

## **LAS FUNCIONES CONSULARES EN MATERIA CIVIL**

Lidia ARNAU RAVENTÓS\*

CONTENIDOS: Introducción. 1. La actuación “en calidad de notario”. 1.1. La fe pública notarial. 1.1.1. Los arts. 11 y 734 del Código civil. 1.1.2. Procedimiento notarial diplomático. 1.2 Actuación notarial y jurisdicción voluntaria. 2. La actuación “en calidad (...) de funcionario del registro civil”.

---

\* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona

## Introducción

Los apuntes que siguen conciernen a la función consular en materia civil. Se pretende, así, identificar las concretas competencias que asumen las Oficinas Consulares en el ámbito de aquel sector del derecho privado que disciplina instituciones cuyo titular es una persona privada<sup>1</sup>. La materia se aborda desde el Derecho español. Preside el marco normativo en el que se incardina aquella competencia la Convención de Viena, de 24 de abril de 1963, *sobre relaciones consulares*<sup>2</sup>, cuyo art. 5 *f* relaciona, entre las funciones consulares, la de “actuar en calidad de notario, en la de funcionario de Registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor”. De entrada, la norma permite apuntar, a propósito de su ensamblaje con la materia civil, que será efectivamente una actuación en el ámbito civil la que se refiera al Registro civil. La actuación notarial, por el contrario, se desarrolla en el ámbito, más amplio, del Derecho privado<sup>4</sup>. En cualquier caso, una y otra, así como otras “similares” o “administrativas” sólo podrán desarrollarse en la medida en que no se opongan

al ordenamiento del Estado receptor. A estos efectos, deberá estarse a los Tratados en vigor de los que, eventualmente, formen parte aquel Estado y el Estado que envía. Un requisito añadido a todo ello, seguramente presupuesto en aquel art. 5 *f*, es que el ordenamiento del Estado emisor determine el alcance o ámbito de las funciones a desempeñar por las oficinas consulares.

### 1. La actuación “en calidad de Notario”.

Según el art. 1 LN, “el Notario es el funcionario autorizado para dar fe conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Según el art. 1 del Anexo III del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado, de 2 de junio de 1944<sup>5</sup>, el ejercicio de la fe pública en el extranjero corresponde a los Cónsules de España de carrera (véase, también, aludiendo a la fe pública notarial, el art. 2, *c* RD 768/2017)<sup>6</sup>. La expresión “en calidad de Notario” (art. 5 CV 1963) avala la distinción entre la actuación como fedatario público y la actuación notarial que excede de ella<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> A propósito del concepto de “función consular”, véase MARTÍ MARTÍ, Xavier, “La actividad consular en el extranjero”, [www.reejo.org](http://www.reejo.org) (fecha de consulta: 10 de mayo de 2018). El autor la identifica con el conjunto de competencias que tiene encomendadas el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) a propósito de los ciudadanos españoles que se encuentran en el exterior (y referenciada en el art.1.1 (2º par), RD 768/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y se modifica el RD 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Para una perspectiva más dogmática, véase BISCOTTINI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Consolare*, Padova:Cedam, 1969.

<sup>2</sup> Acerca del concepto de derecho privado, véase, por todos, BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho civil*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 15. A propósito del alcance de la “materia civil”, véase, del mismo autor, BADOSA COLL, Ferran, “El carácter de Dret comú del Codi civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol.2 (2017), p.21.

<sup>3</sup> Publicado en el BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970 y en vigor desde el 5 de marzo de 1970. En adelante, CV 1963.

<sup>4</sup> En este sentido, véase Capítulo VI (Expedientes en materia mercantil) de la Ley del Notario, de 28 de mayo 1862 (en adelante, LN).

<sup>5</sup> Decreto de 2 de junio de 1944, Reglamento de Organización y régimen del Notariado (en adelante, RN).

