

LA OFICINA
NOTARIAL

Incluye



Papel Digital

El testamento y la herencia

2.^a Edición

Juan Carlos Martínez Ortega
Rafael Rodríguez Domínguez

IV

LA OFICINA
NOTARIAL

El testamento y la herencia

2.^a Edición

Juan Carlos Martínez Ortega
Rafael Rodríguez Domínguez

IV

© Juan Carlos Martínez Ortega y Rafael Rodríguez Domínguez, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.laley.es>

Segunda edición: Octubre 2023

Primera edición: Mayo 2013

Depósito Legal: M-31235-2023

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-9090-726-9

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-727-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© LA LEY Soluciones Legales, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY Soluciones Legales, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Leo este testamento en voz alta por su renuncia al derecho que le informo tiene para hacerlo por sí, lo aprueba y firma.

Y yo, el Notario, DOY FE de identificar al testador por su Documento Nacional de Identidad reseñado, de haberse observado la unidad de acto y demás disposiciones legales preceptuadas por el Código Civil y de todo lo demás consignado en este instrumento público extendido en folios de papel del timbre del estado exclusivo para documentos notariales, serie , números

Formulario 8. Apartado de protección de datos en testamento

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, el testador queda informado y acepta la incorporación de sus datos personales a los ficheros automatizados existentes en esta Notaría; datos que se conservarán en esta, con carácter confidencial, al estar amparados por el secreto del protocolo, sin perjuicio de las remisiones de obligado cumplimiento impuestas por la normativa vigente.

Formulario 9. Intervención de intérprete en testamento de extranjero

Dado que el testador de nacionalidad desconoce el idioma español, el también aquí compareciente DON, designado por el testador, quien conoce este idioma, lee en voz alta en idioma el presente testamento al otorgante que da su conformidad, lo aprueba y firman ambos conmigo el notario, previa lectura que he realizado de esta escritura, de cuyos términos quedan enterados, y prestan su conformidad, la aprueban y firman, y a quienes identifico yo el notario, por sus documentos reseñados, y yo el Notario, doy fe de que el consentimiento al contenido íntegro de esta escritura ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes.

Formulario 10. Testamento en idioma de otra comunidad foral que no conoce el notario

COMPARECEN:

DON *consignar datos personales*

Y DON *consignar datos personales*

Intervienen en su propio nombre y derecho; el último en su calidad de intérprete elegido por el testador, que se halla en el uso completo de sus facultades mentales y sentidos, y según mi propio juicio tiene la capacidad legal necesaria para otorgar este su testamento abierto, que por su expreso deseo realiza de la siguiente forma,

CLÁUSULAS Y DECLARACIONES:

..... DOBLE COLUMNA

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, el testador queda informado y acepta la incorporación de sus datos personales a los ficheros automatizados existentes en esta Notaría; datos que se conservarán en ella, con carácter

confidencial, al estar amparados por el secreto del protocolo, sin perjuicio de las remisiones de obligado cumplimiento impuestas por la normativa vigente.

Así lo dicen y otorgan a mi presencia, el testador e intérprete.

Leo este testamento en voz alta en idioma español al intérprete compareciente, que a su vez lo hace en voz alta al testador en su versión Renuncia el testador una vez advertido por el intérprete a su derecho leerlo personalmente, por afirmar estar conforme a su voluntad, según afirma el intérprete, firmando ambos conmigo.

Por su renuncia al derecho que le entero tiene para hacerlo por sí, lo aprueba y firma.

Y yo, el Notario, DOY FE de identificar al testador e intérprete por su Documento Nacional de Identidad reseñado, de haberse observado la unidad de acto y demás disposiciones legales preceptuadas por el Código Civil y de todo lo demás consignado en este instrumento público extendido en dos folios de papel del timbre del estado exclusivo para documentos notariales, serie , números

5.3. El testamento de las personas con discapacidad

En España hay más de 4,3 millones de hombres y mujeres con algún tipo de discapacidad. Así lo revelan las cifras del Instituto Nacional de Estadística (INE), en la encuesta «Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia», con datos correspondientes al año 2020 y publicados en el 2022.

