Revista Jurídica del Notariado

ENE-JUN 22

FUNDACIÓN NOTARIADO

Nº 114

RJN

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENE-JUN 22

FUNDACIÓN NOTARIADO

114

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Suscripción y distribución:

FUNDACIÓN NOTARIADO
C/ Silvano, 55 - 28043 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
https://www.efl.es/catalogo/manuales-juridicos/revista-juridica-del-notariado

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresada por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

Ilustración de cubierta: "*Sede del Consejo General del Notariado*" de Jorge Gallego (www.jorgegallego.es)

© FUNDACIÓN NOTARIADO
Calle Silvano, 55 - 28043 Madrid
Correo de contacto: publicaciones@fundacionnotariado.org

Edita: FUNDACIÓN NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
ISSN (versión digital): 2695-8236
Depósito legal: M-8652-2012

Preimpresión: Outdesign, Publishing Services

Impreso en España / Printed in Spain

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE HONORARIO:

Víctor Manuel Garrido de Palma

COMITÉ CIENTÍFICO:

- **Victorio Magariños Blanco.** Notario y miembro de la Comisión General de Codificación (Coordinador).
- **Sergio Cámara Lapuente.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Alfonso Ventoso Escribano.** Notario y Registrador. Doctor en Derecho.
- **Francisco Lledó Yagüe.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Silvia Díaz Alabart.** Catedrática de Derecho Civil. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- **José Luis Merino Hernández.** Notario. Miembro de la Comisión General de Codificación. Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Aragón.
- **Ana Fernández-Tresguerres García.** Notario. Registradora. Académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- **José Ángel Martínez Sanchiz.** Presidente del CGN. Notario. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Manuel García Mayo. Profesor Doctor de Derecho Civil.

COMITÉ EVALUADOR:

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Catedrático de Derecho Civil (Coordinador).

COMITÉ DE DIRECCIÓN:

Carlos Jiménez Gallego
Francisco José Aranguren Urriza
Carlos Pérez Ramos (Coordinador)

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Revista Jurídica del Notariado
Número 114
enero-junio 2022

SUMARIO

LA TRIBUNA

Escritura pública y *renovatio contractus* 11
Ángel M. López López

DERECHO NOTARIAL

ESTUDIOS DOCTRINALES

Aspectos notariales de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales 53
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Acta notarial esclarecedora en la guerra civil española 137
Alberto Sáenz de Santa María Vierna

DERECHO CIVIL

ESTUDIOS DOCTRINALES

Interpretando testamentos 173
Rafael Verdera Server

Los poderes preventivos: un nuevo enfoque tras la Ley 8/2021, de 2 de junio 275
José Luis Fernández Lozano

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La sustitución ejemplar transformada en fideicomisaria 331
Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

La inclusión en el pasivo de la herencia del pago del Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en las transmisiones *mortis causa*. Su indebida atribución al sucesor adjudicatario del inmueble 359
Juan Pablo Pérez Velázquez

Discapacidad y Derecho de sucesiones en la geografía latinoamericana: Principales reformas 417
Leonardo B. Pérez Gallardo

Testamento y personas con discapacidad sensorial (Ley 8/2021) 493
Francisca Ramón Fernández

PRÁCTICA JURÍDICA

Comentario práctico del art. 1005 del Código Civil 547
Carlos Jiménez Gallego

DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

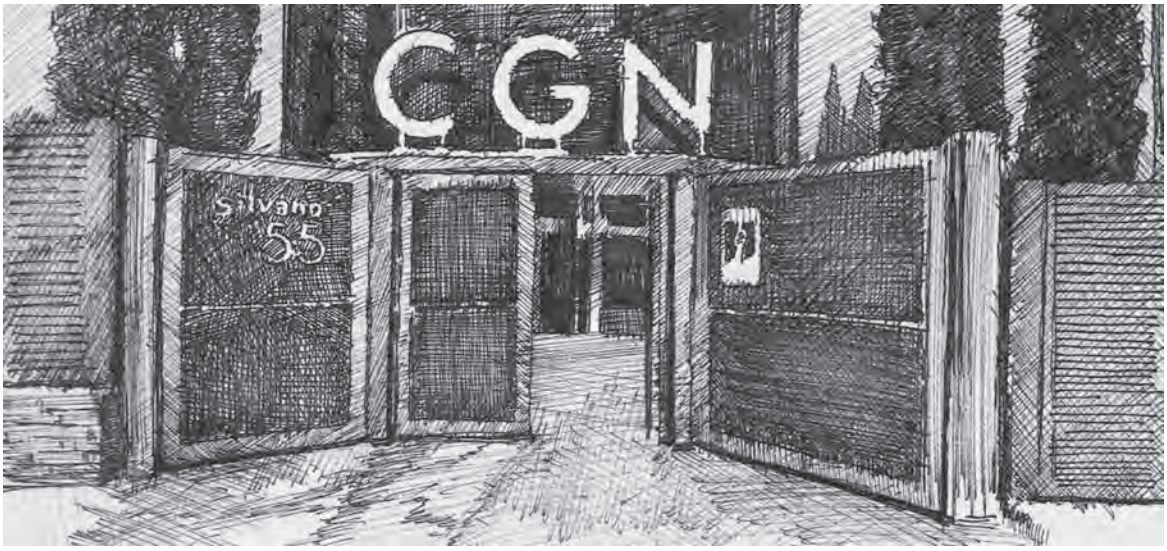
Hacia una nueva vecindad civil. Computación, imputación y colación en el CC *versus* el CCCat 581
Pedro Albiol Marés

DERECHO FISCAL

El valor de referencia ¿no existía otra solución legal? 591
Antonio Martínez Lafuente

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La Tribuna



ESCRITURA PÚBLICA Y *RENOVATIO CONTRACTUS*

Ángel M. López López

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ESCRITURA PÚBLICA Y *RENOVATIO CONTRACTUS*

PUBLIC DEED AND *RENOVATIO CONTRACTUS*

Ángel M. López y López
Profesor Emérito de Derecho Civil
Abogado

A Antonio Ojeda Escobar, Notario
Amicus certus in re incerta cernitur
(*Ennio*, transcrito por Cicerón en *Laelius de amicitia*)

Resumen: El artículo 1224 se aparta de su origen en el Code Civil francés, sobre todo en el Anteproyecto 1882-1889, convirtiendo los problemas de relación entre acto recognoscitivo y título primordial en una cuestión de colisión de documentos, uno amparado por la fe pública notarial, otro de origen privado. Ello da lugar a problemas interpretativos, hoy atenuados por la regulación de la prueba documental en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, aunque con cuestiones significativas de exégesis y de sistema. La jurisprudencia que ha aplicado el precepto yerra al exigir tan solo una referencia del documento privado en la escritura recognoscitiva. Se expone una circunscripción del significado de los términos contenidos en el 1224, y se analizan brevemente cuestiones sobre el error, la simulación y el fraude en la escritura recognoscitiva. Se distinguen finalmente los ámbitos de eficacia en el proceso y eficacia en el tráfico del dicho artículo.

Palabras clave: acto de reconocimiento, título primordial, escritura pública, eficacia en el proceso, eficacia en el tráfico, prueba documental, historia legislativa del 1224, circunscripción de sus términos, error, fraude y simulación.

Abstract: Article 1224 departs from its French origin, above all in the Preliminary Draft 1882-1889, in the French Civil Code, converting the problems of the relationship between the recognoscitive act and the primordial title into a question of collision of documents, one protected by notarial public faith, the other of private origin. This gives rise to interpretative problems, today attenuated by the regulation of documentary evidence in the Civil Procedure Act 1/2000, although with significant questions of exegesis and system. The case law that has applied the precept errs in requiring only a

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

reference to the private document in the deed. A circumscription of the meaning of the terms contained in 1224 is set out, and questions of error, simulation and fraud in the deed are briefly analysed. Finally, a distinction is made between the areas of effectiveness in the process and effectiveness in the traffic of the aforementioned article.

Keywords: act of recognition, primordial title, public deed, effectiveness in the process, effectiveness in the traffic, documentary evidence, legislative history of 1224, circumscription of its terms, error, fraud and simulation.

SUMARIO

I. EL ANÓMALO ARTÍCULO 1224 DEL CÓDIGO CIVIL

II. EFICACIA DEL DOCUMENTO EN EL PROCESO Y EN ÉL TRÁFICO

III. EFICACIA EN EL PROCESO DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y DEL DOCUMENTO PRIVADO

IV. EFICACIA EN EL TRÁFICO DEL DOCUMENTO PRIVADO Y DEL DOCUMENTO PÚBLICO

V. UNA BREVE CONCLUSIÓN INTERMEDIA

VI. APUNTES PARA UNA HISTORIA LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 1224 DEL CÓDIGO CIVIL

VII. CIRCUNSCRIPCIÓN DEL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS CONTENIDOS EN EL 1224

VIII. ERROR, SIMULACIÓN Y FRAUDE EN LA ESCRITURA RECOGNOSCITIVA

IX. UNAS CONCLUSIONES FINALES

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. EL ANÓMALO ARTÍCULO 1224 DEL CÓDIGO CIVIL

1. El artículo 1224 del Código Civil se nos suele presentar en la opinión mayoritaria doctrinal y jurisprudencial con simplicidad: el supuesto de hecho es el de la escritura pública que reproduce un acto o contrato[1] anterior a la misma consignado en documento privado, estableciendo que el exceso o defecto de contenido de esta nada prueban contra aquel, salvo que conste expresamente que la dicha escritura documenta su novación; la razón de esta solución es que la escritura no es desde un punto de vista material "dispositiva", sino "recognoscitiva", en la terminología tradicional. Desde el punto de vista aplicativo la cuestión es sencillamente discernir cuando es "dispositiva" y cuando es "recognoscitiva". Podríamos añadir que la distinción entre escritura dispositiva y escritura recognoscitiva no apela a características formales, sino a la cualidad del acto o contrato consignado en ella, lo que nos envía directamente a la interpretación de la correspondiente o correspondientes declaraciones de voluntad, y a las normas relativas a las mismas, esencialmente las de los contratos, artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

2. Frente a esta posición mayoritaria, está la de quienes afirmar que la escritura es siempre novatoria, por imperativo de su privilegiada posición en relación con el documento privado, con el problema de casar este entendimiento con el texto del artículo 1224.

3. A su momento, me detendré en esta confrontación, que se da por superada, pese a su profunda lógica, pero antes expondré una serie de per-

[1] Diferenciando convencionalmente, en aras de evitar confusiones terminológicas, los unos de los otros por dotar a los primeros de eficacia por una declaración unilateral de voluntad, y a los segundos por la bilateralidad de dos declaraciones concordantes sobre un objeto y una causa: no se ignora que la distinción puede ser más problemática, pero su indicado entendimiento convencional me parece suficiente al propósito de este estudio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

plejidades que brotan de la mera lectura de las normas del Código, y que convierten la exégesis del artículo 1224 en un ejercicio muy difícil, sobre todo porque se da por bueno un artículo anómalo, por lo que supone de degradación de la fuerza de la escritura pública, y que aparece en el Código truncando la clara línea que lo ligaba al Código francés (lo que habría evitado multitud de problemas); dando lugar una jurisprudencia con pobre criterio a la hora de fijar el contenido de la relación entre documento y escritura (cuestión central); y estableciendo en el final del texto una problemática referencia a la novación, referencia que puede ser inútil.

4. Otros problemas: ¿qué tratamiento tienen el exceso u omisión con el error, la simulación, y el fraude?

5. Queda otra perspectiva que hasta ahora he obviado deliberadamente, pero que puede ser esencial para la comprensión de nuestro objeto: la dimensión procesal, al continuar ubicadas y sin modificaciones las antiguas normas de la prueba documental en el Código Civil (con la excepción del 1226, derogado por la LEC 2000) tras una nueva planta procesal de la prueba en dicha ley; lo que apareja la existencia de una doble regulación que puede arrojar discrepancias, y ello no sucedía bajo el imperio de las Leyes de Enjuiciamiento de 1855 y 1881.

6. Llegados a este punto, me parece que hay que intentar una interpretación del artículo 1224 en una consideración de conjunto conceptual, histórica, doctrinal y jurisprudencial que intentaré en su esquema más esencial, con las insuficiencias y posibles errores que los planteamientos generales, por otro lado, tan necesarios, inevitablemente arrojan. Advierto desde ahora que los conceptos preliminares de este planteamiento pueden dar la sensación de ser conocimientos obvios y asentados, y ello puede ser, en bastantes casos, cierto. No obstante, se aprecia que las conexiones entre unos y otros, rara vez intentada en una exposición global[2], ni son tan obvias y asentadas, ni puestas de relieve con precisión.

[2] Que para nuestro caso sería una teoría general del documento, como la que través del análisis del documento público puede deducirse de la magistral monografía de Núñez Lagos, Rafael, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, que cito por sus *Estudios de Derecho Notarial*, I, Madrid 1986, pp. 481-66, y que —tras una enorme cantidad de reformas importantísimas de las leyes civiles, procesales y notariales en el decurso de casi tres cuartos de siglo— conserva una frescura y una capacidad de sugerir verdaderamente singulares.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

II. EFICACIA DEL DOCUMENTO EN EL PROCESO Y EN ÉL TRÁFICO

1. Por regla general, los documentos en los que se consignan actos y contratos entre los particulares nacen extrajudicialmente[3], con forma escrituraria privada o pública, y en este último caso prácticamente siempre bajo la forma de escritura notarial[4, 5]. Lo que no se debe olvidar es que toda documentación de actos y contratos, privada o notarial que sea, persigue siempre una fijación histórica de declaraciones de voluntad, por definición eventos ya pasados, y cuya adveración —empleo deliberadamente este término, sin ninguna pretensión técnica— no puede quedar al albur del recuerdo oral del acaecimiento y contenido de aquellos eventos.

2 La certidumbre inherente a la seguridad jurídica no puede propiciar (aunque no pueda prohibir) esa adveración, pues confía más, con toda razón, en la escritura. Al cabo, no es otra cosa que *verba volant, scripta manent*. De nuevo, más cautelas: si subrayo esta identidad de funciones es por el motivo de que la superior eficacia de la escritura para esa fijación histórica y su propagación más allá de las partes del acto o contrato no oculte un dato esencial para encontrar la verdadera *ratio* del artículo 1224: si es un supuesto de colisión entre documento privado y entre escritura pública deberíamos establecer la eficacia de uno y de otra en general, para insertar en esas eficacias cruzadas el precepto que estudiamos, tanto como prueba en el juicio, como título declarativo de derechos en el tráfico.

3. La dualidad eficacia en el tráfico-eficacia en el proceso ha sido vista por la Ley de Enjuiciamiento Civil como la razón de mantener la dualidad

[3] Las mayores excepciones serían (seguimos hablando solo de negocios *inter vivos*) la de la transacción judicial, contemplada en el inciso final del artículo 1809 del Código Civil, y de algunos actos de jurisdicción voluntaria excluidos de la posibilidad de documentación notarial; esta no puede ser, si los actos tienen contenido dispositivo, otra cosa que "escritura", y si carecen de él (para nosotros no hay ningún supuesto), "acta".

[4] Tal vez no será ocioso recordar, aunque solo sea al efecto de evitar equívocos en este trabajo, que cuando el contenido del documento notarial no sean negocios jurídicos hablamos de "actas", no de "escrituras". Para Núñez Lagos, *op. cit*., pp. 484-487, la distinción entre unas y otras es fundamental y en ella está basada toda la técnica notarial española.

[5] Excluimos la documentación pública de concesiones y contratos y de cualquier acuerdo entre particulares y Administraciones Públicas pues estas son siempre *potentiores personae*, incluso en sus contratos sometidos al Derecho Privado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de regulaciones de la prueba documental, por un lado, en ella misma, y por otro en el Código Civil. Reporto en nota las afirmaciones del preámbulo de aquella[6], pues creo que iluminan sobre el propósito del legislador que, declaraciones de autocomplacencia aparte, creo que no ha conseguido su propósito de una regulación unitaria de la prueba documental, completa y clara.

4. No es cierto que se ocupe en esos términos de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos; y no lo es cuando ha renunciado a la derogación de los preceptos del Código (salvo uno, el 1226 del Código Civil) y el mantenimiento de la dualidad, pero en términos distintos a la originaria.

5. Ello obliga a una tarea de integración entre la regulación del Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque para todos quede claro la pre-

[6] "*Esta Ley se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico. Los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquéllos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico. Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica.*

La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados. La ley procesal ha de hacerse eco, a sus específicos efectos y con lenguaje inteligible, de tal intervención, pero no es la sede normativa en que se han de establecer los requisitos, el ámbito competencial y otros factores de la dación de fe. Tampoco corresponde a la legislación procesal dirimir controversias interpretativas de las normas sobre la función de dar fe o acerca del asesoramiento jurídico con el que se contribuye a la instrumentación documental de los negocios jurídicos. Menos propio aún de esta Ley ha parecido determinar requisitos de forma documental relativos a tales negocios o modificar las opciones legislativas preexistentes.

Frente a corrientes de opinión que, mirando a otros modelos y a una pretendida disminución de los costes económicos de los negocios jurídicos, propugnan una radical modificación de la fe pública en el tráfico jurídico-privado, civil y mercantil, la presente Ley es respetuosa con esa dación de fe. Se trata, no obstante, de un respeto compatible con el legítimo interés de los justiciables y, desde luego, con el interés de la Administración de Justicia misma, por lo que, ante todo, la Ley pretende que cada parte fije netamente su posición sobre los documentos aportados de contrario, de suerte que, en caso de reconocerlos o no impugnar su autenticidad, la controversia fáctica desaparezca o se aminore. Ha de señalarse también que determinados preceptos de diversas leyes atribuyen carácter de documentos públicos a algunos respecto de los que, unas veces de modo expreso y otras implícitamente, cabe la denominada "prueba en contrario". La presente Ley respeta esas disposiciones de otros cuerpos legales, pero está obligada a regular diferenciadamente estos documentos públicos y aquéllos otros, de los que hasta aquí se ha venido tratando, que por sí mismos hacen prueba plena.

Sobre estas bases, la regulación unitaria de la prueba documental, que esta Ley contiene, parece completa y clara" (XI, párrafos 9, 10, 11, 12 y 13 al principio).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

valencia en el proceso, cono no podía ser de otro modo, por razón de posterioridad y especificidad de la aquella[7]. Así resulta una inexactitud de gran calado afirmar que se ha logrado una regulación unitaria en vía legislativa, confinando voluntaristamente las normas del Código al mundo extraprocesal[8], viendo este de forma reductiva "*Esta Ley se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico*"[9], afirmación esta que parece olvida, al menos en relación con la escritura pública, siglos de historia de la función notarial.

6. De todas formas, que el legislador sea inculto y, sobre todo, apodícticamente asertivo en los Preámbulos y Exposiciones de Motivos, no puede sorprender. Es mucho más grave que se haya mantenido una regulación dual de la prueba documental, introduciendo modificaciones de calado sustancial, de las que hablaré, dando origen a nuevos problemas, que antes no existían: dato este en que, al menos ahora, nadie estima poner de relieve.

7. Por supuesto que (y más, los que nos hemos dedicado, casi siempre con modesta cura de almas, a la profesión de abogado) ni añoramos la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ni quitamos importantes logros en la materia que nos ocupa a la actual. La razón de la ausencia de problemas en el aspecto que nos ocupa en aquella ley es simplicísima: la Ley de 1881 no reguló la prueba más que en aspectos básicamente procedimentales[10], y el parcialmente derogado Título "De la prueba de las obligaciones" del Código Civil tenía dimensiones eminentemente procesales, incluso la relativa a la prueba documental; a ello no obsta que la potencia de la forma escrita con el esencial añadido en la escritura de la dación de fe, dotaban al documento

[7] La doctrina procesal es unánime, como expone Rodríguez Adrados, A. (por cierto, el referente reciente más autorizado en nuestro tema específico, siguiendo una brillante estela de notarios maestros del Derecho civil, Núñez Lagos [ya citado], De la Cámara Álvarez, Sapena) en su breve, pero enjundioso estudio de conjunto *La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2003, pp. 7-10.

[8] Párrafos 9 y 10 del preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes transcritos.

[9] Párrafo 9 del preámbulo citado en nota anterior.

[10] Esta es la tesis admitida generalmente, como nos indica Serra Domínguez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 2º, Madrid, 1981, p. 3, con cita de los grandes procesalistas españoles en nota 1.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

privado y a la escritura de eficacia en el tráfico, no ciertamente del mismo calibre, y de ello se dirá, pero ni uno ni otra dejaban también de ser pruebas. Cual sea la razón de aquella inserción de la prueba en general, bajo la imperfectísima rúbrica "De la prueba de las obligaciones, en el cuerpo de los Códigos Civiles" (que no siempre y no toda se explica por ese plus extraprocesal, pues este solo cabe predicarlo de la documental), se ha pretendido ver en que los Códigos nacieron antes que las Leyes de Procedimientos, lo que para empezar es falso en el caso español, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 precede al Código (y además forma parte del mismo "impulso codificador") y regula todas las pruebas, no solo la documental. Nada le hubiera impedido al legislador de 1881 tomar la opción de mantener la dualidad solo para la prueba documental, como ahora parece hacer la nueva regulación, ya veremos que generando problemas.

8. Legitimar la dualidad en la nueva Ley de 2000 por razón de la eficacia extraprocesal de la prueba documental no deja de ser un argumento de comodidad, porque la regulación del Código Civil sigue teniendo eficacia procesal probatoria, y ahora con el problema añadido de la antes indicada posibilidad de discordancia entre Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil. La justificación de la doble regulación es tan antihistórica como inexacta. Todo esto serían puras curiosidades si no fuera porque revelan un dato muy importante para nuestro análisis: la nueva regulación dual está presidida por principios distintos a la originaria y, en consecuencia, el marco en que se mueve el artículo 1224 desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no es el mismo, lo que puede afectar al entendimiento de este.

III. EFICACIA EN EL PROCESO DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y DEL DOCUMENTO PRIVADO

1. La eficacia probatoria de los documentos públicos y entre ellos como privilegiada especie[11], la escritura pública, venía solamente regulada, vigente la Ley de 1881, en el artículo 1218 del Código Civil. Acaecida

[11] Prescindimos de toda referencia a ningún documento público que no sea la escritura pública, por no considerar las singularidades de aquellos relevantes al objeto específico de nuestra atención, el artículo 1224 del Código Civil, donde el documento público es por definición una escritura.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la promulgación de la Ley de 2000, se contempla en su artículo 319.1. Su tenor literal y amplitud harían pensar en una modificación profunda de lo dispuesto en el Código. No obstante, es opinión casi unánime que el precepto procesal viene a decir lo mismo que el artículo 1218[12], en lo esencial. Tengo mis dudas[13], pero no es esta la ocasión de exponerlas. Lo que sí me parece claro que ese "venir a decir lo mismo" es fruto de la interpretación jurisprudencial de la ambigua expresión "hecho que motiva el otorgamiento", pues la fe pública en el 1218 no amparaba un hecho, si se entiende este en sentido técnico[14], sino un hecho que consistía en la realidad de las declaraciones de voluntad manifestadas ante el fedatario, y que por ello gozaban de la presunción de veracidad, hasta que se impugnasen. Estábamos hablando entonces de algo netamente jurídico, una eficacia presunta de las declaraciones de voluntad en los términos de un texto, contenido nada menos que en un documento que se admitía como auténtico en el proceso. Que la presunción de veracidad no equivaliese a la verdad intrínseca y que esas declaraciones pudiesen ser simuladas (incluida, dentro de la simulación, la interposición de persona) y, en consecuencia, ser impugnadas nada quitaba a ese fortísimo valor inicial[15].

2. No obstante, aunque conviniésemos en buena paz que el 218 y el 319.1 son armónicos, lo que no podemos conceder es que el significado de conjunto de la prueba documental no haya venido poco alterado por la nueva regulación de los documentos privados. Y es que por muchas vueltas que

[12] Así se expresa Cordón Moreno, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, I, 2011, p. 1440; en la misma línea general Rodríguez Adrados, A., *op. cit*., pp. 29-45, con amplísima noticia de la doctrina procesal (con señalamiento de algún discrepante o reticente), pero señalando aspectos del 319.1 que se pueden considerar novedosos, aunque sea como precisiones y adiciones, complementos de lo que el 1218 no decía; entre ellos, el "estado de cosas", adhiriéndose a la opinión de De la Oliva, A., ciertamente plausible, de que se refiere al estado de cosas en sentido material, que se incorporan al documento: fotografías, planos, etc., y que también quedan cubiertos por la prueba escrituraria. Es decir, no un "estado de cosas" con contenido directamente negocial.

[13] Basta con ver la densa dimensión de las observaciones de Rodríguez Adrados, A., citadas en la nota anterior.

[14] Lo que conduciría de modo inexorable a que el documento notarial fuera un "acta", no una "escritura".

[15] Por cierto, que la fecha también podía ser falsa o errónea, consciente o inconscientemente, lo mismo que la identidad de las personas, aunque ciertamente ahora no se cuestiona una declaración de voluntad, sino un hecho y la corrección o incluso impugnación es mucho más fácil que la presunta veracidad de las declaraciones de voluntad que el texto manifiesta.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se le quieran dar al tema para mantener los restos del antiguo sistema[16], si el documento privado no es impugnado tiene la misma fuerza que la escritura pública (artículo 326.1), aunque afirmar que basta la mera impugnación para que el presentante tenga que demostrar la autenticidad no parece que sea el propósito de la ley.

3. La impugnación ha de ser fundada por el impugnante, como demuestra el párrafo 2 del precepto ahora citado, con muy amplia libertad de prueba. Con todo, la equiparación del *dictum* del 626.1 no cuadra con el artículo 1225, pues ser "reconocido legalmente" tiene un sentido distinto a no ser impugnado, y guardaba bastante relación con el 1226, este sí derogado expresamente, lo que invita a admitir que el 1225 lo está también[17], a todos los efectos: decir que sigue vigente en la eficacia en el tráfico[18] evoca la idea de una suerte de derogación a medias, no digo que imposible de concebir, pero no fácil de explicar, dado el aliento probatorio de todo el precepto.

4. Además, tal modo de razonar significaría partir del principio general que la dualidad de regulaciones actual de la prueba documental está justificada porque tras la reforma el Código es *únicamente* depositario de la eficacia en el tráfico, como una suerte de compartimento estanco en relación con la eficacia en el proceso, con grave contradicción de la general perspectiva de que la dualidad es una sola regulación integrada y armónica; un contrario modo de ver las cosas es imposible porque, aun con una estructura de la prueba documental distinta, esta sigue en parte gobernada por el Código. Pero las posibilidades de eficacia en el tráfico del 1225 son muy escasas, y casi siempre dependen de circunstancias exteriores al documento. Lo veremos. Añado que buscarle un motivo de supervivencia al 1225 como un supuesto del 1224[19] no parece en principio necesario. Es mejor partir de que la armonía de la dualidad de la regulación de la prueba documental tiene importantes resquebrajaduras, sobre todo cuando en la tarea hermenéutica se intenta ir unas veces al plato y otras a las tajadas.

[16] *Ad rem*, Rodríguez Adrados, A., *op. cit*., pp. 45-65.
[17] Como sostiene Cordón Moreno, F., *op. cit*., p. 1450.
[18] Guzmán Fluja, V., citado por Rodríguez Adrados, A., *op. cit*, p. 62.
[19] Rodríguez Adrados, A., *op. cit.*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

5. Conviene salir al paso de alguna opinión[20], en virtud de la cual, esa equiparación de la eficacia probatoria del documento privado no alcanza respecto a terceros a la fecha, sino solo en los términos del artículo 1227 del Código Civil. El razonamiento es totalmente inconsistente, salvo que queramos movernos a nuestra comodidad arbitraria a la hora de adjudicar eficacias en el tráfico y eficacias en el proceso. En primer lugar, y por encima de todo, la remisión del 326.1 al 319.1, es general e incondicionada. Pretender reducir o limitar la equiparación porque la LEC haya dejado vigente el 1227 se deba a que puede conservar algún valor, pero para los terceros que *tengan la condición de parte en el proceso* la eficacia de la escritura pública y del documento privado sean idénticas, incluida la fecha, en el sistema nuevo. Que cuando la eficacia en el proceso se predica respecto a terceros se hace solo con respecto a lo que son parte, es tan sencillo y simple como que si no fuera así estaríamos extendiendo la cosa juzgada de modo inadmisible.

6. De todos modos, y puestos a considerar la eficacia probatoria de la escritura idéntica a la del documento privado, tal paridad no existe desde el punto de vista central de la impugnación de la autenticidad de aquella y de la de este.

El sistema que dibujan los artículos 320, 321 y 322 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tiene como elemento esencial el cotejo de la escritura pública con su protocolo: ese cotejo y solo ese cotejo, sin otras posibilidades; e incluso cuando este no sea posible, de acuerdo con el 322, aún sigue gozando la escritura del carácter de prueba plena, con presunción de legitimidad, sin necesidad de comprobación o cotejo, aunque por la propia naturaleza del supuesto (ausencia de protocolo) haya de facilitarse otro tipo de prueba, incluido el cotejo de letras, si ello fuere posible: y habrá que decir que es caso donde la prueba de la impugnación parece no presentarse fácil; la norma de cierre, el artículo 1221 del Código Civil, aún sigue privilegiando la escritura pública, con determinadas condiciones (primera copia, sacada por el funcionario autorizante (no parece ser otra persona que la de un notario),

[20] Serra Domínguez, M., «La prueba documental», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Barcelona, 2000, pp. 256-261 y 262-268 Por la plena equiparación Nieva Fenoll, J., «La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio 2017, 57-76, con cuya interpretación del 319 y 326 estamos de acuerdo, y no tanto contra su ofensiva total contra la prueba legal, de lo que aquí no me ocuparé.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

copias libradas por su autorizante en virtud de mandato judicial, copias del mismo autorizante con más de treinta años, hasta llegar a las copias que no reúnen estas condiciones, que constituyen un principio de prueba por escrito, y de la copia de copias que será apreciada por los Tribunales de acuerdo con las circunstancias[21]. Como se ve, la escritura pública, contemplada desde el ángulo de su impugnación, tiene una preeminencia indiscutible sobre el documento privado si se ve la menor resistencia a la impugnación de este, sometido al cotejo de letras o cualquier otra prueba que resulte útil y pertinente contra su autenticidad. Solo si la alcanza, tendrá los efectos del 319.1, por remisión del 326, y cuando no se pudiere deducir la autenticidad, quedará sometido a las reglas de la sana crítica: obsérvese que no poder deducir la autenticidad del documento privado no equivale a la no autenticidad, es decir, que, de acuerdo con dichas reglas, sigue conservando eficacia probatoria, pero no "plena", que es la que le correspondería si se probara aquella.

7. Llama la atención, por lo menos en lo que yo conozco, no el desconocimiento de lo ahora expuesto, sino la ausencia de importancia que se le otorga como elemento esencial de la arquitectura de la prueba documental[22], pues no han sido nunca mundos estancos la pública y la privada, y menos ahora, tras el *dictum* del artículo 326.1 LEC 2000. El mundo jurídico, aunque alejado del mundo físico, también está regido por el principio de la entropía: mudada una parte del universo, muda todo, y de manera irreversible: la prueba documental pública no es la misma tras la equiparación a ella de la privada. Y no resulta admisible la posición de quien afirma, que, dentro del proceso, una vez verificada la autenticidad del documento privado, no acredita los mismos extremos que el documento público, aunque este se beneficie inicialmente de una presunción de autenticidad, desde luego también combatible, aun con menos armas y posibilidades de hecho. No es correcto, para desconocer lo

[21] Es decir, libremente, aunque con motivación, como cualquier otra prueba, por otra parte; potestad nada despreciable la vista de las normas actuales de valoración de la prueba.

[22] La falsedad ideológica o la falsedad *tout court* pertenece a otro ámbito gobernado por normas civiles y penales, donde no se dilucida la cuestión de la autenticidad, sino de la veracidad intrínseca de lo que aparece como contenido, e incluso la existencia del propio documento: Como es bien sabido, el documento (si goza de autenticidad, que no es otra cosa que la coincidencia entre autor aparente y autor real) es el medio de la prueba y el objeto de esta el contenido de aquel, presuntamente veraz. Aclara estos puntos esenciales, y por ello tan necesitados de claridad de ideas, Gómez Orbaneja con su lucidez habitual, en Gómez Orbaneja, E., Herce Quemada, V., *Derecho Procesal Civil*, I., Madrid, 1969, pp. 269 y 271.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que de manera inequívoca establece el artículo 326.1 LEC, traer a colación el artículo 1227 del Código Civil, que predica una más limitada eficacia que el documento público; pero frente a los terceros, esto es en el tráfico, pues en el proceso no hay terceros, sino solo partes, incluso cuando los originariamente terceros lleguen a serlo de manera sucesiva (artículos 13 y 14 LEC).

IV. EFICACIA EN EL TRÁFICO DEL DOCUMENTO PRIVADO Y DEL DOCUMENTO PÚBLICO

1. Habida cuenta de que la singularidad del documento como prueba consiste en que la misma no se desenvuelve solo en el proceso, sino también en el tráfico (diríamos —con más exactitud terminológica, creo— que el documento es un título para basar en la *causa iuris* que consigna relaciones jurídicas en el tráfico), resulta conveniente, aunque sea sumariamente, ocuparse en primer lugar de este tipo de eficacia, a pesar de que el Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a verla como una suerte de eficacia indirecta, ya hemos visto que con bastante inexactitud y falta de percepción histórica del sentido de la relación entre normas civiles y procesales en esta materia.

2. El Ordenamiento puede sentir, con miras en el reforzamiento la seguridad jurídica, la necesidad de proveer en algunos casos para las relaciones jurídicas entre particulares no solo medios de prueba ordinarios para las potestades y derechos, y las obligaciones, deberes y cargas, operativos solo entre los titulares de aquellas relaciones, sino de otros preconstituidos, fácilmente demostrables y difícilmente falseables, que los acrediten extrajudicialmente y *erga omnes* (y, especialmente, ante la Administración), en parte o en todo; pero en la medida que lo hagan, con carácter impositivo y validez oficial, sin que su apreciación corresponda al arbitrio de los particulares y los funcionarios. Estas cualidades las convierten en prueba habitual en el tráfico y, por consiguiente, lo son no solo para las partes que generaron el documento, sino para los terceros que se relacionan con ellas. El paradigma de ese medio de prueba es la escritura pública, si se tiene en cuenta que *fuera del litigio* lo que ella documenta es firme e inapelable[23], como si de una

[23] Inobjetable la opinión en este sentido de NÚÑEZ LAGOS, R., *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, que cito por la colección Estudios de Derecho Notaria, I, Madrid, 1986, pp.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sentencia se tratara[24], por el efecto que las leyes confieren a la dación de fe, confiadas a funcionarios de especial cualificación, en nuestro mundo latino los notarios. Esa firmeza e inapelabilidad no puede ser combatida ni discutida *extraprocesalmente*, ni por los particulares ni por las Administraciones públicas: y mientras no sea declarada inauténtica o falsa en proceso a tal fin.

3. Estos efectos los marca el artículo 1218, párrafo primero, con las adiciones ahora enumeradas en el artículo 619.1 de la LEC. Conviene resaltar que esta eficacia en el tráfico procede única y exclusivamente de la dación de fe, por lo siguiente.

4. Hemos visto la sustancial equiparación de escritura pública y documento privado que opera el artículo 326. 1 LEC, siempre que su autenticidad no fuera impugnada. Ahora bien, la diversidad de los regímenes de impugnación de aquella y aquel, que antes he puesto de manifiesto, son un claro argumento de que la equiparación solo se produce en el proceso, y cuando se omita la carga de impugnación, o puesta en marcha esta, del contradictorio resulte la autenticidad. En pocas palabras, dar los mismos efectos al documento privado y a la escritura pública es un resultado del proceso, dentro del proceso, y solo para el proceso. La conclusión es llana. La eficacia frente a terceros del documento privado es prácticamente inexistente, y en la medida que exista nunca depende del documento mismo, como resulta del artículo 1227, o de otras circunstancias extrínsecas, como sería el caso del tercero, que conociendo el documento, vulnere las reglas de la buena fe al no aceptar su eficacia frente a él. No es necesario ahondar, creo, en este punto.

Despejadas las cuestiones anteriores hay que hace referencia a algo, a mí modo de ver, tan importante como la equiparación del artículo 326.1: las nuevas normas sobre valoración de la prueba en la LEC. En realidad, el legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba, pues con

609 ss.

[24] Tal vez no sea inoportuno recordar la figura de los notarios en su antigua veste de *iudices chartularii*, y su función de *ius dicere* (esta no es necesariamente monopolio de los jueces, solo su ejecución forzosa) tan consustancial a su tarea, veste y función tan brillante y emocionantemente evocadas por Salvatore Satta, "Poesía e veritá nella vita del notaio", ahora *en Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 75-85; y de cuyas funciones quedan rastros más que significativos, entre otros, la fuerza ejecutiva de la escritura pública.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

excepción del interrogatorio de partes e acotados los documentos públicos y privados y ello en términos acotados, existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica Pero ello no es más que un principio general, que no siempre puede ser efectivo de modo lineal: por de pronto, y con específica relación con el 1224 del Código Civil, *el documento* que consigna el acto o contrato reconocido, si no es impugnado o, si lo es, queda demostrada su autenticidad *es la prueba legal, no la escritura*, con todas las consecuencias del artículo 319.1 por la remisión del 326.1. Pero es que hay más: si la autenticidad no se pudiere deducir, o efectuada la impugnación no se hubiere propuesta alguna, se somete su valoración a la sana critica. Este último supuesto solo tiene razón de ser *si no se trata del 1224*, que impondría al juez seguir el tenor del documento privad. Otra cosa sería absurda pues supondría privar al precepto de eficacia, si esta pende de una mera impugnación sin soporte probatorio. Trascendiendo a estas cuestiones, aunque no son poco importantes, de nuevo emerge que lo que convierte al artículo 1224 en un artículo anómalo es que la confrontación entre acto o contratos sustantivos y sus posteriores reconocimientos, la ha trasmutado en una colisión entre documentos públicos y privados. Se verá inmediatamente, con unos breves apuntes de historia legislativa propia y comparada.