<sup>6</sup> Según ese mismo precepto, el ejercicio de la fe pública en el extranjero corresponde también a los Jefes de las Misiones Diplomáticas (véase, a propósito de ello, el art. 3.2 del Convenio de Viena, *sobre relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961, y a cuyo tenor no puede interpretarse ninguna de las disposiciones de la Convención a los efectos de impedir que las misiones diplomáticas puedan desempeñar funciones consulares [en el art. 3.1 sólo figuran las funciones “principales” de las misiones sin que ninguno de sus apartados reproduzca aquello que figura en el art. 5 *f* de la Convención de 1963]. En el ámbito interno, el art. 42.4.b de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del servicio exterior del Estado, atribuye a las Misiones diplomáticas el ejercicio de las funciones consulares allí donde no haya Oficinas Consulares, en el bien entendido que unas y otras forman parte de la Administración General del Estado en el exterior [art. 80 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público]).

<sup>7</sup> Véase art. 1 RN que distingue entre la actuación del notario como profesional del Derecho y su condición de funcionario. Es en el primer sentido que se le encomienda la función de informar y asesorar. Por lo demás, véase también art. 4 Anexo III RN acerca de la facultad de expedir certificados sin “carácter notarial”.

## 1.1. La fe pública notarial

El art. 1 LN casa a la perfección con la teoría (llamémosla “clásica”) de la función notarial y en cuya virtud consiste en “dar fe” de ciertos actos, creando así una prueba preconstituida<sup>8</sup>. De este modo, los hechos o actos percibidos y de los que se deja constancia deben ser creídos como ciertos mientras no resulten impugnados con éxito ( art. 143 *in fine* RN)<sup>9</sup>. Las actas notariales obedecerían directamente a esta finalidad aunque los instrumentos públicos admiten otras variantes. El art. 1 RN, superando aquella proyección clásica de la fe pública notarial, la extiende: “en la esfera de los hechos” a “la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos”; “en la esfera del Derecho” a “la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes”. El art. 143 RN la re proyecta predicándola de los documentos autorizados por el Notario: aquella fe pública equivale a una presunción de veracidad e integridad en cuanto a su contenido.

El art. 1 del Anexo III del Reglamento notarial encomienda la “fe pública en el extranjero” a los Cónsules. La referencia más recurrente es a la de “instrumentos públicos” (arts. 3, 6, 11...)<sup>10 11</sup>. En cualquier caso, aquella “fe pública” se atribuye “con arreglo a lo dispuesto en los artículos 11 y 734 del Código civil y a las estipulaciones de los

Tratados Internacionales”. Territorialmente, el art. 17 CC determina el alcance de la fe pública que, predicada en esta disposición sólo de las “escrituras autorizadas por los Agentes Diplomáticos y consulares de España”, se extiende a “todo el territorio español”<sup>12</sup>.

### 1.1.1. Los arts. 11 y 734 del Código civil

La remisión no coadyuva a determinar el ámbito material de actuación en el que el Cónsul ejercerá la fe pública. Aparentemente sí lo hace al remitirse al art. 734 del Código civil<sup>13</sup>. El art. 11 CC, por su parte, claramente sólo determina la ley aplicable a la forma del acto.

1.1.1.1. El art. 734 CC cobra sentido a la luz del art. 732 CC. Por razón de la forma, éste último declara la validez de aquellos testamentos otorgados por españoles en el extranjero conforme a la ley del país en que se hallen. El primero añade que “también” podrán otorgar “testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento”<sup>14</sup>. El ámbito material de actuación consular converge con la actuación notarial prevista en los arts. 694 y ss y 706 ss CC<sup>15</sup>. No se tratará sólo de dar forma u observar determinadas “formalidades” a efectos de dotar

<sup>8</sup> Véase, sobre el particular, GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Derecho Notarial*, Barcelona: Bosch, editor, 2011, p. 28. El autor matiza: por una parte, que la fe pública no la dispensa el propio Notario sino que es el ordenamiento el que atribuye dicha fe al documento que autoriza; por otra parte, que más allá de la fe pública asociada a las actas expedidas por el Notario, su actividad se caracteriza también (y, en especial, cuando se trata de escrituras públicas) por el especial valor y eficacia que el ordenamiento atribuye al instrumento público (p. 28). Es en este sentido que el art. 17 LN relaciona los distintos instrumentos públicos notariales; entre otros, las actas y escrituras. La primeras “tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción de que los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones” (art. 17.1 pár. 8º; art. 144, 4º pár. RN). Las escrituras, por el contrario, se reservan a la formalización de declaraciones de voluntad (art. 17.1 pár. 2º; art. 144, 2º pár. RN).