5.3.1. La capacidad jurídica para otorgar testamento

El Código civil español establece una presunción *iuris tantum* con relación a la capacidad para otorgar testamento, indicando que «*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*», partiendo del principio *pro capacitate* por lo que si no está diagnosticada la incapacidad del sujeto el testamento debe considerarse plenamente válido⁵¹.

En paralelo a la normativa española, la mayoría de los ordenamientos jurídicos internacionales tienen una generosa regulación que invita a testar, con salvedades tasadas, favoreciendo la manifestación del *favor testamenti*, que enaltece la sucesión testamentaria, frente a la sucesión legal o intestada⁵²; supone «un tránsito del favor *capacitatis* o presun-

51. MESA MARRERO, C., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M.J., (Dir/Dir)). Thomson Reuters. Civitas. Navarra, 2022. Pág. 503.

52. El *favor testamenti* implica que si surgen dudas sobre la sucesión y las disposiciones de última voluntad siempre deben resolverse a favor de la conservación del testamento del causante. Esta es la posición de VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones*. I. Fundamentos. Editorial Civitas. Madrid, 1982. Pág. 73. Para este notario «El *favor testamenti*, como muestra el genitivo de la expresión, se refiere al mantenimiento de la validez del testamento».

ción de capacidad de toda persona. Luego se presume la capacidad de testar y su incapacidad deber ser probada de modo evidente, razonado y completo y, en caso de duda, el testamento se considera válido»⁵³.

Siguiendo el patrón de la Convención de Nueva York hay que distinguir entre discapacidad e incapacidad⁵⁴, recordando que desde el año 2009, el TS venía modulando sus resoluciones en el sentido de que «*al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión*»⁵⁵. Por otro lado, «el padecimiento de una enfermedad, incluso grave, no constituye una circunstancia que determine la ausencia de cabal juicio para testar, salvo que la patología sufrida afecte intensamente las facultades intelectuales y volitivas que se requieren para otorgar testamento»⁵⁶.

En este aspecto, a partir de la citada Ley 8/2021, desaparece la histórica expresión «capacidad de obrar» que se antepone a la «capacidad jurídica». Como consecuencia de ello, podemos afirmar: «La capacidad jurídica, pues, no significa posibilidad de actuar, sino sencillamente la posibilidad, abstracta y teórica, de encontrarse en situaciones originadoras de derechos y obligaciones que pueden darse a lo largo de la vida de un sujeto y tiene un valor fundamentalmente ético o socio-político: colocar a todas las personas (y ahora habría que limitar la exposición a las personas físicas) en un punto de partida presidido por la idea de igualdad (ser potencialmente sujeto de todos los derechos identificados por el ordenamiento jurídico), rechazando discriminaciones»⁵⁷.

Es perfectamente comprensible que tras el fallecimiento de una persona no sea fácil conocer sus motivaciones y pensamientos sobre los aspectos hereditarios, salvo acudiendo al testamento libremente suscrito por el testador, que exterioriza públicamente su voluntad a través del vehículo establecido por el ordenamiento jurídico. Para tumbar o invalidar un testamento notarial mediante la invocación de vicios o defectos en la conformación de la voluntad, los supuestos perjudicados, deberá acreditar la existencia de hechos impeditivos graves que, en la mayoría de los casos, no prosperarán si el testamento cumple todos los requisitos legales de capacidad⁵⁸.

53. SERRANO YUSTE, J., *El notario ante las capacidades de las personas físicas*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Castellón de la Plana. Noviembre, 2020. Pág. 371.

54. El art. 12. 2. CNY determina que «*Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*».

55. Cfr. STS de 29 de abril de 2009.

56. MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Wolters Kluwer. Barcelona, 2017. Pág. 29.

57. LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Vigésimosexta Edición. Marcial Pons. Madrid, 2021. Pág. 148.

58. Corroborar este hecho la STS de 18 de marzo de 1988: «*la manifestación del notario o autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial, adquiere especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud, que sólo puede destruirse mediante prueba en contrario ...*».