V. UNA BREVE CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Tras lo expuesto, todo posible entendimiento del artículo 1224 habrá de tener en cuenta un contexto distinto al que fue su originario, especialmente en dos puntos:

1º. La equiparación de efectos en el proceso de la escritura pública y en documento privado operada por el artículo 326 de la LEC.

2º. Las nuevas reglas de valoración de la prueba.

VI. APUNTES PARA UNA HISTORIA LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 1224 DEL CÓDIGO CIVIL

1. En el Proyecto de Código Civil de 1851, que es referencia inexcusable, el artículo que podríamos considerar antecedente del actual 1224

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del Código Civil es el 1218, bajo la rúbrica "De los instrumentos de reconocimiento y confirmación" (Párrafo V de la Sección II, "De la prueba instrumental", Capítulo VII, "De la prueba de las obligaciones", Título V, "De los contratos y obligaciones": en general, Tomo III) cuyo tenor literal es el siguiente:

> "*Para que una escritura de reconocimiento dispense de la presentación del título primordial, debe contener sustancialmente el tenor de este último. Lo que contenga de más y que sea diferente del título no surte efecto, á no ser que conste claramente que ha sido otra la voluntad de las partes. El acreedor podrá ser dispensado de la obligación de presentar el titulo primordial, si hubiere varios reconocimientos de hecho conformes y sostenidos por la posesión que baste para adquirir por prescripción*".

2. Nos dice García Goyena:

"Es el 1357 Frances, menos el final del primer párrafo «á no ser» etc., 2251 de la Luisiana, 189 Napolitano; el 1928 Holandés solo dice: «Los instrumentos de reconocimiento dispensan de presentar nuevamente el título primordial, si el tenor de este se relata especialmente en aquel». El 1450 Sardo se diferencia mucho de los citados, y del nuestro: «La escritura de reconocimiento hace prueba contra el deudor, sus herederos y causahabientes, á menos que estos prueben, por la nueva presentación del título primordial, que en la escritura de reconocimiento ha habido error, ó aumento de la deuda primitiva». «Habiendo muchas escrituras de reconocimiento, debe prevalecer la más reciente».

Reconocimiento y confirmación, Basta aquí se ha tratado. de los instrumentos primordiales y 'de sus copias: en esté artículo' se trata de los de reconocimiento; en el siguiente, de los de confirmación. Las escrituras de 'reconocimiento son 'más útiles y frecuentes eh materia de censos y prestaciones anuas ú otros derechos' perpetuos de cualquier especie: los títulos primordiales remontan por lo común a épocas muy lejanas, y están espuestos á desaparecer por mil accidentes: su misma antigüedad puede contribuir á ello, y para obviar á este inconveniente se recurre á las escrituras de reconocimiento.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Dispensa de la presentación. La intención de las partes, al otorgar estas escrituras, no ha sido la de contraer una nueva obligación, sino de reconocer la ya existente á virtud de un título primordial: en este, pues, se han de buscar la verdadera voluntad de las partes, y la fuerza y efectos de la obligación. Por lo mismo es de cargo del acreedor presentar de nuevo el título primordial, si el deudor lo pide, á menos que se haya insertado testualmente en la escritura de reconocimiento, porque entonces equivale esta al título primordial y nada importaría su pérdida.

Lo que contenga de mas, etc. Puesto que en la escritura de reconocimiento no se contrae una obligación nueva, y solo recuerda la que ya existía por él título primordial, es consiguiente que en lo que aquella se diferencie de este, no surta efecto alguno. En tal caso ha habido error, que aparecerá por el cotejo con el título primordial; y el error es una de las causas de nulidad, aunque hayan mediado diversos reconocimientos. Esta disposición favorece, no solo al deudor, sino tambien al acreedor: la equidad y la justicia son las mismas en ambos. Según Rogron[25], ni uno ni otro pueden invocar el

[25] Transcribo las palabras de Rogron en *Code civil expliqué par ses motifs, par des examples, et par la jurisprudence : avec la solution, sous chaque article, des difficultés, ainsi que des principales questions que presente le texte, la définition des termes de droit, et la reproduction des motifs de tous les arrêts-principe*s. París, 1837, p. 245:

"Los actos se dividen también en *primordiales, recognoscitivos y confirmativos*. El acto primordial es lo mismo que el acto original. Toma el nombre de original cuando se le opone a las copias y el nombre de primordial cuando se lo compara con los actos recognoscitivos y confirmativos. El *acto recognoscitivo* es el acto que el deudor da al acreedor para reconocer de nuevo su obligación. Sirve principalmente para impedir que la prescripción no extinga el título primordial. El *acto confirmativo* es que celebran las partes para añadir una fuerza nueva al acto primordial, o darle una fuerza que no tenía. Tiene sobre todo el objetivo de ratificar el título primordial, cuando contiene un vicio cualquiera que pudiera hacerlo nulo.

1337. *Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.*

Especialmente referenciado (*specialement relatée* en el original). El deudor, cuando ha reconocido una obligación más fuerte que la que ha contratado puede recurrir al título primordial para probar este error; y es igual para el deudor cuando la obligación ha sido restringida, pero ni el uno ni el otro puede ejercitar estas pretensiones cuando han referenciado en el acto recognoscitivo, el *tenor* mismo del título primordial. Dar *Ningún efecto* (*Aucun effet*, en el texto original). Sin embargo, si el acto recognoscitivo contiene una novación de la deuda que acaba de confirmar, la novación será válida.

Podría ser dispensado (*Pourrait étre dispensé*, en el original). Son los jueces, si lo encuentran justo, los que pueden dar al acreedor esta dispensa, y considerar suficientemente

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

error cuando en la escritura de reconocimiento se ha referido especialmente el tenor del título primordial. Cierto es que en este caso ha de será rarísimo que se padezca error; pero si realmente llega á padecerse, ¿cómo dejarán de tener aplicación las disposiciones generales de derecho acerca de esta causa de nulidad? Fuera de que, el dicho de ROGRON choca abiertamente con lo que en sentido contrario asientan como incuestionable DUMOULIN y POTHIER, número 744, capítulo 1, parte 4.

Que conste claramente. La voluntad. de las partes da la ley á los contratos: pero, en tal caso, no será de puro y solo reconocimiento, sino dispositiva y constitutiva en lo tocante á. la nueva obligación.

Podrá ser dispensado. Esta es: la segunda eseepcion de la obligacion que tiene el acreedor de presentar nuevamente el título primordial, si lo pide el deudor. En este caso se trata de escrituras de simple reconocimiento, y en las que no se haya insertado testualmente el título primordial. La multiplicidad de ellas, su conformidad, la antigüedad de la fecha, tan larga posesión hacen de esta escepcion un dictado de justicia y equidad. El artículo dice «podrá,» porque no queda. dispensado, ipso jure, como en el caso anterior, sino que se deja al prudente arbitrio del juez el dispensarle, ó no; atendida la gravedad y certeza de las diversas circunstancias".

3. GARCÍA GOYENA, siguiendo sus estelas habituales y reconociendo como fuente principal el artículo 1357 del Code[26] no pone de que el ar-

probad su derecho por estos reconocimientos cuando la fecha de uno de ellos tenga treinta años, o varios de ellos sostenidos por la posesión, es decir, han recibido cumplimiento".

(La traducción es mía, literal, salvo alguna excepción en aras de la claridad. He conservado los subrayados de ROGRON, y mantenido el texto francés del artículo).

[26] Entre la doctrina francesa es de general aceptación que dicho artículo procede del *Traite des obligations* de POTHIER, que a su vez incorpora la opinión de DUMOULIN. Aunque se discute si el Code interpretó bien a POTHIER y si este siguió correctamente a DUMOULIN, lo que para nuestro propósito no es muy importante. DURANTÓN, A., *Cours de droit civil suivant le code civil*, XIII, Paris, 1844, pp. 253-263, evoca la distinción tradicional entre *in forma communi* e *in forma speciali* y con constante remisión a DUMOULIN y POTHIER, señala la ineficacia frente a terceros del acto recognoscitivo; TOULLIER, Ch. M.; DUVERGIER, J. B., *Le droit civil français : suivant l'ordre du code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, IV, 6ª ed, Paris, s., parten asimismo de POTHIER, y señalan que la exigencia de que el título primordial esté *specialment relatee* en el recognoscitivo no significa copiar, subrayando fuertemente la relación con la prescripción; DEMANTE, A. M., COLMET DE SANTERRE, E., T. V., Paris, pp.562-565, hacen una exposición muy interesante en general y ponen de manifiesto que aunque la norma es de alcance general, tenía su *occasio* histórica (diríamos nosotros) en la existencia de rentas perpetuas, que incluso en

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tículo 1218 del Proyecto de 1851 trataba de resolver, siempre partiendo de la distinción entre reconocimiento y confirmación, eran un problema de índole probatoria, el de cuando era necesario presentar el título primordial (el documento privado) o el reconocimiento en escritura pública, ligando la posibilidad de que fuera dispensada aquella necesidad a que esta contuviera sustancialmente el tenor de aquel; esta parece ser la premisa del que exceso o diferencia de lo pactado en la escritura pública nada prueba en contra de aquel.

Esta exigencia de que el título recognoscitivo contuviera sustancialmente el título primordial, que la tradición histórica del texto francés justificaba (y derivaba de la obra de POTHIER[27]) el ilustre autor de las "Concordancias" nos la indica claramente: solo confrontando (cotejando) el texto primor-

sus orígenes fuero prestaciones señoriales o feudales (por cierto, es la misma indicación de GARCÍA GOYENA, aunque no es claro que en su época se hubiera culminado en España el proceso desvinculador y desamortizador). El dato es muy ilustrativo en sí, sin que aquí vayamos más allá de señalarlo.

El interés por el artículo 1357 va decreciendo desde el mayor de los autores de la escuela de la exégesis más cercanos a la fecha del Código al mucho menor de sus discutibles epígonos (AUBRY Y RAU, BAUDRY LACANTINERIE), y al escaso de los primeros franceses modernos, tras la revolución metodológica de GENY, ESMEIN, CAPITANT, y SAVATIER. En concreto, y para nuestro tema COLIN, A., CAPITANT, H., II, *Cours elementaire de droit civil*, Paris, 1921, pp. 217-218, se limitan a la mera reproducción del precepto, PLANIOL, M. H.; RIPERT, G., *et al*., *Traité pratique de droit civil français VII, Paris*, 1954, pp. 948-949, aportan tan solo la crítica que en uno de los supuestos el acto recognoscitivo no haga prueba plena. Pero que los problemas no se consideraban resueltos lo demuestra la mencionada reforma del 1337, en año tan próximo como 2016. Este decrecimiento continua en autores posteriores; en cualquier caso, a finales de siglo nos ilustra por todos LAURENT, primero en los *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1878, t. 19, p. 412, con acerba crítica al precepto, y que le llevará a una radical reformulación del mismo en el *Avant Projet de revisión du Code civil*, Bruxelles, 1884, IV, p. 319: "Article 1364 (C.N, 1337) L´*acte recognitif cest celui qui renferme la reconnossaince du titre primordial; ce qu´il contient de plus ou de moins, ou de different, n´a acun effet*". Como curiosidad se puede señalar que el reformador francés del Code en 2016 (nuevo artículo 1380) ha ignorado su crítica y su reformulación De todos modos, con mayor o menor extensión, todos lo que dedican alguna atención al 1337 insisten en tres puntos: el valor probatorio es solo de la escritura pública que refleje sustancialmente el tenor del título primordial (cuanto de sustancial no es pacífico), que el tratamiento de exceso u omisión está ligado a la doctrina del error, que la novación excluye el efecto propio de artículo, pero que tiene que constar claramente, y que la escritura podía ser instrumento de interrupción de la prescripción.

[27] *Traité des obligations*, París, 1825:

"Sobre la distinción de títulos en primordiales y reconocimientos.

777. El título primordial o primordial, como su nombre indica, es el primer título formalizado entre las partes entre quienes se ha contraído una obligación, y que comprende esta obligación. Por ejemplo, el título primordial de una renta vitalicia es el contrato

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por el cual fue constituida. Son títulos recognoscitivo los que desde entonces han sido transmitidos por los deudores, sus herederos o sucesores.

778. Dumoulin, m. § 8, n. 88, distingue dos clases de títulos recognoscitivos o reconocimientos; aquellos que están en la forma que él llama *ex certa scientia*; y los llamados *in forma communi*. Reconocimientos *ex certâ scientiâ*, que también llama *in forma speciali et dispositivâ, n. 89*, son aquellos en los que se relaciona el tenor del título primordial. Estos reconocimientos tienen la particularidad, que se equiparan al título primordial, en el caso de que se pierda, y prueban su existencia frente al reconocedor, siempre que tenga la disposición de sus derechos, y frente a sus herederos y causahabientes: por lo tanto, eximen el acreedor de recuperar el título primordial en caso de que se encuentre perdido. *Molin*, ibíd.*, n. 88*. Los reconocimientos *in forma communi* son aquellos en los que no se relaciona el contenido del título primordial. Estos reconocimientos solo sirven para confirmar el título primordial y para interrumpir la prescripción: pero sólo confirman el título primordial en cuanto es verdadero; no prueban su existencia y no eximen al acreedor de presentarlo. Ibídem.

Sin embargo, si hubiere varios reconocimientos conformes, algunos de ellos antiguos, o incluso uno solo antiguo, y respaldados por la posesión, podrían equipararse al título primordial, y eximir al acreedor de presentarlo, lo que se produce sobre todo cuando el título principal es muy antiguo. Ibídem, *no. 90.*

779. Los reconocimientos de una y otra especie tienen en común que son relativos al título primordial; que por estos reconocimientos, no se supone querer contraer ninguna nueva obligación, sino solo reconocer la antigua que ha sido contraída por el título primordial. He aquí por qué, si por el reconocimiento se reconociere obligado a algo más, o diferente de lo que lleva el título primordial, presentando el título primordial, y dando a conocer el error que se desliza en el reconocimiento, será descargando de cumplir aquello de más o de diferente. Y será así, aunque el error se encontrase en una larga serie de reconocimientos; siempre habrá que volver al título primordial, cuando se presente. *Interest hoc tantum*, dice Dumoulin, *ibid., n. 88, inter confirmationem in formâ communi, et confirmationem ex certâ scientiâ, quôd illa (in formâ communi), tanquàm conditionali et praesuppositiva, non probat confirmatum; hac (ex certâ scientiâ) fidem de eo facit; non tamen illud in aliquo auget vel extendit, sed ad illud commensuratur, et ad ejus fines et limits restringitur, etc*. *Esto acaece tanto para la confirmación (rectius:* reconocimiento*) in forma communi, pues en cuanto condicional y presupositiva non prueba lo confirmado (rectius:* reconocido*); en cambio la de ex certa scientia hace fe de ello; sin embargo, no en aquello en lo aumente o lo extienda, sino en la medida en que su alcance sea igual, y a los fines y límites de este quede circunscrito"*). Y en otro lugar, &18, gl. en. 19, dice en general de los reconocimientos, que *non interponuntur animo faciendae novae obligationis, sed solum animo recognoscendi; unde simplex titulus novus non est dispositorius ("reconocimientos… que no se formulen con el propósito de constituir una nueva obligación, sino con el solo proposito de reconocer [la anterior]; por ende, un simple título nuevo no es dispositivo"*).

780. Si los reconocedores, por el contrario, hubieren reconocido por menos de lo que documenta el título primordial; si hay varios reconocimientos conformes, y que se remontan a treinta años, que es el tiempo suficiente para operar la prescripción; o a los cuarenta años, tiempo exigido cuando el acreedor es privilegiado, en todos estos casos el acreedor, aportando el título primordial, no podrá reclamar más de lo que contengan los reconocimientos, porque hay prescripción adquirida para el excedente".

(*Traducción del francés y del latín mías. De este último he conservado el texto de Dumoulin, por la mayor expresividad y economía de la* lingua mater*, seguramente apreciable por los que la manejen con algo de soltura*).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dial, se podía poner de manifiesto la razón de que tal exceso o diferencia pudiese ser calificado como viciado de error, y en consecuencia no hiciera fe contra el título primordial. Obsérvese que la norma tiene así una lógica, que se resume en que el exceso o la diferencia, siempre presumiendo el carácter puramente recognoscitivo del documento es fruto de un error en el que el cotejo revela con facilidad. En cambio, nunca estará dispensado el acreedor de presentar el título primordial si la escritura de reconocimiento no lo reproduce textualmente. Observemos que en la redacción del artículo propuesta por García Goyena la reproducción exigida del título primordial era *sustancial*, lo que no significa necesariamente *textual*, pero indica que no puede dejar fuera ninguna disposición que no refleje con exactitud todo el contenido del negocio reproducido. Con esta perspectiva, la escritura reproductora del negocio documentado en el título primordial, o coincidía totalmente con este, y podría tener algún valor probatorio, o de lo contrario solo el título primordial lo alcanzaba. La única excepción a esta exigencia se producía cuando la existencia de varios reconocimientos conformes sumados al transcurso del plazo de prescripción (creemos que de esta manera hay que entender la referencia a la posesión, y a ese entendimiento ayuda la obra de Pothier[28]), porque tanto el 1357 y 1218 parecen estar pensados para créditos[29].

4. Nos hemos permitido unas tan largas intextualidades porque siguiendo su orden, se pueden alcanzar algunos esclarecimientos sobre las distintas posiciones sobre el artículo 1224, su significado y su problemática. Desde luego, utilizar los instrumentos de la historia legislativa no es hacer arqueología jurídica, sino insertarlos en una evolución del Derecho positivo que nos permita ver qué se ha ganado y qué se ha perdido o permanece larvadamente oculto en los textos actuales, para una interpretación de ellos que no persigue una reconstrucción de estos, sino aprovechar la cuenta y razón de aquella evolución para una hermenéutica actual.

5. En efecto, y en nuestro caso, perseguimos poner de relieve que el 1218 del Proyecto de 1851 tenía un claro sentido (aunque generara *super casum*

[28] *Traité*, párrafo 788, citado en nota anterior.

[29] Una usucapión adquisitiva de derechos reales parece pertenecer a otra problemática sustantiva y probatoria, al menos en principio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

problemas aplicativos, por otro lado como todas las normas jurídicas); y que con una variación inexplicada en el Anteproyecto de 1882-1889, el 1224 del Código Civil ha venido a resultar problemático y susceptible de interpretaciones antagónicas, que, como hemos dicho, no acaecían ni con su antecedente del Proyecto de 1851, ni con su lejano ancestro del *Code*, el artículo 1337.

6. El texto del Anteproyecto, que se reclama procedente del 1218 del Proyecto de 1851 es el siguiente:

> Artículo 1241. "*Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que estos hubieran sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste la novación del primero*" (1218 Proy.).

Conviene añadir inmediatamente, por razones de puro orden, pues es tema importante del que inexcusablemente debo hablar posteriormente, que el actual artículo 1224 es de contenido idéntico, salvo en el inciso final: "… *a menos que conste* expresamente *la novación del mismo*". Cómo sea de significativa la adición del adverbio de modo *expresamente* es cuestión que despejar, pues involucra la eficacia del 1224 vigente.

7. Sin perjuicio de estudiar si el actual artículo 1224 puede ser interpretado en alguna medida o algún punto a la luz del artículo 1218 del Proyecto de 1851, debo decir inmediatamente que su antecedente más inmediato, el artículo 1241 del Anteproyecto 1882-1888, en su literalidad contiene una norma de prueba que pretende solucionar un problema de colisión entre el documento privado donde se formaliza un acto y negocio con la escritura pública que después lo reconoce, sin establecer el alcance del tenor del reconocimiento Puede ser, al menos teóricamente, una sucinta identificación del acto o contrato, o una reproducción sustancial del título primordial. Si está claro que el acto o contrato son el mismo en los dos documentos, es obvio que una sucinta identificación, o una reproducción sustancial tienen que arrojar problemas muy distintos como pruebas documentales, pues no dan las mismas facilidades una u otra posibilidad para saber en qué han consistido los excesos u omisiones. En el 1218 del Proyecto de 1851 la exigencia de reproducción sustancial del acto o el contrato en la escritura pública facilitaba discriminar en este punto, y se pensaba como justificante

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del menor vigor probatorio de la escritura pública en un error, bien excediéndose, bien omitiendo. No así en el 1241 del Anteproyecto o en el 1224 actual, donde dicha exigencia no existe. Pero ahí no queda todo, el artículo 1218 tenía confesadamente el propósito de indicar que el único mecanismo de prueba era el título primordial, e indicaba las posibles excepciones. En el fondo latía la preocupación —el mismo García Goyena la manifiesta[30]— de que no pudiera ser habido tal título, y de que siendo muy antiguo podían los reconocimientos contener diferencias injustificadas del mismo: de ahí que la fiabilidad de los reconocimientos estaba confiada a que reprodujeran el título primordial, o estuvieran amparados por la prescripción. Claro estaba, pero no pertenecía al propósito central del precepto, que si intervenía la novación, *nula quaestio*: estábamos fuera del supuesto.

8. Debemos recalcar algo que diferencia, y mucho, el artículo 1218 Proyecto de 1851 del 1357 *Code*, y es que ciñe el supuesto a una colisión entre un título primordial de cuya cualidad documental, pública o privada, no dice nada. El Código civil francés carece de esa dimensión documental. Es título primordial frente a título recognoscitivo, sin que se predique la naturaleza pública o privada de ninguno de los dos. Como habrá de verse, este fue siempre el entendimiento del Código francés, en su versión antigua y la reformada en 2016, y el de algún epígono significativo como el *Codice civile* italiano de 1865, conservado en el *Codice* de 1942[31]. Ello nos obliga-

[30] "*Las escrituras de reconocimiento son más útiles y' frecuentes en materia de censos y prestaciones anuas u otros derechos perpetuos de cualquier especie: los títulos primordiales remontan por lo común a épocas muy lejanas, y están espuestos a desaparecer por mil accidentes: su misma antigüedad puede contribuir a ello, y para obviar este inconveniente se recurre las escrituras de reconocimiento*" (párrafo segundo del Comentario de García Goyena al 1218, transcrito en el texto).

[31] Reporto los textos, con alguna indicación mínima

FRANCIA

CODE CIVIL 1804

§ VI Des actes récognitifs et confirmatifs.

Article 1337

Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet.

Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial

CODE CIVIL., 2016

Article 1380

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

rá en su momento a ver a que cualidad documental se refiere la expresión "documento" en el 1224. Pospongamos esta aclaración para más adelante. De momento parece claro que el artículo 1224 ha consagrado una superioridad probatoria del documento privado (ya veremos si es a este único al que se refiere) sobre la escritura pública de carácter recognoscitivo que carece hoy, al menos en apariencia, de su justificación histórica, donde este carác-

---

Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 4

Section 1: La preuve par écrit (Articles 1363 à 1380) Sous-section 6: Les actes récognitifs (Article 1380)

L'acte récognitif ne dispense pas de la présentation du titre original sauf si sa teneur y est spécialement relatée.

Ce qu'il contient de plus ou de différent par rapport au titre original n'a pas d'effet.

ITALIA

CODICE CIVILE 1865:

& V Degli atti di ricognizione

Articolo 1340

L´atto di ricognizione o rinnovazione fa fede contro il debitore, i suoi eredi ed aventi causa se questi coll´esibizione del documento primitivo non dimostrano che é stato errore o ecceso nlla rigozniziones.

Tra piú atti di ricognizione prevale il posteriore di data.

CODICE CIVILE 1942:

Sezione VII

Degli atti di ricognizione o di rinnovazione

Art. 2720. (Efficacia probatoria).

L'atto di ricognizione o di rinnovazione fa piena prova delle dichiarazioni contenute nel documento originale, se non si dimostra, producendo quest'ultimo, che vi e' stato errore nella ricognizione o nella rinnovazione.

Como puede apreciarse, ni en Derecho francés ni en Derecho italiano, histórico o actual, los problemas de relación entre documento de reconocimiento y título primordial se colocan en la dimensión de la colisión entre documento privado. Esa es la única malhadada peculiaridad de nuestro artículo 1224, cuyo origen seguimos sin saber. Apunta Cordón Moreno, F. (*Comentarios al Codigo Civil y Compilaciones forales*, XVI, 2º, Madrid, 1981, pp. 169-171) que debemos su inspiración al 1340 del Códice de 1865, que se apartó de la tradición francesa, y configuró el acto de reconocimiento, como un reconocimiento en *forma comnuni*, siguiendo las trazas de Dumoulin y no las de Pothier. Esta apreciación no nos parece exacta, puesto que la eficacia del 1340 Códice 1865 va mucho más allá (hace fe el integro acto de reconocimiento, salvo prueba en contrario) de la pobrísima que da Dumoulin al reconocimiento en *forma comnuni,* Véase la nota 29 de este trabajo. Por otro lado, decir, como hace nuestro Código en el tantas veces citado 1224, que la escritura pública no prueba nada contra el documento privado no es de ninguna manera equivalente al "hacer fe" del íntegro contenido del *atto di ricognizione* del precepto italiano, aunque permita la prueba contraria con el título primordial. Que las cosas, histórica y actualmente sean muy distintas en Derecho francés, ligadas a la tradición del reconocimiento *en forma speciali*, no autoriza la ilación lógica que pretende Cordón con el 1340 Códice, y en todo caso no se ve su relación con el 1224 del Código Civil; entre otras cosas porque su texto no aclara cuál es la referencia exigible al documento privado que hace recognoscitiva la escritura, punto el más esencial de las cuestiones que plantea nuestro anómalo precepto. Al guardar silencio sobre este extremo, tanto se podría sostener que responde a la exigencia de relatar el contenido sustancialmente, como con una referencia. Trato esta cuestión en el texto.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ter recognoscitivo derivaba del contenido mismo del documento posterior, dado que este relataba sustancialmente el documento primordial, y por ello favorecía el tratamiento de exceso u omisión de esta, alegando el error. Al perder esta referencia, el artículo 1224 resulta, por muchas vueltas que se le den, un artículo anómalo, tanto por omitir la exigencia de contener el contenido sustancial, con lo que ello conlleva, como por identificar el documento recognoscitivo con una escritura pública, pues en puros principios, la potencia de la fe pública abonaría que cualquier exceso o defecto de la escritura siempre tendría carácter novatorio.

9. Pero no solo esta, en el camino se han perdido otras referencias, no poco importantes: la relación del artículo 1224 con la disciplina del error, y el valor y extensión de la escritura pública como medio de interrupción de la prescripción. Tampoco ha permanecido inalterada la referencia a la novación, como mecanismo de exclusión del supuesto carácter recognoscitivo. Intentaré una respuesta a estas tres cuestiones, a las que añadiré una cuarta, la utilización de la escritura recognoscitiva como instrumento de simulación y fraude, para finalmente resituar el propio precepto dentro de la nueva planta de la prueba documental operada por la LEC 2000.

VII. CIRCUNSCRIPCIÓN DEL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS CONTENIDOS EN EL 1224

1. Tipo del documento primordial

En primer lugar, y como hemos anunciado su referencia al documento, puede ser tanto a un documento público como a un documento privado. No cabe otra interpretación. Dice muy bien Rodríguez Adrados: "*El documento originario es denomina por el CC simplemente «documento», lo que pone de relieve que podrá ser público o privado; en general se tratará precisamente de un documento privado, ya que carecerá de utilidad el reconocimiento de una escritura pública, salvo que su matriz hubiera desaparecido, o cuando se trate de evitar la prescripción (cfr. arto 1647 CC*)"[32]. Pero deberíamos añadir que, cual se ha visto, el efecto interruptor de la

[32] *Op. cit*. p. 354.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

prescripción era una de las consecuencias que históricamente se anudaban al acto de reconocimiento, sin necesidad de que fuera escritura pública; y esta ausencia de necesidad sigue siendo la regla (artículo 1973. "*Y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*"), con lo que en este punto nada añade que el documento recognoscitivo sea una escritura. Por supuesto, estamos hablando de eficacia entre partes, herederos y causahabientes (ya veremos qué da de sí el 1224 en la eficacia frente a terceros en el proceso y en el tráfico).

Este aspecto de la exégesis del 1224 parece pacífico; pero más allá del tenor literal, aparecen nuevos problemas. El Código no regula el supuesto de que una escritura pública recognoscitiva se apartare por exceso u omisión de otra escritura pública: el artículo 1219 se refiere a la escritura que desvirtúa a otra, no que la reconoce. ¿El efecto del 1224 se aplica tanto en el caso de una escritura pública recognoscitiva de otra? No alcanzo a ver qué razones impedirían esta solución. Ni me parece que pueda ser otra cuando se trate de un documento privado recognoscitivo que se aparte por exceso u omisión de una escritura pública.

Cada vez más se nos va mostrando la inanidad de que el reconocimiento conste en escritura pública (siempre hablamos de la eficacia *inter partes*, y perdóneseme la insistencia, que solo pretende evitar malentendidos), con lo que en la práctica el problema de la colisión entre escritura pública y documento privado no existe, salvo que se hubiera optado porque la escritura, por la potencia de la fe pública, fuera siempre novatoria[33], lo que va en contra del texto mismo del 1224.

[33] Es la tesis de Núñez Lagos, desde el punto de vista de los principios indiscutible, pero el tenor literal del precepto juega en su contra, aparte de que lee equivocadamente los antecedentes históricos franceses, que no afirman que el reconocimiento *ex forma speciali* ni tampoco el reconocimiento *ex forma communi* fueran dispositivos: recuérdese la frase de Dumoulin, reportada por Pothier. *simplex titulus novus non est dispositorius,* a mi modo de ver sin que distinga entre *titulus novus ex forma speciali* del *titulus novus ex forma communi*. Rodríguez Adrados, A., *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, II, 1991, sub, ar. 1224, pp. 353-354, recoge su opinión, expresando también que González Palomino, J., está por la tesis contraria, y nos da cuenta de una suerte de posición intermedia De la Cámara, donde afirma que "*La primacía del convenio sobre la escritura, o de ésta sobre aquél* —dice sin embargo De la Cámara— *es algo que depende de la voluntad de las partes. Es lícito presumir, en tanto la escritura se aparta del contrato previamente perfeccionado, la voluntad de modificar lo inicialmente pactado. Pero esta presunción sólo puede valer como presunción* iuris tantum, *nunca como* presunción *iuris et de iure*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En última instancia, el único problema del 1224 es la relación del contenido del título primordial con el del reconocimiento, sea cual sea su forma documental. El Código, y sus antecedentes ha incluido una referencia a la escritura pública, no solo lejana de su modelo francés, expresamente invocado como tal, sino inútil y perturbadora.

2. Alguna precisión sobe el significado de "acto" o "contrato"

¿Están excluidos los actos *mortis causa*? A mí me parece que el único caso posible es el testamento ológrafo reconocido con exceso u omisión por la escritura pública. ¿Habría por qué considerar por sí misma expresión de la "voluntad verdaderamente última" del testador y en consecuencia revocatoria, o continuaría valiendo el citado testamento por el exceso u omisión de la escritura?

La respuesta no me parece clara, porque la dialéctica entre los dos documentos no se pone en los términos reconocimiento-novación (como es propio del 1224), sino entre reconocimiento-revocación; desde luego, estamos excluyendo que la escritura pública se haya otorgado con violencia, dolo o fraude; sabemos además, que el 1224 está recorrido por la doctrina del error, y este vicio de la voluntad presenta una peculiar problemática para las disposiciones testamentarias, admitiéndose solo de modos más genera-

En suma, De la Cámara dulcifica la tesis de Núñez Lagos de que la escritura es *per se* novatoria irrevocablemente, convirtiéndola en presuntamente novatorio *iuris tantum* el contenido de la escritura, lo que es ciertamente ingenioso para salvar la primacía de la fe pública, y se aproxima bastante a un modo de ver el problema en su dinámica: se alega el contenido de la escritura y la prueba contraria sería el documento privado, pero no hay tal valor presuntivo, sino solo valor recognoscitivo; no se trata de que el documento privado contraríe la fe pública, se trata de que esta no alcanza al documento privado, porque es ella misma, salvo en el exceso u omisión, puntos en los que el documento privado es preferido, lo que no es exactamente lo mismo ni tiene las mismas consecuencias. Personalmente opino que las opiniones de los tres grandes maestros son una suerte de prueba del nueve de lo anómalo que resulta el artículo 1224 si se le desancla de su supuesto histórico, y tenemos que navegar con esa anomalía. Rodríguez Adrados lo ha percibido perfectamente, y con extraordinaria agudeza y buen sentido dice "*No es imprescindible que el documento originario se incorpore a la escritura de reconocimiento, ni físicamente (elevación a escritura pública de documento privado), ni mediante traslado auténtico; tal incorporación, por otra parte, resolvería sin más los problemas con que enfrenta el artículo 1224*" *(ibídem*). Y también, decimos nosotros, se resolverían si se exigiera en el precepto que la escritura recogiera sustancialmente el documento privado, como históricamente se planteó el problema: y se debe decir que sustancialmente no significa literalmente, pero si reproductor de la entera voluntad dispositiva de las partes.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lizado para el error obstativo[34]. Por cierto, que cuando hablemos en general del error la producción de los excesos u omisiones del 1224 se habrá de dilucidar si estamos ante error vicio o error obstativo: si concluyéramos a favor de este, tal vez sería más fácil suponerlo aplicable a nuestro caso. No obstante, siempre he creído que las regulaciones del Código tienen su sede natural, y trasladar un precepto nacido bajo la rúbrica "De la prueba de las obligaciones" a la materia testamentaria aparece forzado; aunque no cabe olvidar que el problema que he planteado no tiene mimbres para su solución en dicha materia, y siempre se plantearía la cuestión de la aplicación analógica del 1224. En este *excursus*, tan lleno de incertidumbres, no me parece poder adoptar conclusión alguna, que requeriría unas profundizaciones importantes, laterales al objeto principal de este trabajo.

3. Contenido del reconocimiento y tenor del documento primordial

Queda visto que este es el punto central de los problemas. Si la escritura pública no puede ser referida a dicho documento en manera alguna, viene a menos el propio supuesto de hecho. En efecto, en el caso de que todo lo que tengamos sea la constancia histórica de la existencia de un documento privado en el que se consigna un determinado acto o contrato, pero si la escritura pública subsiguiente, se refiere al mismo acto o contrato, pero no manifiesta guardar relación con aquel documento, no hay más remedio que considerarla una regulación *ex novo* (la historia del acto o contrato comienza con ella) o, si se quiere, es novatoria, con novación extintiva, y ello tanto si difiere como si es idéntico su contenido al del documento privado. La primitiva reglamentación histórica ha venido sustituida íntegramente por la contenida en la escritura.

Lo que sucede es que esta forma de ver las cosas no es más que una solución mediante la negación del problema. Sí, porque este es, y así nació históricamente, no el de un documento que niegue absolutamente al otro, sino una colisión por exceso u omisión del segundo, sin que aquello en que coincidan dejen de tener valor uno y otro a pesar de su identidad. No, la

[34] Información suficiente en Valpuesta Fernández, R., *Código Civil Comentado*, III, Cizur Menor, 2011, sub. art. 1266, con poderosa visión de conjunto, pp. 645-650.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuestión del 1224 es si el exceso u omisión de la escritura se integran en lo que ya establecía el documento privado; y si es así, discriminar aquel exceso u omisión son necesariamente novación modificativa del acto o contrato contenido en este último; o, por el contrario, no se integran, y prevalece en su propio tenor el documento privado, y la escritura vale solo en la medida que es recognoscitiva de este, descontándole todo valor probatorio del exceso u omisión, debiéndose estar al dicho documento[35].

Así, el *quid* de la cuestión está en definir qué tipo de relación, pues necesario es que guarde alguna, ha de tener la escritura pública que después documente, con exceso u omisión, el acto o contrato contenido en el instrumento privado. La posición de la jurisprudencia en este punto no es del todo clara, aunque parece optar por la laxitud:

> "*El art. 1224 CC hace, pues, referencia a la escritura recognoscitiva y para que nos encontremos dentro de su ámbito de aplicación requiere que se reseñe en la propia escritura el documento originario, ya que como señaló la Sentencia de esta Sala de 17 de julio de 1984, su carácter meramente recognoscitivo o confesorio (con exclusión de toda eficacia novatoria) exige al menos una referencia al acto o contrato inicial: «el citado precepto contempla un reconocimiento que no es sino confesión y así, habrá de tener, para suministrar aquel supuesto, un contenido estrictamente confesorio que exige al menos una referencia al acto o contrato primordial, requisito que no concurre cuando la escritura pública posterior "presenta el contrato que solemniza como autónomo y desligado de cualquier otro preexistente, que es silenciado absolutamente*»[36]".

Con independencia de la problemática equiparación (salvo que sea mera comodidad lingüística) entre reconocimiento y confesión[37] exigir solamente "al menos una referencia" (y sin aclarar cuando la referencia es suficiente)

[35] Lo que hay que lamentar, desde el punto de vista de los principios, como una degradación de la fe pública, camino que ya hemos visto ha emprendido la LEC 2000.

[36] Palabras de una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2020.

[37] Laurent ya advertía que, aunque próximos en el fondo, *aveu* y *acte de reconnaisance* no son lo mismo, *op, cit.*, pp. 419-420. En la doctrina española que se ocupa del 1224 es casi unánime insistir en el carácter confesorio de la escritura. Pero la escritura es un documento público y como tal documento se produce en juicio (artículo 318 LEC 2000) y como documental tendrá la fuerza probatoria del artículo 319 de la misma Ley. Sería en todo caso confesión extrajudicial, categoría que no sé si conserva sentido tras la desaparición del artículo 1239 de la LEC 1881.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

puede colocarnos ante problemas de muy difícil solución. Pensemos que la referencia aunque identifique las partes, el acto o contrato, y sus elementos esenciales, si no reproduce sustancialmente todo lo pactado puede hacer imposible concretar el "exceso" o la "omisión", salvo que se aporte el título primordial, lo que puede ser imposible por pérdida o destrucción. La historia francesa de los actos recognoscitivos nos alecciona que la exigencia de en ellos estuviera "specialement relateé" el título primordial tenía mucho que ver con su posibilidad de pérdida[38], por ser antiguos en muchos casos. Y no solo historia francesa. Traemos a texto la expresiva frase de García Goyena, ya antes reportada en nota: "*Las escrituras de reconocimiento son más útiles y frecuentes en materia de censos y prestaciones anuas u otros derechos perpetuos de cualquier especie: los títulos primordiales remontan por lo común a épocas muy lejanas, y están expuestos a desaparecer por mil accidentes: su misma antigüedad puede contribuir a ello, y para obviar este inconveniente se recurre a las escrituras de reconocimiento*".