<sup>9</sup> Véase DIEZ GÓMEZ, Aurelio, “El ejercicio de la fe pública por diplomáticos”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 141-142, 1998, p. 52.

<sup>10</sup> Véase DIEZ GÓMEZ, Aurelio, *ob. cit.*, p. 79. El autor

destaca la infrecuencia de la actuación consular consistente en la expedición de actas, en especial si implica desplazarse desde la oficina consular hasta algún punto del territorio del Estado receptor.

<sup>11</sup> Los arts. 5 y 18 aluden, a distintos efectos, a “escrituras”.

<sup>12</sup> Acerca de una presentación general de la cuestión relativa a la protección jurídica (fuerza probatoria, traditoria...) de los instrumentos públicos otorgados por el Cónsul para surtir efectos en el país receptor, distinguiendo en función de si se expiden a petición de nacionales del país de origen o del país receptor, véase DIEZ GÓMEZ, Aurelio, *ob. cit.*, p. 68 y ss.

<sup>13</sup> En adelante, CCE.

<sup>14</sup> El art 732 *in fine* CCE permite otorgar testamento ológrafo “con arreglo al art. 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento”.

<sup>15</sup> Véase MARTINEZ ESPÍN, Pascual, Comentario al art. 734, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, Cizur Menor: Aranzadi, 2001, p. 885. Según el autor, el testamento abierto alcanza al testamento otorgado en peligro de muerte. La intervención de los agentes diplomáticos y consulares sería precisa, sin embargo, a efectos de eficacia (art. 704 CC).

de validez formal al negocio (“Será nulo el testamento...”; art. 687 CC). Así, sin más, la “constancia” de la capacidad del testador (art. 696 CC), presupone que el autorizante, previa determinación de la ley aplicable a la capacidad para testar, ha valorado y resuelto acerca de su concurrencia en la persona del testador (art. 167 RN). A propósito de aquellas formalidades, el art. 734, 2º párr. CC se remite a “todas” las establecidas en la Secciones Quinta y Sexta del Capítulo I (De los testamentos) del Título III (De las sucesiones) del CC. La remisión merece tres comentarios: por una parte, que es el propio ordenamiento el que ordena una eventual concurrencia de normas en materia de forma (así, legislación civil y, llamémosla, “legislación notarial”), evitando el conflicto al declarar la preferencia de la norma civil (art. 143 RN<sup>16</sup>). La segunda observación, atendida la literalidad del art. 734, 2º párr. CC (que se refiere a “todas” las formalidades), sería si la competencia consular se limita al acto de otorgamiento (art. 734 CC: “... los españoles... podrán otorgar...”) o, también, a otras actuaciones posteriores comprendidas en aquellas formalidades (así, por ejemplo, la apertura y protocolización del testamento cerrado [art. 714 CC]). La interpretación sistemática de la norma aboga, en este caso, por una lectura restrictiva (así, por excluir la competencia para abrir el testamento [véase art. 736 CC y, prácticamente reproduciéndolo, art. 20 Anexo III RN])<sup>17</sup>. El último comentario enlaza con la finalidad del art. 734 CC: así, que el español que se encuentra en el extranjero pueda testar acogiéndose a alguna de las formas previstas en su ordenamiento nacional (en este caso, otorgando testamento abierto o cerrado) Y, ello, más allá de poderlo hacer de acuerdo con la ley extranjera (art. 732 CC). La previsión casa con lo previsto en el art. 11.3 CC. Pero la coincidencia entre ambas disposiciones no es absoluta: primero, porque el ámbito del art. 11.3 CC es mucho más amplio, alcanzando a cualquier acto jurídico; segundo, porque el art. 11.3 CC no