El vigente art. 663 CC establece que «no pueden testar»⁵⁹ los menores de catorce años⁶⁰, atribuyéndose a partir de dicha edad a cualquier persona la posibilidad de testar, al insertarse dicho acto entre los contratos permitidos por las leyes que avalan una capacidad natural⁶¹. Por otra parte, para otorgar testamento ológrafo se precisa ser mayor de edad, es decir, tener cumplidos los dieciocho años⁶².

Asimismo, no puede testar según el punto 2º de dicho cuerpo legal «la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». La Ley 8/2021, de 2 de junio, que ha modificado sustancialmente el art. 665 CC⁶³ que exigía para estos supuestos (omisión en la resolución judicial de la capacidad para testar del declarado incapaz) la concurrencia de dos facultativos, aunque los Tribunales de justicia iban moderando su criterio respecto de las causas de incapacitación en aplicación de los principios de la Convención de Nueva York⁶⁴. Refiere dicho precepto del CC en su nueva redacción: «La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándose en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

Ahora, solo se exige que el testador comprenda y manifieste cómo desea ordenar su sucesión vía testamento notarial⁶⁵. Es por tanto, el notario, el que permitirá al testador con discapacidad expresarse libremente, con el fin de que adopte sus propias decisiones, facilitando los ajustes que puedan favorecer tal expresión de su voluntad, deseos y preferencias, «imponiendo al notario que las limitaciones físicas o intelectuales no impidan a la persona otorgar testamento, pero eso sí controlando que las ayudas o medios de los

59. Esta expresión del art. 663 CC tras su nueva redacción por la Ley 8/2021, sustituyó a la frase «Están incapacitados para testar».

60. Tras la reforma se ha suprimido del primer número del art. 663 CC la expresión «de uno y otro sexo», extremo que nada aporta en la actualidad.

61. Cfr. Art. 1263 CC.

62. Art. 688 CC.

63. «De esta nueva redacción del Código Civil se desprende que existe una prohibición para que a través de una sentencia judicial se impida a una persona que pueda otorgar testamento, ya que habrá que valorar si en el momento de realizar el acto testamentario, el testador puede o no conformar su voluntad, aunque para ello fuera necesario los medios o las medidas de apoyo establecidas». BESCANSA MIRANDA., R. *Protección jurídica de la persona*. Aferre Editor, S.L. Barcelona, 2021. Pág. 270.

64. Cfr. SAP de Cáceres (Sección 1ª) de fecha 15 de marzo de 2019, que interpreta de forma restrictiva las causas de incapacitación y por destacar que «la incapacitación no es una sanción judicial por una conducta anómala o antisocial sino un instrumento de protección del presunto incapaz».

65. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad». En: *Revista Jurídica del Notariado*. Núm. 113. Jul-dic. 2021. Pág. 69. Disentimos de la interpretación negativa de este insigne jurista cuando afirma: «Prescindir de ellos (los facultativos) supone endosar a los notarios una responsabilidad que no debería recaer únicamente sobre ellos para su propia tranquilidad».



Papel

Digital

Acceso online a Biblioteca Digital smarteca:
consulte página inicial de esta obra

Desde siempre el Derecho sucesorio ha sido una materia muy ligada al notario, pues al mismo, se han delegado muchas facultades de asesoramiento, indagación, preparación y otorgamiento de gran cantidad de instrumentos públicos relacionados con la herencia.

Dentro de la esfera jurídica, el derecho de sucesiones ocupa un lugar destacado por su incidencia y complejidad, a la vista de las múltiples variables que pueden suscitarse al confluir derecho común, autonómico y europeo.

En esta nueva edición hemos tratado de ahondar en muchos aspectos prácticos relativos a los testamentos y la herencia, con abundantes formularios y consejos fiscales y notariales útiles. Además, se han tenido en cuenta las recientes leyes 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria y 8/2021, de Apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

ISBN: 978-84-9090-726-9



3652451588



ER-0280/2005



GA-2005/0100