Como ha quedado bien claro desde García Goyena hasta el actual texto (ahora 1380) del Código Civil francés, tras la reforma de 2016, la exigencia de que el reconocimiento contenga sustancialmente (aunque no sea necesaria la literalidad) el tenor del título primordial facilitaba una seguridad interpretativa, y daba pleno sentido al precepto. La pregunta es, ¿hay algún obstáculo en el 1224 para se aplique bajo esa premisa? Desde luego, desde el texto ninguna; si la jurisprudencia se orientara en esa dirección, lo que es perfectamente posible, se ahorraría y nos ahorraría una gran cantidad de

[38] Laurent, *op. cit.*, pp. 412-413, nos traslada las muy expresivas palabras de Jaubert, en su relación al Tribunado: *Si les parties intéressées conservaient les titres primitifs, il serait tout à fait inutile d'en dresser une reconnaissance. Mais, dit Jaubert, le rapporteur du Tribunat, "on sait ce qui se passe dans les familles. Il y en a tant où les titres ne se conservent pas. Les partages, les absences, les déplacements de papiers, les accidents qui arrivent chez les notaires, tout cela peut empêcher qu'on ne retrouve ni la minute de l'acte, ni son expédition. C'est en vue de ces chances de perte ou de destruction que les parties dressent un acte récognitif, quand le titre primordial existe encore, ou qu'elles y suppléent, quand il a péri"*.

Al paso, diremos que por ser antiguos los títulos primordiales se les reconocía tanta importancia a los recognoscitivos a efectos de la prescripción, aspecto muy subrayado por los comentaristas franceses (véase nota 27), aunque con buen criterio alguno repudiaba esa herencia de Pothier, pues bastaba con las normas comunes sobre la prescripción. Por cierto, que la exigencia de que el título primordial esté *specialment relateé* es el dicho literal del 1380 del Code, 212 años después de la regulación original en el artículo 1337.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

problemas, como se comprobará seguidamente al considerar otros aspectos del tantas veces citado 1224.

4. El contenido de "exceso" u "omisión"

A mi modo de ver, dichos excesos u omisiones, el artículo 1224 los piensa como extremos de contenido dispositivo, y deja como problema el tratamiento de las llamadas declaraciones enunciativas. Como es suficientemente conocido, por tales se deben entender aquellas declaraciones que no constituyen el objeto del acto jurídico, en que las partes relatan en forma simplemente enunciativa hechos o actos jurídicos anteriores (por ejemplo, el vendedor dice que el inmueble que vende lo adquirió de una cierta persona). El valor probatorio de la verdad de las declaraciones contenidas en una escritura pública debe entenderse en referencia solamente a las declaraciones dispositivas. Solo estas hacen plena fe entre las partes y respecto de terceros. En consecuencia, las discordancias entre declaraciones enunciativas contenidas en el documento privado y la escritura pública son irrelevantes en principio para el sentido y alcance de lo dispuesto en el 1224. En todo caso, las declaraciones enunciativas hay que tratarles como propias solo del que las emite, y si, eventualmente, pueden tener de consecuencias jurídicas, lo tengan solo para él. Las declaraciones enunciativas no pertenecen al conjunto de deberes y obligaciones que el acto contrato genere entre las partes.

Pero, acaso, las cosas no son tan simples[39]. Puede suceder que la contraparte de quien ha emitido las declaraciones enunciativas quiera valerse de ellas para algún propósito, y ello plantea dos cuestiones. La primera es determinar cuándo ese propósito esté sustentado por un interés legítimo, y supuesto este, cuáles serían las condiciones en que se podría hacer valer. Puede servirnos de referencia el Códice 1865, artículo 1318[40], que se ha ocupado de la cuestión:

[39] Un amplísimo tratamiento de las declaraciones enunciativas, en lía general en el mismo sentido que se indica en el texto en LAURENT, *op. cit.*, pp. 175-192, pero cuya exposición y análisis detallado no está al alcance de este trabajo.

[40] Articolo 1318 "*Tanto l´atto pubblico quanto la scrittura privata fanno prova anche de quelle cose, le quali nosn son state espresse che in modo enunciativo, purché l´enunciativa abbia un rapporto diretto colla disposizione. L'enunciative estrannee alla disposizione non possono servire che per un principio di prova*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "*Tanto la escritura pública como el documento privado hacen prueba incluso de las que hayan sido expresadas en forma enunciativa, con tal que la enunciación tenga una relación directa con su contenido dispositivo.*
>
> *Las declaraciones enunciativas extrañas al contenido dispositivo non pueden servir más que como principio de prueba*".

Me parece que la solución del primer párrafo[41] es correcta: lo enunciativo puede acabar teniendo efectos sobre lo dispositivo, y declaración son de una parte en el acto o contrato sometidas ambos en su totalidad al canon hermenéutico de la totalidad (artículo 1285 del Código Civil) con lo que ello trae consigo, siempre dentro del marco de las normas interpretativas generales (artículos 1281-1289).

Sin embargo, creo que se debe hacer una distinción: las declaraciones enunciativas que procedan de las dos partes no plantean problemas y tendrán la poca o mucha validez, la nula o abundante utilidad que resulte de interpretación de la común voluntad, de acuerdo con aquellas reglas generales. El conflicto se plantea cuando la declaración enunciativa procede de una sola parte, y la contraparte, y siempre partiendo de que tenga reflejo directo en el contenido dispositivo, pretenda hacerlas valer; no creo que esa posibilidad le pueda ser negada, pero con aplicación de los artículos 1228 y 1229 del Código Civil, sea directa o analógicamente, que en última instancia suponen que el que quiera aprovechar esas declaraciones las que tiene que considerar indivisibles, y le afectan tanto para lo favorable como para lo desfavorable.

5. La novación como supuesto de exclusión del efecto del 1224

En la tradición histórica de las codificaciones analizadas (francesa, italiana, española) en las relaciones entre título primordial y acto recognoscitivo, aparecía siempre una referencia a la novación, encaminada a negar el efecto de mero reconocimiento y consagrar los excesos y omisiones (digámoslo con la terminología de nuestro Código) como *novae obligationes.* Presencia

La traducción en el texto es mía, con alguna licencia, en aras de la claridad.

[41] Lo dispuesto en el segundo, en cuanto trata de declaraciones extrañas a la disposición se manifiestan, si es el caso, en cuestiones alejadas de nuestro tema, al menos en principio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de la novación que se concebía como una suerte de excepción a la aplicación de la regla de la prevalencia del título primordial.

Creo que lo interesante es poner de relieve que el exceso u omisión contra el que nada prueba la escritura —siendo relevante (porque del dicho legal se deduce su relevancia: si no fuera así, ninguna razón de existir tendría el propio 1224)—, no puede ser novatorio en todo caso, pues de serlo, el artículo se quedaría sin supuesto de aplicación. Según yo lo veo, un exceso u omisión dispositivo (o enunciativo, en las condiciones expuestas) que no deje sin campo de juego al precepto solo es posible si estamos ante lo que el Código llama modificación de las obligaciones, o si se quiere, con terminología harto discutida e impropia[42] novación modificativa".

El artículo 1224 plantea la convivencia entre la escritura y el documento, aunque las colisiones se fallen a favor de este, y por ello no deja de mantener viva la regulación *idéntica* contenida en una y otro, lo que no es indiferente porque la documentada en la escritura es la única que tiene fuerza frente a terceros *por sí misma*, en los términos del artículo 1218 del Código Civil. Con esta premisa podemos aclarar un problema de orden exegético, el de que la novación que cambia la supuesta cualidad de "recognoscitiva" a "dispositiva", debe en los términos del precepto "constar expresamente". Con lo dicho es claro que ese ese "constar expresamente" no se refiere ni a la declaración terminante del artículo 1204 ni tampoco, también a tenor del mismo, a que la nueva obligación consignada en escritura sea de todo punto incompatible con la anterior. En términos simples, el 1204 se refiere a la novación extintiva, y si nos encontramos ante la novación extintiva, el artículo 1224 no es de aplicación: extinguidas las obligaciones del acto o contrato documentado privadamente han dejado de existir, solo quedan vivas las consignadas en la escritura.

La convivencia entre documento privado y escritura y, por consiguiente, la aplicación del artículo 1224 del Código Civil, presupone una de estas tres cosas: irrelevancia jurídica del exceso y omisión, no formar parte ni de la

[42] Gete-Alonso Calera, C., analiza muy recientemente esta cuestión, con acierto y riqueza de fuentes y perspectiva de futuro, "La novación y modificación del contrato: evolución y configuración actual", en *Estudios de Derecho de Contratos*, Morales Moreno, A. M. (dir.), Blanco Martínez, E. V. (coord.), II, Madrid, 2022, pp. 413-434.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

voluntad, ni del objeto, ni de la causa del acto o contrato, o una novación modificativa, y es con respecto a esta que hay que ver que significa "constar expresamente".

En el contexto descrito, pienso que acierta RODRÍGUEZ ADRADOS[43] cuando dice que "*la excepción*[a la aplicación del 1224] *se consigna en las palabras finales del precepto: «a menos que conste expresamente la novación del primero»; el contenido de la escritura ha dejado, pues, de ser meramente confesorio y pasa a ser parcialmente dispositivo; y por constituir la excepción, la intención novatoria tiene que resultar clara, sin que quiera decir otra cosa el adverbio «expresamente» que utiliza el artículo*". La mayor facilidad de apreciación de la novación modificativa frente a la extintiva, y precisamente en sede de aplicación del 1224, es también criterio jurisprudencial. La anteriormente citada sentencia[44] lo dice expresamente, con abundante cita de precedentes:

> "*La jurisprudencia de esta Sala, siguiendo el texto legal (art. 1203 CC), ha considerado que para que se aprecie la novación modificativa, no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el art. 1204 CC (SSTS de 11 de julio de 1985) y 26 de enero de 1988), y las allí citadas), pues, como señala esta última, para estimar una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla (*vid. *sentencia 28/2015, de 11 de febrero). Resulta ello coherente con la menor intensidad de los efectos de la novación modificativa, en la que la* prior obligatio *subsiste, si bien afectada por la modificación, lo que implica el mantenimiento no sólo del vínculo principal sino también la conservación de su antigüedad y las garantías accesorias*".

El último párrafo de la sentencia introduce un dicho (para la decisión del concreto caso *obiter*, pero con un cierto tono general: convendría no

[43] *Op. ult. cit.*, p. 355. Da la sensación de que considera la novación modificativa como una posibilidad, que yo creo la única admisible, si el 1224 sigue teniendo aplicación. Es más, a tan ilustre auscultador del 1224 no pasa desapercibido el hecho de que la escritura novatoria es "parcialmente dispositiva", y una novación parcial, que por serlo deja viva en gran medida la *prior obligatio*, no puede ser más que modificativa. Hago esta puntualización, que tal vez estaba en la mente del autor, porque me parece que puede tener alguna importancia para lo que inmediatamente se dice en el texto¨.

[44] STS (Civil), 8 junio 2020, ya citada.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

olvidar que los *obiter dicta* pueden no ser útiles a los efectos de identificar sentencias para formular la casación, pero que pueden explicar tendencias consolidadas de ver los problemas por el Tribunal Supremo) sobre los efectos para los terceros de la novación modificativa, que no supone cambio de la antigüedad del vínculo ni extinción de las garantías accesorias.

Convenimos sin esfuerzo en lo relativo a la antigüedad del vínculo, pero no en lo segundo. Rodríguez Adrados, apoyándose en De la Cámara, nos dice que *l*a novación podrá ser simplemente modificativa, pero respecto a los terceros (fiadores, avalistas, etc.) "*debe presumirse el efecto novatorio siempre que la modificación, en algún sentido, haga más gravosas las condiciones de la obligación, y aumente, por tanto, su responsabilidad*" (Cámara, RDN 1972, p. 315)[45]. Desde luego que los terceros (avalistas, fiadores) que resulten afectados en el sentido de que las modificaciones o excesos sin su consentimiento agraven su responsabilidad, no deben padecer tal agravamiento es claro, pero para ello no parece útil recurrir a diferenciar entre modificación extintiva o modificativa, sino creo que hay recurrir a principios que se extraerían con facilidad de otras normas como el 1851 del Código Civil que predica para un caso de agravamiento (lo es la prórroga del plazo para cumplir, que por cierto sería un exceso típico de los que habla el 1224) la extinción de la fianza, aunque parece preferible, no la extinción sino la reducción de la responsabilidad del fiador a su obligación primitiva, aplicando el artículo 1826, también de la fianza. La cuestión resulta muy discutible, y bastante compleja de resolver[46], y exigiría un estudio lateral a este, el de la fianza *in duriorem causam*, estudio que desde luego no es solo el de la relación con la novación de la obligación garantizada, y que no se puede cumplir con una mínima solvencia dentro de este estudio: a nuestro propósito basta con señalar las dos posibles soluciones, creemos.

[45] *Op. et. loc. ult. cit.*

[46] Información suficiente a nuestro efecto en Guilarte Zapatero, V, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, *sub.* art. 1826 (pp. 1792-1794), y *sub*. art. 1851 (pp.1849-1851); y más reciente en Reyes López, M. J., *Código Civil comentado*, IV, Cizur Menor, 2011, *sub*. art. 1826 (pp. 1172-1176) y *sub*. Art. 1851 (pp. 1248-1252).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

VIII. ERROR, SIMULACIÓN Y FRAUDE EN LA ESCRITURA RECOGNOSCITIVA

1. Error y escritura recognoscitiva

El artículo 1224 habla de "exceso" u "omisión" en la escritura pública. En el Code, y en la formulación de García Goyena, la cuestión se resolvía en un error en el tenor del documento recognoscitivo, subsanable mediante un cotejo en el que se manifestara la verdad recogida en el título primordial. Ello era perfectamente factible desde el instante en que el documento recognoscitivo debía contener "sustancialmente" aquel título. Que ello era caso de error lo afirmaba la doctrina francesa, y el propio García Goyena lo pone de manifiesto, citando a Rogron[47] discrepe sobre un punto concreto de lo afirmado por este. Empero, surge una cuestión que demuestra, una vez más, lo peligroso que es para esta cuestión, hacer planteamientos simplistas. ¿Nos estamos moviendo en el terreno de la pura valoración en el proceso de dos documentos contradictorios, o en una impugnación por error en sentido sustancial? En el texto de García Goyena se habla de causa de nulidad, luego es esta la perspectiva que adopta, y el cotejo el medio para constatar la nulidad. Ahora bien, ello nos pone de frente a algún problema, que en la práctica y con la redacción del Proyecto de 1851, tal vez resultaba fácilmente soluble, pero con el 1224, no tanto.

Situémonos ante este último precepto. Si se trata de un error, en el que se expresa lo contrario a lo que ya tenemos declarado, estaríamos más cercanos al error obstativo (que el Código no conoce, salvo que se le quiera ver en el error de cuenta —párrafo tercero del artículo 1266 del Código Civil— que al error vicio. Es inútil traer aquí a colación las dificultades de distinción entre uno y otro, si esa distinción realmente existe. Dispénseme, pues, por escribir en términos muy simples, pero no creo necesarios otros. Si se trata de error obstativo, según la doctrina más asentada, la consecuencia sería la nulidad; si se trata de error vicio, la anulabilidad[48]. Si optáramos

[47] Anteriormente transcrito en nota 26.

[48] Me sea permitido enviar a mi trabajo «Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales», en *Estudios de Derecho de Contrato*s, cit, Madrid, 2022, II. pp. 575-548.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por lo segundo, el plazo para la impugnación por error serviría de límite a la pretensión de quien quisiera hacer lo consignado en la escritura. En consecuencia, y aunque en alguna ocasión pueda acaecer que el exceso u omisión de la escritura se debe a error vicio, me parece que, si en términos de error hay que seguir razonando, el supuesto normal[49] del 1224 será el error obstativo, un error en la declaración que redunda en exceso u omisión en la escritura.

De todos modos, hay que tener en cuenta que si el primitivo 1337 del Code, el 1218 del Proyecto de García Goyena y el 1340 del Codice Civile 1865 hablaba de error, esa referencia se ha perdido, tanto en las nuevas regulaciones francesa (nuevo artículo 1380, año de este que resulten del 2016) e italiana (2720 Codice Civile 1942), y por supuesto en nuestro 1224. Tanto en Derecho francés como en Derecho italiano, aunque con estructuras distintas como ya he apuntado, todo viene a reducirse a la confrontación entre el documento del acto de reconocimiento y el llamado título primordial. Si este es auténtico, prevalecerán los términos de este que resulten del cotejo. Este es también el sistema español, aun con los graves inconvenientes de ejecución del cotejo, si la escritura no contenía sustancialmente el título primordial, pues abre con fuerza la posibilidad de que a quien interese el mantenimiento de los términos de esta, pretenda el carácter novatorio del mismo[50]. Obsérvese que en las nuevas regulaciones francesas e italiana ha desaparecido la referencia expresa a la novación, aunque desde luego ello no significa que no pueda esgrimirse; pero, en suma, dejan reducida la cuestión es la confrontación de dos documentos, el recognoscitivo y el primordial, aunque hay un mecanismo propio de la prueba legal, la prevalencia del título primordial. De esta forma, y como supuesto más general, estamos ante una cuestión de apreciación y comprobación de la prueba documental. En cambio, el artículo 1224 se queda en tierra de nadie: o se exige que el título primordial esté contenido en la escritura, lo que abriría la puerta a la solución francesa, o se presume *iuris tantum* que el acto o contrato reconocido es el que hace fe, pero consiente la prueba contraria, lo que abriría la puerta a la solución italiana. Ambas tienen mucha mayor consistencia

[49] Estimabilísimo canon para el análisis jurídico. *Vid*. Bigiavi, W., "Normalitá e anormalitá nella costruzione giuridica", en *Rivista di diritto civile*, 1968, I, pp. 518-536.

[50] O incluso la propia inexistencia de ningún exceso u omisión.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que la regla del 1224, sobre todo si se entiende, como hace la jurisprudencia, que basta una mera referencia al título primordial. Aunque no cabe la menor duda de que es exacta la afirmación antes reportada de RODRÍGUEZ ADRADOS[51] de que todo es mucho más fácil a la hora de aplicar el 1224 si la escritura contuviese el título primordial, a la vista de todo lo que llevamos expuesto, tal vez convendría que ese contenido se convirtiese en exigencia, no en mera posibilidad, con lo que algo del primitivo sentido del artículo 1224 se recuperaría. Tal operación interpretativa es perfectamente posible con el texto del 1224. De paso se atenuaría la grave disonancia de este con la mucho más trabada técnicamente regulación de la colisión entre escrituras públicas contenida en los artículos 1219, 1220 y 1221 del Código Civil; y, sobre todo, proporcionaría una base de que los Tribunales resolvieran el conflicto cuando el título primordial haya desaparecido, y no sea aplicable el 1222, lo que puede ser muy frecuente, pues la inmensa mayor parte de los documentos privados no se inscriben en los Registros públicos. Como poco, esa constancia ayudaría, al menos como principio de prueba por escrito, a la sana crítica en la valoración de la prueba testifical (artículo 376 LEC), si a ello hubiera que haber recurrido para probar los términos del acto o contrato contenidos en un documento primordial desaparecido.

2. Simulación y escritura recognoscitiva

El exceso u omisión puede haber respondido no a un error, sino al deliberado propósito de disimular con uno, otro o ambos, extremos contenidos en el título primordial. Es bastante usual que las partes declaren en la escritura un precio o condiciones del acto o contrato (frecuentemente, una compraventa), distintas a las consignadas en aquel título. En la lógica del artículo 1224, que no soporta la novación, como hemos explicado antes, esa simu-

[51] *Vid*. nota. Seguramente, tiene razón el mismo autor cuando afirma (*op. et. loc. ul. cit.*): *"Basta, por tanto, a la parte o al tercero a quien se intente oponer la escritura de reconocimiento, alegar y probar la discordancia entre ésta y el documento originario; la mera discordancia, sin entrar en el error, falsedad o, en general, causa de tal discordancia"*. Si la escritura contuviese el título primordial es llano que la prueba de la discordancia discurre como RODRÍGUEZ ADRADOS cuenta; si lo que contiene es una mera referencia de aquel, no se puede excluir que haya que alegar y probar la discordancia, invocando el error, la falsedad o cualquier causa que la justifique.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lación no puede ser otra que la simulación relativa. En nuestro Derecho[52], y sin entrar en mayores profundizaciones, el negocio disimulado que no tenga un propósito ilícito (en el sentido de ilicitud de la causa de la obligación, artículo 1276 del Código Civil) no es inválido; sí lo es la apariencia negocial simulada, nula por no responder a una voluntad real. Con esta premisa, nada impide el valor entre las partes de lo consignado en el documento antes de la escritura, sin perjuicio de los problemas de otro tipo antes puestos de manifiesto.

Sin embargo, se pueden plantear problemas en relación con los terceros, sobre todo cuando las estipulaciones de la escritura supongan, en comparación con las consignadas en el título primordial, perjuicio para los terceros. Pensemos en la Hacienda Pública, que puede ver disminuidos sus ingresos, ante una falsa arquitectura civil que evita otra más gravosa y correcta desde el punto de vista tributario; pensemos en un tercero privado, acreedor de una de las partes, al que los términos de la escritura perjudique. Esto viene a significar que todos los terceros están legitimados para ejercer las acciones contra la simulación y el fraude derivadas del artículo 125 y 1290,3º del Código Civil, y cualesquiera que al mismo objeto se les reconozca en el Ordenamiento. Es claro que lograr traer a juicio el título primordial no es tarea fácil, pues la exigencia de exhibición del título primordial, que se debe canalizar a través de los artículos 328 y 329, y eventualmente el 330 de la LEC, requiere disponer de una copia de aquel, o un conocimiento lo más exacto posible de su contenido, lo que en muchos casos será prácticamente imposible.

IX. UNAS CONCLUSIONES FINALES

1. En el terreno procesal, la colisión documental que, desafortunadamente contiene el 1224, hay que entenderla hoy bastante atenuada por las normas sobre la prueba documental y su valoración en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. En concreto, y en el ámbito del juicio, hay que considerar derogado el artículo 1225. En cuanto al 1227 del Código Civil, es también inaplicable en dicho ámbito.

[52] Ilustración breve, pero suficiente al presente empeño, creo, en López y López, A. M., *Código Civil Comentado*, Cizur Menor, 2011, III, *sub*. art. 1276, pp. 678-682.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2. Evitaría muchos problemas que la jurisprudencia cambiase de criterio y exigiera no una mera referencia, sino una sustancial relación del título primordial en la escritura recognoscitiva.

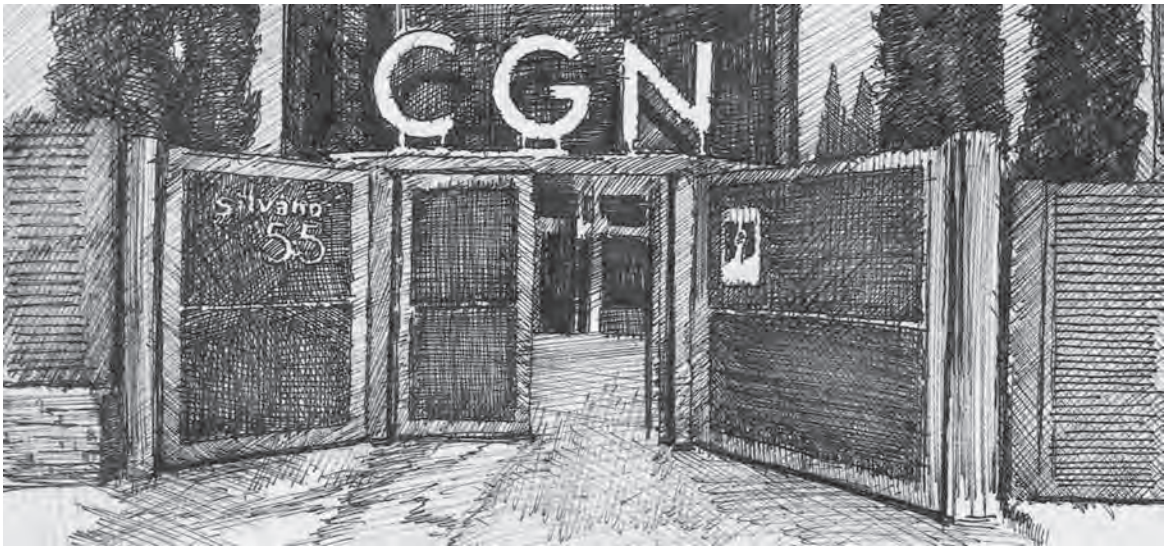
3. El exceso u omisión en la escritura pública puede deberse a error normalmente obstativo (aunque no se puede descartar totalmente el error vicio), simulación o fraude, con aplicación de los respectivos regímenes.

4. La referencia a la novación del 1224 solo es entendible como novación modificativa.

5. El vigor del 1224 en el tráfico es, para la escritura pública, el que resulta del 1218, siempre a salvo lo que pudiere resultar que fuera instrumento de simulación o fraude; para el documento privado, título primordial, el que se dedujere de los mecanismos de protección del tercero, en función de los principios de autorresponsabilidad y protección de la confianza, con el añadido, en su caso, de lo dispuesto para la fecha en el artículo 1227 del Código Civil.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Derecho notarial



ESTUDIOS DOCTRINALES

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ASPECTOS NOTARIALES DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES

NOTARY ASPECTS OF LAW 17/2021, OF DECEMBER 15, AMENDING THE CIVIL CODE, THE MORTGAGE LAW AND THE LAW OF CIVIL PROCEDURE, ON THE LEGAL REGIME OF ANIMALS

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo hacer un breve comentario a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, vigente desde el 5 de enero de 2022, en el que, junto a sus aspectos generales, se destacan los asuntos que más pueden afectar a la función notarial, en cuanto mecanismo de justicia preventiva de conflictos y de fraudes a la ley, en materias tan importantes como las garantías del crédito (hipoteca, prenda...), en sede sucesoria, así como en caso de crisis familiares, de mutuo acuerdo y sin hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, que se pretendan homologar por la vía notarial.

Palabras clave: Personas, cosas y animales, Crisis familiares, Convenio regulador, Homologación notarial, Hipoteca y Prenda.

Abstract: The objective of this work is to make a brief comment on Law 17/2021, of December 15, modifying the Civil Code, the Mortgage Law and the Law of Civil Procedure, on the legal regime of animals, in force since 5 of January 2022, in which, together with its general aspects, the issues that can most affect the notarial function are highlighted, as a preventive justice mechanism for con-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

flicts and fraud of the law, in matters as important as guarantees of the credit (mortgage, pledge,...), in succession, as well as in case of family crises, by mutual agreement and without minor children, who intend to homologate by notarial means.

Keywords: People, Things and animals, Family crises, Regulatory agreement, Notarial approval, Mortgage and Pledge.

SUMARIO

I. GESTACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES, COMO GÉNESIS DE UN NUEVO DERECHO CIVIL PARA LOS ANIMALES

II. LA LEY 17/2021, DE 15 DICIEMBRE, SOBRE ANIMALES, COMO OBLIGADA RESPUESTA A NUESTRO DERECHO COMUNITARIO Y AUTONÓMICO

1. Adecuación de la ley española al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a —la necesaria protección del bienestar del animal como ser vivo sensible—, consagrada como nuevo principio general del Derecho
2. Inspiración de la Ley española en algunos Códigos europeos, aunque con olvido de nuestro Derecho autonómico

III. ENTRE PERSONAS Y COSAS: LA CONSIDERACIÓN DE LOS ANIMALES EN LA LEY 17/2021 COMO BIENES —AUNQUE SINGULARES— SOMETIDOS SUPLETORIAMENTE AL RÉGIMEN JURÍDICO DE BIENES, Y LA IMPORTANTE FUNCIÓN PREVENTIVA DEL NOTARIADO EN TAL APLICACIÓN SUBSIDIARIA

1. Ante todo, la posición prudente de la Ley española, exenta de radicalismos extremos
2. La "falsa salida" de los animales como inmuebles por destinación en el "nuevo" art. 334 CC, y la posible "salida en falso" de los animales como bienes muebles en el "nuevo" art. 346 CC
3. Repercusión práctica de la consideración del animal como bien singular, y la importante función preventiva del notariado

IV. Y EL TEMA "ESTRELLA" DE LA REFORMA: CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DOMÉSTICOS EN CASO DE ACUERDO, Y SU POSIBLE HOMOLOGACIÓN NOTARIAL

1. La disparidad de criterios habidos en los tribunales españoles antes de la reforma legislativa sobre animales
2. Y las dudas que suscita su "solución" en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico del animal
3. El bienestar del animal como norma y principio de Orden Público a controlar por el notario en la posible homologación del acuerdo: contenido y alcance
4. Contenido y régimen de los acuerdos sobre tenencia y atribución de animales domésticos contenidos en los convenios reguladores de separación o de divorcio, o en los de ruptura de una pareja no casada, homologados notarialmente: algunos consejos prácticos para su redacción

V. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Aprobada y en vigor recientemente, desde el 5 de enero pasado, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, el autor del presente trabajo, que ya viene desde hace un tiempo trabajando sobre el tema animal y sobre las diversas propuestas legislativas habidas al respecto[1], realiza un recorrido general sobre la Ley vigente, glosando algunas de sus novedades más importantes, y haciendo especial hincapié, en esta ocasión, en los aspectos que más pueden incidir en la función pública notarial.

Puede que esta llamada de atención al notariado en el tema animal sorprenda, incluso que parezca trivial, hasta frívolo. Mas no siempre es cierto aquel fragmento contenido en el Digesto del Emperador Justiniano que decía: *De minimis non curat praetor* ("de lo mínimo no se ocupa el pretor", el juez —o refirámoslo hoy al notario—), o en otra variante referida a la ley (*de minimis non curat lex*), para decirse que esta tampoco se ocupa de lo mínimo, de lo intrascendente. Pues, ¿qué es lo mínimo o lo intrascendente para el Derecho? Triviales o frívolas somos, rectamente, las personas, o el

[1] Así, en temas concretos, como en *Crisis familiares y animales domésticos*, dentro de la colección "Animales y Derecho", de la editorial Reus, Madrid, 2019 (de la que su autor ha publicado ya una 2ª edición en 2022); *Tenencia de animales domésticos en pisos o casas en régimen de comunidad,* dentro también de la colección "Animales y Derecho", de la editorial Reus, Madrid, 2021; «Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11/2 (2020), pp. 17-29. También ha realizado reflexiones generales sobre la cuestión animal, como en su artículo «Entre personas y cosas: animales y robots», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 14, febrero 2021, pp. 14-53; y también un primer estudio crítico sobre la última proposición de ley habida sobre el tema, y que finalmente es la ley vigente, en «¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 12/2 (2021), pp. 2447. Así mismo, ha dirigido una obra colectiva comentando la vigente Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico del animal, titulada: *Un nuevo Derecho Civil para los animales,* también publicada en la editorial Reus, en 2022. De todos estos trabajos se nutre, naturalmente, el presente trabajo sobre la Ley 17/2021.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

modo en que tratamos los temas. Pero el Derecho no puede quedar al margen de un asunto, como el que aquí trataremos, que en los últimos años ha sido recurrente en nuestros tribunales, especialmente ante las crisis familiares donde la pareja se disputa la tenencia de la mascota), y que, por ello, finalmente la propia Ley ha venido a abordar.

Veámoslo.

I. GESTACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES, COMO GÉNESIS DE UN NUEVO DERECHO CIVIL PARA LOS ANIMALES

Por iniciativa de los Grupos parlamentarios del PSOE y —al principio— de Unidas Podemos, fue presentada, no hace mucho, una nueva Proposición de reforma legislativa en materia de animales (publicada en el BOCG de 26 de marzo de 2021), que afectaba a normas tan importantes como el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria. Una propuesta de reforma que el día 20 de abril del mismo año fue aceptada por el Parlamento para su tramitación (aunque tres días más tarde el Grupo podemista retirase su firma de la iniciativa).

Aunque esperada desde hace tiempo, no resultaba ser muy novedosa u original en su contenido; sí lo era, por supuesto, respecto al régimen antes vigente sobre animales en aquellas normas mencionadas (de hasta revolucionaria cabría tildar la reforma propuesta). No era la primera vez que tal proposición se había llevado a cabo en los últimos tiempos. Ya hubo una anterior, presentada por iniciativa del PP (publicada en el BOCG de 7 de septiembre de 2020[2]), y, tiempo antes, hubo otra propuesta de reforma, auspiciada también por el PP, en octubre de 2017, que, admitida a trámite y debatida, llegó incluso a ser consensuada por todos los grupos parlamentarios

[2] Que puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-99-1.PDF#page=1

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

(¡quién lo iba a decir!)[3], aunque, finalmente, resultó malograda, caducada, por los conocidos avatares políticos que siguieron en el tiempo, plagado de gobiernos provisionales y de continuas Elecciones Generales anticipadas, lo que obligó a que aquella Propuesta, consensuada ya en marzo de 2019 (y así publicada el mismo día uno de dicho mes en el BOCG), quedara abortada cuando, apenas un mes después, se anticiparon las Elecciones Generales (una de tantas)[4], lo que, para muchos, supuso una desilusión y la petrificación de un régimen codificado y cosificado del animal, a todas luces "residual y anacrónico"[5].

Tras aquellos avatares políticos vendrían los pandémicos y los estados de alarma, por todos conocidos, que, sabido es también, paralizaron por mucho tiempo la vida social en general, incluida la parlamentaria en muchos sentidos (incluido, en lo que aquí importa, la referida a sus iniciativas legislativas).

Recobrada, no obstante, de forma paulatina la "nueva" normalidad, también la parlamentaria, a iniciativa del Gobierno fue retomada aquella propuesta de reforma legislativa en materia de animales, cuyo contenido, además, como el de la otra Proposición presentada no hace mucho por el PP, era muy similar (casi idéntica en su mayoría, aunque con algunos cambios), a aquella propuesta de reforma legislativa consensuada el 1 de marzo de 2019. Al margen de la valoración política que mereciera tan grande coincidencia en su contenido[6], que a mí no me corresponde hacer como jurista, jurídicamente pudiera parecer ello acertado, a fin de lograr lo más pronto

[3] Para cuyo comentario, cabe remitirse, entre otros, a los trabajos de Aláez Corral: «Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico civil del animal en España», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 48-55 (tomado texto completo de Dialnet); o de Arribas Atienza: "El nuevo tratamiento civil de los animales", en *Diario La Ley*, nº 9136, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2018 (tomado de Internet).

[4] La tramitación íntegra de tal Proposición de Ley puede consultarse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000134*.NDOC.%29

[5] Por todos, que son muchos, Giménez-Candela: «Animales en el Código Civil español: una reforma interrumpida», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/2, pp. 7-12 (tomado texto completo de Dialnet), p. 18.

[6] De "copia inteligente" la tilda la parlamentaria del PP, la Sra. Moro Almaraz (según puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-96.PDF#page=26).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

posible un acuerdo, un consenso lo más generalizado posible en su aprobación definitiva; lo cual, sin embargo, no fue, al final, fácil: en su misma admisión a trámite, aprobada por el Parlamento el 20 de abril, la gran mayoría parlamentaria se mostró a favor (con 295 votos y ninguna abstención), aunque con 52 votos en contra, todos ellos provenientes de Vox, a lo que se añadió la retirada de su firma a tal iniciativa legislativa que 3 días después, el 23 de abril, el grupo de Unidas Podemos publicaría en el BOCG.

No parece extraña aquella posición contraria. No hay que ser Nostradamus para saber que esta reforma pro-animalista no será la última, sino un paso más para realizar en el futuro, más o menos próximo, otras. Lo advierte así la propia Ley de reforma en su Preámbulo: tras decir que los animales ya no son simples cosas (como luego veremos), sino seres sintientes (o seres vivos dotados de sensibilidad), cuyo bienestar la ley debe proteger (prohibiendo, por ello, su maltrato, abandono o muerte innecesaria o cruel), reconoce, sin embargo, que, de momento, cabe seguirles aplicando, aunque supletoriamente, el régimen jurídico de los bienes y cosas (siempre con respeto a su sensibilidad y bienestar), aunque advirtiendo —en lo que ahora importa destacar— que "*lo deseable «de lege ferenda» es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas*".

A su vista, pues, no parece osado anticipar otras prontas reformas que restrinjan, o incluso prohíban sin más, cualquier actividad para con los animales que se estime contraria a su sensibilidad y bienestar (piénsese, entre otros posibles ejemplos, en los zoos, en los circos, incluso en la caza y en la pesca, de momento admitidas expresamente en la propia Ley, o, cómo no, en el mundo de la tauromaquia…).

Con todo, y como suele decirse, la polémica está servida.

Pero limitémonos, aquí y ahora, al análisis y comentario del contenido —estrictamente jurídico— de la reforma finalmente aprobada. Por supuesto, no se trata de hacer un comentario completo de la misma (lo que excedería, en mucho, de la finalidad y extensión de este trabajo), sino de hacer, una vez expuestos el espíritu y las líneas maestras de la reforma (según veremos en el siguiente epígrafe), una valoración puntual de —solo— algunas de las

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nuevas normas que se han reformado, especialmente de aquellas que pueden tener mayor incidencia en el ámbito notarial:

II. LA LEY 17/2021, DE 15 DICIEMBRE, SOBRE ANIMALES, COMO OBLIGADA RESPUESTA A NUESTRO DERECHO COMUNITARIO Y AUTONÓMICO

1. Adecuación de la ley española al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la necesaria protección del bienestar del animal —como ser vivo sensible—, consagrada como nuevo principio general del Derecho

Advertido el objetivo de este trabajo, tal vez extrañe esta primera cuestión, dirigida a justificar la médula de la razón entera de la reforma legal (lo que se conoce como su *ratio legis*). Pero, leídas algunas de las intervenciones de ciertos parlamentarios de Vox que mostraron su voto contrario a la admisión a trámite de tal propuesta[7] y que se repitieron a lo largo de su tramitación, no cabe otra opción que comenzar por justificar el espíritu y la finalidad de la reforma propuesta, que, en su consideración de los animales como seres sintientes cuyo bienestar ha de protegerse, lejos de ser una simple opción de política legislativa, era la alternativa única y obligada conforme al propio Derecho de la Unión Europea.