explicita quien puede instar el acto de cuya autorización se trata (así, en el art. 734 CC son “los españoles”) ni, tratándose de testamentos, precisa la modalidad del acto autorizable; tercero, porque el art. 734 CC es un precepto integrante del ordenamiento jurídico estatal. Sin duda, el art. 11.3 CC también, pero su aplicación puede determinar, en su supuesto de conflicto interno de normas (art. 16 CC), la aplicación del derecho propio de alguno de los territorios con competencia legislativa en materia civil (art. 149.8 Constitución española). En estas circunstancias, y para el caso de español con vecindad civil no común que se encuentre en el extranjero, la determinación de la ley “española” aplicable a la forma del testamento (art. 11.3 CC) exigirá atender a la ley determinada por la vecindad civil del testador, ya sea porque se tratará, también, de la ley que regirá el “contenido” del acto (arts. 11.1 y 9.8 CC), ya sea por tratarse “la ley personal del disponente” (arts. 11.1 y 16.1,1º CC). Sea como fuere, el agente diplomático o consular aplicará ley “española” que será, en cualquier caso, o bien la estatal reguladora de las formas y solemnidades del testamento abierto o cerrado o bien, con idéntico objetivo, la ley autonómica correspondiente.

Se ha dicho que la remisión al art. 734 CC coadyuva, sólo aparentemente, a perfilar el ámbito material de actuación de los Cónsules. La razón sería que la competencia para autorizar testamentos abiertos y cerrados ya la atribuye el CC. La remisión a este texto por una norma jerárquicamente inferior (así, el art. 1 Anexo III

<sup>16</sup> Esta preferencia puede, después, deslucirla la propia regulación civil remitiéndose a la notarial (véase, por ejemplo, art. 714 CC).

<sup>17</sup> La terminología también varía en función del Convenio consular de que se trate (así, por ejemplo, se refiere a “autorizar y protocolizar testamentos de los nacionales del Estado mandante” el art. 28 del Convenio consular entre

España y el Reino Unido de la Gran Bretaña (véase, Instrumento de Ratificación, BOE 27/4/1963)); a “extender, autorizar y recibir en depósito los testamentos de los súbditos del Estado que envía” el art. 11.1.b del Convenio consular entre España y la República Popular de Hungría de 24 de febrero de 1982 (Instrumento de ratificación, BOE 3/8/1984).

RN) resulta innecesaria<sup>18 19</sup>.

1.1.1.2. De igual modo y por la misma razón, poco aporta la remisión al art. 11 CC. Hay, además, un segundo motivo. El art. 11 CC presupone (luego, no atribuye, ni reconoce) la competencia para autorizar determinados actos, siendo así que su finalidad es, sólo, la de determinar la ley aplicable a su forma<sup>20</sup>. Obedecería al principio “*auctor regit actum*”, según el cual el fedatario debe estar, en aquella formalización, a la ley de la que deriva su competencia para actuar. De este modo, ni podría autorizarse el instrumento siguiendo la forma o formalidades de la ley del país receptor (art. 11.1 CC) ni, siendo el solicitante no español<sup>21</sup>, aplicar la ley correspondiente a su nacionalidad (art. 11.1

CC).

### 1.1.2. Procedimiento notarial diplomático

Buena parte de los preceptos que integran el Anexo III son de naturaleza procedimental<sup>22 23</sup>. También los arts. 725, 735 y 736 CC, a propósito, del testamento marítimo y del testamento cerrado.

### 1.2. Actuación notarial y jurisdicción voluntaria

En algunas ocasiones la actuación de los particulares resulta insuficiente a fin de alcanzar los objetivos perseguidos. Se requiere, además, de algún tipo de actuación o intervención por parte

<sup>18</sup> Véase, acerca de la falta de competencia, según el Derecho español, de los cónsules españoles para tramitar, mediante acte de notoriedad, la declaración de herederos abintestato, RENTERÍA AROCENA, Alfonso, “Las sucesiones *mortis-causa* transfronterizas en el derecho español: los convenios Internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015”, p. 18 (en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) [fecha de la consulta: 3 de mayo de 2018]). Nótese que se trata de una competencia notarial (véase, art. 55 LN según redacción dada por la DF11ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria [en adelante, LJV]).

