales que cada Colegio notarial deberá formar a disposición de los Notarios”.

Sin embargo, con el nombramiento de un administrador no queda resuelta la problemática que debe abordar el Notario respecto de cómo actuar sobre “la administración y custodia de los bienes hereditarios”. El primer tema con el nombramiento de un administrador vendrá determinado por el “profesional” que provenga de la “lista” anunciada en el artículo 50.1 L.N., que presupone habrán sido acreditados sus “conocimientos necesarios” en la materia de administración de herencias. Pero al Notario no le bastarán tales conocimientos, sino que se precisará además solvencia económica suficiente para poder poner a su disposición y custodia los bienes y caudales de la herencia. La solvencia personal de quién aparece en aquella “lista”, nunca le proporcionará al Notario la garantía que para el Juez suponía la exigencia imperativa del art. 797 de la LEC sobre la “caución” del administrador que se nombraba. Indudablemente hay que reconocer al Notario la facultad de imponer “la caución” que estime oportuna, como no se le podría restringir al Juez. Si no hay caución, no puede haber riesgo para el Notario ni nombramiento. Y luego ¿qué? ¿Otras peticiones de la lista? ¿Hasta cuándo? El legislador no acertó. No cabía modificar el sistema simplemente cambiando al Juez por el Notario, prescindiendo del entorno jurí-

dico en que se movía el Juez. El Juez, que era el responsable *in eligendo*, tenía la facultad de decidir él, sin imposición de una aleatoria lista que le viniera impuesta. Obsérvese que tanto en el artículo 1020 de la redacción anterior, como en la nueva, la prevención de la administración viene promovida “a instancia de parte”. En el sistema anterior el Juez, ante una petición así, daría traslado a todas las partes que podrían ofrecer nombramientos concretos, y, de no parecerle al Juez ninguno como adecuado, siempre sería él quién lo propondría, que sería la solución adecuada al final. Y es esta facultad la que le ha sido hurtada al Notario. ¿Cómo resolver la cuestión cuando no se logre un administrador de la “lista” con la fianza exigida por el Notario? ¿Tal vez fuera necesaria una regulación reglamentaria?, ¿o legislativa del Código civil, o de la Ley del Notariado, vía artículo 50?

Reglamentación necesaria, pues hoy ¿quid de la rendición de cuentas del administrador sobre la impugnación de la mismas (arts. 799 a 800 LEC), sobre las “necesarias reparaciones o gastos extraordinarios (art. 801 LEC) y la retribución del administrador (art. 804 LEC); si bien el caso de la necesaria venta se ha resuelto en el artículo 803.2 y 3 de la LEC.

A nuestro juicio, y para terminar, no sería necesaria ninguna modificación legislativa ni reglamentaria si se aplicara como supletoria la Ley de Enjuiciamiento civil conforme nos ofrece el artículo 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. De esta manera entraría en juego el artículo 795-2º de la citada Ley de enjuiciamiento “Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de éstos, o si no tuvieren, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá el tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero.” En definitiva personas relacionadas con la herencia, a diferencia de lo que ocurriría si, sumisos a la Ley, se nombrara un administrador de las listas ofrecidas por los Colegios Notariales del artículo 50.1 de la Ley del Notariado, en las que, además de surgir de un tipo de sorteo, serían extraños a la herencia y a los herederos.

Consideración final.

Descritas las diferentes atribuciones que se han concedido al Notario por la Ley 15/2015, se perfilan dos tipos de ellas:

Unas que resultan enmarcadas dentro del ámbito y perfil de las actuaciones que históricamente se han considerado propias de la función notarial en el ejercicio de la fe pública (art. 1 R.N.), tanto en la constatación de hechos como

en la emisión de juicios y calificaciones jurídicas, de las que hemos ejemplarizado algunos en los apartados 1, 2 y 3 de este trabajo. Sin embargo no ocurre así en las contempladas en el último apartado 4 sobre los actos dispositivos del mismo Notario totalmente extrañas a la función notarial tal como tradicional y legalmente se define; que además dejan en interrogante la básica función asesora del Notario.

En definitiva, ocurre que estas nuevas facultades constituyen atribuciones extrañas a la función notarial y que se encargan al Notario como un plus que en nada afecta a su propia e histórica misión, que en nada queda modificada. De la misma manera que en nada se modificó o disminuyó la función del Juez a restarle aquellas facultades, que tampoco afectan a su esencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y así creemos debe ser contestada la interrogante que se abre en el anunciado de esta comunicación.

Se confirma la falta de incidencia o modificación ocasionada por la nueva Ley trayendo a colación los dos tipos de resoluciones judiciales. Las declarativas y las constitutivas. En las actas de notoriedad hay solo declaración de derechos o situaciones jurídicas; mientras que en las decisiones nuevas que se encargan al Notario las mismas son de naturaleza constitutiva.