Así lo advierte el propio Preámbulo de la Ley, cuando dice (y tal vez lo que dice debiera ser la primera frase de su Exposición) que "*el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige que los Estados respeten las exigencias en materia de bienestar de los animales como «seres sensibles»*"; a lo cual se ha llegado tras no pocos escollos:

En efecto, el bienestar de los animales y su protección por las personas fue ya, con alcance general, consagrado en el Protocolo n. º 33, anejo al Tratado de Ámsterdam (de 1997)[8], por el que se modificaban el Tratado de

[7] Me refiero a las intervenciones del parlamentario de Vox, el Sr. López Maraver, cuya transcripción aquí ahorro por cuestión de espacio (y que pueden verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-96.PDF#page=26).

[8] Y no por primera vez: acerca de sus antecedentes, Alonso ("El art. 13 del TFUE: los animales como seres «sensibles [sentientes]» a la luz de la jurisprudencia del TJUE", en la obra colectiva

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, cuando se consagrara ya con alcance general el bienestar de los animales y su protección por las personas[9]. Fue luego así recogido, con algunas modificaciones, en el art. III-121 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (de 2004)[10], y, finalmente, consagrado en el propio cuerpo —articulado— del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de 2008), cuyo art. 13 califica, en efecto, a los animales como "*sentient beings*" o "seres sintientes" (como ya hacía, antes, el Protocolo nº 33, aunque diciéndolo, este, en su Preámbulo). Dice hoy, íntegramente, dicho art. 13: "*Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles…*", texto al que todos los países miembros de la Unión Europea deben adaptar su legislación (y que muchos —según veremos y como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 17/2021— ya han hecho).

Al inicio, sin embargo, tal necesaria protección del animal fue negada en su posible consideración como —nuevo— principio general del Derecho europeo. Así lo estimó la STJUE de 12 julio 2001 (caso "Jippes"), en el caso que enjuiciaba sobre la prohibición de vacunación y la necesidad de sacrificar abundante ganadería, sin posibilidad de ninguna vacunación, impuesta por algunas Directivas y Decisiones Europeas a fin de acabar, eficaz y pron-

Animales y Derecho, eds. D. Favre y T. Giménez-Candela, Valencia, 2015, pp. 19 ss.).

[9] Según decía: "*Las altas Partes contratantes, deseando garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles, han convenido en la disposición siguiente, que se incorporará como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: Al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional*".

[10] "*Cuando definan y ejecuten la política de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tamente, con la fiebre aftosa que, en aquel momento, se había expandido peligrosamente, como epidemia, por toda la Comunidad europea. En contra de tal medida se alegó, entre otras razones, que la misma vulneraba el principio de Derecho comunitario de bienestar del animal, al que, por entonces, hacía referencia el Protocolo nº 33, anejo al Tratado de Ámsterdam, aunque no estuviese recogido expresamente como uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea; omisión esta, sin embargo, que para El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sería determinante para negar la existencia de tal —pretendido— principio general del Derecho comunitario, admitiendo —tan solo— que se trataba de una exigencia, como dice explícitamente el propio Protocolo nº 33: la de tener "*plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles*"[11].

Pero desde aquella decisión, datada en 2001, según advierte cierta doctrina más reciente[12], el panorama jurídico europeo ha cambiado cualitativamente, otorgando mayor peso a esa inicial exigencia, para erigirla, ya hoy, en un valor u objetivo constitucional europeo (en el art. III-121 del Tratado de Lisboa), en un estricto principio general del Derecho europeo, según demuestra su consagración en el propio articulado —art. 13— del mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de 2008), y no en su Preámbulo, como en cambio hacía el Protocolo nº 33, cuando, como es sabido, tales textos preambulares solo tienen un valor interpre-

[11] Textualmente afirmaba aquella STJUE (en su nº 73): "*Por lo que se refiere al Protocolo, de su propio tenor literal se desprende que no establece un principio general del Derecho comunitario con un contenido claramente determinado que se imponga a las instituciones de la Comunidad. En efecto, aunque impone que se tengan «plenamente en cuenta» las exigencias en materia de bienestar de los animales al formular y aplicar las políticas comunitarias, limita esta obligación a cuatro ámbitos específicos de la actividad de la Comunidad y prevé que se respeten las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional*". Y añadía luego (en su nº 76): "*Por último, si bien existen varias disposiciones de Derecho derivado sobre el bienestar de los animales, tampoco proporcionan indicaciones que permitan considerar la exigencia de velar por el bienestar de los animales como un principio general del Derecho comunitario*".

[12] Brels: «El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2, 7 pp. (tomado de Dialnet); más *in extenso*, y con cierta vehemencia, Alonso García: «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español», en la ley digital, 2011 (tomado de Internet); y, siguiéndole en buena parte, ALONSO (pp. 12 ss.). También resulta muy interesante al respecto, Barzanti («La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona», en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 49-71).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tativo, pero no vinculante, careciendo, en todo caso, de cualquier valor jurídico normativo[13].

A mi modo de ver, sin embargo, no se había hecho con ello sino consolidar, dar viabilidad a un principio ya nacido anteriormente, trasladándolo de la nebulosa de las normas "principiales" (contenida, no en vano, la referencia a los animales como seres vivientes en el Preámbulo del Protocolo nº 33, con un valor, ya entonces, interpretativo), a las ya regladas —articuladas—, con un valor, por tanto, ya más cercano a lo estrictamente normativo, sin negarle el valor —también— interpretativo que —ya tenían y ahora tan solo— conservan[14]. Por eso mismo, aun siendo ya desde antes un principio —el del bienestar animal—, en aquel caso ("Jippes"), probablemente el Tribunal Europeo no debió zanjar la cuestión —prejudicial— negando la existencia de tal principio, para así salvaguardar la seguridad sanitaria europea (y así la salud humana), sino aceptando la existencia de ambos principios, aunque dando prioridad, en la colisión, al segundo (relativo a la salud humana), conforme al principio de proporcionalidad[15], en cuya virtud en una posible confrontación entre el bienestar animal y el del ser humano (sobre todo, si se trata de alguno de sus derechos fundamentales), deba siempre este prevalecer, cuando menos en los casos de duda (cuestión a la que volveremos luego con alcance general).

Así las cosas, y aunque carentes de aplicación directa por sí solas, desde aquellas normas europeas, que ya forman parte de nuestro propio ordenamiento, al haber sido ya publicadas en el BOE (cfr., arts. 96.1 CE y 1.5 CC), nadie podía negar la existencia, en nuestro propio Derecho, de un nuevo principio general del Derecho, cual es el de proteger el bienestar animal, que, amén de su posible función integradora, como fuente del Derecho supletoria de último grado (*ex* art. 1.4 CC), podía —o debía, más bien— cum-

[13] Sobre el valor de los Preámbulos, Exposiciones de Motivos de las leyes, así como de los Considerandos de las normas europeas, permítaseme remitirme a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con prólogo de C. Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015, de la editorial Reus.

[14] Como principio y norma lo destaca reiterada y fervientemente, Alonso (pp. pp. 17 y 18, 27, 31…).

[15] Por eso mismo, aunque la critica ácidamente en su argumentación, acepta y aplaude el fallo Alonso (pp. 38 ss.), para concluir (en p. 44) que dicho fallo es "salvable e inobjetable ya que en este tipo de situaciones ciertamente el principio es que la salud humana y el poner a salvo la mayor parte posible de los animales prima sobre cualquier otro tipo de consideraciones".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

plir una función interpretativa de la norma vigente, aunque esta, en su letra, fundada en su pasado, no hubiera sido modificada por el legislador, pudiendo —o debiendo— serlo por el propio aplicador, en tanto el resultado de su interpretación fuera respetuoso con la razón de la norma así interpretada (según exige el art. 3.1 CC en su inciso final)[16].

Un principio, además, que bien pudiera calificarse como propio del Derecho Natural[17]. Ya en su Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, allá por el siglo XIX, antes de que Demogue escribiera su famoso artículo ("La notion de sujet de droit", en la *Revue Trimmestrelle de Droit Civil,* defendiendo la capacidad de los animales por sus facultades emocionales agradables o dolorosas), entre nosotros, Escriche comenzaba la voz "Animales", definiéndolos como "todos los seres vivos y sensibles, menos los de la especie humana"[18], aclarando más adelante, sobre una cuestión que muchos creen —solo— de hoy:

> "Como los animales carecen de razón y no pueden por consiguiente estar sometidos á las leyes, se dice que no tienen obligaciones ni derechos. Sin embargo —advertía Escriche—, definiendo Justiniano el derecho natural dice ser aquel que la naturaleza enseñó á todos los animales; y añade que este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que nacen en el aire, en la tierra y en el mar…

[16] Alonso García (p. 9 y ss. /50), defiende incluso la posibilidad de interpretar nuestra Constitución desde dicho principio, por aplicación de los arts. 93 y 10.2 CE.

[17] El propio Alonso García (p. 17/50), considera que "se trata de un principio general del Derecho de alto contenido sustancial desde la perspectiva filosófica, ética y científica que incorpora en su contenido". Como es sabido, entre los principios generales del Derecho, siguiendo al maestro De Castro, los habrá políticos, técnico-jurídicos, y también los habrá éticos, o, si se quiere, de Derecho Natural. En este sentido, admitimos, con nuestro maestro Gordillo Cañas, que para el legislador (y para el aplicador de la norma), el Derecho Natural constituye un límite para el Derecho positivo (y como tal, también para quien pretenda una interpretación sociológica del mismo), pero, tal como sucede a este, también es aquel mutable en algunos de sus aspectos (el Derecho natural es "de raíz perenne, pero de contenido variable", decía Francisco Suárez); unos aspectos mudables que, además, no habrán de buscarse en textos extrajurídicos (científicos, religiosos…). Nuestro Derecho Natural podrá —o deberá, tal vez, solo— hallarse en la propia Constitución, y, a lo más, fuera de ella, en las normas internacionales que la inspiran e informan (para su propia interpretación, a las que se remite el art. 10.2 CE).

[18] Tiempo después, también se definirá al animal de este modo en la Enciclopedia Jurídica Española (Tomo II): "Entiéndase por animales todos los seres vivos y sensibles, y especialmente los irracionales".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> ¿Tendrán pues todos los animales según Justiniano un derecho que les sea común con el hombre? Los jurisconsultos pretenden que Justiniano no quiso dar á entender que realmente le tienen, sino que parece que le tienen, cuando hacen por impulso é instinto de la naturaleza lo que hace el hombre por derecho natural: *Quae bruta faciunt incitatione natural,* dice Cuyacio, *ea si homines faciant, jure naturali faciant*… Como fuera que fuere, y sin entrar en reflexiones sobre la naturaleza y el instinto de los animales, el hecho es que se les tiene por incapaces de obligaciones y derechos… Mas como a crueldad con los animales condice á la crueldad para con los hombres, quiere Bentham que se prohíba el abuso de los animales".

Como se ve, nada nuevo hay bajo el Sol: humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos, ha sido una vieja exigencia de la propia Naturaleza, y del propio Derecho[19], que en los últimos tiempos —tan solo— ha venido a ser reforzada.

Y en tal principio se ha inspirado la reciente reforma legislativa española (según la función informadora que, a los principios, les reconoce el art. 1.4 CC), en cuyo texto —preambular y articulado— se hace abundante mención del bienestar animal en temas variadísimos como las crisis matrimoniales (cfr., el art. 90, aps. 1.b] *bis* y 2, así como los arts. 94 *bis,* 103.1ª *bis* CC)[20], la división de la cosa común (art. 404 CC), en materia sucesoria (en el nuevo art. 914.IV *bis* CC)[21], para la propia venta del animal (art. 1484.2 CC), así como límite, en general, a observar en el ejercicio de cualquier derecho que se tenga sobre el animal (según el nuevo art. 333.2 *bis* CC).

[19] Como ha recordado recientemente, Rogel Vide («Personas, animales y androides», en *RGLJ*, nº 4, 2017, p. 684): "Los animales, sin ser considerados personas, han sido tenidos en cuenta permanentemente por el Derecho.".

[20] Ya en su mismo Preámbulo se dice al respecto que "*se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar*".

[21] Que también se advierte en el Preámbulo de la Ley de reforma: "*Asimismo, se incorporan disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, que, en ausencia de voluntad expresa del causahabiente, también deberán articular previsiones en base al criterio de bienestar de los animales*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2. Inspiración de la Ley española en algunos Códigos europeos, aunque con olvido de nuestro Derecho autonómico

A fin de dar obligada satisfacción al principio europeo de protección del bienestar animal como ser dotado de sensibilidad, la Ley española hace mención, en su Exposición de Motivos, de otros Ordenamientos en Europa que tal cosa ya han hecho, del modo en que sigue: "*La reforma del régimen jurídico de los animales en el Código Civil español sigue las líneas que marcan otros ordenamientos jurídicos próximos, que han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social hacia los animales existente en nuestros días, y también para reconocer su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad: la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la reforma alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en su Ley Fundamental el artículo 20 a); la regulación en Suiza, país que también incluye en su Constitución la protección de los animales y que modificó el Código Civil y el Código de las Obligaciones a este objeto; la reforma belga de 19 de mayo de 2009*[22]*; y las dos más recientes: la reforma francesa de 16 de febrero de 2015*[23] *y, de manera muy especial por la proximidad con ésta que ahora se presenta, la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017*[24]*, que estableció un estatuto jurídico de los animales y modificó, tanto su Código Civil, como el Código Procesal Civil y el Código Penal*". Y añadiendo, tras otro apartado (referido al Tratado de Funcionamiento de

[22] En efecto, como explica Alonso García («El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español», en la *ley digital*, 2011, tomado de Internet, p. 3/50): "El derecho austriaco fue el primero en imponer cambios en el estatuto de los animales como «cosa» al introducir el 1 de julio de 1988 el art. 285.a) en el ABGB (Código Civil austriaco): «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). Lo mismo hizo el Derecho alemán en 1999 y desde entonces el art. 20.a) del BGB (Código Civil alemán) también es tajante: «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). También la ley federal de 4 de octubre de 2002 hizo lo mismo con el Código Civil suizo de 1907: «Art. 641.a: Les animaux ne sont pas des choses»; «Tiere sind keine Sachen»; «Gli animali non sono cose»". Para más detalles sobre el Derecho europeo, Alonso García (pp. 4 y ss./50)

[23] Para un primer estudio aproximativo, Lelanchon: «La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 72-79 (tomado texto completo de Dialnet).

[24] Para una visión panorámica, Moreira: «La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 80-91 (tomado de Internet).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la UE antes referido): "*Aunque en las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza* —y también Cataluña, habría que añadir[25]—*) se utilizaba la formulación «negativa», en el sentido de que los animales no son cosas o no son bienes, se ha optado por las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, que prefieren una descripción «positiva» de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas*"; una influencia gala y lusitana que no se limitará solo a tales extremos, sino a otras muchas normas (algunas de las cuales luego veremos), lo que, dicho sea de paso, será un dato interpretativo importante para el aplicador de nuestro Derecho (según previene el art. 3.1 CC cuando se refiere a "*los antecedentes históricos y legislativos*" de la norma a interpretar).

El contraste, sin embargo, no solo se mostraba entre el Código Civil español, antes de su reciente reforma, y el de otros países, sino también dentro de nuestras propias fronteras. Al margen de la especial protección penal en favor de los animales domésticos introducida en 2003 y reforzada en 2015 para todo el país (cfr., sobre todo, los arts. 83 y 337 ss. del Código Penal —donde recientemente la doctrina parece aceptar que el bienestar del animal doméstico es el bien jurídico protegido[26]—), y que la Ley 17/2021 menciona al comienzo mismo de su Exposición, silencia, sin embargo, que son legión ya —prácticamente todas, incluidas las Ciudades de Ceuta y de

[25] Cuyo art. 511-1 CC dice: "*3. Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza*".

[26] Por todos, Hava García: «La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal», en *Estudios Pénales y Criminológicos,* vol. XXXI, 2011, pp. 259-304; y siguiéndola, Mesías Rodríguez: «Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/2, pp. 66-105 (tomado texto completo de Dialnet), quienes nos explican con detalle (Hava García, en pp. 273 ss.; y Mesías Rodríguez, en pp. 72 ss., a las que nos remitimos) el debate habido —aún— en la doctrina penalista acerca de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato contra animales domésticos: desde quienes niegan o relativizan la existencia misma de un bien jurídicamente protegido en tales delitos, pasando por quienes estiman que el bien jurídico protegido es el medio ambiente, la vida, salud y dignidad del propio animal, o bien la de su dueño, o la de la sociedad en general, hasta la posición más reciente (que, precisamente, defienden Hava García, pp. 288; y, siguiéndola, Mesías Rodríguez, pp. 76 y 77), de que es el propio bienestar del animal, concluyendo así con fundamento, también, en el Derecho comunitario y en el de nuestras Comunidades autónomas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Melilla— las leyes autonómicas protectoras de los animales, sobre todo, de los domésticos o de compañía (desde la Ley de 1990 de Castilla-La Mancha, hasta la más reciente, de 2019, de Navarra[27]), que consideran a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad (física y psíquica, dicen algunas de tales normas —como la catalana, la gallega o la murciana—), y les dotan, por ello, de un especial régimen tuitivo, inspirado en la necesidad de garantizar el bienestar del animal; lo que se hace especialmente, es verdad, en el ámbito administrativo, aunque con alguna ocasional referencia al ámbito civil (como sucede en materia de responsabilidad por daños en aplicación del art. 1905 CC)[28]. Súmese a ello, además, que, en Cataluña, su propio Código civil, ya desde 2006, afirma en su art. 511-1 (al definir los bienes): "*3. Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza*".

[27] Por puro orden cronológico de las normas vigentes, desde la más antigua a la más reciente, son: la Ley 7/1990, de 28 diciembre, de protección de los animales domésticos, de Castilla-La Mancha; la Ley 8/1991, de 30 abril, de protección de animales, de Canarias; la Ley 3/1998, de 18 marzo, de protección de animales, de Cantabria, la Ley 1/1992, de 8 abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano, de las Islas Baleares; la Ley 6/1993, de 29 octubre, de protección de los animales, del País Vasco; la Ley 4/1994, de 8 julio, sobre protección de los animales de compañía, de Valencia; la Ley 5/1997, de 24 abril, de protección de los animales de compañía, de Castilla y León; la Ley 5/2002, de 23 mayo, de protección de los animales, de Extremadura; la Ley 13/2002, de 23 diciembre, de protección y derechos de los animales, de Asturias; la Ley 11/2003, de 19 marzo, de Protección animal, de Aragón; la Ley 11/2003, de 24 noviembre, de protección de los animales, de Andalucía; el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, en Cataluña; la Ley 4/2006, de 22 julio, de protección de los animales de compañía, de Madrid; la Ley 4/2007, de protección y bienestar de los animales de compañía, de Galicia; la Ley 6/2017, de 8 noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía, de Murcia; la Ley 6/2018, de 26 noviembre, de protección de los animales, de La Rioja; y la Ley Foral 19/2019, de 4 abril, de protección de los animales de compañía, en Navarra. Mención separada merecen el Reglamento 2/15, de 23 marzo, de tenencia, protección y bienestar de animales de compañía de la Ciudad Autónoma de Ceuta, y el Reglamento de 26 enero 2017, Regulador de Sanidad Animal de la Ciudad Autónoma de Melilla.

[28] Así puede verse, por ejemplo, como pionera en tal definición, en el art. 1.2.a) de la Ley asturiana, así como en los arts. 1 y 2 de la ley catalana, 3.1 gallega, 1.3 murciana, 2.a) aragonesa, 1 y 2 de la Ley navarra, 6.1.a) madrileña y 6.2.a) riojana, que hablan —ambas— de los animales como "seres sentientes", así como en el art. 1 de la ley andaluza, en cuya Exposición de Motivos se llega a decir que "los estudios realizados sobre las capacidades sensoriales y cognoscitivas de los animales no han dejado duda sobre la posibilidad de que estos puedan experimentar sentimientos como placer, miedo, estrés, ansiedad, dolor o felicidad".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Advertida tal omisión, pasemos ya, por fin, a cuestiones de fondo de mayor calado de la reciente Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico del animal.

III. ENTRE PERSONAS Y COSAS: LA CONSIDERACIÓN DE LOS ANIMALES EN LA LEY 17/2021 COMO BIENES —AUNQUE SINGULARES— SOMETIDOS SUPLETORIAMENTE AL RÉGIMEN JURÍDICO DE BIENES, Y LA IMPORTANTE FUNCIÓN PREVENTIVA DEL NOTARIADO EN TAL APLICACIÓN SUBSIDIARIA

1. Ante todo, la posición prudente de la Ley española, exenta de radicalismos extremos

Frente a las posiciones pro animalistas más radicales, que pretenden reconocer personalidad jurídica a los animales (con capacidad para tener derechos y deberes) y que, según justificó el voto contrario de Vox, es lo que hace la actual Ley española (llegándose a decir que, con ella, se va a "humanizar al animal y deshumanizar al hombre"[29]), lejos de ser esto último así, se mantiene, aquella, en una posición moderada, prudente, que ni siquiera estima a los animales como una suerte de *tertium genus*, entre personas y cosas, según proponen algunos de los animalistas más moderados[30], sino

[29] Me refiero, de nuevo, a las intervenciones del parlamentario de VOX, el Sr. López Maraver (según puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-96.PDF#page=26).

[30] Por todos, la monografía de Torres Perea: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, ed. Reus, Madrid, 2020, quien, entre todas las alternativas posibles que plantea, considera como la más acertada, por moderada, la "descosificación" (dice en la p. 193), proponiendo que los animales sean catalogados (dice, en la p. 183) como "una categoría especial distinta a la humana y a la de objetos y cosas", subdistinguiendo a su vez dentro de los animales (según su estructura cerebral —cuya mayor complejidad se da en los primates—, sus habilidades mentales, su propia relación con el ser humano —domésticos, salvajes…—). En definitiva, propone crear un *tertium genus* —así lo dice en varias ocasiones— entre las personas y las cosas para ubicar en dicha nueva categoría mixta a los animales, que, aunque con dignidad —la animal, diversa de la humana—, carecerían de capacidad jurídica, no podrían ser sujetos de derecho, y que, a diferencia de las estrictas cosas, todas ellas inanimadas o insensibles, tendrían una sensibilidad protegida jurídicamente. Entre ambas posiciones parece moverse el ácido artículo de Trujillo Villamor («Vale, aceptamos pulpo como

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

como un bien singular, diverso de las demás cosas, pero sin personificarlos, siendo, podría decirse de nuevo, su lema: humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos[31].

En efecto y frente a las primeras reformas de algunos Códigos Civiles europeos y del catalán, que utilizaban la formulación "negativa" para decir que los animales no son cosas o no son bienes, las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, en mayor consonancia con el Derecho de la Unión Europea, han optado por una descripción "positiva" de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas: así, en el nuevo art. 515-14 del CC francés se dice que "***Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité***"; por su parte, se dirá, en el mismo art. 1 de la reforma portuguesa, que "*A presente lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade*", disponiendo, en el nuevo art. 201.B de su Código civil, que "*Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza*".

Ha sido esta normativa, en efecto, la que ha influido en la Ley española, desde su misma Exposición de Motivos, donde se destaca la idea (la *ratio legis*) de estimar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad cuyo bienestar ha de asegurar la ley —mas— en conjugación con su condición de posible objeto de propiedad (cfr. el "nuevo" art. 348 CC), de posesión (según los "nuevos" arts. 430 a 432, 437, 438 y 460 CC) o de cualquier otro derecho (como el usufructo, cfr., los "nuevos" arts. 355, 357 y 499 CC), así como de objeto de ocupación (según el "nuevo" art. 610 CC) y de

animal de compañía. Una modificación animal del CC», en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 1/2022, de 19 enero, especialmente en sus conclusiones, pp. 19 y 20), quien habla de descosificación y de personificación del animal, casi equiparable a los hijos en los casos de ruptura familiar, considerando que lo de "ser sintiente" es una amalgama y un limbo de persona y cosa.

[31] Siguiéndonos en tal apreciación, Díaz Alabart, S: «De los animales en el Código Civil», en *RDP*, 2022, nº 1 (enero-febrero), pp. 6 y 7, considerando (en p. 10, notas 28 y 29), que aún mayor singularidad presenta, dentro de los animales en general, los animales de compañía en particular, a los que la reforma presta especial atención (aunque, como veremos, sin definirlos). Así también, Domínguez Luelmo (p. 28 ss.), donde expone el debate habido, en España y antes en Portugal, en torno a las tres posiciones habidas sobre los animales como sujeto, como objeto de derecho o como *tertium genus*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

comercio (como la compraventa, cfr. los "nuevos" arts. 1484, 1485, 1492 y 1493 CC), aunque siempre considerándolos como un bien diverso de las simples cosas, cuando dice: "*La reforma afecta, en primer lugar, al Código Civil, con vistas a sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. (…) De esta forma… se concreta que los animales son seres vivos* —en lugar de lo que decía, más claramente sin embargo, la anterior Proposición de ley ya consensuada en 2019*: «no son cosas, sino seres vivos»— dotados de sensibilidad, lo que no excluye* —aclara— *que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas. (…) De este modo, los animales están sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección*"; añadiendo —y reconociendo— más adelante: "*En nuestra sociedad los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio. Sin perjuicio de ello, la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje), ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades que se posean sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria*".

Y así lo expresa el ap. 1 del nuevo art. 333 *bis* del CC: "*Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección*". Es esta una norma inspirada, sin duda, en el nuevo art. 515.14 CC francés *("Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens*"); así como en el nuevo art. 201.B y D del portugués (que, tras decir en la letra B, que "*os animais sâo seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteçâo jurídica em virtude da sua natureza*", afirma en su letra D: "*Na ausencia de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lei especial, sâo aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposiçôes relativas às coisas, desde que nâo sejam incompatíveis com a sua natureza").

Buena muestra de la sensibilidad que hacia los animales, como seres sintientes y no como simples cosas, contiene la Ley de reforma es la abolición del *ius abutendi* cuando se regula el derecho de propiedad sobre el animal en el nuevo ap. 2 del art. 333 *bis* CC, prohibiendo el maltrato, el abandono o la muerte innecesaria o cruel (según expresa —y aclara— la Ley, en su Preámbulo[32])[33], o que no se permita su división mediante la venta si no es por acuerdo unánime de sus dueños, si el animal es de ambos (según los nuevos últimos párrafos del art. 404 CC)...

Así lo demuestra hasta en el propio lenguaje, incluyendo a los animales entre los posibles objetos de derecho, de propiedad y posesión, mas como algo distinto del resto de bienes y de cosas (según se hace en tantísimas normas reformadas, consistiendo, precisa y sencillamente, tal reforma muchas veces en añadir la palabra "*animal*" junto a la de "*bienes, cosas o derechos*"cfr., los "nuevos" arts. 348, 430 a 432, 437 y 438, 460 o el 1585 CC)[34]; o como la simple expresión "*animal salvaje o silvestre*" sustituyendo a la de "*animal fiero*" y añadiendo la de animal de "*compañía*" que se asimila por su posible *animus revertendi* al animal "*domesticado*"—en lugar de "*domesticados o amansados*", que se decía antes— en el "nuevo" art. 465 CC; o como que se hable en reiteradas ocasiones, desde la misma Exposición de

[32] Cuando dice que "*los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria*".

[33] Siguiendo a Rodríguez Castaño («Una breve reflexión sobre el art. 333 *bis*, 2 del CC», en *Revista CESCO de Derecho de consumo,* nº 1/2022, 19 enero), Díaz Alabart (p. 11), critica de tal art. 333 *bis*, ap. 2 CC que imponga una obligación ineficaz, sin sanción o efecto civil en caso de incumplimiento, no pudiendo ser directamente protegido, como sujeto dañado, el propio animal. Tal vez pudiera tratarse como abuso de derecho, con las consecuencias que para tal caso prevé con alcance general el art. 7.2 CC; así ya lo advertí en mi anterior trabajo («¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio [no exento de enmiendas] a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* vol. 12/2 2021), aunque proponiendo que en la reforma se hablara de "daño para personas, bienes o animales", en lugar de "daño para terceros" que sigue diciendo aquel art. 7.2 CC. Ciertamente, la sanción no será la de indemnizar —directamente— al animal (al margen de los gastos sanitarios que requiera su sanación), pero —como advierte Domínguez Luelmo (p. 47)— sí la administrativa prevista en la legislación autonómica (en aquella legión de normas a que antes me referí), para el caso de maltrato animal, y, en su caso, la sanción penal (antes referida).

[34] De reforma puramente estética la califica Domínguez Luelmo (pp. 34 y 35).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Motivos, del "*cuidado*" —y a veces de la "*convivencia y cuidado*"— del animal y no de su mera tenencia o disfrute (cfr., el nuevo art. 90..1.b] *bis* CC, donde, por cierto, se sustituye "*convivencia y cuidado*" por el "*disfrute*" que decía la primera propuesta legislativa consensuada[35] —también de "*convivencia*" hablan los nuevos arts. 771.2 y 774.4 LEC—, o que se prevea una suerte de régimen de visita con el animal tanto en caso de acuerdo entre los cónyuges como si es por decisión judicial en caso de desacuerdo —cfr., los nuevos arts. 94 *bis* y 103.1ª *bis*—, aunque a veces se hable aún de "*disfrute y cuidado*" o de "*tenencia o disfrute*" —cfr., el nuevo art. 404.III CC, o el 430 CC—); o como la supresión de ciertos términos, que pudieran estimarse como "despectivos" (como el de "*animal fiero*" del anterior art. 465 CC —arriba indicado—, el de "*animales dañinos*" del antiguo art. 499 CC, o la supresión de términos como "*despojos*" y "*desechos*" en los arts. 499 y 1493 CC, respectivamente); o como que, en caso de daños causados al animal por un tercero, su dueño pueda ser indemnizado por el daño moral sufrido (según previene el art. 333 *bis*, en su ap. 4 CC)…

Es verdad que la reforma no habla de la dignidad, ni de los derechos del animal, ni de su interés (sino de su bienestar), ni de tantas otras cualidades de la persona que los pro animalistas más fervientes pretenden atribuirle[36], pero sí habla la Ley, conforme al Derecho europeo, de su bienestar, incluso en temas, tan íntimos, como las consecuencias de las crisis familiares, donde se introduce una nueva letra b) *bis* en el art. 90.1 (sobre el posible contenido del convenio regulador), que diga: "*El destino de los animales de compañía, en caso de que existan* —copiando así el art. 1775.f) CC portugués[37], pero añadiendo el nuestro lo que sigue:—*, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal*". Después, introduciendo un nuevo

[35] Ya por entonces, el PSOE (en su enmienda nº 82), lo había propuesto, con la siguiente justificación: "Se trata de superar con esta reforma toda terminología que incida en la cosificación de los animales, como objetos de uso y disfrute por parte de los humanos. Resulta más adecuado a tal fin referirse a «guarda y cuidado» con el animal en lugar de a «disfrute» del mismo".

[36] Desde Giménez-Candela (en *Transición animal en España*, Valencia, 2020, pp. 205 ss.), que habla de "personalidad animal", hasta De Torres Perea (pp. 69 ss.), quien con gran fundamentación a lo largo de toda su obra defiende la idea de una "dignidad animal", diversa de la humana, sin por ello tener que personalizarlo y otorgarle capacidad.

[37] "*Acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

art. 94 *bis*, para el caso en que los esposos no lleguen a un acuerdo copiando casi literalmente lo dicho en el nuevo art. 1793.A) del CC portugués *("Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal*"), pero con la importante diferencia de que, durante la tramitación de la anterior propuesta española, la consensuada en 2019, se introdujo, como novedad, un inciso final *("con independencia de la titularidad dominical de este*"), precisamente, con aquel fin, según justificaban —de forma idéntica— las enmiendas nº 7 (del Grupo Mixto) y nº 83 (del PSOE), que proponían añadir tal inciso último[38] (siendo añadido lo de con independencia "*de a quién le haya sido confiado para su cuidado*", ya en la tramitación de la vigente reforma). En consonancia con tal novedad, se proponía, entonces, y así se ha hecho en la vigente Ley de reforma, modificar el art. 103.1ª *bis* CC introduciendo una nueva medida que el juez puede adoptar.

O incluso que una conducta tan reprochable —a veces hasta penalmente— como es el maltrato animal sea determinante para negar, en contra del maltratador, la guarda y custodia conjunta de los hijos en caso de crisis matrimonial (cfr., el nuevo ap. 7 del art. 92 CC, que se introdujo en la Ley durante su tramitación en el Congreso a iniciativa del PNV, del Grupo Plural y de ER, ante las evidencias científicas de causalidad habida entre el maltrato a personas y a animales, siendo, muchas veces, este último un modo de llevar a cabo el primero[39]).

A la vista de todo ello, me pregunto cómo cabría imaginar una mayor protección al animal, o cómo descosificarlo, en tales normas sin ir más allá, adentrándose en su personificación. La Ley española se ha mantenido en el límite, antes de dar ese salto —que considero— al vacío. Y para no darlo

[38] Donde se decía: "A pesar de que a tenor de la redacción inicial de este nuevo precepto, el criterio por el que ha de regirse el juzgador en su decisión es el del interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, debe atenderse a las problemáticas reales observadas en la práctica, en las que, por encima de los criterios anteriores, puede pretender un mejor derecho sobre un animal quien ostenta el microchip a su nombre. Por ello, en aras a la claridad y la seguridad jurídica en su aplicación, se propone incorporar la aclaración «con independencia de la titularidad dominical del animal»."

[39] Según puede verse justificado en las enmiendas nº 15 del PNV, nº 34 del Grupo Parlamentario Plural y nº 66 del Grupo parlamentario Republicano.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

es inevitable mantener a los animales en el régimen de los bienes, aunque no como simples cosas, y estimarlos como otro tipo de bienes especiales merecedores de una protección —también— especial.

De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que el Derecho regula y protege singularmente (como son los objetos de la propiedad intelectual, la industrial —que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano—, el patrimonio histórico…), sin que, por ello, sea necesario crear, para tales bienes, una tercera categoría entre las personas y las cosas[40]; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni, tal vez y en un futuro, para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide[41]), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que, en las Fundaciones, se personifica todo un patrimonio, destinado a un fin por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*).

Al aceptarse, en fin, y como hace la reforma española, que los animales sigan siendo objeto de derechos (de propiedad, de posesión…), desde un punto de vista —solo— dogmático, bastaría con abrir, para los animales, un espacio propio dentro de la categoría de bienes u objetos de derechos, junto a las —simples— cosas (como objeto inmediato de los derechos reales y mediato de los de crédito), a la conducta de la persona (como objeto directo de los derechos de crédito) y a las cualidades de la persona (como objeto de los derechos de la personalidad). Y qué duda cabe de que, en comparación con todas esas especies de objetos de derecho, a los animales solo cabe aplicar el régimen propio de las cosas, aunque con importantes singularidades (por la necesaria protección de su bienestar), que son, precisamente, las que justificarían su calificación como bien singular.

[40] Comparando este tipo de bienes singulares con los animales dice De Torres Perea (p. 199), que "la protección que merece un animal es distinta de la que pueda merecer un edificio calificado de patrimonio histórico. Los animales sienten y sufren y el edificio no"; lo que, sin duda, es cierto, pero, en mi opinión, no obliga a que los animales dejen de estar sometidos —aunque sea solo subsidiariamente— al régimen de los bienes.

[41] Sobre la posibilidad de que en un futuro —tal vez no muy lejano— se les pueda atribuir una personalidad fundacional, como ya viene sugiriendo el Parlamento Europeo en algunas de sus Resoluciones, permítaseme, de nuevo, remitirme a otro trabajo mío, donde recensiono una magnífica monografía sobre el tema de Lacruz Mantecón, titulado «Entre personas y cosas: los robots», en *Revista de Derecho Privado*, nº 5, septiembre-octubre 2020, pp. 123 a 138.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Prueba de todo ello son los ejemplos que siguen, contenidos en la propia Ley de reforma española, en algunos de los cuales, sin embargo, me parece oportuno hacer alguna objeción, conforme al propio espíritu que guía a toda la Ley:

2. La "falsa salida" de los animales como inmuebles por destinación en el "nuevo" art. 334 CC y la posible "salida en falso" de los animales como bienes muebles en el "nuevo" art. 346 CC

Entre los elogios, ya hechos hace un tiempo, a la propuesta de reforma española de 2019, en la que se inspira la actual, se congratulaban muchos de que, al ser derogado el nº 6 del art. 334 CC, ciertos animales (los adscritos a un fin económico —agrícola, ganadero o industrial— de una finca) hubiesen dejado de ser estimados como inmuebles por destinación. No en vano, de la letra del nuevo art. 333 CC parece que su intención es querer sacar a los animales de la clásica distinción entre bienes muebles e inmuebles, cuando se dice: "*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También* —dice, como algo diverso, parece ser— *pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes*".

El primer Código en hacer tal reforma fue el francés, en cuyo nuevo art. 524, tras suprimir el elenco de animales que estimaba como inmuebles por destinación, dice, sin embargo, en su nuevo primer apartado que "*Les animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination*" (lo mismo hace en su nuevo art. 2501); de modo que lo que sacaban por la puerta (la calificación de ciertos animales como inmuebles por destinación), lo volvían a meter por la ventana (al someterlos al régimen propio de los inmuebles por destinación)[42]. Inevitablemente, porque no hay —o yo, al menos, no imagino— otra opción, lo mismo hace también la reforma española de nuestro CC: tras suprimir el actual nº 6º del art. 334 CC, añade un nuevo ap. 2, donde se dice: "*Quedan sometidos al régimen de los bienes inmuebles los viveros de animales,*

[42] No parecía, sin embargo, darse cuenta de ello Giménez-Candela (pp. 13 y 14), celebrando tan solo la supresión, olvidando la asimilación de regímenes jurídicos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente, sin perjuicio de la consideración de los animales como seres sintientes y de las leyes especiales que los protegen".