<sup>19</sup> Aún en sede sucesoria, interesa realizar un apunte a propósito del Reglamento 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación del certificado sucesorio europeo. Según la Disposición Final 26ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) (de acuerdo con la modificación operada por la Disposición final 2ª de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil) las autoridades competentes para expedir el certificado sucesorio europeo serán, en España, sólo los tribunales y los notarios (véase arts. 64 y 3.2 Reglamento 650/2012). Nótese que el certificado sucesorio europea será un documento público a los efectos del art. 17 LN (véase, por todos, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Aspectos prácticos de la función notarial en el Reglamento sucesorio europeo, en GINEBRA MOLINS, Mª Esperança; TARABAL BOSCH, Jaume (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 327-440). Véase, también, abogando por la no incidencia del Reglamento 650/2012 en la competencia internacional de los Cónsules, RENTERÍA AROCENA, Alfonso, ob. cit., p. 25. Siendo cierto lo anterior, la influencia del Reglamento 650/2012 podría aflorar a propósito del art. 11.3 CC: así, cuando tratándose de un español con vecindad civil no común, la determinación de la ley aplicable al “contenido”

del acto (art. 11.1 CC) obliga a estar a los arts. 24 y 25 Reglamento 650/2012. En la medida en que la ley que debería regir en aquel momento la sucesión fuera la ley española (por tratarse de un español con residencia habitual en España, o por tratarse de un español con residencia habitual en el extranjero pero que hubiere optado por la ley española como reguladora de su sucesión [arts. 20 a 21]), la aplicación de las normas de conflicto interno abocarían igualmente a la aplicación de la ley personal del testador (art. 36.1 Reglamento 650/2012; art. 9.8 CC; 16.1.1º CC; véase, apostando directamente por la validez de una *professio iuris* a favor de la ley correspondiente a la vecindad civil GINEBRA MOLINS, Mª Esperança, Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos, en GINEBRA MOLINS, Mª Esperança; TARABAL BOSCH, Jaume (dirs.), *El Reglamento...*, cit, p. 251 y 252).

<sup>20</sup> Al margen, además, de la cuestión relativa a si la validez del acto requiere o no del cumplimiento de esa forma (véase, en este sentido, REQUEJO ISIDRO, Marta, Comentario al art. 11, en DOMINGUEZ LUELMO, Andrés (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 95.

<sup>21</sup> Así, porque precisan de un documento que debe surtir efectos en España (véanse arts. 15 y 17 Anexo III RN).

<sup>22</sup> Se refieren, por ejemplo, a la llevanza del protocolo (arts. 6 a 12, art. 27); requisitos específicos en la autorización de instrumentos públicos (arts. 3, 12 y 13); remisión de documentos (arts. 18 a 20)...

<sup>23</sup> Algunos de ellos no han sido adaptados a las reformas del propio RN. Baste estar, por ejemplo, al art. 15 Anexo III RN. La remisión al art. 168 RN debería serlo, no a su apartado 5º, sino al 4º. El precepto fue modificado por el art. 4 RD 1209/1984. Se añadió, además, una disposición en cuya virtud el Notario, en el caso previsto en el art. 10.8 CC (relativo a los contratos onerosos celebrados por persona incapaz según su ley nacional) estará a la ley española a los efectos de determinar la capacidad de aquel otorgante. La regla tampoco ha sido incorporada al art. 15 Anexo III RN.

de alguna autoridad o funcionario público que autorice, apruebe o formalice el acto o intervenga en él de algún otro modo. Los supuestos anteriores encajarían en una caracterización probablemente demasiado amplia de los llamados actos de jurisdicción voluntaria<sup>24 25</sup>. Pero se trata de una caracterización que, aunque quizás excesivamente genérica, sirve aquí a los efectos de aludir a intervenciones que, siendo imprescindibles o no voluntarias, se contemplan legalmente a efectos de que el interesado pueda provocar, mediante sus actos, un determinado efecto jurídico. En particular, interesa aludir a tres expedientes que, en palabras de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, “se desjudicializan” o, de otro modo, se encomiendan, *ex novo* o ahora ya de forma exclusiva, a otros órganos públicos distintos de los tribunales de justicia<sup>26</sup>.