Se mantiene, pues, aún hoy aquella misma ficción legal introducida en el originario CC español[43], por influencia del francés de 1804, lo que, a su vez, permite que el animal, como tal, no pierda su propia individualidad, y que, por tanto, su adscripción al mismo régimen del inmueble dependa de la voluntad de sus dueños, y, también —habría que añadir— del propio bienestar del animal, al margen de a quien corresponda su estricto dominio.

De este modo, de no haber tal destinación, el animal habrá de seguir siendo estimado como un bien mueble. A tal respecto, otra posible objeción, según creo, cabe hacer de la reforma que se hace —aparentemente solo de redacción— del "nuevo" párrafo 2º del art. 346 CC, que ahora dice: "*Cuando se use tan solo la palabra muebles no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, arreos de caballerías o carruajes, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario*".

En tan detallado elenco se ha limitado la Ley de reforma a sustituir la referencia a "*caballerías o carruajes y sus arreos*", que decía antes tal norma por la de "*arreos de caballerías o carruajes*", que ahora dice; mas, ¿con qué intención: para dejar excluidos de los muebles a los animales en general[44] o tan solo sus utensilios de uso o manejo? Si atendemos a los antecedentes históricos de la norma (especialmente a las explicaciones que daba García Goyena de su correlativo contenido en el Proyecto de CC de 1851 que, prácticamente tal cual, pasó a aquel art. 346 CC), la razón de tal norma

[43] Por lo que, según advierte Díaz Alabart (pp. 18 y 19), se trata de una modificación intrascendente.

[44] Así lo cree Domínguez Luelmo (p. 59), para quien con tal norma "se trata simplemente, como en otros preceptos, de impedir la consideración de los animales como cosas".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

era solo estimar como muebles, incluidos en tan genérica expresión, los de menaje o ajuar domésticos, quedando, pues, excluidos los demás bienes muebles[45], entre los que hoy habría que seguir incluyendo —para tal exclusión— a los animales que no estén destinados a un fin económico (según lo visto antes, al comentar la reforma hecha del art. 334 CC).

Bien es cierto (como decíamos arriba), que el nuevo art. 333 parece —querer— sacar a los animales de la clásica bipartición entre bienes muebles e inmuebles; sin embargo, aún permanece una norma, no modificada en la Ley de reforma, como es el art. 335 CC, en cuya definición de bienes muebles, tras excluir los que sean inmuebles (por remisión al Capítulo anterior, donde no se comprende aquel nuevo art. 333, ni el 333 *bis*), ofrece un concepto, por inclusión, en su inciso final de lo que sí son bienes muebles, en donde, sin duda, encajarían los animales, cuando dice que son tales "*en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro*".

Ello, en el fondo, sigue obedeciendo a la tradición de considerar a los animales como cosas muebles. En efecto, decía la Ley 4, del Título XXIX de la Partida 3ª: "*Muebles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar á otro, é las que se pueden ellas mismas por sí mover naturalmente… como los caballos, é los mulos, é las otras bestias, é ganados, é aves, é las otras cosas semejantes*". Así también se diría en el art. 528 del CC francés y, por su influencia, en tantos otros (como, por ejemplo, el art. 417 del CC italiano de 1865), aunque no así en el nuestro, por entenderse, según explica García Goyena (p. 344), que resultaba más breve, sencillo y claro que el francés, tan farragoso y casuístico en su enumeración de bienes

[45] Al margen —aquí y ahora— de mayores detalles sobre la razón histórica del art. 346, baste aquí con recordar cuando decía García Goyena que la "expresión de *muebles sola* tal vez —decía— se explicaría mejor según el uso común con el nombre de *ajuar*, en latín *supellex*", y aclaraba luego que "la palabra *muebles* tiene, como todas, un significado generalmente recibido, y puede decirse que comprende todo lo que sirve para el adorno y uso ordinario de la casa. «Amueblar es, según el Diccionario, alhajar ó adornar con muebles una casa»", lo que, finalmente, tendrá expresión en el art. 382.II *in fine* del Proyecto de CC-1851 ("cosas que sirven para amueblar ó alhajar la casa"), y se mantendrá en el actual art. 346 CC ("cosas que tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones"), demostrando ello, como advertimos, la ecuación entre muebles y ajuar. Es lo que opina también hoy Díaz Alabart (p. 19), considerando por ello la modificación del art. 346 CC hecha por la Ley 17/2021 como intrascendente (no obstante, como veremos más adelante, luego considerará que el animal doméstico puede formar parte del ajuar a que se refiere el art. 1321 CC, pareciendo, entonces, olvidar lo dicho sobre el art. 346 CC).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

inmuebles y muebles, optándose, finalmente, ya en el Proyecto de CC de 1851, por definir los bienes muebles por exclusión (*a contrario sensu*, decía GOYENA), por aquellos que no son inmuebles, según dirá el art. 381 de su Proyecto de CC, y así aún hoy, según parece, el art. 335 CC.

Confrontando, entonces, ese art. 335 CC —no reformado— con el "nuevo" art. 346 CC, ¿son o no son, pues, bienes muebles los animales?

No es una cuestión retórica, ni de prurito escolástico, sino de gran trascendencia práctica; pensemos en lo que afecta al Derecho de familia, sin duda, la materia estrella en la reforma, por ser hoy tan litigiosa según reconoce la propia Ley de reforma en su Preámbulo[46]; pues ¿no se ha tenido en cuenta, por ejemplo, en que lo mejor para el bienestar del animal, como para el de los hijos menores, con discapacidad… es quedarse en la vivienda familiar, conforme prevé el art. 96 CC? ¿Acaso cabría entender a la mascota incluida entre los "*objetos de uso ordinario*" a que se refiere dicho art. 96 CC? O, volviendo a los inmuebles por destinación, ¿tal vez habría que estimar al animal doméstico como parte de la propia vivienda familiar a la que se ha de estimar destinada afectivamente?… Tal vez convenía que, en la actual reforma, el legislador lo hubiese, al menos, pensado, aclarándolo él mismo y no dejando aquellas opciones a la interpretación en manos del aplicador del Derecho, a quien, amén de proporcionarle una solución justa, le daría una opción además segura, al no tener el juez que elucubrar, en cada caso y tal vez hasta con ayuda de etólogos, qué es lo mejor para el bienestar del animal.

Y no solo importa la calificación de los animales como bienes muebles en caso de crisis familiar (único tema al que se refiere la Ley de reforma, con cierta lógica, al ser el más conflictivo), sino también durante la normal convivencia familiar, o en su disolución por causas naturales (como la muerte): piénsese, por ejemplo, en el art. 1320 CC sobre disposición de la "*vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la vivienda*", que, aun siendo de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, ambos han de

[46] Recuérdese, cuando advierte que "*se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de custodia de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello, se contempla el pacto sobre los animales domésticos, y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

consentir (como sucede, por cierto, también en el vigente art. 96.3 CC, aun habiendo ruptura matrimonial): ¿qué sucederá, entonces, si el animal de compañía es propiedad de uno de los esposos y este quiere venderlo o regalarlo: bastará con su sola voluntad o habrá de consentir el otro cónyuge por estimar que la mascota es parte del hogar —sea de la vivienda o de su mobiliario—?; o, ya en sede sucesoria, piénsese en el derecho de predetracción del art. 1321 CC, que en este punto guarda cierta sintonía con el art. 346 CC antes referido, en cuya virtud y fallecido uno de los esposos, quien quede viudo podrá quedarse con el ajuar doméstico sin computarlo en la herencia: ¿cabrá, entonces, incluir al animal de compañía dentro de la predetracción o habrá que incluirlo en el común haber hereditario?

A algunas de tales cuestiones, sobre todo a aquellas en que el notario pueda jugar un importante papel, pasamos a continuación.

3. Repercusión práctica de la consideración del animal como bien singular, y la importante función preventiva del notariado

3.1. En materia de garantías reales: la exclusión de los animales de compañía de su posible embargo, hipoteca inmobiliaria y prenda posesoria, aunque con "olvido" de la prenda sin desplazamiento posesorio, y la función del notario en la posible extensión de la hipoteca o de la prenda a los demás animales

Que el animal siga siendo un bien —aunque singular— mobiliario o también inmobiliario por su posible destinación explica, precisamente, la —inevitable— necesidad de excluirlos como posible objeto —extendido— de la hipoteca del inmueble al que pertenezcan, según dispone el nuevo art. 111.1º LH: "*Los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo. (…) No cabe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía*", respecto a los cuales hace lo propio el nuevo art. 605.1º de la LEC, al declararlos también inembargables, dejando solo como posible objeto de embargo sus frutos

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

civiles *(*"*rentas*", dice[47]), lo que también sucede tratándose de una hipoteca inmobiliaria (según dice hoy aquel art. 111 LH en sus números 2º y 3º). Que aun siendo bienes inmuebles por destinación la LH siga excluyendo a los animales como objeto de extensión automática obedece a la misma razón registral histórica, procedente ya de la LH de 1861, de que, por su naturaleza individual y sin aquella destinación, los animales siguen siendo bienes muebles, carentes, por tanto, de entidad propia como posible finca registral (lo que también sucede, justificando también su presunta exclusión de la hipoteca, con los restantes supuestos y números incluidos en el art. 111 LH)[48].

Tal reforma ha sido, sin embargo, objeto de ácida —y burlona— crítica[49]: por un lado, no se comprende la razón de la reforma en solo excluir de hipoteca y de embargo a los animales de compañía cuando todos los animales, sean o no de compañía, son seres sintientes[50]; y, por otro, dentro de la propia categoría de los de compañía tampoco se ve razón del porqué de su exclusión de posibles hipotecas y embargos cuando cabe su venta voluntaria (cfr., los nuevos arts. 404.II, 1484.2 y ss. CC)[51].

[47] Con extrañeza, según advierte con toda razón Díaz Alabart (pp. 20 y 21), pues resulta extraño que un animal de compañía genere rentas y pueda estimarse como de compañía. Por otro lado, dado que los animales son, como regla, enajenables, piensa, con razón también, que mejor hubiera sido declarar su inembargabilidad en el siguiente art. 606 LEC, no en donde tal cosa se declara, referido a bienes de suyo inalienables, fuera del comercio, lo que justifica, de suyo también, su inembargabilidad.

[48] En este sentido, no ha habido realmente reforma alguna (cuando antes los animales destinados a un fin económico de la finca quedaban incluidos entre los muebles a que se refería el anterior art. 111.1º LH), según destacan Díaz Alabart (p. 18, con nota 63), y Chaparro Matamoros («Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia», en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, Madrid, 2022, pp. 199-227). Para una explicación más detallada acerca de los arts. 109 y ss. LH, permítaseme remitirme a mi monografía sobre *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria (Razón, ámbito y disponibilidad de su régimen, general y excepcional)*, Pamplona, 2011, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters.

[49] Sobre todo, por Carrasco Perera: "No darás tu loro en prenda (Ley 17/2021)", en *Revista CESCO de Derecho de consumo,* nº 1/2022, 14 enero; siguiéndole Díaz Alabart (p. 18); y así también Trujillo Villamor (pp. 11, 12 y 20).

[50] Con lo que quedan descosificados, no siendo bienes muebles ni inmuebles, dice —erróneamente— Trujillo Villamor (p. 11).

[51] Como afirma Carrasco (pp. 2 y 3), "el dueño del animal —de compañía— no puede pignorarlo. Pero sí puede venderlo, ¿se justifica esa diferencia? Porque respecto de los "sentimientos" (*sic*) del animal, tanto da que lo vendan como que lo pignoren. Sin embargo, parece que lo importante en este extremo no es el corazoncito del loro, sino el de su dueño". En la misma línea, Trujillo Villamor (pp. 11 y 20), para quien "si no se puede pignorar un animal basándose en el posible sufrimiento del

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No nos parecen, sin embargo, del todo aceptables tales objeciones: que no sean embargables justifica que no sean hipotecables (ni pignorables, según veremos a continuación), y que los animales de compañía no sean ni lo uno, ni lo otro no atiende a razones intrínsecas a la naturaleza sintiente del animal (que, como hemos visto, sigue siendo un bien, aunque singular), sino al hecho de que son de compañía, lo que —como veremos luego con más detalle— procede de la voluntad de su dueño o titular de quererlo para su compañía, no de ninguna querencia del propio animal; lógico es por ello que la reforma permita su venta voluntaria, lo que implícitamente supone ya su falta de querer seguir teniendo al animal para su compañía, pero que no permita su embargo, ni siquiera su hipoteca, por cuanto ello implica una venta forzada, contraria a la voluntad del dueño cuyo animal, que aún desea para su compañía, se embarga o ejecuta forzosamente en subasta pública.

Pero, por esa misma razón, es posible que la Ley de reforma se haya olvidado de modificar también el art. 52. 3º de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 1954, cuando declara posible pignorar, aunque sin darle la posesión al acreedor, "*los animales, así como sus crías y productos*"[52]. El alcance de su posible reforma es, sin duda, una cuestión de política legislativa, en donde han de ponderarse importantes intereses económicos, pero, cuando menos y en mi opinión, del mismo modo en que aquel nuevo art. 111.1º LH que ahora permite, por pacto, la extensión de la hipoteca a los animales destinados a cualquier fin económico (agrícola, ganadero o industrial), con exclusión, en todo caso, de los animales de compañía, así debiera haberse hecho, por pura coherencia interna de la reforma, con el art. 52.3º LHMyPSDP. En cierto modo, así lo propuso, respecto a la anterior Proposición de Ley, la consensuada en 2019, el grupo parlamentario de Ciudadanos (en su enmienda nº 40), aunque refiriendo la necesidad de reforma al art. 1864 CC (sobre la prenda clásica, la que

mismo, ¿el animal no sufriría si es vendido?, ¿la relación afectiva entre dueño y mascota no se vería afectada en una donación?".

[52] Según advertí en mi trabajo mientras la reforma se estaba aún tramitando, a fin de que el propio legislador subsanase, en su caso, tal omisión. También destacan tal olvido, tras la entrada en vigor de la reforma, mas sin dar una solución ni mayor relevancia al respecto, Trujillo Villamor (p. 13), Díaz Alabart (p. 18); o Chaparro Matamoros (*ult. loc. cit.*). Solo Carrasco Perera (p. 3), considera que si la razón del nuevo art. 1864 CC (que luego veremos al prohibir dar en prenda a un animal de compañía) es la sensibilidad del animal y evitar su sufrimiento, también debe quedar prohibida su prenda sin desplazamiento posesorio.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

trasfiere la posesión de la cosa pignorada al acreedor), proponiendo añadir un nuevo segundo párrafo que dijese: "*En ningún caso podrán ser objeto de prenda los animales de compañía*", justificándolo, precisamente, por su sintonía con la reforma propuesta en materia de embargos y de hipoteca[53]. Y así lo reiteró el mismo grupo parlamentario durante la tramitación de la actual ley de reforma (en su enmienda nº 7 ante el Congreso, con idéntica justificación), obteniendo, esta vez sí, el apoyo del Parlamento y añadiéndose así aquel nuevo párrafo al art. 1864 CC vigente. Mas, ¿qué sucede, entonces, con el art. 52.3º LHMyPSDP, que ha quedado sin reformar? Aunque pueda sorprender, la cuestión era debatida antes de la reforma, habiendo quienes negaban la posibilidad de pignorar sin desplazamiento posesorio una animal doméstico[54], y quienes, en cambio, lo aceptaban[55].

Tal falta de reforma por parte del legislador, sin embargo, creo que puede ser subsanada por la del jurista a fin de entender también excluidos a los animales de compañía como objeto de prenda sin desplazamiento posesorio. Tal vez cabría pensar en una solución integrativa, colmando aquella omisión por aplicación analógica de los nuevos arts. 111.1º LH y 1864 CC (al amparo del art. 4 CC, al no tratarse de normas excepcionales), o incluso más rectamente por aplicación directa, aunque supletoria, del nuevo art. 111.1º LH al amparo de la Disposición adicional 3ª de la propia LHMyPSDP (cuando dice que "*en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles y con lo prevenido en los artículos anteriores*"), o

[53] Según decía: "Con el mismo espíritu y sentido que la reforma de la Proposición respecto a la legislación hipotecaria, así como la proscripción de la embargabilidad del animal de compañía y, en fin, su caracterización como objeto extrapatrimonial, ha de limitarse de igual modo el ámbito de la prenda (que no resulta diferente, en cuanto a su configuración general de garantía real y patrimonial accesoria a un crédito a la hipoteca)".

[54] Como en Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (*Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª ed., 2015). Siguiéndole, con la Ley 17/2021 ya vigente, Domínguez Luelmo (p. 102), aunque creyendo que tal era la opinión unánime.

[55] Como Fernández del Pozo ("Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina", en *RCDI*, nº 753, 2016, p. 32), para quien del mismo modo que el art. 53 LHMyPSDP permite pignorar bienes de equipo, mercancías o materias primas "*aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior*", no hay razón para que el art. 52.3 de la misma Ley no permita pignorar un animal no destinado a ninguna explotación agrícola, cual sucede, por ejemplo, con un caballo deportivo o, en general, con los animales domésticos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

incluso por aplicación también directa y subsidiaria del nuevo art. 1864 CC, en cuanto norma de Derecho común (*ex* art. 4.3 CC) frente a aquella otra que es Ley especial. No obstante —en mi opinión— el acierto del resultado, creo que rectamente debe llegarse a él, salvando aquella laguna —tan solo casuística— por vía interpretativa sistemática, desde la propia lógica de aquellos nuevos arts. 111.1º LH y 1864 CC, que son normas posteriores al art. 52.3º LHMyPSDP, para entender que la referencia hecha en esta norma a los "*animales*" (y sus frutos) debe quedar enmarcada, y así limitada, a las "*explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias* —que su dueño pignorante— *tiene sobre los siguientes bienes*", entre los que se incluyen aquellos animales, debiendo quedar, por tanto, excluidos los de compañía en tal norma, con mayor razón incluso que en el caso de la prenda posesoria del art. 1864 CC, pues ¿quién va a dar en prenda, en posesión al acreedor o a un tercero, un animal que le sirve para su sustento o para su compañía[56]?

Salvada así la omisión, y admitida, en general, la exclusión del animal de compañía como objeto de embargo y, por tanto, de cualquier garantía real, es, sin embargo, aquí cuando se plantea el verdadero problema, donde el notariado puede tener un papel preventivo indudable, pues, ¿cuándo se está ante un animal de compañía?

La Ley 17/2021 tan solo lo menciona en muy variadas ocasiones, para referirse a él aisladamente o en concurrencia con la existencia de otro tipo de animales (como salvajes, domésticos…), pero, aparentemente, sin definirlo, a pesar de su propuesta inicial de hacerlo[57], lo que, finalmente, fue sin embargo

[56] Por esa razón considera Domínguez Luelmo (p. 101), que la reforma hecha en el art. 1864 CC es intrascendente.

[57] Tratándose de la anterior Proposición de Ley, era, por ejemplo, el caso de la enmienda nº 13 del Grupo Mixto que proponía añadir un ap. 5, que definiese al animal de compañía como aquel "*que convive con el ser humano en domesticidad y depende de aquel para su subsistencia*"; o el de la enmienda nº 85 del PSOE, proponiendo suplir el ap. 4 del nuevo art. 333 CC con una definición de animal de compañía como aquel que "*domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía*"; siguiendo, así, la propuesta de Pérez Monguió: «El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, p. 278. En cuanto a la tramitación de la reforma legal finalmente aprobada, se trataba de la enmienda nº 5 del PNV, presentada en el Senado, donde se proponía un nuevo ap. 5 en el art. 333 *bis*, que dijese: "*Será considerado animal de compañía todo aquel que, perteneciente a cualquier especie animal, convive con el ser humano en domesticidad, principalmente en el hogar, con el fin fundamental extrapatrimonial de la compañía, y depende de aquel para su subsistencia, en el marco del respeto de las prohibiciones legales sobre tenencia*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

omitido en el texto legal definitivo tras su tramitación parlamentaria[58]. Un silencio que, precisamente, ha sido unánimemente criticado por la doctrina[59] por no haberse impuesto un concepto único frente a la pléyade de normas autonómicas sobre animales (arriba referidas) que, sin un criterio común totalmente coincidente, definen a los animales de compañía, unas veces como animales que viven en compañía y dependencia del ser humano, y que, generalmente (o principalmente, dicen otras leyes), viven en el hogar de las personas[60], habiéndolas también que solo hablan de animales domésticos[61], o bien

de determinadas especies". Lo cual se justificaba del siguiente modo: "En la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por «animal de compañía», abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por: El Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987; el Reglamento n.º 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; las leyes de las diecisiete comunidades autónomas y los reglamentos de Ceuta y Melilla sobre tenencia y protección de los animales; la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; Ley 8/2003 de Sanidad Animal; y el propio Código Penal. Por este motivo, se hace necesario una definición en este Código, tanto a los efectos de aplicación del mismo como con una finalidad uniformizadora".

[58] En efecto, en el texto remitido por el Congreso al Senado se había introducido una apostilla en el texto de su Exposición de Motivos (donde se decía: "*Para ello, además de definir el propio concepto de animal de compañía…*"), que, sin embargo, fue finalmente eliminada en el texto devuelto por el Senado, y luego ratificado por el Congreso, con la siguiente justificación dada por el propio Senado: "Como consecuencia de una corrección técnica, se suprime en el párrafo sexto del apartado II del Preámbulo el inciso «además de definir el propio concepto de animal de compañía», ya que la presente iniciativa no contempla dicha definición". Tal vez quepa añadir como razón que, dada la heterogeneidad habida al respecto dentro de nuestras leyes autonómicas, el legislador, en su reciente reforma del CC, no haya querido inclinarse necesariamente por ninguno de los conceptos que de animales domésticos y de compañía cada ley autonómica ofrezca (a lo cual puede responder la Disposición Adicional Única de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, no en vano introducida en el Senado a propuesta de la enmienda nº 6 del PNV, cuando dice que "*las disposiciones de esta Ley se entenderán sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*").

[59] Trujillo Villamor (p. 2 y ss.); Vivas Tesón («Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?», en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 41/2022, p. 48 ss.).

[60] Cfr., los arts. 5 de la ley de Castilla-La Mancha, 2. II de la de Canarias; 2.a] de la de Castilla y León; 3.1.b] asturiana, 1.II andaluza; 3.b] catalana; 4.1 madrileña; 5.a] riojana; o el art. 2 de la ley de Murcia, que habla por dos veces de "*hogar*", una de ellas, precisamente, para resaltar del animal "*con el fin de vivir en domesticidad en el hogar*"; o los arts. 2.2 y 2.1, respectivamente de los Reglamentos ceutí y melillense.

[61] Como en los arts. 1 y 2 de la ley vasca, y en el art. 1.1 de la asturiana. Singular de entre todas ellas, es de reconocer, el art. 5.1 de la Ley navarra define los animales domésticos como aquellos animales de compañía al margen de "*el lugar en el que habiten*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

solo de animales de compañía, sin mayor precisión[62], o bien lo estiman como un subtipo de animal doméstico[63], como también se hace a nivel estatal en los aps. 3 y 4 del art. 3 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal[64].

Ante tal variedad de nociones es posible, tal vez y en nuestra opinión, que la Ley 17/2021 se haya mostrado respetuosa con lo que cada Comunidad autónoma considere como animal de compañía. Pero más allá de ello, no debe obviarse que todas aquellas normas son administrativas[65], cuyos conceptos sobre lo que es o no es un animal de compañía no necesariamente ha de ser determinante en el ámbito civil, a que se refiere, precisamente, la Ley 17/2021 en su reforma del CC, la LEC y la LH. Para ella, en cambio, resultan más determinantes otras normas, comunes y posteriores a todas las autonómicas y estatal mencionadas, desde las que deben interpretarse las normas que del CC, la LEC o la LH se refieran al animal de compañía: *ad extra,* una de tales normas es el Convenio Europeo de Protección Animales de compañía, que, aunque celebrado en Estrasburgo el 13 noviembre 1987, no fue ratificado por España hasta el 23 junio de 2017, entrando en vigor en nuestro país el 1 de febrero de 2018 (lo que permite estimarla como una norma reciente en nuestro Derecho interno y posterior a aquella legión de normas administrativas), y cuyo art. 1 define al "*animal de compañía*" como "*todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su*

[62] Como en los arts. 1 y 2 de la ley valenciana, 1 de la andaluza, 4 de la de Madrid, 5.a] de la riojana, o en el art. 5.1 de la Navarra.

[63] Como puede verse en los arts. 1.1 de la ley de Castilla-La Mancha, en la Exposición de Motivos y en el art. 2 de la ley canaria, o en los arts. 12 de la balear, 1 de la extremeña, 3.1.a y b] asturiana, 1 aragonesa, 3 catalana, 4 gallega o en el art. 2 de la murciana.

[64] Al decir que son: "*Animales de compañía: los animales que tenga en su poder el hombre, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos*" (ap. 3); y "*Animales domésticos: aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa*" (ap. 4).

[65] De "jungla administrativa" habla Vivas Tesón (p. 50), que también hace tal advertencia de que no son normas civiles, como también advierte, con acierto, García Mayo («El concepto de animal de compañía y doméstico», en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), ed. Reus, Madrid, 2022, pp. 129-156), creyendo por ello que aquellas definiciones son orientativas, pero no determinantes en el ámbito civil.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía"[66]; y *ad intra*, es la propia reforma operada por la Ley 17/2021 la que, sin llegar a ofrecer una definición como la que se pretendió durante su tramitación, sí hace mención y descripción del animal de compañía en la nueva redacción dada al art. 465 CC, cuando dice ahora: "*Los animales salvajes o silvestres sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados se asimilan a los domésticos o de compañía si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor o si han sido identificados como tales*". Comparado con su redacción anterior (la originaria dada en 1889), en la vigente, acorde con la nueva consideración de los animales como seres sintientes, se ha hecho tan solo alguna reforma terminológica en dicho precepto (como es la de sustituir la expresión "*fieros*" por la de "*salvajes o silvestres*", o como es hablar solo de "*domesticados*" en lugar de "*domesticados o amansados*", que decía antes), sin ninguna modificación sustancial (salvo en su coletilla final "*o si han sido identificados como tales*", y la más importante —a nuestro propósito— al hablar de animales "*domésticos o de compañía* —que parece así equiparar—, con la siguiente condición: *si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor*", que ya decía el art. 465 CC desde su primera redacción, acorde con el clásico *animus revertendi* procedente del Derecho romano[67]; no

[66] Solo a esta norma se refieren para definir el animal de compañía, Díaz Alabart (p. 9), en parte Vivas Tesón (p. 53), aunque antes también tiene en cuenta aquella legión de normas autonómicas, aun reconociendo que son administrativas, no civiles.

[67] Se trataba, en particular y entre otras, de la Ley 5, del título I del Libro XLI, cuyo § 5, acerca de la diferencia entre animales fieros o salvajes y domesticados o amansados, decía de estos últimos en su última parte: "*In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra ese intelligantur, donec revertendi animum habeant, quod (si) desierint revertendi animum habere, desinant nostra ese, et fiant occupantium; intelliguntur autem desiisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consietudinem deseruerint*". De *revertendi animum* habla tres veces, y en dos ocasiones de *consuetudine revertendi*, casi reconociendo voluntad, intención, o instinto cuando menos, al animal doméstico o al domesticado. La transcripción original del texto, hecha en esta ocasión, obedece a su genuina expresividad, que, sin embargo, por los avatares propios de cualquier traducción (que, como es sabido, puede convertirse en traición al texto original), admite traducciones con diversos matices. Así, por ejemplo, según la traducción de García del Corral, se dice en dicho texto del Digesto: "*Mas en cuanto a los animales que por costumbre suelen irse y volver, se admitió tal regla, que se entienda que son nuestros mientras tengan el instinto de volver, porque si hubieren dejado de tener el instinto de volver dejan de ser nuestros, y se hacen de quienes los ocupan; pero se entiende que dejaron de tener el instinto de volver cuando hubieren perdido la costumbre de volver*". De "*instinto de volver*", habla Del Corral para traducir aquellas expresiones latinas (*revertendi animum* y *consuetudine revertendi*); en cambio, de "*querencia —de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en vano[68], etimológicamente la palabra "doméstico" viene del latín "*domus*", que significa "casa").

No obstante la aparente equiparación entre animales domésticos o de compañía, que lo es solo a los efectos de conservar o no perder su posesión (a los efectos, sobre todo, de que el animal pueda ser adquirido por persona diversa a su anterior dueño mediante ocupación, caza…, según se mantiene en el reformado art. 610 CC —a pesar de la supresión del tercer párrafo del art. 612 CC—), conviene precisar; pues si bien el —tradicional— animal doméstico puede serlo por naturaleza, por su propia especie que le hace tener esa querencia o instinto de "volver a casa" o por domesticación del ser humano, el —nuevo concepto— de animal de compañía, en cambio, puede serlo solo —por su función, suele decirse[69]— por voluntad de su dueño que desea tenerlo en su compañía, sea o no en su casa, o en su trabajo…, y sea o no el animal de suyo doméstico o domesticable, según tenga o no *natura sua animus revertendi*, y cualquiera que sea su especie. Ello explica que absolutamente cualquier animal pueda ser de compañía, si a tal función lo destina por su voluntad su dueño, y que el doméstico así lo sea también —mas— solo cuando su dueño lo tenga para su compañía, y no para otros fines, exclusivos o preferentes, como su consumo o el ánimo lucrativo (para su cría y comercialización[70]), ya sea a través de actividades agrícolas, ganaderas, industriales o "*de recreo*"[71] (según dice, con parecidos términos

costumbre y de *hábito— de volver*" habla, de forma más expresiva a nuestro modo de ver, Álvaro D'Ors para traducir aquellas expresiones.

[68] Como nos recuerda Gil Membrado (*Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Madrid, 2014, p. 15).

[69] Por todos, Pérez Monguió: «El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, p. 278, a quienes tantos otros siguen en tal observación de que el animal es de compañía por su función, no por su especie: últimamente, comentando la Ley 17/2021, Domínguez Luelmo (pp. 39 y 42).

[70] Piénsese, como ejemplo, según destaca Chaparro Matamoros (*ult. loc. cit.*), en los establecimientos de cría y venta de animales de compañía, regulados en el Real Decreto nº 43/2022, de 18 de enero, por el que se establecen determinadas cualificaciones profesionales de las familias profesionales Actividades Físicas y Deportivas, Agraria, Artes Gráficas, Comercio y Marketing y Edificación y Obra Civil, que se incluyen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales

[71] "Es por ello por lo que no podría considerarse acertada una definición como la contemplada en la ley aragonesa, la cántabra, la valenciana, la madrileña o la murciana, que refieren como fines propios de los animales de compañía los educativos, lúdicos o sociales", según dice con acierto García Mayo (*cit.*), quien añade: "Es más, no consideramos, como sí hace, por ejemplo, la ley navarra, que los animales de trabajo hayan de ser considerados como un tipo de animal de compañía: "aquellos animales de compañía que se dedican a

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

amplios al art. 52.3º LHMyPSDP, el nuevo art. 111.1º LH[72]), en cuyos casos, al no ser el animal de compañía —aunque sí sea doméstico—, sí podrá ser embargado, hipotecado…[73]. Por exclusión, tal finalidad diversa de la de compañía podrá ser cualquier otra que lo sea exclusiva o preferentemente[74].

Delimitado así qué es o puede llegar a ser un animal de compañía, según cuál sea la función que por su voluntad —esto es, subjetivamente— le confiera su dueño, es cuando surge el verdadero problema (que no lo es el de su —aparente— indefinición en la Ley 17/2021): que por voluntad —originaria o sobrevenida— de su dueño quiera este que su animal no sea objeto de embargo, de ejecución hipotecaria… alegando, en fraude de ley, que el animal era o ha venido a ser de su compañía y, por tanto, inembargable e inejecutable en subasta pública[75].

A prevenir tal posible fraude de ley podrá —habrá de— venir el notariado, que siempre ha de intervenir en la escritura por la que se constituyen aquellas garantías reales (como son la hipoteca y la prenda sin posesión, cfr., arts. 1875 CC, 130 y 145 LH y 3 LHMyPSDP), e incluso en su posible

una actividad o cometido concreto, como los perros de guarda, perros pastores, perros de asistencia, perros o hurones de caza, perros buscadores de trufa, perros de rescate y aquellos perros utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". No es la compañía su finalidad esencial, por más que indirectamente también la proporcionen. Así, el perro de grandes dimensiones que puede tener una persona en su finca rústica a fin de ahuyentar a los posibles "amigos de lo ajeno", no es un animal de compañía; tampoco lo es el perro de caza".

[72] Chaparro Matamoros (*cit.*), así también lo cree por contener el art. 111.1º LH un listado de *numerus apertus*. Rectamente, parece más bien contener un listado cerrado, taxativo (como también sucede con el art. 52 LHMyPSDP), lo que, sin embargo, no impide, en su caso, una interpretación amplia o extensiva de las expresiones empleadas, lo que permitiría, siguiendo el ejemplo que con razón pone el propio Chaparro, que los titulares de establecimientos de cría y venta de animales de compañía puedan hipotecarlos por formar parte de la explotación "*industrial*" a que se refiere el nuevo art. 111.1º LH.

[73] Así también lo creen, Trujillo Villamor (pp. 4 y 12); Vivas Tesón (p. 53), y García Mayo (*ult. loc. cit.*).

[74] Por eso, como advierte Vivas Tesón (p. 53), "aunque lo más frecuente sea la inexistencia de ánimo de lucro, nada obsta a que el poseedor de un animal de compañía pueda obtener algún beneficio económico, como un premio en un concurso de belleza, una retribución dineraria por una aparición publicitaria o ingresos extra por un exitoso canal en YouTube sobre adiestramiento canino, sin que, por ello, el animal pierda dicha condición".

[75] Así lo advierten, Vivas Tesón (p. 48); García Mayo (*ult. loc. cit.*); y recreándose en el problema, mas sin apuntar ninguna solución, Trujillo Villamor (pp. 3, 11, 12, 14…), para quien al quedar la decisión de si se trata de un animal de compañía en la voluntad de su dueño estamos ante una "categorización subjetiva, particular y completamente arbitraria".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ejecución en caso de impago de la deuda así garantizada, si así se ha previsto en aquella escritura (cfr., arts. 129 LH, 234 y ss. RH, y arts. 94 y 95 LHMyPSDP). Y para ello habrá de servirse escrupulosamente del principio de especialidad o determinación que caracteriza a toda garantía real —que además sea escriturada e inscrita en el Registro oportuno (sea el de la Propiedad para la hipoteca inmobiliaria, o el de Registro de Bienes Muebles para la prenda sin desplazamiento posesorio)—.

Para dicha determinación objetiva de la garantía recayente sobre los animales que no sean de compañía, ante todo y como siempre, el notario habrá de tener en cuenta qué es lo que en cada caso se puede y quiere hipotecar o pignorar (según la titularidad jurídica que se tenga sobre los animales y sobre la finca a que tal animal se destine y ante la prohibición de garantías reales concurrentes sobre el mismo animal —cfr., arts. 12 *in fine* y 55 LHMyPSDP—, que expresamente refiere la incompatibilidad entre la prenda sin desplazamiento posesorio y la extensión de la hipoteca del art. 111 LH[76]); cabría, en tal sentido, imaginar sobre todo dos hipótesis, siempre alternativas (nunca concurrentes), entre otras posibles[77]:

Como primera hipótesis, que se pretenda tan solo ofrecer como garantía del crédito a los animales, aisladamente considerados sin que además se hipoteque la finca ni el establecimiento a donde aquellos se destinen; en tal caso la figura más apropiada para ofrecerlos como objeto de garantía sería, sin duda, la prenda sin desplazamiento posesorio a que se refiere el art. 52.3 LHMyPSDP (dado que, como dijimos antes, extraño —incluso absurdo— será que su dueño quiera deshacerse de la posesión del animal que le sirve para su actividad agrícola o industrial o cualquiera otra actividad económica a que lo destine). En tal caso, la descripción del animal pignorado podrá ser distinta según se quieran pignorar determinados animales (tal o cual caba-

[76] Pero no al revés, según advierte Domínguez Luelmo (p. 106), para quien la posible extensión de hipoteca inmobiliaria a los animales previamente pignorados se resuelve dándole preferencia a la prenda, por ser anterior, conforme al art. 75 LHMyPSDP.

[77] Dejamos a un lado la posibilidad de que tratándose del arrendatario de un establecimiento mercantil (agrícola, ganadero o industrial dedicado a los animales), en cuyo caso las hipótesis posibles son similares a las que se explicarán a continuación en texto: entre pignorar los animales (sea individualmente o como colectivo), o extender a ellos la hipoteca de aquel establecimiento (al amparo, según creo, del art. 21.b LHMyPSDP cuando se refiere al "*mobiliario… de producción y trabajo*").

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

llo, vaca…), o un colectivo de animales (un rebaño, una yeguada, una piara de cerdos…)[78]:

En el primer caso, se podrá determinar el animal pignorado por su nombre y especie y por su *status loci*[79] (esto es, por la finca a cuya explotación se destina, al modo clásico de los *invecta et illata* del Derecho romano —origen más remoto de la más moderna hipoteca[80]—, que en cierto modo aún pervive en el art. 70.3 de la LHMyPSDP y en el art. 32 de su Reglamento), aunque también cabría una identificación —y una inscripción registral mobiliaria— individual del animal a través de los conocidos crotales; un sistema moderno de identificación de cada animal este[81] que permite superar desde tal nueva realidad social —*ex* art. 3.1 CC— aquella ya hoy añeja previsión del art. 70.3 LHMyPSDP, pensado este, cuando se redactó a mediados del siglo pasado, en bienes muebles de difícil identificación como por entonces, y entre otros, eran los animales, que, sin embargo, actualmente pueden ser perfectamente identificados y determinados en la escritura de prenda así como en su inscripción mobiliaria mediante aquel sistema crotal; todo lo cual, parece[82], podría incluso eximir de la concreción de su *status loci* (cfr., el art. 57.2º LHMyPSDP, cuando, sobre la escritura de prenda, se refiere a *la "determinación, en su caso* —en su caso, dice[83]—, *del inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento*

[78] Según defendiera hace ya tiempo, Vallet de Goytisolo (*Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales*, Barcelona, 1957, pp. 536 ss. y, sobre todo, en pp. 542 y 545); y siguiéndole, Carrasco Perera (y otros en su *Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª ed., 2015); destaca también al respecto, Fernández del Pozo (pp. 20 ss.), cuya opinión seguimos en buena parte de todo cuanto sigue.