1.2.1. Según el art. 1011 CC, la declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante notario (DF1<sup>a</sup>, ap. 81<sup>o</sup> Ley 15/2015). Se trata de una actuación que antes de la reforma

podía realizarse, además, “por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato”. Se trata, ahora, de una competencia exclusiva del notario. La reforma no altera, formalmente, el art. 1012 CC que permite al heredero español que se halle en país extranjero realizar la “declaración” prevista en el art. 1011 CC ante el agente diplomático o consular habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento<sup>27 28</sup>. Materialmente, sin embargo, el referente de la “declaración” se ha modificado. Siendo antes de la reforma “la aceptación de la herencia a beneficio de inventario...”, ahora es “la declaración de hacer uso del beneficio de inventario...”. Estrictamente, esto último no descartaría una previa aceptación, siendo así que esta declaración y la de hacer uso del beneficio de inventario podrían no ser simultáneas (véase, art. 1015 *in fine* CC)<sup>29</sup>. En cualquier caso, el precepto excluiría el beneficio en caso de realización del inventario sin declaración previa, simultánea o posterior. En cuanto a la forma de esta declaración, deberá

<sup>24</sup> Aunque, estrictamente, no se trataría ni de actos jurisdiccionales, ni menos aún de actos voluntarios (lo destaca muy acertadamente CABALLO ANGELATS, Lluís, Significat i abast de l'impacte de la Llei de Jurisdicció voluntària en el Dret català: qüestions generals, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de Jurisdicció voluntària*, Girona: Documenta Universitaria, 2017, p. 438.

<sup>25</sup> Esta configuración abocaría, por ejemplo, a calificar como expediente de jurisdicción voluntaria al incoado a efectos de formalizar algún negocio de los llamados “solemnes” o para cuya validez se requiera de una forma pública.

<sup>26</sup> En este particular, interesa reproducir el pár. IV Preámbulo Ley 15/2015, a cuyo tenor: “Al operar como cauce de actuación y de efectividad de determinados derechos regulados en el Código civil, en el Código de Comercio y en la legislación especial de Derecho privado, no es difícil deducir el carácter adjetivo o auxiliar de la jurisdicción voluntaria, si bien con diferencias sustanciales con respecto a la jurisdicción, en sentido propio.

La jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifique (...).

La virtualidad de tales efectos requiere la actuación del Juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan. Circunstancia que los hace especialmente aptos para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos.

No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley”.

<sup>27</sup> La mención al “lugar del otorgamiento” no parece muy acertada. Otorgamiento ¿de qué?, ¿de la declaración? La referencia (que también aparece, correcta, en el art. 734 CC a propósito del “otorgamiento” de un testamento) debería serlo al país en el que se halle el llamado a aceptar o repudiar.

<sup>28</sup> Lógicamente, ante tales funcionarios se podrá, también, simplemente aceptar la herencia o repudiarla (art. 1008 CC). Es más, es posible también que sea este funcionario quien formalice alguno de los negocios que implican, para el llamado, aceptación tácita de la herencia (art. 1000 CC).

<sup>29</sup> Véase, en este sentido, COSTAS RODAL, Lucía, Comentario al art. 1011, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones al Código civil de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2016, p. 940.

estarse al art. 11.3 CC, esto es, a la ley española<sup>30</sup>

1.2.2. En materia matrimonial, el Notario es competente para tramitar el expediente previo a la celebración del matrimonio y, en determinadas circunstancias, para autorizar escritura pública de separación o divorcio. Esto último rige tanto para la separación como para el divorcio de mutuo acuerdo siempre que el matrimonio no tenga hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores (arts. 81, par.1º, 82.1 y 87.1 CC, según redacción dada por la DF 1ª, aparts. 17º, 18º y 21º Ley 15/2015). Se trata de una competencia compartida con el Letrado de la Administración de Justicia. En este caso, la “desjudicialización” implicar separar a los Jueces del conocimiento de estos expedientes. En este particular, los arts. 82.1 *in fine* y 87 *in fine* CC expresamente excluyen de las funciones de los agentes diplomáticos y consulares la de autorizar escrituras públicas de separación y divorcio<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Y, en su caso, la ley correspondiente a la sucesión, que es la que determinará los efectos o “contenido” del acto. Se tratará de la ley personal del causante (arts. 11.1, 9.8 y 16 CC).

<sup>31</sup> La declaración no producirá efectos si no va acompañada, precedida o seguida de un inventario realizado conforme establecen los arts. 1013 y ss CC. El régimen debe integrarse con los arts. 67 y 68 LN. Determinan, entre otros aspectos, el Notario competente. Lo es el correspondiente al lugar del último domicilio o residencia habitual del causante, o el que pueda actuar en el lugar donde se encuentren la mayor parte de sus bienes o donde se produjo del fallecimiento. Regirán tales criterios de atribución siempre que el lugar indicado se hallare en territorio español. En otro caso, será competente el Notario del domicilio del llamado. La cuestión que se suscita es si los Agentes diplomáticos y consulares a los que se refiere el art. 1012 CC son competentes, también, en materia de formación de inventario (acaso, con la posibilidad de prórroga del plazo para confeccionarlo que permite el art. 1017 CC). Desde una perspectiva funcional, podría parecer, de entrada, que facilitar la declaración ante aquellos funcionarios no supone un gran avance para el español en el extranjero si no se le permite instar también, ante ellos, la formación de inventario.

<sup>32</sup> Se limita a constatar que, en cambio, sí tienen competencia para autorizar matrimonios DIAZ MARTINEZ, Ana, Comentario al art. 87, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones...*, p. 234. En este particular, se cree que no está de más constatar que, más allá del control de legalidad que compete a todo notario en el ejercicio y desempeño de sus

La DF1ª de la Ley 15/2015 modifica también el art. 51 CC a los efectos de reconocer la competencia para tramitar el expediente previo a la celebración del matrimonio “al Secretario judicial, notario o Encargado del registro civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro civil si residiesen en el extranjero”<sup>33</sup>. La vigencia de esta disposición (y concordantes [art. 57 CC, art. 51 LN y 58 LRC]) queda pospuesta hasta la íntegra entrada en vigor de la LRC (DT 4ª LJV). Hoy por hoy, la *vacatio legis* de la LRC finalizará el 30 de junio de 2018 (DF 10ª LRC)<sup>34</sup>, salvo nueva prórroga<sup>35</sup>.

## 2. La actuación “*en calidad...de funcionario del Registro civil*”.

Más allá del CV 1963 y de los convenios bilaterales vigentes<sup>36</sup>, son el art. 326 CC y la LRC los que determinan el alcance de las competencias consulares en materia de Registro civil. El primero, que en alusión a los hechos

funciones (“conforme a las leyes”, art. 1 LN), el art.90.2, pár. 3º CC atribuye al notario un control de lesividad del contenido del convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio. De este modo, si considera que “a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente”.

<sup>33</sup> La finalidad del expediente o, en este caso, del acta previos es “constatar (...) el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio”. Véase, a propósito de su tramitación, los arts. 51 LN y 58 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil (en adelante, LRC). Véase art. 57 CC, relativo a ante quién podrá celebrarse el matrimonio en función de quien haya sido la autoridad que haya tramitado el acta o expediente previos.

<sup>34</sup> Según redacción dada por el Artículo único (apart. 4º) de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>35</sup> En este expediente matrimonial previo deberá valorarse, en su caso, la validez y vigencia del poder especial otorgado para contraer matrimonio (art. 55 CC).