[79] Es el único modo a que se refiere Domínguez Luelmo (pp. 102 y 103).

[80] Se trataba de una convención entre el arrendador y el arrendatario de una finca rústica por la que los instrumentos introducidos por el arrendatario en la finca para su cultivo —como el ganado, los esclavos, los aperos de labranza— respondían del pago de la renta.

[81] A que se refiere con cierto detalle Fernández del Pozo (pp. 24, 25, 40 y 41), "que funciona a estos efectos como un número de serie que se inserta de modo indeleble e inseparable en el animal lo que permite excluir su confusión con otros animales de la misma especie que estén juntos".

[82] Según defiende recientemente Fernández del Pozo (pp. 20 ss., pp. 40 y 41), criticando esa exigencia de la determinación del *status loci*.

[83] Como aclaraba Vallet de Goytisolo (p. 545, nota 34), que fue uno de los redactores de dicha Ley, "la expresión «en su caso», en el requisito segundo del art. 57, fue puesta por la Comisión redactora del anteproyecto en previsión de los supuestos de prenda de ganado trashumante. Seguramente hubiera sido preferible determinar concretamente esa excepción en lugar de interpolar aquel inciso tan vago e impreciso"; una pretendida imprecisión que, sin embargo, pasado el tiempo sirve a nuestro propósito para poder pignorar cualquier animal individualmente considerado sin la necesidad de recurrir a su *status loci*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

o depósito")[84]. Y siempre, según el caso, indicando que la garantía también se extiende a sus crías y productos (cfr., de nuevo, los arts. 52.3º y 70.3 LHMyPSDP y el art. 32 de su Reglamento).

En cambio, cabe que se pretenda pignorar un colectivo de animales. Sería el viejo supuesto del *pignus gregi*, previsto en un texto de Marciano contenido en el Digesto (D. 20, 1, 13), que decía: "*Cuando se da en garantía un rebaño, las cabezas que nazcan después quedan obligadas, y aunque se hubiera renovado por entero todo el rebaño al ir muriendo las primeas cabezas*". Al ser mucho más lacónico el actual art. 52.3 LHMyPSDP, que se limita a permitir la prenda sobre los animales y sus frutos (crías y productos, según dice), los problemas que ya aquella previsión del Digesto suscitaba en Roma se agudizan con la norma vigente, siendo al respecto el papel preventivo del notario fundamental. Así lo explicaba hace tiempo Vallet de Goytisolo[85], que merece ser transcrito cuando nos decía:

"El art. 52, número 3, puede volver a resucitar las mismas cuestiones suscitadas por la Ley *Grege* de Marciano (Dig. XX—I, 13 pr.). Admite la pignoración sin desplazamiento de los *animales*, así como sus *crías o productos*. ¿Se refiere únicamente a animales específicamente determinados y a las crías o productos de los mismos, o puede referirse también genéricamente a un rebaño, una yeguada, una vacada?". Y respondía seguidamente: "En esta segunda hipótesis —no incluida expresamente, pero tampoco excluida en el texto de la Ley— se reproducen todas las dudas planteadas en torno al texto de Marciano. ¿Comprende la prenda sin desplazamiento el rebaño, la yeguada o la vacada, con las cabezas existentes al constituirla, las que después nazcan de ellas, sin incluir las agregadas posteriormente, pero nacidas en el rebaño, o también estas deben entenderse incluidas? Es decir, *¿la extensión de la prenda es una consecuencia de su extensión a los frutos de las cosas pignoradas, o es resultado de su determinación sub especie universitatis*? Además, ¿cabe la posibilidad de enajenar algunas cabezas si pueden ser sustituidas con las nacidas o con las que se agregan al rebaño); y en caso de pérdida de parte del ganado, ¿existe la obligación de reponer-

[84] En contra de tal posibilidad, Carrasco Perera (y otros, en su *Tratado de los Derechos de garantía*, 3.ª ed., 2015). A favor, en el gremio registral, destaca el trabajo de Fernández del Pozo (pp. 20 ss.).

[85] En sus *Estudios sobre Derechos de cosas y garantías reales*, Barcelona, p. 542.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lo?". Expuestas todas estas dudas, terminaba VALLET proponiendo: "Ante el silencio de la ley, la escritura de constitución de la prenda deberá dejar previstas estas cuestiones"

Tal era el consejo de VALLET DE GOYTISOLO[86], ciertamente laborioso, por minucioso, de pretenderse prever todas aquellas cuestiones en la escritura pública. Igualmente laborioso sería pretender una identificación individualizada por su crotal de cada animal perteneciente al rebaño o al ganado que sea pignorado (sin que, además, ello evitara algunos de aquellos riesgos indicados por VALLET). Tal vez haya para el notario otra opción más sencilla, a la par que efectiva en la determinación del colectivo animal empeñado, que exima de controlar la posible venta o traslado de algunas cabezas (cfr. arts. 4 y 60 LHMyPSDP), que facilite el control de su conservación (cfr., arts. 57.3 y 61 ss. LHMyPSDP) y que, además, evite cualquier fraude legal (recuérdese, que ante su posible e inminente ejecución su dueño alegue que son animales de compañía): al amparo del art. 57.2 LHMyPSDP cabría describirlos "*con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a individualizarlos o identificarlos*", en síntesis, por su número o volumen y especie de ganado (porcino, vacuno, bovino…), que el pignorante habría de mantener (o reponer, en su caso, cuando venda o muera o dé a luz alguna cabeza del ganado), a fin de conservar la prenda tal como fue inicialmente constituida en garantía del crédito así asegurado. Es lo que el propio VALLET denominaba la determinación del objeto pignorado *sub especie universitatis* (una suerte de género limitado).

Otro tanto de lo mismo cabría decir en caso de hipoteca inmobiliaria cuando, por acuerdo entre el hipotecante y el acreedor, se decidiera extender la hipoteca a los animales (y a sus crías) destinados al fin económico de la finca hipotecada al amparo del nuevo art. 111.1º LH. No suele, sin embargo, hacerse así en la práctica más común. Se observa, en efecto, con mucha frecuencia en la práctica bancaria, y en su documentación notarial, un pacto que, prácticamente, constituye cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios: aquel en que el acreedor prestamista (una Entidad de Crédito, la mayor de las veces) y el prestatario hipotecante acuerdan (como cláusula predispuesta por el Banco) la exclusión de las excepciones legales, de modo que la hipoteca también se

[86] Así también en términos similares, el de FERNÁNDEZ DEL POZO (pp. 58 y 59).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

extienda a los bienes muebles que el art. 111 LH en principio dispone —pero no impone— como excluidos. "Respecto a su contenido —según nos explica Ramos Chaparro[87]— el carácter *expreso* del pacto, exigido literalmente por la ley, no implica que deban enumerarse y describirse concretamente los objetos que quedan afectados por el gravamen hipotecario, sino que basta la referencia genérica «*a los bienes señalados en el art. 111 LH*» (que es una de las fórmulas más frecuentes en la práctica), o la mención más o menos literal del contenido de dicha norma. Obviamente, las partes pueden limitar la extensión convencional solo a alguno o algunos de los elementos enunciados por aquella. La STS de 26 mayo 1984 consideró válido el pacto genérico por el que se extiende la hipoteca «*a los bienes muebles*», sin especificarlos ni concretarlos, entendiéndose que se da a esta expresión el preciso sentido admitido por la ley. En términos análogos se pronuncia la STS de 14 marzo 1986", y otras posteriormente. Aplicando tal idea a la reforma animalista recientemente hecha, hay quien[88] entiende como suficiente que en el pacto de extensión hipotecaria haya una referencia expresa al nuevo nº 1º del art. 111 LH, ora mediante su simple mención, ora reproduciendo su contenido dejando así claro que la extensión de la hipoteca abarcará a los animales y consecuentemente, en caso de así preverlo expresamente, a sus frutos (comprendidos estos últimos en el nº 2º de aquel art. 111 LH, entre los que cabría incluir, como en la prenda sin posesión, a las crías, conforme al nuevo art. 355.I CC).

En nuestra opinión, sin embargo, aun siendo válida tal fórmula, tan cómoda por su simpleza, nos parece conveniente, a fin de salvar los peligros del clásico *pignus* de la *Lex grege* (antes recordado), que también aquí, a fin de asegurar una extensión objetiva mínima suficiente y libre de engaños, en la cláusula extensiva de la hipoteca (que se escritura y así se inscribe) se haga, cuando menos, descripción de los animales a que se extiende la hipoteca por su número o volumen y por la especia de ganado (porcino, vacuno, bovino…), que el hipotecante habría de mantener (o reponer, en su caso, cuando venda o muera o dé a luz alguna cabeza del ganado), a fin de conservar la hipoteca tal como fue inicialmente constituida en garantía del crédito así asegurado.

[87] En su magnífico Tratado *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, con prólogo de A. Gordillo Cañas, Navarra, 2008, p. 445.

[88] Como Chaparro Matamoros (*ult. loc. cit.*).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

3.2. Y en materia sucesoria: alternativas en el testamento notarial sobre la atribución o cuidado del animal ante la insuficiencia del nuevo art. 914 bis CC.

Sobre las dudas en materia sucesoria que planteábamos arriba (en el epígrafe III.2), nada aclara el nuevo art. 914 *bis* CC (único introducido durante la tramitación de la reforma[89], a pesar de la pomposa advertencia que de una —supuesta— reforma sucesoria se hace en su Preámbulo[90]), un artículo (con importantes errores, como confundir causante y causahabiente[91]), que, previsto solo para la imprevisión testamentaria relativa —tan solo— al animal (se haya o no hecho testamento), lejos de colmar cualquier posible laguna en sede sucesoria[92] y de dar pronta solución al cuidado del animal una vez fallecido su dueño o cuidador[93], parece más bien añadir una regla especial[94], incluso excepcional[95], que se aparta de las reglas generales

[89] A iniciativa del PP (en sus enmiendas nº 63, ante el Congreso, y nº 15, ante el Senado), justificándolo —sencillamente— por mostrarse ello "en coherencia con el ámbito de la reforma". También hubo otras propuestas alternativas, todas ellas rechazadas, y "disparatadas" en opinión de Domínguez Luelmo (pp. 111 y 112), que las expone y critica.

[90] Cuando dice: "*Asimismo, se incorporan disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, que, en ausencia de voluntad expresa del causahabiente, también deberán articular previsiones en base al criterio de bienestar de los animales*".

[91] Adviértase que en él, así como en su justificación en el Preámbulo, se habla de "*causahabiente*" cuando rectamente quiere decir causante. Al respecto, Durán Rivacoba, R. y Del Carpio Fiestas, V. ("«causante», que no «causahabiente»", en *Diario La Ley*, nº 9992, Sección Tribuna, 19 enero 2022).

[92] Como dice Díaz Alabart (p. 24), "la nueva regla no viene a cubrir ningún vacío legal que la demandara, pues el Derecho de sucesiones ya da respuestas a los problemas que se pudieran plantear" (según luego veremos, y donde el notariado tiene un papel, de nuevo, preventivo de posibles problemas).

[93] Domínguez Luelmo (pp. 116 ss.), centra con insistencia su crítica hacia el art. 914 *bis* CC en su falta de previsión para dar una rápida y pronta solución al cuidado del animal una vez muerto su dueño, sin esperar a las dilaciones que siempre supone cualquier apertura sucesoria, echando en falta que con aquel fin no se haya reformado el art. 790.1 LEC incluyendo expresamente a los animales como, en cambio, se ha hecho en tantas normas del CC, casi siempre, en su opinión, de modo innecesario. En mi opinión, sin embargo, no parece que deba haber problema, sino todo lo contrario, en incluir al animal entre los "*bienes*" a que se refiere aquel art. 790.1 LEC a fin de que el juez pueda prontamente asegurar su cuidado y sustento.

[94] Así lo califica Mariño Pardo, F ("La sucesión en los animales de compañía: el nuevo artículo 914 *bis* del Código Civil. ¿Están sujetos los animales de compañía al régimen de la sociedad de gananciales", en *Iuris Prudente* (https://www.iurisprudente.com/2022/02/la-sucesion-en-los-animales-de-compania.html?m=1).

[95] Así lo cree Martos Calabrús, M.ª A. («El animal de compañía en la sucesión *mortis causa*», en la obra colectiva que yo mismo dirijo *Un nuevo Derecho civil para los animales*, ed. Reus, Madrid,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

u ordinarias sucesorias: por un lado, exige en su primer párrafo que, ante tal falta de previsión testamentaria sobre el animal, este sea reclamado por cualquier sucesor para que le sea efectivamente entregado, lo que hace pensar que tal animal no forma parte del caudal hereditario, ni de la partición hereditaria en sentido estricto; y, por otro lado, parece admitir en su penúltimo párrafo la posibilidad de que los sucesores —herederos y legatarios— rechacen —o no reclamen— tan solo al animal, pero aceptando el resto del haber hereditario (en contra del art. 990 CC, que impide aceptar la herencia por partes, salvo que se trate de herencia y de legados separadamente, en que cabe aceptarlos o rechazarlos unos u otros, según previene el art. 890. II CC)... *Quid iuris*?

Hay quien[96] plantea otra alternativa (también haya o no testamento y respetando que estamos ante una regla especial, pero evitando, frente a los riesgos e inconvenientes del art. 914 *bis* CC, que la mascota quede ora abandonada, porque ningún sucesor la reclame, ora disputada por varios sucesores que la reclaman para sí): la de aplicar el derecho de predetracción del art. 1321 CC, para cuando el causante estuviera casado, en favor del cónyuge viudo, considerando que el animal de compañía forma parte del ajuar de la vivienda familiar. Otra alternativa planteada por la doctrina[97] es estimar que la mascota se estime incluida en el haber hereditario (o legatario, en su caso), mas sin derecho de predetracción alguno, como parte de la vivienda heredada (o legada), con fundamento en los arts. 346.I y 347 CC, trayendo al recuerdo para su apoyo la antigua STS de 29 noviembre 1913, al declarar, en el caso particular que resolvía, que en el legado de usufructo de la casa en que vivía el testador, con todos sus accesorios y pertenencias, derechos y uso anejos, se habían de comprender —entre otros— los semovientes que se albergaban ordinariamente en ella, aunque se encontrasen fuera en el momento de la muerte del testador.

2022, pp. 463-478), cuyo razonamiento seguimos íntegramente en lo que a continuación decimos en texto.

[96] Como Díaz Alabart (pp. 25-27).

[97] Aunque refiriéndose a previsión testamentaria expresa, Mariño Pardo (citando una de las sentencias que yo mismo cité en la 1ª edición de mi librito sobre *Crisis familiares y animales domésticos*).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Plausibles parecen tales opciones, pero tanto como muy difíciles —por no decir imposibles— de alcanzar por vía interpretativa, cuando (según antes hemos advertido) los animales, si bien pueden seguir estimándose como bienes muebles —eso sí— singulares (*ex* arts. 333 *bis* y 335 CC), no forman parte del ajuar doméstico (*ex* art. 346 CC)[98].

Recordemos, de nuevo —aunque con mayor detenimiento—, la gestación y el espíritu —vigente aún hoy, tras su mero maquillaje— del art. 346 CC, para ver que su intención fue, y sigue siendo, la de considerar solo como bienes muebles lo que hoy, en el art. 1321 CC, así como en otras normas (ya mencionadas, como los arts. 96, 1320… CC), se llama ajuar o bienes de uso ordinario de la vivienda (normas, todas ellas, singulares o especiales por la materia particular que abordan, que han de interpretarse desde el art. 346 CC, como norma esta común o general que lo es frente a todas aquellas):

Frente al excesivo casuismo y al número de normas que a los bienes muebles dedicaba el *Code Napoleon* (para definirlos en general en los arts. 527 y 528 —incluyendo a los animales entre los muebles por naturaleza—[99], y para aclarar las expresiones "mueble" —a secas—, "muebles de menaje" y "bienes muebles", en sus arts. 533 a 535, respectivamente[100]), fue intención

[98] Así ya lo dije (en «¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 12/2 2021), con un lamento final: *Dura lex, sed lex scripta est*. Siguiéndome en la imposibilidad de aplicar al tema que nos ocupa el art. 1321 CC por no haber sido reformado, Martos Calabrús (*ult. loc. cit.*), negando también que pueda aplicarse el derecho de preferencia en la partición a que se refiere el art. 1406 CC.

[99] Decía, en efecto, el art. 527 CC francés: "*Los bienes muebles son por su naturaleza o por disposición de la ley*", añadiendo el art. 528: "*Son muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden transportarse de un punto a otro, bien se muevan por sí mismos, como los animales, bien que no puedan cambiar de sitio sino por efecto de una fuerza exterior, como las cosas inanimadas*".

[100] Art. 533: "*La palabra «mueble», aplicada sola a las disposiciones de la ley o del hombre, sin otra adición ni explicación, no comprende el dinero en metálico, las piedras preciosas, las deudas activas, los libros, medallas, instrumentos de ciencias, artes y oficios, la ropa blanca, los caballos, equipajes, armas, granos, vinos, forrajes y otras especies: tampoco comprende lo que es objeto de algún comercio*". Art. 534: "*Las palabras «muebles de menaje» solo comprenden los destinados al uso y adorno de las habitaciones, como tapicerías, camas, sillas, espejos, relojes, mesas, porcelanas y otros objetos de igual naturaleza. (…) Los cuadros y las estatuas que forman parte del menaje de una habitación, también se comprenden bajo el mismo nombre, pero no las colecciones de cuadros que haya en las galerías o piezas particulares. (…) Lo mismo sucederá con las porcelanas, porque solo se comprenderán bajo la denominación de muebles de menaje, los que formen parte del adorno de una habitación*". Y decía, por último, el art. 535: "*La expresión «bienes muebles», la de ajuar o*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de nuestro legislador, ya contenida en aquel Proyecto de CC-1851 y respetada luego en el definitivo CC, la de aligerar la materia, pues, según justificaba el propio García Goyena (en p. 344) la sintética redacción del art. 381 del Proyecto de CC (equivalente al actual art. 335 antes mencionado), "una vez determinadas en el artículo anterior —el 380 del Proyecto, correspondiente al actual art. 334 CC— todas las especies de bienes inmuebles, pareció más breve, sencillo y claro redactar el artículo —381— *á contrario sensu* en los términos que ahora tiene". Y con igual intención se redactó el art. 382 del Proyecto (precedente del actual 346 CC[101], cuya atención nos ocupa), que aunando lo que en varios preceptos decía el CC francés (en sus arts. 533 a 535, para aclarar las expresiones "mueble", "muebles de menaje" y "bienes muebles"), decía el nuestro propuesto, en su párrafo segundo (el que aquí interesa): "*Cuando se use de la expresión de muebles, ó bienes muebles de una casa, no se comprenderán el dinero, los créditos ó acciones, los efectos públicos ó de comercio, las alhajas, colecciones científicas ó artísticas, los libros ó sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, la ropa de vestir ó de cama, las caballerías ó carruajes y sus arreos, los granos , caldos, mercancías, ni otras cosas mas que las que sirven para amueblar ó alhajar la casa*".

Si se comparan, el actual art. 346 CC es aún más breve, no tan casuístico, y, aunque haya perdido aquella primera matización (la de "*bienes muebles de una casa*"), que Goyena introdujo en su propuesta de Código para incluir en un mismo precepto los muebles de menaje a que se refería separadamente el CC francés, aún hoy puede entenderse implícita tal matización en el vigente art. 346 CC: tras decir el propio García Goyena (en p. 345), que la "espresion de *muebles sola* tal vez —decía— se esplicaria mejor según el uso común con el nombre de *ajuar*, en latín *supellex*", aclaraba luego (en p. 346) que "la palabra *muebles* tiene, como todas, un significado generalmente recibido, y puede decirse que comprende todo lo que sirve para el adorno y uso ordinario de la casa. «Amueblar es, según el Diccionario, alhajar ó adornar con muebles una casa»", lo que, finalmente, tendrá

efectos semovientes, comprenden generalmente todo lo que se considera mueble, según las reglas arriba establecidas. (La venta o la donación de una casa amueblada, no comprende más que los bienes de menaje".

[101] Y en el que la enumeración sigue siendo abierta, ejemplificativa, e incluso por ello innecesaria.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

expresión en el art. 382.II *in fine* del Proyecto de CC-1851 ("*cosas mas que las que sirven para amueblar ó alhajar la casa*"), y se mantendrá en el actual art. 346 CC ("*otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones*"), en lo que su precedente, el CC francés, refería tan solo a los "muebles de menaje" (y que, al margen de detalles y ejemplos, el art. 534 definía como "*los destinados al uso y adorno de las habitaciones*"). Todo lo cual demuestra, como advertimos, la ecuación entre muebles y ajuar que perfectamente puede trasladarse, a modo de interpretación histórica en refuerzo de la interpretación sistemática comúnmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para aclarar la expresión de "*objetos —o muebles— de uso ordinario*", a que se refieren, entre otros, los arts. 96 y 1320 CC[102], o la de "*ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual*" a que se refiere —precisamente— el art. 1321 CC[103]; lo que, a su vez, hace difícil, si no imposible, incluir entre tales bienes muebles a los animales.

[102] Así, por ejemplo, sobre el art. 96 CC, el común de la doctrina (por todos, García Mayo: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, con Presentación de J. J. Pretel Serrano y Prólogo de G. Cerdeira Bravo de Mansilla, Madrid, 2019, p. 325), así como el de los tribunales que se han tenido que pronunciar al respecto, concluyen que solo han de incluirse en el ajuar los bienes afectos o destinados económicamente al uso diario de la vivienda familiar, en cuanto "*alojamiento cotidiano*" (dice el Auto de la AP de Barcelona de 7 junio 2000), "*… como la grifería, la bañera, la pila y el bidé… o ropa de cama, o el frigorífico, horno, y diversos electrodomésticos o piezas de mobiliario, de modo que de forma indudable son precisos para materializar el propio uso de dicha vivienda… quedando dichos bienes muebles comprendidos en el uso de la vivienda familiar como integrantes del ajuar doméstico de la misma*" (dice la SAP de Lérida de 21 enero 2019), quedando, por ello, excluidos "*las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*" (a que se refiere el art. 1321.II CC), y los bienes de uso personal o profesional (como ropa, útiles de aseo, instrumental, libros, cartas…) del cónyuge que no tiene atribuido el uso de la vivienda familiar.

[103] Por todos, *vid*, reciente —y precisamente— Díaz Alabart, en su otro trabajo («El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge viudo [art. 1321 CC]», en *Libro homenaje al Prof. S. Carrión Olmos*, Valencia, 2021), con cita de doctrina y jurisprudencia (tributaria, inclusive), donde llegará a decir que "Todos los muebles que se contengan en ella —la vivienda—, y los enseres que es un término muy amplio y permite incluir tanto, vajillas, cristalerías, cuberterías, cacharros de cocina, electrodomésticos, aparatos electrónicos de uso ordinario, libros, objetos de adorno, etc. Todos ellos tienen un denominador común que hace que todos ellos puedan formar parte de la categoría «ajuar familiar», que se usan para cubrir las necesidades esenciales y de confort en la vida diaria de los cónyuges en la vivienda habitual común". En su más inmediato precedente (los arts. 1301 y 1342 del Proyecto de CC-1851), aquel derecho de predetracción quedaba limitado al lecho y al vestido ordinario.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ello, sin embargo, no impide a mi modo de ver que el animal —aunque solo el doméstico— pueda estimarse como parte de la vivienda, mas no como parte de su mobiliario, sino por su destinación afectiva a la misma. Ahí está —sigue estando, recuérdese—, el "nuevo" ap. 2 del art. 334 CC, aplicando el régimen de los inmuebles por destinación a ciertos animales. Es verdad que desde su origen (en el art. 334.6º CC), solo se piensa en los animales afectos a un destino —esencialmente— económico, quedando obviados los genuinos animales domésticos. Pero, ¿por qué no añadir hoy, conforme al espíritu general de la reforma sobre animales, que junto a la destinación económica cabe una posible destinación afectiva del animal para con la casa, que permita entender que dicho animal forma parte de ella, también como bien inmueble?

Aun sin referirse, naturalmente, al tema que nos ocupa, lo decía así, entre los nuestros, Díez-Picazo, admitiendo, en el caso particular del —anterior— art. 334.6º CC, que el destino no sea agrícola o industrial, ni necesariamente económico, pudiendo ser de otro tipo (para decoración, ornamento, etc.)[104]; ya antes, y en general, lo decía, conforme a la opinión común en su país, Biondo Biondi, refiriéndose al actual CC italiano (más lacónico que su precedente, que, inspirado en el francés, era más casuístico[105], y por ello, ejemplificativo y no cerrado[106]): "la lista de los inmuebles es taxativa, si bien susceptible de interpretación extensiva". Entender, por el contrario, que no cabe ninguna interpretación de los supuestos taxativamente contemplados en el art. 334 CC

[104] Literalmente decía (en sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 3º, Madrid, 1995, p. 191), que "la relación de servicio de la cosa accesoria respecto de la cosa principal... puede ser tanto una explotación agrícola, como industrial mercantil o de cualquier otro tipo", y que "en nuestro Derecho no parece que la idea de una relación de orden económico sea absolutamente necesaria y que el servicio puede ser también de otro tipo (p. ej. decoración, ornamentación, etc.)".

[105] De "largo y fatigoso catálogo" el que se contenía en los arts. 413 y 414 CC italiano-1865, habla Biondi (*Los bienes*, trad., Barcelona, 1961, p. 190).

[106] Del cual, precisamente, decía De Ruggiero (*Instituciones de Derecho Civil*, trad. De la 4.ª ed., vol. 1º, Madrid, 1929, pp. 5 y 50), que contenía una enumeración de inmuebles por destino imperativa, pero no exhaustiva, sino ejemplificativa; en el mismo sentido, Pacifici-Mazzoni (*Il Codice Civile italiano commentato*, vol. 1º, Turín, 1927, p. 42). Y tal era también la opinión común respecto al CC francés: Demolombe (*Traité de la Distinction des Biens*, Tomo I, 3.ª ed., París, 1866, p. 115); Laurent (*Principes de Droit Civil,* Tomo V, Bruselas, 1878, pp. 537 y 548); Planiol (*Traité pratique de Droit Civil français, Tomo III: Les Biens*, París, 1926, pp. 82, 83 y 85); Colin y Capitant (*Curso elemental de Derecho Civil, Tomo II, vol. 2º: De los bienes y de los derechos reales principales,* trad. y notas de D. De Buen, Madrid, 1923, p. 481), y, con ellos, De Buen (p. 512), refiriéndose este, no obstante, al CC español.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por contener dicha norma una interpretación auténtica, y por ello vinculante, sería como entender prohibida la interpretación misma.

En la posible consideración, en particular, del animal doméstico como parte de la vivienda familiar, como inmueble por destinación afectiva (según proponemos), el animal no es atendido como una simple cosa (afecta al inmueble), sino como parte del hogar, y así, en cierto modo, como parte de la propia familia (como "*miembro de la familia*"), incluso, lo estiman algunos de los ordenamientos de nuestro entorno, como Alemania, Austria o Suiza, donde el animal doméstico es calificado como "*Familienmitglied*"[107]*;* una relación afectiva y de convivencia que, en cierto modo, han llegado a reconocer algunos tribunales españoles, antes de la reforma[108], como hace también hoy la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, cuando afirma en su mismo Preámbulo que "*esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos*" (de "*convivencia y cuidado*" del animal hablará, igualmente, el nuevo art. 90.1.b] *bis* CC).

Son, además, muchas y variadas en España las normas recientes, protectoras de los animales domésticos, o también llamados de compañía, que los definen como aquellos que forman parte del "*hogar*", o de la "*vivienda*": así, desde el Convenio Europeo de Protección de Animales de compañía, celebrado en Estrasburgo el 13 noviembre 1987, cuyo art. 1 —recuérdese— define al "*animal de compañía*" como "*todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía*", hasta la legión de leyes autonómicas en España, protectoras de animales, que así también lo definen, como animal que vive en compañía y dependencia del ser humano,

[107] Según nos explica, con detalle, Giménez-Candela: «Descosificación de los animales en el Cc. español», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 7-27 (tomado texto completo de Internet).

[108] Que tras reconocer en sus sentencias, ya antes de la reforma, que los animales domésticos son cosas —muebles, apropiables, poseibles,…—, advierten que son más que simples cosas, pues entre ellos y los seres humanos llega a existir "una relación «parental»", según decía la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz de 7 octubre 2010, o "lazos afectivos", decía la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 julio 2014.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y que, generalmente (o principalmente, dicen otras leyes), vive en el hogar de las personas[109].

Y así parece atestiguarlo, en el propio Código civil tras su reciente reforma, la actualidad que aún conserva su art. 465 CC (antes comentado); una norma esta, además, que se ha mantenido finalmente frente a algunas enmiendas que, precisamente, sustentadas en una —supuesta— visión anacrónica y carente de rigor científico de dicho precepto, pretendieron derogar su contenido[110]; todo lo cual, en fin, permite mantener la vigencia y el sentido de "*animal doméstico*" a que se refiere el art. 465 CC, con inclusión de cualquier animal de compañía siempre que sea domesticable, esto es, siempre que tenga *animus revertendi* ("*si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor*", según exige el art. 465 CC desde su originaria redacción allá por 1889, conforme a sus antecedentes romanos arriba recordados).

Con todo, es de admitir que ninguna de las soluciones propuestas por la doctrina, ni tampoco la introducida en la Ley 17/2021, cubre todos los casos posibles, ni siempre el bienestar del animal: el art. 914 *bis* CC, ante la falta de disposición testamentaria sobre el animal en particular, en absoluto impide el riesgo de su abandono (porque ningún sucesor lo reclame, aparte del problema para el juez de tener que resolver a quién asignarlo cuando varios lo reclamen y deba decidir conforme al bienestar del animal); por su parte, el art. 1321 CC, de admitirse su aplicación, tan solo sería aplicable al caso en que el fallecido estuviera casado (mas no si era soltero, conviviente de hecho[111]…); y la conjunción de los arts. 334.2 y 465 CC solo sería aplicable a los animales domésticos y domesticados, con exclusión de cualquier otro que lo fuese de compañía, mas sin *animus revertendi*, y que pudiera por ello

[109] Así, los arts. 5 de la ley de Castilla-La Mancha; 2.II de la de Canarias; 2.a] de la de Castilla y León; 3.1.b] asturiana, 1.II andaluza; 3.b] catalana; 4.1 madrileña; 5.a] riojana; o el art. 2 de la ley de Murcia, que habla por dos veces de "*hogar*", una de ellas, precisamente, para resaltar del animal "*con el fin de vivir en domesticidad en el hogar*"; o los arts. 2.2 y 2.1, respectivamente, de los Reglamentos ceutí y melillense.

[110] Y proponiendo alternativas, unas veces farragosas y extensas (como la pretendida por la enmienda nº 34 de Ciudadanos —en la que insistiría, durante la tramitación parlamentaria de la actual reforma, en su enmienda nº 13 ante el Congreso—), o de simple remisión a leyes especiales (como la hecha por la enmienda nº 63 de Podemos).

[111] Aunque el tema es debatido; por todos, últimamente, Díaz Alabart («El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge viudo [art. 1321 CC]», en *Libro homenaje al Prof. S. Carrión Olmos*, Valencia, 2021).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

entenderse afecto, destinado a la vivienda, mas solo por voluntad del dueño (al amparo del art. 334.2 CC). Y en todo caso (se aplique el art. 1321 o los arts. 334.2 y 465 CC), con el riesgo de que, so pretexto de que el animal forma parte —mobiliaria o inmobiliaria— de la vivienda, se estuviese encubriendo la sucesión de un animal de valor económico considerable (que, precisamente, proscribe el art. 1321 CC en su segundo párrafo), o que no es realmente de compañía (según exige el art. 914 *bis* CC).

A fin de evitar tales casos (sin previsión —ni legal, ni testamentaria— o posiblemente fraudulentos, todos ellos requeridos de una interpretación jurídica —a veces— forzada), una vez más adquiere relevancia la función preventiva del notariado en la redacción de los testamentos. Las opciones al respecto son muchas, según la doctrina[112], adaptables cada una de ellas *super casum*, aunque algunas de las propuestas parecen más complejas que otras, o más arriesgadas a fin de evitar el abandono del animal, o de más difícil encaje en nuestro Derecho, como la opción de un fideicomiso de residuo (al modo del *pet trust* anglosajón)[113], la institución de persona incierta ("el que cuide el animal", según el art. 750 CC), o la designación de un albacea en particular obligado el cuidado del animal; junto a tales opciones ahí están, también, entre otras alternativas[114]: la disposición testamentaria que incluya al animal en la vivienda (siempre que así se exprese tal inclusión, con la carga de cuidar al animal, en aquella disposición testamentaria —según parece aconsejable ante la dificultad de que tal inclusión opere por vía interpretativa, de la ley o del propio testamento—); o, según creo, como las más sencilla y aconsejable de todas: la atribución del animal mediante un legado de cosa específica (sin más, o se quiera disponer como modal, *ex* art. 797 CC, o bajo condición suspensiva, opciones ambas que también cabría disponer nombrando al heredero con la carga de cuidar del animal o sometido a la condición de hacerlo).

[112] Ya referida (Martos Calabrús, Mariño Pardo y Díaz Alabart).

[113] Como propone De Torres Perea (pp. 168 y 169), como fórmula que permitiría confiar la herencia o parte de ella (incluido el animal) a una persona, especialmente a una entidad, a fin de cuidar del animal y designando un segundo llamado (fideicomisario) que adquiriría los bienes de la herencia no dispuestos por el fiduciario, una vez fallecido el animal. Una posibilidad, sin embargo, que no ve factible Díaz Alabart (p. 24, nota 81): "el fiduciario tal como se esboza no es sino una especie de administrador del animal, cosa que tampoco tendría cabida en el Derecho español".

[114] También sugeridas por Martos Calabrús, y que son las que destacan Díaz Alabart y Mariño Pardo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Cualquiera que sea la previsión testamentaria adoptada, según se advierte[115], "para poder disponer en testamento de la mascota de forma eficaz, el causante debe ser el único propietario de este. Si es mero copropietario en *proindiviso* —o en ganancial, en su caso—, solo podrá disponer de su cuota sobre él y nunca en su totalidad", siendo tal vez recomendable que disponga de ella en favor del otro comunero (sea o no su pareja, casada o no), asegurando tal atribución —una vez más— mediante legado de cosa específica (cfr., el art. 1380 CC, en caso de que el animal sea ganancial).

En todo caso, en tal disposición testamentaria el notario no solo habrá de atender a la voluntad y al interés del testador, dueño del animal, sino también al propio bienestar del animal, que se erige en norma y principio que limita la autonomía de la voluntad en cualquier negocio jurídico. Veamos esto último enmarcado en lo que, sin duda, ha sido la reforma más importante hecha en la Ley 17/2021:

IV. Y EL TEMA "ESTRELLA" DE LA REFORMA: CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DOMÉSTICOS EN CASO DE ACUERDO, Y SU POSIBLE HOMOLOGACIÓN NOTARIAL

Dado que la intervención del notario en caso de separaciones y divorcios solo es posible en caso de acuerdo entre los cónyuges, que no tengan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, limitaremos aquí nuestro comentario a tal caso previsto en la Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico del animal.

1. La disparidad de criterios habidos en los tribunales españoles antes de la reforma legislativa sobre animales

Antes de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico del animal, en caso de acuerdo entre los esposos o entre los miembros de la

[115] Lo hace Díaz Alabart (p. 24), a quien trascribimos en texto.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pareja de hecho acerca de la tenencia y cuidado de la mascota tras la ruptura familiar, nuestros tribunales, en su mayoría, eran reacios a homologar dicho acuerdo, por creer que tal pacto carecía de trascendencia jurídica (por no estar dicho acuerdo expresamente previsto en los arts. 90, 91 y 103 CC), no pudiéndose, por tanto, exigir judicialmente su ejecución forzosa en caso de incumplimiento; y, al amparo del art. 95 CC, posponían la atribución del animal al momento de liquidación del régimen económico del matrimonio ya disuelto o separado, siendo ya entonces cuando provisionalmente se decidiera sobre su administración (*ex* art. 809.1 LEC)[116]. Mucho menos todavía se aceptaba que en el acuerdo se pretendiera aplicar por analogía a la mascota el régimen de guarda y custodia, de visitas y de alimentos que el CC solo prevé para los hijos, que son personas y no cosas como los animales, lo que impediría aquella pretendida analogía[117].

En contra de tal negativa, había, en cambio, otros pronunciamientos, los menos, que sí avalaban, u homologaban, dicho acuerdo como válido y eficaz jurídicamente, aunque —a decir verdad— sin aportar una justificación específica a tal respecto[118]; incluso alguna vez se llegó a aplicar por analogía

[116] Así fue, por primera vez, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 abril 2006 (Roj: AAP B 1186/2006), y siguiéndola, las SSAP de Málaga 12 abril 2012 (Roj: SAP MA 1077/2012), de León de 25 noviembre 2011 (Roj: SAP LE 1373/2011), y así también, puede verse, entre otras, en la SAP de La Coruña de 6 abril 2006 (Roj: SAP C 617/2006), en las SSAP de Huelva de 9 septiembre 2010 (Roj: SAP H 1450/2010) y de 26 octubre 2012 (Roj: SAP H 1008/2012), en la SAP de Barcelona de 10 julio 2014 (Roj: SAP B 8157/2014), en la SAP de Pontevedra de 9 diciembre 2014, en la SAP de Segovia de 24 marzo 2015 (Roj: SAP SG 64/2015), en la SAP de Málaga de 19 abril 2021 (Roj: SAP MA 1119/2021), o en la SAP de Madrid de 28 febrero 2019 (Roj: SAP M 2404/2019).