<sup>36</sup> Sólo a título de ejemplo, véase, acerca de la competencia consular en el ámbito registral, el art. 29 del Convenio consular entre España y el Reino Unido; art. 9 del Convenio consular entre España y la República Popular de Hungría; arts. 7 y 13 del Convenio europeo sobre las funciones consulares, hecho en París, el 11 de diciembre de 1967 (Véase Instrumento de ratificación en BOE, de 8 de abril de 2011).

inscribibles y a las autoridades competentes ya se refiere a “los Agentes consulares o diplomáticos en el extranjero”, debe entenderse referido a lo que sobre estas materias establezca la ley especial o LRC.

2.1. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil implementa una reestructuración de este registro público, dejando atrás la Ley de 8 de junio de 1957<sup>37</sup>. Se abandona el tradicional sistema de división del Registro en Secciones (nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales), para optar por un Registro único y electrónico (art. 3.1 y 2 LRC). El art. 5 establece, además, un sistema de Registro individual, que se abrirá con la inscripción de nacimiento y en el que constarán las demás circunstancias inscribibles. El art. 9 extiende la inscripción a los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español. A propósito de tales inscripciones, se solicitarán y, en su caso, se practicarán en la Oficina consular correspondiente o, si se prefiere, en cualquiera de las Oficinas Generales (art. 10.1 LRC). A propósito de las Oficinas Consulares<sup>38</sup>, el art. 24 LRC relaciona sus funciones, a saber:

-1º “Inscribir los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, así como los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción”<sup>39</sup>.

-2º “Expedir certificaciones de los asientos registrales”<sup>40</sup>.

-3º “Recibir y documentar declaraciones

de conocimiento y de voluntad en materias propias de su competencia”<sup>41</sup>.

-4º “Instruir el expediente previo de matrimonio, así como expedir los certificados de capacidad necesarios para su celebración en el extranjero”<sup>42</sup>.

-5º “Comunicar a la Dirección General de los Registros y del Notariado la legislación extranjera vigente en materia vinculada al estado civil de las personas”<sup>43 44</sup>.

2.2. Antes de la reforma del CC por la LJV, el art. 51.3º de aquel texto reconocía la competencia del funcionario diplomático o consular encargado del Registro civil para autorizar el matrimonio de españoles residentes en el extranjero. Tras la reforma, aquella competencia se recoge ahora en el art. 52, 1º CC<sup>45</sup>. La actuación de dicho funcionario se contempla también en el art. 53 CC, a efectos de señalar que la validez del vínculo no quedará afectada por la incompetencia de aquél si al menos uno de los cónyuges hubiere procedido de buena fe y el autorizante viniera ejerciendo sus funciones públicamente.

<sup>37</sup> Sin embargo, y según se ha dicho, con una entrada en vigor prevista para finales de junio de 2018.

<sup>38</sup> Que junto a la Oficina Central del Registro civil y las Oficinas Generales conforman el RC (art. 20 LRC).

<sup>39</sup> A propósito de lo inscribible, véase art. 4 LRC. Acerca de las condiciones que debe reunir el documento extranjero a fin de resultar título suficiente para practicar la inscripción, véanse arts. 27, 28, 40.3 (5º), 97 y 98 LRC.

<sup>40</sup> Véanse arts. 10.2, 81 y 82 LRC.

<sup>41</sup> Véase, acerca de tales declaraciones, art. 99 LRC.

<sup>42</sup> Véase *supra* apartado 1.2 II. A propósito de la expedición del certificado de capacidad matrimonial, véase art. 58 bis LRC. Resultará competente el funcionario diplomático o consular del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, previo expediente que contenga el juicio del

autorizante acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes.

<sup>43</sup> Véase, acerca de la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, art. 100 LRC.

<sup>44</sup> Concurren otras particularidades. Véase, a propósito del plazo para practicar las inscripciones referentes a nacionalidad y matrimonio, art. 33 LRC (que ordena que se realicen “en el plazo más breve posible”). Por lo demás, la DT7ª condiciona la implementación del nuevo modelo de RC en el ámbito de las Oficinas Consulares “a los medios y sistemas informáticos, los canales electrónicos y las condiciones de funcionamiento disponibles”.

<sup>45</sup> Acerca del matrimonio autorizado por funcionario diplomático o consular sin tramitación previa de acta o expediente, véase art. 65 CC.