[117] El rechazo, en efecto, a tal recurso analógico era prácticamente unánime en nuestro foro (de "formulación insólita" hablaba el famoso Auto de la AP de Barcelona de 5 abril 2006 [Roj: AAP B 1186/2006]). Así, la SAP de Barcelona de 10 julio 2014 (Roj: SAP B 8157/2014) —y siguiéndola, el Auto de la AP de Barcelona de 23 junio 2021 (Roj: AAP B 5204/2021)—, la SAP de Málaga de 12 abril 2012 (Roj: SAP MA 1077/2012), aunque en *obiter dictum* la SAP de Oviedo de 21 junio 2017 (Roj: SAP O 1845/2017), la SAP de Granada de 17 junio 2020 (Roj: SAP GR 607/2020), o la SAP de Valencia de 22 febrero 2021 (Roj: SAP V 403/2021).

[118] Así, por ejemplo, puede verse, entre otras, en las SSAP de Madrid de 21 mayo 2009, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 abril 2008 (Roj: SAP TF 1033/2008), o en las SSAP de Navarra de 9 octubre 2013 (Roj: SAP NA 813/2013) y de Toledo de 22 septiembre 2021 (Roj: SAP TO 1780/2021), que llegaron a homologar un acuerdo en que el régimen de uso y visitas en turnos alternativos del animal (un perro, en ambos casos), coincidía con el de los hijos. Mención especial, y aparte, merece la SAP Valencia de 25 septiembre 2020 (Roj: SAP V 3901/2020), que llegó a admitir la validez, y la consiguiente ejecutabilidad, de un "convenio regulador de custodia compartida" —que así se llamaba—,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a los animales las normas sobre alimentos que el CC prevé expresamente solo para los parientes[119].

2. Y las dudas que suscita su "solución" en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico del animal

A poner fin a aquella disparidad de criterios habida en el foro ha venido, en buena parte, la reciente Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Así lo advierte, entre sus objetivos, desde su mismo Preámbulo cuando afirma: "*Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos. En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales* —según hemos visto—. *Para ello se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar*".

que firmado como pacto prematrimonial para el caso de divorcio en el mismo día de la boda por sus contrayentes, incluía como único punto del acuerdo tal cuestión, haciendo mención de la mascota como "perhijo" y de sus dueños como "padres", previendo un régimen de guarda y custodia alternado por turnos quincenales y mensuales para los períodos vacacionales; un pacto que, finalmente, no fue elevado a escritura pública, ni luego homologado judicialmente, y que fue impugnado por uno de los esposos, tras el divorcio, por haber sido declarado *jocandi causa*.

[119] Así, por ejemplo, la SAP de las Palmas de Gran Canaria de 24 marzo 2021 (Roj: SAP GC 1668/2021), sobre un caso, en que, siendo el animal de ambos miembros de la pareja, aplicará por analogía el art. 142 CC, condenando, así, al copropietario que no se había quedado al cuidado del animal al pago de la mitad de los gastos realizados por su expareja, aunque con descuento del "valor de afección" de la que esta había estado disfrutando durante la tenencia del animal. Aunque acertada en su resultado, errada se mostraba en su fundamento legal al recurrir analógicamente al art. 142 CC cuando, rectamente, no había laguna legal que integrar, sino que aplicar directamente el art. 395 CC, en materia de copropiedad, cuando obliga a los comuneros "*a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A tal fin se modifican e introducen algunas normas en el propio Código Civil (entre otras), tanto para el caso de acuerdo entre los esposos (art. 90 CC), como, naturalmente, para cuando no lo haya (cfr., los nuevos arts. 94 *bis* y 103.1ª *bis* CC):

Para el caso de acuerdo (único que aquí vamos a tratar por ser el único que interesa al notariado), se permite que la atribución de la mascota acordada por los cónyuges sea parte del contenido del convenio regulador, exigiendo, a su vez, que el control judicial, o el notarial en su caso, para su homologación comprenda tal cuestión. Prevé, en efecto, la nueva letra b) *bis* del art. 90.1 CC, como posible contenido del convenio regulador, "*el destino de los animales de compañía, en caso de que existan* —copiando así el art. 1775.f) CC portugués[120], pero añadiendo la norma española lo que sigue—, *teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal*". Y a su control y —posible— homologación judicial se refiere el mismo art. 90 en su nuevo apartado 2, cuando dice en su segundo párrafo: "*Si fueran* —tales acuerdos— *gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado*". De semejante modo, no teniendo hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, si el matrimonio decide acudir a la vía notarial, o judicialmente ante el letrado de la Administración de Justicia, dice ahora el art. 90 CC en el párrafo cuarto de aquel apartado 2: "*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen 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, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador*".

[120] "*Acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Siendo esta la nueva previsión, son, sin embargo, varias las dudas que la misma suscita:

Así, en la posible homologación del acuerdo parece haber una clara —e injustificable— diferencia de trato según se haya elegido optar por acudir al juez o bien al letrado de la Administración de Justicia o al notario y estos consideren que el acuerdo, por lo que se refiere al animal, es gravemente perjudicial para su bienestar: el nuevo ap. 2 del art. 90 CC prevé para tal caso que "*la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado*", previendo, pues, que pudiendo quedar el resto del convenio homologado judicialmente, el acuerdo en particular sobre la mascota, considerado por el juez como gravemente perjudicial para su bienestar, sea reemplazado por lo que dicho juez estime más adecuado para dicho bienestar de aquel animal (todo lo cual, en principio, parece plausible por razones de economía procesal, entre otras[121]). En cambio, cuando es el letrado de la Administración de Justicia o el notario quien considere que el acuerdo es gravemente perjudicial para el bienestar animal, "*lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador*". Bien está que ni uno ni otro impongan su solución, pues ni la ruptura es contenciosa, ni ellos son jueces (todo lo cual justifica esta vía voluntaria y estrictamente extrajudicial para el divorcio o para la separación[122]); pero, ¿por qué rechazar todo el convenio y remitirlo a la vía judicial y no hacer tal cosa solo con el acuerdo en particular referido a la mascota, como así prevé la misma norma cuando el control de homologación queda en manos del juez[123]?

Otra duda plantea la reforma legislativa, más general: en la concreción de la guarda, cuidado y tenencia del animal, ¿qué términos —o lenguaje técnico preciso— se han de emplear, y a qué régimen jurídico en particular se han de someter?, ¿podría hablarse, acaso, de la guarda, custodia

[121] Como dice Díaz Alabart (p. 22), "es razonable que un acuerdo inadecuado sobre las mascotas no impida que se den por buenas las medidas en relación con los hijos o con los propios cónyuges acordadas conjuntamente".

[122] Como así he venido defendiendo, y promoviendo, en muchos de mis trabajos (que pueden verse en Dialnet), antes incluso de que la LJV introdujera esta modalidad de divorcio o separación.

[123] Es lo que también Díaz Alabart (*ult. loc. cit.*), considera como la solución más razonable.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y de un posible régimen de visitas del animal?, ¿y a qué régimen cabría someter tales tenencia y cuidado: mediante pacto o, en su defecto, por analogía al propio de la guarda, custodia y visitas de los hijos, o, en cambio, a parámetros estrictamente patrimoniales, a través de una suerte de copropiedad por turnos, o en su caso, a través de la figura del usufructo, o de un derecho de uso, de un comodato, o incluso mediante arrendamiento, según a quién de los cónyuges correspondiese la propiedad del animal antes de su ruptura?, ¿o acaso esto último haría depender la decisión y su régimen jurídico de la titularidad dominical del animal al margen de su bienestar, y así cosificando al animal, en contra de lo que ahora, tras su reforma, pretende el CC en esta sede?…

Y el —sempiterno— olvido de las parejas de hecho o no casadas. En efecto, otra duda plantea la reforma, no es tanto por lo que dice, sino por lo que silencia. En ella, en principio quedan fuera del ámbito de su aplicación las parejas de hecho o no casadas (precisamente, las más litigiosas en el foro sobre este asunto referido a las mascotas). Literalmente, al menos, nada se dice de ellas en la presente reforma[124], y consabido es que a tales uniones no cabe aplicar ni mediante pacto, ni por analogía las normas del matrimonio, sencillamente, porque no hay matrimonio, ni analogía —en sentido estricto (*ex* art. 4 CC)— entre las parejas casadas y las no casadas[125]. En principio, para ellas solo habría un caso con una solución legal directa —con tal finalidad introducida a propuesta de la enmienda nº 4 de Ciudadanos ante el

[124] A pesar de que los nuevos apartados de los arts. 771 y 774 LEC se aprueban —ya en el Senado— como medida transaccional ante la enmienda nº 18 presentada por el PSOE ante el Senado, justificándola "En garantía de los derechos de los miembros de las uniones de hecho y en coherencia con las restantes modificaciones introducidas a través de la presente proposición de ley". Tal enmienda pretendía introducir un nuevo ap. 6 en el art. 770 LEC que dijese: "En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores, sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores o sobre atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio".

[125] Para una síntesis de tal falta de analogía, unánime —hoy— en la jurisprudencia, civil, constitucional y registral, permítaseme remitirme a mi reciente trabajo titulado: "De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial (Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021)", en *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, nº 113, pp. 287-308.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Congreso[126]— (pero insuficiente para cubrir todas las hipótesis posibles): aquel en que el animal sea común, en copropiedad, de ambos miembros de la unión; es el art. 404 CC, sobre división de la cosa común, en que la reforma sobre animales ha introducido los dos siguientes nuevos párrafos finales: "*En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los condueños. (…) A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado*".

Con todo, la norma está prevista para un caso particular: para el caso en que la mascota sea de ambos convivientes, pero, ¿y si es de uno solo de ellos?; y dentro del caso previsto, solo de venta mediante acuerdo de ambos, y con mayor poder para el juez de no haber tal acuerdo, ¿qué otras opciones de acuerdo quedan para los miembros de la pareja de hecho que rompe, y —de nuevo— con qué fundamento y a qué régimen jurídico someter tal acuerdo, si no es posible, en principio, aplicar las normas referidas al matrimonio?…

Y una última cuestión, entre otras posibles, resta por plantear aquí, sin duda la mayor de todas, y a buen seguro presente en cualquier lector de las normas del CC antes reproducidas, que afecta a la tenencia y cuidado del animal: para todo supuesto el CC exige que tal decisión, acordada por los esposos, sea conforme al "*bienestar del animal*"; pero, ¿qué es el bienestar del animal: tiene que ver con su salud, con su alimentación, con su propia

[126] Aunque previendo que en ningún caso se permitiera su posible venta, se justificaba tal añadido al art. 404 CC por las siguientes razones (entre las que se encuentra la previsión de las parejas de hecho): "Configura en cuanto a la inembargabilidad del animal de compañía, así como a la decisión judicial respecto a su destino en el supuesto de cese de la convivencia, es necesario atender también a las situaciones no matrimoniales, en las que se puede reproducir exactamente la misma situación. Si no se reformara este artículo, pese a la inembargabilidad afirmada en la LEC, en situaciones de comunidad podría igualmente procederse a la venta judicial del animal de compañía (lo que, además de poder utilizarse de forma ventajista por el comunero con más patrimonio, rompe el propio concepto del animal de compañía como objeto extrapatrimonial —o ajeno al lucro—). Por ello es necesario excluir expresamente tal solución, impuesta por la actual redacción del artículo 404 del Código Civil (aportando al mismo la misma solución que la Proposición ofrece en sede matrimonial en el propuesto artículo 90)".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

vida, o es otra cosa…? Además, exige también la reforma que tal decisión tenga también en cuenta "*el interés de los miembros de la familia*", mas, ¿cuál puede ser ese interés y cuál ha de ser su conexión, de tener que haberla, con el bienestar del animal?, ¿acaso podría haber incompatibilidad entre ambos, entre el interés de la familia y el bienestar del animal, en cuyo caso, cuál habrá de prevalecer?…

Quid iuris?

3. El bienestar del animal como norma y principio de Orden Público a controlar por el notario en la posible homologación del acuerdo: contenido y alcance

A fin de prever la tenencia y cuidado de la mascota en las crisis matrimoniales se modifican e introducen, como acabamos de ver, algunas normas en el propio Código Civil (entre otras), exigiéndose en todas ellas la protección del bienestar del animal, que, sin duda, hoy se configura como un principio de Orden Público (consagrado a nivel internacional —en el art. 13 TFUE— y en el nacional de muchos países, como el nuestro, en el ámbito administrativo, en el penal —al preverse el maltrato animal como delito [arts. 337 ss. Código Penal]— o también en el civil, como sucede ahora en España). Y como tal principio, no solo afecta al legislador, sino también a las autoridades que apliquen la ley (como los notarios, en nuestro caso), así como a la propia pareja en crisis que llegue a un acuerdo, entre cuyos límites, junto a la estricta ley, se encuentra también el Orden Público, según el art. 1255 CC.

Adviértase de tal similitud en el alcance del control de homologación tanto judicial como en el del posible notarial, que sin limitarse a una mal entendida estricta legalidad, o minimizada por un —pretendido— principio de intervención mínima, debe alcanzar por completo la licitud del acuerdo, su conformidad con el Orden Público que representa la protección del bienestar animal, según exigen expresamente el art. 90.2 CC, así como el art. 1255 CC en general. Que se trate de una cuestión de jurisdicción voluntaria, con una propuesta de acuerdo, no impide que el control de legalidad —y de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

justicia— deba de ser pleno, ya se deje dicho control en manos del juez, en las del letrado de la Administración de Justicia, o en las del notario.

Es una idea esta que ya mantuve hace tiempo mientras se tramitaba en el Parlamento la Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde se incluía, precisamente, una reforma para permitir el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, cuando el borrador inicial de la reforma no preveía ese alcance pleno de un control de legalidad y justicia en manos del notario (aunque sí en las del juez, haciendo con ello que la propuesta de reforma fuera, en mi opinión, desigual, discriminatoria)[127]. Por fortuna, el legislador accedió durante su tramitación al cambio, equiparando el pleno control del acuerdo en manos de jueces y notarios[128]. No obstante la reforma, un sector importante den-

[127] Y así lo critiqué en mi trabajo "Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica", en *Revista de Derecho Privado*, 2014, nº 2, marzo-abril, pp. 97-115. En él, y de acuerdo con la objeción contenida en el Informe del CGPJ (en sus puntos nº 368, 369 y 400), desde un principio me pareció criticable el límite que al control notarial imponía el Proyecto de LJV español, cuando en el art. 90.2 CC propuesto, añadía un nuevo párrafo 2º que decía: "*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado*". Me parecía entonces que el control del notario debía de alcanzar también tales extremos, sin limitarse a una legalidad mal entendida, desligada de la equidad o de la moral (cfr., arts. 3.2 y 1255 CC), que no se comprende si no alcanza la protección de los cónyuges (como, por lo demás, ya venía haciendo el notario en las capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 1328 CC en la exigencia de controlar que haya en tales pactos un equilibrio y se respete la igualdad entre los cónyuges); así como la de los hijos (aunque emancipados, pero dependientes económicamente): en general, es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública (cfr., arts. 1 y 147 RN), como, en nuestro caso, era el convenio regulador, en que los hijos, si bien no son parte en sentido estricto, en cuanto parte negociadora, son terceros directamente por aquel afectados (arts. 6.2 CC y 19.1 LEC). Asimismo, de mantenerse aquella propuesta inicial contenida en el Proyecto, se generaría una desigualdad, y con ello una indefensión (haciendo tal propuesta, en mi opinión, inconstitucional), si dicho control del notario, de segundo grado podría decirse, era comparado con el judicial que la propia norma proyectada contemplaba, donde –por entonces— el juez, a diferencia del notario, sí podía rechazar la propuesta de convenio en el mismo caso en que el notario solo podía advertir a las partes, sin negarse a escriturar el divorcio.

[128] Y así lo elogié en mi siguiente trabajo "Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional" (pp. 47 a 81), como el primer capítulo dentro del libro colectivo, que yo mismo dirigí, titulado *Separaciones y divorcios ante notario*, con Prólogo de I. Lora Tamayo y C. Pérez Ramos, Madrid, 2016.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tro del notariado[129] propuso entonces que el control del notario al respecto debía estar presidido por el principio de mínima intervención, proponiendo que se refiriera más a lo que afectase a los hijos que a lo que atañera a los cónyuges, entre quienes había de prevalecer el principio de libertad, aun en el caso de que se pactasen derechos desiguales entre ellos. Olvidaba con ello que hace ya tiempo se exige la observancia de la igualdad entre cónyuges en materia de capitulaciones matrimoniales, cuyo contenido el notario también debe controlar (arts. 1327 y 1328 CC); y que, ahora, idéntica observancia habrá de darse en los convenios notariales de separación y divorcio sobre cualquier acuerdo que afecte a los animales. Porque, más allá del art. 1255 CC, que limita cualquier pacto a la Ley, a la Moral y al Orden público, y de su posible analogía con el art. 1328 CC, el propio art. 90.2 CC así lo impone expresa y específicamente en su redacción actual, también intencionadamente frente a la inicial proyectada:

Pues, curiosamente, algo parecido sucedió con la Ley de reforma animal durante su tramitación en este asunto: en su texto inicial la Proposición de ley tan solo preveía la reforma del art. 90 en su primer apartado (para introducir lo que es hoy la letra b] *bis*), pero la inclusión del "*bienestar del animal*" en aquellos otros párrafos del ap. 2 del mismo precepto sería luego aprobada durante su primera tramitación en el Congreso por iniciativa de Esquerra Republicana, que así lo propuso en su enmienda nº 65, por entender —según justificaba tal enmienda— que "la Proposición de ley olvida[—ba] armonizar la regulación sobre los acuerdos de los cónyuges en caso de nulidad, separación o divorcio al no introducir la consideración del interés superior del animal en los otros apartados del artículo 90, relativos a la capacidad del juez por no aprobarlos y la capacidad de secretario judicial y notario para dar por acabado el expediente (90.2)".

A su vista, por tanto, cualquier otra interpretación reduccionista o relajada que quiera hacerse del nuevo art. 90.2 CC no será otra cosa que hacer apología de la rebeldía al mandato legal, y a la clara voluntad del legislador, plenamente coincidente con la de la ley, de que el control de licitud alcance también al bienestar del animal. Es esta, precisamente, la utilidad inter-

[129] Encabezado por Pérez Hereza y Vara González («Separación y divorcio ante notario», en *Jurisdicción voluntaria notarial*, Madrid, 2015, p. 24).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pretativa práctica que tienen los debates parlamentarios —incluidos entre los llamados materiales prelegislativos— (según refiere el art. 3.1 CC al mencionar los "*antecedentes históricos y legislativos*" de la norma a interpretar), a fin de evitar cualquier interpretación tergiversadora — "cerebrina y bizarra", según decía Lacruz Berdejo— que se quiera hacer de la Ley[130].

Para el caso en que el pacto haya sido acordado por una pareja de hecho no eximirá al notario de aquel control el hecho de que aquel art. 90.2 CC no resulte en tal caso aplicable, pues ahí está, una vez más, en general el art. 1255 CC que así se lo impone.

Sin necesidad de penetrar ahora en la auténtica posición que el notario ocupa dentro del aparato público, nadie debe dudar del control de legalidad y de seguridad jurídica que, a modo de justicia preventiva o cautelar alternativa (no sustitutiva) a la judicial, cumple el notariado como función pública —aunque sea— desempañada privadamente y carezca de *imperium* (cfr., los arts. 1 de la Ley y del Reglamento Notariales)[131].

Por idéntica razón de igualdad entre la homologación judicial y la notarial, según creo, ha de salvarse la otra —posible— antinomia habida en el art. 90 CC tras su reforma en la Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico del animal (advertida, en el epígrafe anterior, como otra de las dudas que

[130] Para mayores detalles al respecto, con cita de doctrina (incluido Lacruz Berdejo) y de jurisprudencia, permítasenos, de nuevo también aquí, remitirnos a nuestro trabajo «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747-792.

[131] Hago tal afirmación, por supuesto, sin desconocer la nulidad declarada de buena parte de los arts. 145 y 147 del Reglamento Notarial hecha por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 mayo 2008; pero tampoco que la reacción ha sido unánime con argumentos de toda índole argumentando lo que, sin duda, parecería obvio: que el control de legalidad forma parte esencial de la función notarial: desde arriba de la pirámide de nuestro sistema de fuentes, porque el propio art. 9.1 CE impone la sujeción de todos al ordenamiento jurídico (la libertad, pues, no consiste en optar entre lo legal y lo ilegal, entre lo moral y lo inmoral, sino libertad de opción dentro de la legalidad, y de la moralidad; cfr., art. 1255 CC); y en la base de la pirámide, por exigencia de los propios principios (notariales); son tantos los casos puntuales en que las leyes imponen al notario el deber de controlar la legalidad de sus documentos (en materia de consumidores, de hipotecas, de cláusulas abusivas, multipropiedad, y un larguísimo etcétera), que antes que pensar en un elenco de excepciones confirmadoras de una —pretendida— regla (que sería la falta de tal deber de control de legalidad), más bien son la expresión en tan numerosos casos de un principio general del Derecho (no solo del notarial), que confiere el control de legalidad a toda autoridad pública, y que los inspira, en el papel que a los principios confiere el art. 1.4 CC (*vid.,* sin embargo, en contra de ello, Martínez Escribano: *Control notarial de legalidad,* Civitas, 2010).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

esta reforma plantea, cuando aquella norma para el caso de que el acuerdo sea gravemente perjudicial dispone que "*la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado*", previendo, pues, que el resto del convenio sea homologado judicialmente, lo que, sin embargo, no sucede si interviene el notario, quien, para el mismo supuesto, "*lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente*"). Tal antinomia —o discrepancia de criterios, cuando menos— es resultado de una tramitación parlamentaria, con enmiendas unas aceptadas, otras rechazadas y otras, por último, transaccionadas en este punto, posiblemente no bien coordinada. No seré yo, desde luego, quien denuncie tal proceder desde la comodidad de ver el asunto, o la faena, "a toro pasado". No es misión del jurista recrearse en el problema, sobre todo, cuando es provocado por el propio legislador al gestar sus leyes, sino en el de darle solución.

Porque observada aquella tramitación del art. 90 CC en esta cuestión, cabe calificar aquella discrepancia como simple lapsus u olvido que, desde la propia lógica o razón de la reforma, cabe integrar y así subsanar; a saber:

La Proposición de ley de reforma tan solo preveía modificar el art. 90 en su ap. 1 (en la nueva letra b] *bis*, que sería finalmente aprobada), mas fue durante su primera tramitación en el Congreso (según hemos dicho antes), cuando se modificaron también algunos párrafos de sus aps. 2 y 3, a iniciativa de las enmiendas nº 41 del Grupo Plural y 65 de ER, a fin, sobre todo, de que el bienestar del animal también fuese objeto de control para su posible homologación por parte del juez, del letrado de la Administración de Justicia o del notario. Ya durante su tramitación en el Senado, por iniciativa de la enmienda nº 7 del PP, se aprobaron algunas "leves" modificaciones por razones de "mejora técnica" (según justificaba el Partido Popular aquella su enmienda). Entre tales modificaciones estaba, precisamente, la de añadir un nuevo párrafo tras el primero del art. 90.2 CC que dijese aquello de que "*Si* —los acuerdos— *fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado*", previendo, pues, que pudiendo quedar el resto del convenio homologado judicialmente, el acuerdo en particular sobre la mascota, considerado por el juez como gravemente perjudicial para su bienestar, fuese reemplazado por lo que dicho juez estime más adecuado para dicho bienestar de aquel animal.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sucedía, sin embargo, que en tal propuesta del PP, cuando su enmienda comprendía el párrafo de la homologación en manos del letrado o del notario no había en él la exigencia de que tales funcionarios controlaran que el convenio regulador propuesto para su refrendo fuese conforme al bienestar del animal. Aceptada, entonces, en parte aquella enmienda, fue preocupación del Senado que tal extremo de la homologación fuera de nuevo introducido en aquel párrafo del art. 90.2 CC (como hoy previene en su redacción vigente), mas olvidando también añadir aquella opción, concedida —solo— al juez, de rechazar tan solo el convenio en la parte referida al animal de considerar que aquel era gravemente perjudicial para su interés. ¿Se trataba, entonces, de un *lapsus linguae/calami* o, en cambio, de un silencio intencionado y consciente de no querer permitir tal opción al letrado de la Administración de Justicia ni al notario?

Desde luego, ningún olvido hubo en la enmienda nº 7 del PP planteada ante el Senado: al no preverse en ella que el bienestar del animal fuese controlado por letrados ni por notarios, lógico era que no se previese la posibilidad de rechazar parcialmente el convenio por ser gravemente perjudicial para aquel bienestar; pero admitido finalmente ya en el Senado tal rechazo parcial por manos del juez a la par que aquel control notarial acerca del bienestar del animal, no cabe más que concluir en un *lapsus*, que, por razones de igualdad (entre la homologación judicial y la notarial), solo cabe subsanar permitiendo también que en el caso de que el acuerdo presentado ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el notario sea gravemente perjudicial para el bienestar del animal, siendo en lo demás el convenio homologable, así lo sea este con exclusión —tan solo— de aquel, en cuyo caso, por supuesto, al no poder aquellos funcionarios —que no son jueces— imponer ninguna solución al respecto, deben dejar expedita la vía judicial para su decisión[132].

Con todo, queda aún por resolver la mayor de todas las dudas, pues, ¿qué significa el "bienestar del animal"?

[132] Aun sin tal razonamiento, hecho a la vista de los materiales prelegislativos, así también lo defienden, por puro sentido común, Díaz Alabart (p. 22), y Domíguez Luelmo (p. 178), quien apunta también la posibilidad —de igual puro sentido común— de que el notario lo advierta y de una oportunidad para la subsanación; una segunda oportunidad que, de ser concedida por el letrado de la Administración de Justicia, Domínguez Luelmo (p. 175), ve fundamentada en el art. 777.4 LEC.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Suele objetarse a la expresión del "bienestar animal" que tan solo sea mencionada en tan diversos textos legales, mas sin darle ningún contenido o significado, aunque fuese aproximativo[133]. Intentos ha habido por parte de cierta doctrina para darle un significado más detallado[134], y algunos desde el ámbito institucional, incluso internacional (como el de la Organización Mundial de Sanidad Animal —la OiE—[135]); aun siendo ello loable, cualquier definición que se quiera dar del bienestar animal resultará siempre algo incompleto, e incluso innecesario, al tratarse de una indefinición aquella que es propia de cualquier principio del Derecho que se traduzca —como es habitual— en un concepto jurídico indeterminado.

Mutatis mutandis, con el "bienestar animal" —o *favor animali*, que ya llaman algunos[136]— sucede como con el tan debatido "interés superior del menor", que también las leyes tanto mencionan, mas sin nunca definirlo. Ello, según creo, no es menester que deba ocupar al legislador (como es sabido, *omnis definitio in iure civili periculosa est*), sino más bien a su aplicador que habrá de ir precisándolo y delimitándolo *super casum* (a cuyo fin, tal vez, influya la etología del mismo modo en que la psicología y la pediatría han influido en la delimitación del interés superior del menor).

Más provechoso parece, en cambio, determinar el alcance que como tal principio tiene por su contorno, por sus fronteras, intentando deslindarlo de

[133] Barzanti (p. 59), le objeta su genericidad o indefinición. Refiriéndose a la Ley 17/2021 española, Trujillo Villamor (p. 15), critica su arbitrariedad e inseguridad.

[134] Valga, entre otras, la consideración del bienestar animal propuesta por Pérez Monguió (*Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo,* Barcelona, 2005, p. 112), como "variado conjunto de actuaciones encaminadas a lograr la calidad de vida del animal. Esta calidad de vida no se podría medir con parámetros humanos, tratándoles como personas, sino dispensándoles un trato y unas condiciones de vida conforme a sus necesidades ecológicas" (siguiéndole, De Torres Perea, *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, ed. Reus, Madrid, 2020, pp. 78 ss.).

[135] Según puede verse en https://www.oie.int/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/, donde se recuerda, también desde el Código Terrestre, que el bienestar animal designa "el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere", y que Las directrices que guían a la OIE en materia de bienestar de los animales terrestres —destinados a la ganadería, no se olvide— incluyen también las "cinco libertades", enunciadas en 1965 y universalmente reconocidas, para describir los derechos que son responsabilidad del hombre, es decir, vivir: libre de hambre, de sed y de desnutrición; libre de temor y de angustia; libre de molestias físicas y térmicas; libre de dolor, de lesión y de enfermedad; libre de manifestar un comportamiento natural.

[136] Así, entre otros, Vivas Tesón (*Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal*, Pamplona, 2019, p. 48).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

otros principios —también— referidos al animal, pero diversos del referido a su bienestar, así como deslindarlo, sobre todo, cuando entra en conflicto con otros principios y valores, referidos estos al ser humano:

Ante todo, no parece que el bienestar del animal tenga que ver, sin más, con su propia vida (ni, en su reverso, con una muerte solo admisible cuando sea necesaria e incruenta), ni siquiera con su propia salud (ni con su reverso, el abandono ni con la ausencia de maltrato)[137]; que el animal tenga una vida saludable va de suyo, implícito o, mejor dicho, presupuesto en su bienestar.

El propio TFUE, tras referirse al bienestar del animal en su art. 13, más adelante, en su art. 36, se refiere, en general, a la "*protección de la salud y vida de las personas y animales*", lo que hace pensar en principios diversos (aunque, sin duda, coincidentes en alguno extremos, de modo que el bienestar presupone, incluye la vida y la salud)[138]. De bienestar y de cuidado hablan, como cosas diversas según nos parece, los nuevos arts. 90.1.b) *bis*, 94 *bis*, 333.2 *bis* o el 404 *in fine* CC, y de "*su salud y bienestar, si el animal sufre una lesión, enfermedad o alteración significativa de la conducta que tiene origen anterior a la venta*" el nuevo ap. 2 del art. 1484 CC, en materia de compraventa…

Porque el bienestar es algo más que una vida saludable, como también sucede con el bienestar humano (individual y social), que va más allá de la propia vida y salud de la persona. Teniendo en cuenta que las normas, nacionales e internacionales, definen al animal como ser vivo dotado de sensibilidad, más bien parece que, presupuesta la vida —saludable— del animal, su bienestar está más estrechamente relacionado con su sensibilidad (así se advierte en el propio art. 13 TFUE cuando habla del "*bienestar de los animales como seres sensibles*"); un bienestar, por tanto, que, sin que se pueda delimitar *a priori* e *in abstracto*, solo cabrá perfilar *a posteriori* y *super casum*, no ya solo según la especie, tipo o raza del animal, sino según

[137] Como dice el Preámbulo de la Ley española 17/2021, de 15 diciembre: "*la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria*".

[138] Así lo advierte Barzanti (pp. 55 y 56), para quien si bien hay coincidencias entre la salud y el bienestar puede que el bienestar comprenda cosas irrelevantes para la salud.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la propia sensibilidad de cada animal en particular individualmente considerado (según parece prevenir el nuevo art. 333 *bis* CC, en su apartado 2, al delimitar cualquier derecho que se tenga sobre los animales).

Y es ahí donde entra en juego el otro perfil, o contorno, a que nos referíamos: el de precisar la convivencia entre el bienestar del animal y el —interés y bienestar— humano, sobre todo, cuando entran en posible colisión.

La Constitución española, como es común entre los textos constitucionales comparados (salvo aquellos recientemente reformados[139]), tiene una visión antropocéntrica de todos los valores y principios, referidos a las personas, sin que ninguna norma expresamente proteja al animal, ni a la Naturaleza en general[140]. De ahí que en la posible confrontación entre el bienestar animal y los derechos fundamentales —todos ellos de la persona— deban estos siempre prevalecer, lo que no impide que según el caso el legislador los pueda limitar o condicionar en favor de aquel bienestar animal. De este modo[141], en caso de duda interpretativa deberá hacerse una interpretación siempre en favor del derecho fundamental, siempre humano[142]. Es esto, precisamente, lo que sucedió en el famoso caso Jippes, sobre la fiebre aftosa, resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 julio 2001 (arriba recordada), donde —rectamente— se daba prioridad a la salud pública (humana) sobre la de los animales —potencialmente— infecciosos de fiebre aftosa[143].

Esa preponderancia de lo humano sobre lo animal es lo que, precisamente, se ha mantenido en la reciente Ley española de reforma del Derecho Ci-

[139] Como la alemana o la suiza, que destacan, respectivamente, Barzanti (p. 60), y De Torres Perea (*ult. cit.*).

[140] Según dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 102/1995, de 26 junio, del art. 45.2 de la Constitución española, y más recientemente la STC nº 8/2020, de 15 julio, en relación con la Ley 8/2018, de 26 noviembre, de La Rioja, sobre protección de los animales.

[141] Es lo que defiende Doménech Pascual (*Bienestar animal contra derechos fundamentales,* Barcelona, 2004, p. 133), cuyo razonamiento exponemos a continuación en texto.

[142] Lo que Doménech Pascual llama en varias ocasiones "una interpretación *pro libertate*" (para el caso en que entre en conflicto con lo que Vivas Tesón, p. 48, denomina el *favor animalis* que cabe deducir del art. 13 TFUE).

[143] Así lo decimos, aun siendo conscientes de que aquella decisión prejudicial lo fue por negar que el bienestar del animal fuese un estricto principio general del Derecho, lo que, con razón, ha sido criticado y muy superado desde entonces (según vimos arriba, al principio de este trabajo).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

vil animal, donde, a pesar de la consideración del animal como ser sintiente cuyo bienestar se ha de proteger, ello no impide estimarlos como bienes —aunque— singulares, diversos —eso sí— de las demás cosas y bienes como posible objeto de derecho, y que, como tal, pueda regirse supletoriamente por el régimen de bienes, *ex* art. 333.1 *bis* CC.

Y así lo ha hecho también la Ley en el tema, en particular, de las crisis familiares, cuando exige tener en cuenta "*el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal*" (cfr., arts. 90.1.b] *bis*, 94 *bis*, 103.1ª *bis* CC), siempre en ese orden, lo que, sin embargo, no obliga de suyo, por su sola redacción, a entender que siga un orden de prioridades (primero, el interés de las personas que forman la familia y en último lugar el bienestar animal). Mas si la letra de la ley no nos da la respuesta, sí lo hace su génesis (una interpretación histórica de la misma hecha desde los debates parlamentarios): así lo demuestra el rechazo del Parlamento español a la propuesta de Ezquerra Republicana durante su tramitación parlamentaria de que aquellas normas en lugar del "bienestar" del animal hablaran de su "interés superior" considerando al de los miembros de la familiar como "ancilar", como secundario:

En efecto, durante la tramitación parlamentaria de la Ley sobre animales el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana propuso en su enmienda nº 65 ante el Congreso que en lo que es hoy el art. 90.1.b) *bis* CC, se hablara de "el interés superior del animal en su bienestar así como, de manera ancilar, el interés de los miembros de la familia", justificándolo por entender "que el interés del animal en su bienestar tiene un carácter superior, mientras que los intereses de los miembros de la familia tienen un carácter ancilar o secundario, es decir, que es el bienestar del animal es el que tiene que guiar prioritariamente el acuerdo de los cónyuges sobre su destino" (o "las medidas de la autoridad judicial" dirá en su enmienda nº 67, ante el Congreso, para justificar idéntica reforma en el nuevo art. 94 *bis* CC). Así también lo pretendió en sus enmiendas nº 69 y 75 para modificar en igual sentido los nuevos arts. 103.1ª y 111 *bis* LH. Se pretendía, en fin, una especie de trasunto del "interés superior del menor", aunque incluso pareciendo anteponer el del animal al del propio menor.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Naturalmente, conforme a la razón general de la Ley (antes expuesta de forma insistente, de tratar a los animales con humanidad, mas sin humanizarlos), ninguna de tales propuestas de enmienda fue aceptada por el Congreso, lo que, desde esa interpretación genealógica resultante de los debates parlamentarios, permite concluir afirmando la supeditación del bienestar del animal (que, aunque ser vivo sintiente, no deja de ser un bien singular), al interés de —cualquiera de— los miembros de la familia (por ser personas).

No por tal rechazo se trata, por el contrario, de anteponer los intereses de la familia al bienestar del animal, ni el de sacrificar o menoscabar este en provecho de aquellos, sino más bien el de combinarlos, aunque siempre supeditando, subordinando el bienestar del animal al de las personas de la familia en crisis. Fue lo que, por ejemplo, hicieron en España las sentencias de las Audiencias Provinciales de Navarra de 9 octubre 2013 y de Toledo de 22 septiembre 2021, que llegaron a homologar un acuerdo en que el régimen de uso y visitas en turnos alternativos del animal (un perro, en ambos casos), coincidía con el de los hijos. Al fin y al cabo, como dice la propia Ley de reforma española en su Preámbulo, "*esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos*".

4. Contenido y régimen de los acuerdos sobre tenencia y atribución de animales domésticos contenidos en los convenios reguladores de separación o de divorcio, o en los de ruptura de una pareja no casada, homologados notarialmente: algunos consejos prácticos para su redacción

Frente al rechazo pasado de ciertos tribunales en admitir la validez —o la trascendencia jurídica y la propia ejecutabilidad— de los acuerdos atinentes a la tenencia y cuidado del animal doméstico en caso de crisis matrimonial (al que nos referimos arriba), hoy no cabe duda de que tal rechazo resulta inadmisible. El propio CC, tras su reforma hecha por la Ley 17/2021, ha venido expresamente a admitirlos, tanto en su adopción por parte de los cónyuges, así como en su homologación —judicial o notarial—.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Dada su innegable juridicidad, tampoco cabe ya hoy dudar de que tales acuerdos, una vez homologados, según el último párrafo del art. 90 CC (así como el art. 774 LEC, con la especialidad del art. 776 LEC), son ejecutables ("*desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio*", dice —todavía hoy, tras su reforma— aquel párrafo final del 90 CC)[144]. Y no es obstáculo a ello que el pacto no sea estrictamente o de suyo económico, pues en un convenio regulador, junto a las cuestiones estrictamente económicas o patrimoniales, las hay también personales y familiares. Es más, ni siquiera cabe decir que aquel pacto sobre atribución y cuidado del animal doméstico carezca de repercusión económica (al margen de que la mascota sea de cierto valor pecuniario): es un acuerdo que afecta a la propiedad del animal y, sobre todo, a su uso, y en el que se imponen ciertos deberes (de uso por turnos, de cuidado del animal… —según veremos luego—), que, como tales, sí son ejecutables forzosamente, *ex* arts. 1099 CC, 706, 709 y 710 LEC, y, no siendo ello posible, mediante una indemnización por daños *ex* art. 712 LEC[145]. También será así si, no habiendo hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el acuerdo es elevado a escritura pública (cfr., arts. 319 y 517 LEC); pues no se olvide que *inter partes* la escritura constituye prueba de su contenido, *erga omnes* de su existencia y fecha, y en general de su presunta legalidad, de la suficiencia en capacidad y legitimación y de la libertad de consentimiento en los intervinientes (cfr., art. 145 RN); asimismo, la escritura notarial, al ser documento público, goza de acceso directo a los registros públicos, como el de Propiedad y el Civil (lo que ya hace mucho es una realidad, cfr., arts. 3 LH, 8 C.Com, 1333 CC…), mostrándose

[144] Y así lo ha venido a hacer, poco después de la Ley 17/2021, el Auto del JPI (nº 12) de Vigo de 2 febrero de 2022, ordenando el inmediato cumplimiento del convenio regulador que el exesposo venía incumpliendo de dejar a la mascota con su exmujer durante los fines de semana en que también le correspondía la visita del hijo común.

[145] Por todos, Díez-Picazo Jiménez («Convenios reguladores y animales domésticos», en *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2007-1, pp. 1685-1692). Y así también concluía Yzquierdo Tolsada (en «Perros y gatos inembargables, peces y cacatúas intransferibles, caballos e iguanas indivisibles», en *El Notario del siglo XXI*, nº 72): "A mi juicio, las dificultades de la ejecución *in natura* no pueden llevar a decir que tampoco cabía ninguna otra clase de ejecución forzosa, ni tan siquiera la solución de la indemnización prevista en el artículo 712 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y menos aún se puede admitir que el pacto generó una obligación inexistente. La obligación era exótica, curiosa, extravagante, pero perfectamente válida".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

así conforme a lo que exige el art. 89 CC *in fine*, en materia de divorcio, si se quiere que este sea plenamente eficaz, frente a cualquier tercero.

Precisamente, este recurso al régimen general sobre el Derecho patrimonial o de bienes (ya se trate de derechos reales o de obligaciones), permite que tales acuerdos sean también adoptados por parejas no casadas, no tanto por aplicación de aquellas normas modificadas tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, que expresa y directamente solo se refieren —y aplican— a las parejas casadas (dada la consabida falta de analogía entre ambos tipos de parejas, ya advertida arriba en varias ocasiones), sino al amparo del más general art. 1255 CC, que no solo concede libertad dentro de los moldes jurídico-patrimoniales tipificados, sino también la posibilidad de crearlos *ex novo*, o de forma híbrida, siempre que se respeten la Ley, la Moral y el Orden Público, como en nuestro caso es el principio de Orden Público del bienestar animal, y que como tal es extraíble hoy del entero ordenamiento jurídico (no solo de aquellas normas referidas al matrimonio), para poder ser aplicado, y respetado, en cualquier otro ámbito, como en nuestro caso es el de las crisis familiares originadas en parejas no casadas con mascotas, cuyo pacto alcanzado al respecto podría, al menos, ser refrendado por vía notarial al amparo de aquel art. 1255 CC, así como al de los arts. 1218, 1278 y 1280.5º *in fine* CC dada la trascendencia real del mismo (aunque no ya por vía judicial, al serles inaplicables a tales parejas aquellos arts. 90.1.b] *bis*, 94 *bis* y 103.1ª CC, entre otros). Conviene, por eso mismo, que en tal acuerdo alcanzado por los miembros de una pareja de hecho o no casada, estos no se remitan sin más a los preceptos que solo se refieran al matrimonio. En su lugar, es aconsejable que el acuerdo se detalle en su contenido, sin remisiones a normas sobre el matrimonio[146].

En cualquiera de los casos, se trate de un acuerdo homologado judicial o notarialmente, hecho por una pareja casada o de hecho, convendrá, siempre,

[146] Así, por ejemplo, en el anterior trabajo mío citado, si bien rechazaba que mediante acuerdo la pareja de hecho se remitiese en bloque o por la mención de sus preceptos o de su simple nombre al régimen económico ganancial (o a cualquier otro matrimonial), admitía, en cambio, la posibilidad de acomodarse al mismo redactando cláusula por cláusula el contenido detallado de tal régimen (como así, en su momento, admitió el propio García Goyena, que cito en aquel trabajo, refiriéndose a la posible sumisión pactada a algún régimen económico matrimonial foral).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que el acuerdo sobre la tenencia y cuidado de la mascota sea lo más claro y preciso posible.

4.1. Cierta permisión en lo terminológico: "guarda", "custodia" y "visitas" de animales domésticos

Ya antes de la Ley 17/2021, hubo desde la propia abogacía consejos al respecto de cómo redactar cualquier acuerdo atinente a la tenencia y cuidado del animal doméstico en caso de crisis familiar[147], que conviene exponer (aunque no siempre para compartirlos todos); a saber:

Aunque sea, en principio, indistinto hablar de mascota, de animal de compañía[148] o, según creo también, de animal doméstico, me parece conveniente mencionarlo por su nombre propio o de pila (preferiblemente, según conste en su cartilla veterinaria, en su pasaporte), quedando, así, el animal en cuestión perfectamente identificado.

También desde la abogacía se considera válido que se hable de la "guarda y custodia" del animal, como así lo hacen muchas de las leyes autonómicas sobre protección de animales domésticos o de compañía para concretar los deberes que conciernen a su cuidado y bienestar (y así lo ha venido a admitir incluso alguna sentencia, como la SAP de Valencia de 25 septiembre 2020[149]); y suele estimarse preferible el empleo de términos tales como "titular", "cuidador" y "responsable", frente a otros, como el de "poseedor" o el de "propietario", que se estiman equívocos: por un lado, porque cosifican, sin más, a la mascota, y porque, por otro, resulta muchas veces difícil probar la propiedad del animal habida cuenta de que las cartillas veterinarias y los pasaportes de animales no son medio de prueba concluyente, en el ámbito civil al menos,

[147] *Vid.*, Casas Díaz, L. y Campz i Videllet, X.: «Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía», en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/1, pp. 76-83 (tomado de Dialnet), a cuyas opiniones nos referimos a continuación, para aceptarlas o bien para matizarlas.

[148] Como entienden los abogados citados en la nota anterior.

[149] Recuérdese, sobre un pacto prematrimonial —celebrado el mismo día de la boda, para el caso de divorcio— cuyo único contenido era la "custodia compartida" —que así decía— de la mascota (a la que se le mencionaba como "perhijo", y sus dueños se autodenominaban sus "padres").

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de dicha propiedad y solo permiten hacer constar a uno de los —posibles— dueños (según sucede, cuando menos, con las cartillas veterinarias).

Atendida tal terminología, y suponiendo, como es lo usual, que los dos miembros de la pareja quieran, tras su ruptura, mantener una relación afectiva con el animal, el régimen de guarda y custodia de dicho animal podrá hacerse —solo, según se dice— de dos maneras: o bien atribuyendo —o reconociendo como ya previamente adquirida— la propiedad exclusiva a uno de ellos, y concediendo, entonces, en favor del otro miembro de la pareja un régimen de "visitas", o bien acordando un régimen similar a la custodia compartida, sobre todo, para el caso en que el animal fuera copropiedad de la pareja; siendo conveniente, en todo caso, fijar con precisión el régimen de gastos y alimentos (con previsión, en especial, de todo lo relativo a gastos extraordinarios, especialmente los veterinarios).

Siendo este el consejo que suele darse desde cierto sector de la abogacía, a mi modo de ver, en principio y con la nueva Ley en la mano —como suele decirse—, no me parece incorrecto hablar de la "guarda y custodia" o del régimen de "visitas" del animal. A la vista de la reforma legislativa habida en materia de animales, ningún sentido tiene ya suscitar la posible aplicación por analogía a los animales de las reglas sobre guarda y custodia, visita y alimentos de los hijos. No solo porque aquellos sean cosas —o bienes singulares, tras la reforma legislativa— y estas personas, según han dicho nuestros tribunales para rechazar tal analogía (según vimos arriba), sino, más sencillamente, porque no hay ya —posible— laguna legal que integrar, sino una Ley que expresa y directamente ha previsto tal cuestión.

Por eso mismo, insistimos, no parece inconveniente, al menos en la terminología empleada, que en el convenio regulador se hable de la *"guarda", "custodia" y de las "visitas" de animales domésticos: conforme* a la propia tradición jurídica, se ha hablado muchas veces de la "custodia" del animal, comparable incluso con la de los hijos, para justificar el art. 1905 CC en la *culpa in vigilando* o *in custodia* que, tradicionalmente, ha fundamentado la responsabilidad de la persona por los daños que cause el animal que se encuentre bajo su custodia o cuidado —en su posesión— (cfr., con el art. 1903.II, cuando este hace responsables a los padres por los daños causados por sus hijos cuando estén "*bajo su guarda*"). También

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

parece admitir dicha terminología la propia Ley de reforma sobre animales, cuando habla en reiteradas ocasiones, desde el mismo Preámbulo, del "*cuidado*" —y a veces de la "*convivencia y cuidado*"— del animal y no de su mera tenencia o disfrute (cfr., el nuevo art. 90..1.b] *bis* CC, donde, finalmente, se sustituye "*convivencia y cuidado*" por el "*disfrute*" que decía al inicio la proposición de ley —también de "*convivencia*" hablan los nuevos arts. 771.2 y 774.4 LEC—, o como que se prevea una suerte de régimen de visita con el animal tanto en caso de acuerdo entre los cónyuges como si es por decisión judicial en caso de desacuerdo —cfr., los nuevos arts. 94 *bis* y 103.1ª *bis*—, aunque aún a veces se hable de "*disfrute y cuidado*" o de "*tenencia o disfrute*" —cfr., el nuevo art. 404.III CC, o el 430 CC—); todo lo cual no es sino acorde con la consideración —combinada y compatible— que el legislador tiene de los animales como seres sintientes y como bienes singulares.

No hay, pues, obstáculo en el empleo de todas esas expresiones, siempre que en su contenido reinen la claridad y la precisión (como veremos a continuación):

4.2. Posibles hipótesis de acuerdo, sin riesgo de cosificación y con ámbito general para toda crisis de pareja, casada o no

Cuestión muy diversa a la terminológica es la relativa al contenido específico de ese régimen de guarda, custodia y visitas del animal, que habrá de ser todo lo preciso posible. Para ello habrá que tener en cuenta, por un lado, a quien correspondía la propiedad del animal antes de la crisis familiar y, por otro lado, cuál se quiere que sea la naturaleza y el régimen de los derechos pactados sobre el animal:

Como primera hipótesis, cabe que el animal, antes de la crisis familiar, fuera común, de ambos miembros de la pareja rota (bien como bien ganancial, si se trataba de un matrimonio sometido al régimen de gananciales, bien en copropiedad ordinaria, si se trataba de una pareja de hecho o de un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes). Presuponiendo en tal caso la voluntad de ambos de mantener su relación afectiva con el animal (pues de lo contrario solo cabrá su venta —o donación…—

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

acordada por ambos, *ex* art. 404.II CC), si el animal estaba en comunidad ordinaria, su régimen supletorio será el de los arts. 392 y ss. CC, siendo, no obstante, aconsejable, al amparo del art. 398 CC, acordar cómo "administrarlo", esto es, cómo poseer (tener) al animal y cómo mantenerlo (alimentarlo, cuidarlo, costear los gastos sanitarios, ordinarios y extraordinarios), todo lo cual podrá hacerse por turnos alternativos. En todo caso, el notario que homologue tal acuerdo habrá de observar, como exige aquel art. 398 CC en su párrafo 3º, que lo pactado "*no sea gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común*" (cfr., con el art. 394 CC, cuando se exige el uso de la cosa común conforme a su destino, lo que, en cierto modo, ya hoy sería acorde con el nuevo art. 90.1.b] *bis* CC). Tales normas, los arts. 394 y 398 CC, aun sin reformar por la Ley 17/2021, en su aplicación a los animales en copropiedad habrán de ser interpretados, actualizados, conforme al principio de protección del bienestar del animal (con la genuina función interpretativa que a los principios se les confiere). En caso de ser el animal un bien ganancial, lo conveniente es, sobre todo una vez instada la liquidación de la sociedad de gananciales, acordar idéntico régimen como si de una copropiedad ordinaria se tratara (cfr., el art 1061 CC, al que genéricamente se remite el art. 1410 CC).

Como segunda hipótesis, cabe que el animal sea de la propiedad exclusiva de uno solo de los miembros de la pareja (o sea privativo de un cónyuge, tratándose de un matrimonio sometido al régimen de gananciales). En tal caso, siempre que ambos deseen mantener su relación con la mascota[150], el posible alcance del acuerdo dependerá, sobre todo, del derecho que el dueño del animal esté dispuesto a conceder a su pareja y de los deberes y su consiguiente responsabilidad que esta esté dispuesta a asumir, o que su pareja —dueña del animal— quiera exigirle. Aquí las opciones son más variadas (y no tan simples como desde algún sector de la abogacía se cree), cada cual con su posible régimen legal supletorio (que habrá de observarse, bien para respetarlo, bien para amoldarlo al objeto del derecho —que es un animal, no una simple cosa—, en tanto la norma lo permita por ser disponible), y en ellas se observará, como regla proporcional, que cuanto

[150] Porque si quien solo lo quiere es el dueño, basta con que este se lo quede. Y si es al contrario, podrá el dueño ceder —a cambio o no de precio (por venta o donación)— la propiedad del animal a quien lo desea.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mayor sea el derecho que sobre el animal se conceda a quien no es su dueño mayor será también su responsabilidad (en la asunción de los deberes de mantenerlo, alimentarlo, o de asumir la responsabilidad por los daños que el animal cause…), siendo dicha carga menor cuanto menor sea también el derecho que se le conceda sobre la mascota. Tal será el caso en que se quiera tan solo conceder sobre el animal una tenencia en precario, y como tal totalmente gratuita, por puro beneplácito o tolerancia del dueño del animal, que, por eso mismo, puede ser libremente revocada en cualquier momento. En cambio, si se quiere conceder al no propietario una estricta posesión sobre el animal, fundada en un justo título y protegible interdictalmente, podrá pactarse, como mínimo, un derecho personal o de crédito: ya sea a modo gratuito —bajo la fórmula de comodato—, o a cambio de precio —a través, entonces, de un arrendamiento (aunque no nos parece que sea la fórmula más ecuánime, ni el régimen legal supletorio más adecuado para la naturaleza de su objeto, que es un animal)—.

Frente al simple préstamo, que se refiere a dinero u otras cosas fungibles (art. 1740 CC), y frente a la posibilidad de pactar voluntariamente un depósito (*ex* art. 1763 CC), que aunque siempre tiene por objeto una cosa mueble (art 1761 CC), no atribuye al depositario el "uso" del objeto depositado (art. 1768 CC)[151], parece, en cambio, más acertada la fórmula del comodato, *ex* arts. 1740 y 1741 CC, al ser el animal considerado por las partes como cosa no fungible, de la que el comodatario solo podrá hacer "uso" del animal, sin posibilidad de obtener sus frutos (como crías…), y sin que el dueño tenga que cederle la propiedad misma del animal (a lo cual obligaría un simple préstamo, *ex* art. 1753 CC). En el caso de pactarse un comodato, será este esencialmente gratuito (cfr., arts. 1740.II y 1741 *in fine)*, y naturalmente transmisible *mortis causa*, salvo que para tal caso se haya pactado como personalísimo (art. 1742 CC); los gastos ordinarios (de mantenimiento, alimentación, sanitarios…) corresponderán al comodatario durante el tiempo, o turno, en que se ejercite tal comodato y sea efectiva la tenencia del animal (arts. 1743 y 1744 CC), sin que el comodante, dueño del animal, pueda reclamarle la devolución del dicho animal anticipadamente, antes de finalizar el turno (cfr., art. 1749 CC), pero siendo el comodatario responsable de

[151] Del depósito, de pasada y sin mayor razonamiento, dirá la SAP de las Palmas de Gran Canaria de 24 marzo 2021 (Roj: SAP GC 1668/2021), que es "figura discutible respecto a animales".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los daños o de la propia pérdida del animal si se extralimita en dicho turno (cfr., arts. 1744 y 1745 CC). A diferencia de los gastos ordinarios, los extraordinarios corresponderían, en principio (y salvo pacto en contrario), al comodante, dueño del animal (cfr., art. 1751 CC).

En todo caso, concedido el derecho con una naturaleza personal o crediticia (sea como comodato o bajo arrendamiento), existirá el consiguiente riesgo de que si el dueño del animal dispone de él (vendiéndolo, regalándolo…), su expareja no tendrá derecho que exigir frente al nuevo dueño, sino tan solo, en su caso, una indemnización frente a su expareja que se ha deshecho del animal. Es consecuencia inevitable de la connatural eficacia u oponibilidad relativa, o *inter partes*, de la que gozan los derechos de esta naturaleza, como son los derechos de crédito.

Para evitar tal riesgo, bastaría con pactar la concesión de un derecho real sobre el animal en favor del no dueño, eficaz, por tanto, *erga omnes*, frente a terceros: ya sea bajo la fórmula del usufructo (cfr., art. 489 CC) o bajo la de un uso especial (siendo absurdo pensar en cualquier otro tipo de derecho real limitado de goce, por su naturaleza siempre recayente sobre bienes inmuebles por naturaleza, como serían la servidumbre personal, el derecho de superficie… —quedando a salvo la posibilidad de que el uso sobre la vivienda familiar se estime como derecho de habitación y al animal como parte de dicha vivienda por interpretación de los arts. 96, 465 y 334.2 CC, este último sobre inmuebles por destinación[152]—). De establecerse como usufructo, en principio, el usufructuario tendría derecho a los frutos naturales (a las crías, por ejemplo) del animal (cfr., los arts. 467, 471 y 472 CC, así como en su nueva redacción los arts. 355 y 357.2º CC, tendentes a proteger el bienestar del animal), salvo que en lugar de un usufructo se conceda en favor de la pareja que no es su dueña un derecho de uso (cfr., arts. 524 y 526 CC, cuya previsión sobre los frutos carece en este caso de objetivo y, por tanto, de aplicación alguna); en ambos casos, se trate de un usufructo o de un derecho de uso (cfr., art. 528 CC), el usufructuario o el usuario del animal asumirá la obligación de cuidarlo y de costear los gastos ordinarios para su mantenimiento (cfr., arts. 497, 500 y 504 CC), y la responsabilidad

[152] Para mayores detalles sobre esta propuesta, me remito a mi monografía *Crisis familiares y animales domésticos*, ya en su 2ª edición, Madrid, 2022.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por maltrato o muerte innecesaria (que lo sería por abuso de su derecho, cfr., arts. 520 y 529 CC); asumiendo su dueño en todo caso los gastos extraordinarios (art. 501 CC), salvo que otra cosa se pactara.

En todos los casos posibles indicados, ya sea el derecho crediticio o jurídico-real, habrá de acordarse explícita y detalladamente, al amparo de la libertad contractual (cfr., arts. 1255, 470, 523 CC…), que tal concesión también lo sea por turnos, por períodos de tiempo prefijados, o, al menos, determinables si el derecho concedido es de naturaleza crediticia (cfr., el art. 469 CC sobre la posibilidad de establecer un usufructo "*sucesivamente*" por plazos "*desde o hasta cierto día*"), a fin de evitar cualquier inconveniente (vgr., cfr., el art. 1750 CC, sobre comodato, que permite al comodatario reclamar en cualquier momento la devolución de lo prestado si no se pactó claramente la duración del comodato, o como, en general, que en el hipotético caso de que no se fijara por las partes ningún límite temporal a tal uso o visitas, habría de fijarlo el juez, por aplicación del art. 1128 CC).

De igual modo, puesto que se está pactando sobre la tenencia compartida —aunque alternada en el tiempo— de un animal (no de una simple cosa), y ambas partes desean seguir manteniendo un vínculo con el mismo, parece lógico que el derecho concedido a quien no es dueño del animal sea personalísimo, indisponible (que no pueda venderlo, regalarlo,…), lo que a veces vendrá de suyo, por aplicación supletoria del régimen legal propio del derecho concedido (vgr., en caso de derecho real de uso, *ex* art. 525 CC), pero que, en otras ocasiones, será conveniente pactar expresamente a fin de evitar la disposición de tal derecho al amparo de la ley que lo regula y permite (cfr., el art. 1742 CC, sobre comodato, el art. 1550 CC, sobre arrendamiento, o el art. 480 CC, sobre el usufructo). Por su parte, salvo que se acuerde una prohibición de disponer, el dueño del animal podría seguir disponiendo de él, aunque con la posibilidad —indicada antes— de configurar el derecho del no dueño sobre el animal como un derecho de naturaleza real, que, por tanto, no se verá perjudicado por aquella posible disposición de su propietario (cfr., el art. 489 CC, sobre el usufructo, aplicable también al derecho de uso por la remisión al régimen de aquel hecha en el art. 528 CC);

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

o bien dándole un derecho de adquisición preferente en tal caso (opción de compra, tanteo o retracto)[153].

Como puede, en fin, apreciarse, fijar con precisión y claridad en el acuerdo la naturaleza jurídica del derecho sobre el animal que se conceda a quien no es su dueño y fijar con detalle su consiguiente régimen adaptado convencionalmente a las necesidades de cada pareja, y a las del propio animal, dejando en lo demás regir supletoriamente el respectivo régimen del derecho acordado, tiene su importancia práctica. De lo contrario, conforme al principio general de la libertad presunta de la propiedad (salvo que se demuestre su sometimiento a una carga o limitación), si se dudara acerca de si en el acuerdo se concede sobre el animal estricta posesión o mera tenencia tolerada por su dueño, habría que presumirlo de este último modo; y si, probado que se trata de estricta posesión, se dudase, por la imprecisión del acuerdo, si se concede sobre el animal un derecho de crédito o un derecho real, habrá que presumir la concesión de un derecho de crédito (comodato o arrendamiento, según su gratuidad u onerosidad), por suponer tal derecho para la propiedad una menor carga (pues no se adhiere a la cosa, ni es eficaz frente a terceros), que la concesión de un derecho real, que siempre se adhiere a la cosa (al animal, en este caso) y, por ello, es eficaz frente a terceros…[154].

Todo ello, en fin, que proponemos se hace respetando la consideración legal vigente de los animales como seres sintientes y —también— como bienes singulares cuyo bienestar se ha de proteger, con la ventaja de que tal remisión, aunque subsidiaria, al Derecho civil patrimonial permite que toda pareja, casada o no, con o sin hijos, pueda llegar a un acuerdo válido, eficaz

[153] Como propone Pérez Monguió: «Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal», en *Animalia: revista profesional de los animales de compañía,* nº 190, 2006, pp. 56-60.

[154] Pero ahí no acaba la cuestión: fijada la naturaleza (personal o real), la duda puede afectar al tipo, al modelo particular en donde encajarlo: tratándose de un derecho real de goce: ¿se tratará de un usufructo, o de un uso? Tal vez haya que seguir aplicando hasta sus últimas consecuencias la regla jurisprudencial, favorable a la libertad, o menor limitación, del dominio, y optar ante aquella duda por el uso, con exclusión, en esa duda, de cualquier otra opción, como la del usufructo, por suponer su contenido de poder *in re aliena* y su régimen una mayor carga o limitación para el dominio. No en vano, los derechos de uso y de habitación siempre se han considerado «pequeños» usufructos, siendo por ello menos gravosos, no solo para el propietario, sino también menos comprometidos para el usuario (cfr., arts. 527. I y 1289 CC); tal exclusión, por tanto, será por el bien —por el interés— de todos los afectados.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

y exigible ante los tribunales, y todo ello sin riesgo de cosificación del animal doméstico: la propia terminología empleada, combinando expresiones como "guarda", "custodia", "visitas" con un detallado régimen patrimonial (fundando en el comodato, el uso…), y el consiguiente recurso supletorio al régimen jurídico de los bienes que se muestra conforme a la Ley 17/2021.

Todo sea, en fin, por el interés de la familia y por el bienestar del animal.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B., «Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico civil del animal en España», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 48-55 (tomado texto completo de Dialnet).

Alonso, E., «El art. 13 del TFUE: los animales como seres «sensibles (sentientes)» a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en la obra colectiva *Animales y Derecho*, D. Favre y T. Giménez-Candela (eds.), Valencia, 2015, pp. 10-52.

Alonso García, E., «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español», la ley digital, 2011 (tomado de Internet).

Arribas Atienza, P., «El nuevo tratamiento civil de los animales», *Diario La Ley*, nº 9136, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2018 (tomado de Internet).

Barzanti, F., «La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 49-71.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Historias de perros», *Revista Doctrinal Aranzadi CivilMercantil*, nº. 15/2006 (tomado de westlaw).

Biondi, B., *Los bienes*, trad., Barcelona, 1961.

Brels, S., «El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2, 7 pp. (tomado de Dialnet).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Carrasco Perera, A., «No darás tu loro en prenda (Ley 17/2021)», *Revista CESCO de Derecho de consumo,* nº 1/2022, 14 enero.

Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, J., *Tratado de los Derechos de garantía,* 3ª ed., 2015.

Casas Díaz, L. y Campz i Videllet, X., «Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía», *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/1, pp. 76-83 (tomado de Dialnet).

Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *Crisis familiares y animales domésticos*, ed. Reus, Madrid, 2019 (y 2ª ed. Ampliada y actualizada a la Ley 17/2021, Madrid, 2022).

—, «Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* vol. 11/2 (2020), pp. 17-29.

—, En coautoría con M. García Mayo: «Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de acuerdo: algunos consejos prácticos para su redacción y homologación», *Actualidad Civil,* nº 6, junio, 2020.

—, «Entre personas y cosas: animales y robots», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 14, febrero 2021, pp. 14-53; y en *Revista Cubana de Derecho*, V época, vol. 1, nº 2, julio-diciembre 2021, pp. 272-311.

—, «¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 12/2 (2021), pp. 24-47.

—, «Entre personas y cosas: ¿un nuevo Derecho para los animales?», *Diario La Ley*, Nº 9853, Sección Tribuna, 19 de mayo de 2021.

—, *Tenencia de animales domésticos en pisos o casas en régimen de comunidad*, Madrid, 2021.

—, Director, con M. García Mayo (coord.), de la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, ed. Reus, Madrid, 2022.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Chaparro Matamoros, P., «Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia», en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales,* G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), ed. Reus, Madrid, 2022, pp. 199-227.

De Torres Perea, J. M., *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Madrid, 2020.

Díaz Alabart, S., «El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge viudo (art. 1321 CC)», *Libro homenaje al Prof. S. Carrión Olmos*, Valencia, 2021.

—, «De los animales en el Código Civil», *RDP*, 2022, nº 1 (enero-febrero), pp. 3-29.

Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 3º, Madrid, 1995.

Doménech Pascual, G., *Bienestar animal contra derechos fundamentales,* Barcelona, 2004.

Domínguez Luelmo, A., *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, ed. Reus, 2022.

Durán Rivacoba, R. y Del Carpio Fiestas, V., ««Causante», que no «causahabiente»«, *Diario La Ley*, nº 9992, Sección Tribuna, 19 enero 2022.

Escriche, J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia,* París, 1858.

Fernández del Pozo, L., «Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina», *RCDI*, nº 753, 2016, pp. 11-74.

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. I, Madrid, 1852.

García Mayo, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico,* con Presentación de J. J. Pretel Serrano y Prólogo de G. Cerdeira Bravo de Mansilla, Madrid, 2019.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—, «El concepto de animal de compañía y doméstico», en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales,* G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), ed. Reus, Madrid, 2022, pp. 129-156.

Gil Membrado, C., *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Madrid, 2014.

Giménez-Candela, M., «Descosificación de los animales en el Cc. español», *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2018, vol. 9/3, pp. 7-27 (tomado texto completo de Dialnet).

—, «Animales en el Código Civil español: una reforma interrumpida», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/2, pp. 7-12 (tomado texto completo de Dialnet).

—, *Transición española en España*, Valencia, 2020.

Hava García, E., «La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal», *Estudios Pénales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 259-304.

Lelanchon, L., «La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés», *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2018, vol. 9/3, pp. 72-79 (tomado texto completo de Dialnet).

Mariño Pardo, F., «La sucesión en los animales de compañía: el nuevo artículo 914 *bis* del Código Civil. ¿Están sujetos los animales de compañía al régimen de la sociedad de gananciales», *Iuris Prudente* (https://www.iurisprudente.com/2022/02/la-sucesion-en-los-animales-de-compania.html?m=1).

Martos Calabrús, M. ªA., «El animal de compañía en la sucesión *mortis causa*», en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales,* G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), ed. Reus, Madrid, 2022, pp. 463-478.

Mesías Rodríguez, J., «Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español», *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/2, pp. 66-105 (tomado texto completo de Dialnet).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Moreira, A. R., «La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal», *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 80-91 (tomado de Internet).

Pérez Monguió, J. M., *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo,* Barcelona, 2005.

—, «Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal», *Animalia: revista profesional de los animales de compañía,* nº 190, 2006, pp. 56-60.

—, «El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 51, Zaragoza, 2018, pp. 244-280.

Ramos Chaparro, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, con prólogo de A. Gordillo Cañas, Navarra, 2008.

Rodríguez Castaño, C., «Una breve reflexión sobre el art. 333 *bis,* 2 del CC», *Revista CESCO de Derecho de consumo,* nº 1/2022, 19 enero.

Rogel Vide, C., *Los animales en el Código Civil*, Madrid, 2017.

—, «Personas, animales y androides», *RGLJ*, nº 4, 2017, pp. 681-693.

Trujillo Villamor, E., «Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del CC», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 1/2022, de 19 enero.

Vallet de Goytisolo, J. B., *Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales*, Barcelona, 1957.

Vivas Tesón, I., *Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

—, «Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 41/2022, pp. 44-63.

Yzquierdo Tolsada, M., «Perros y gatos inembargables, peces y cacatúas intransferibles, caballos e iguanas indivisibles», *El Notario del siglo XXI*, nº 72 (tomado de Internet).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ACTA NOTARIAL ESCLARECEDORA EN LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA

CLARIFYING NOTARIAL ACT IN THE SPANISH CIVIL WAR

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario

Resumen: Es conocido que durante la Guerra civil española de 1936-1939 se produjo la destrucción de un importante número de Protocolos notariales. De algunos de esos hechos se conoce la causa concreta que los produjo; de otros, simplemente se supone. El Acta notarial de que nos ocupamos en este trabajo es un documento de pleno valor probatorio (notarial e histórico) de uno de esos hechos de devastación documental, sin causa conocida.

Palabras clave: Guerra civil española, escritura pública vs. acta notarial, notario, Protocolos, archivos notariales, Acta de visita (inspección).

Abstract: Everyone knows that a lot of notarial Books and Files were destroyed during the Spanish civil war of 1936-1939. The reason of the destruction is known in some cases; in other cases, is just supposed. The notarial Act we study in this article is a perfect proof (notarial and historical) of one of these cases of complete and proofless destruction of documents.

Keywords: Spanish Civil War, public deed vs. notarial act, public Notary, Protocol books, notarial Files, Visiting Act (inspection).

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL ACTA NOTARIAL DE COLMENAR

III. PERSPECTIVA NOTARIAL

IV. PERSPECTIVA HISTÓRICA

V. COLOFÓN

VI. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina archivística malagueña ha recogido repetidas veces que la Guerra civil española de 1936 a 1939 —entre otros muchos más— causó importantísimos daños en el patrimonio documental de España.

Así en 2006, Esther Cruces Blanco dejaba sentado que "… en la provincia de Málaga no se ha realizado un estudio de los Archivos notariales que sufrieron una destrucción en los años que aquí son analizados. Sabemos que el Archivo Notarial de Ronda fue pasto de las llamas en su totalidad y que algunas notarías de diversos pueblos fueron asaltadas"[1].

Descendiendo un peldaño más a lo concreto, en 2009 Ana Díaz Sánchez escribió que "…los protocolos de algunas importantes localidades de la provincia de Málaga como son Colmenar o Ronda no se conservan en este Archivo Histórico Provincial… porque, desgraciadamente, se han perdido, casi en su mayoría, por diversos avatares a lo largo de la historia"[2].

Esta misma idea recoge la doctrina notarial.

En 2021 afirma el notario Plácido Barrios Fernández que "en Málaga consta que el Archivo notarial de Ronda se perdió en su totalidad y que algunas notarías de pueblo fueron literalmente asaltadas" porque —continúa

[1] Cruces Blanco, E.: «La Guerra civil y los Archivos en la provincia de Málaga: La destrucción de los símbolos», pp. 13 a 29 de la obra colectiva, *Los Años convulsos. 1931-1945. Documentación del Archivo Histórico Provincial de Málaga*, Málaga, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía-Archivo Histórico Provincial de Málaga, 2006, 123 páginas. Las palabras citadas, en p. 22.

[2] Díaz Sánchez A.: "El Archivo Histórico Provincial de Málaga en la actualidad", pp. 29 a 63 de la obra colectiva *Los Archivos y el Patrimonio documental en la provincia de Málaga*, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía-Archivo Histórico Provincial de Málaga, Málaga, 2009, 195 páginas. Las palabras citadas, en p. 46.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el mismo— "… una consecuencia desgraciada de la contienda fue la destrucción de los protocolos notariales"[3].

Bastante antes, nada menos que en 1954, ya dejó escrito Enrique Giménez-Arnau que las normas de reconstrucción de protocolos "… hubieron de ser ampliadas por la frecuencia con que fueron incendiados o destruidos los protocolos notariales durante la guerra civil"[4].

Todavía más cerca de la Guerra civil (en 1941), el también Notario José González Palomino describe la situación como "… la catástrofe de los Protocolos"[5].

A la vista de esta situación, nos proponemos en este trabajo desvelar algún dato concreto que sirva para iluminar ciertas afirmaciones historiográficas que se repiten una vez tras otra por inercia y que, por ello, se mueven entre brumas y nebulosas.

Para ello, debo comenzar confesando que el documento objeto de este artículo "me encontró a mí más que yo a él". En efecto, fui Notario de Colmenar entre los años 1984 y 1987 y cuando efectué el traslado de la Notaría a un inmueble diferente de aquel en que se hallaba en aquel entonces, me encontré —junto con los nucleares protocolos de los veinticinco años anteriores— una prolija y desordenada documentación complementaria, carpetas variadas, papeles sueltos, cajas de diversos tamaños, etc…

Con paciencia y calma, cuando lo permitía el trabajo diario de la Notaría fui leyendo, ordenando y clasificando tales documentos, haciendo de todo ello un conjunto ordenado donde antes no había tal. Y entre toda esa selva documental apareció inesperadamente el Acta a que voy a dedicar el presente estudio.

[3] Barrios Fernández, P.: *De Escribanos a Notarios. Apuntes para una Historia del Notariado español*, Basconfer, Córdoba, 2021, pp. 298 y 286, respectivamente.

[4] Giménez-Arnau, E.: *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, p. 288. Veintidós años más tarde, insiste el autor en la misma idea —incluso con las mismas palabras— en otro de sus libros, *Derecho Notarial*, 2ª edición, Navarra, EUNSA, 1976, p. 863.

[5] González Palomino, J.: "La Legislación notarial del nuevo Estado", *Revista de Derecho Privado*, 1941, p. 338.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

II. EL ACTA NOTARIAL DE COLMENAR

El Acta notarial de la que nos ocupamos en este trabajo es un Acta de fecha 20 de febrero de 1937, que tiene por objeto dejar constancia de los daños causados a los protocolos notariales del pueblo malagueño de Colmenar.

Se firma por dos Notarios:

Uno, D. Ramón Risueño Catalán, Notario titular en esa fecha de la Notaría de Colmenar y —además— Archivero de protocolos del Distrito de Colmenar.

Otro, D. Nicolás Prados Salmerón, Notario entonces de la ciudad de Almería y —además— miembro de la Junta directiva del Colegio Notarial de Granada (de la que era Tesorero). En éste había recaído la función de actuar como Delegado de la Junta directiva a estos efectos.

Para su más perfecta identificación documental y codicológica podemos señalar una serie de características.

Primera:

El Acta se halla extendida en un folio desparejado de papel común verjurado.

Decimos que se trata de un folio desparejado, porque claramente se aprecia que formó parte de un bifolio que fue partido y dividido en dos. Además, se trata de papel común porque no se trata de papel timbrado notarial. Finalmente, es un folio verjurado, pues tiene marca de agua (marca que precisamente está partida por la mitad, pues la segunda mitad quedó en la otra parte arrancada del bifolio).

Segunda:

El folio es de forma rectangular, escrito en sentido vertical y con unas dimensiones de 320 mm por 220 mm.

La altura y anchura de la caja de escritura, sin embargo, es bastante más pequeña (260 mm por 154 mm), ya que se deja un importante margen izquierdo de más de 6 centímetros.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Tercera:

En cuanto al texto, se hallan escritas tanto la cara anterior ("recto") como la posterior ("vuelto"). Y ambas, con máquina de escribir convencional. El margen izquierdo está rigurosamente justificado y mantenido, mientras que no se puede decir lo mismo del derecho.

La escritura a máquina se ha hecho con gran cuidado y sin ningún error al teclear, lo que nos permite suponer que hubo una primera redacción previa a base de notas tomadas sobre el terreno mismo, siendo después escrita en la tranquilidad del despacho notarial sobre la base de tales notas.

Cuarta:

El Acta está firmada por los dos notarios en su cara posterior, llamando la atención que mientras el Delegado de la Junta directiva simplemente firma, el Notario de Colmenar —además— estampa su signo notarial (lo que no resulta adecuado, pues el signo está reservado para los instrumentos públicos en sentido estricto).

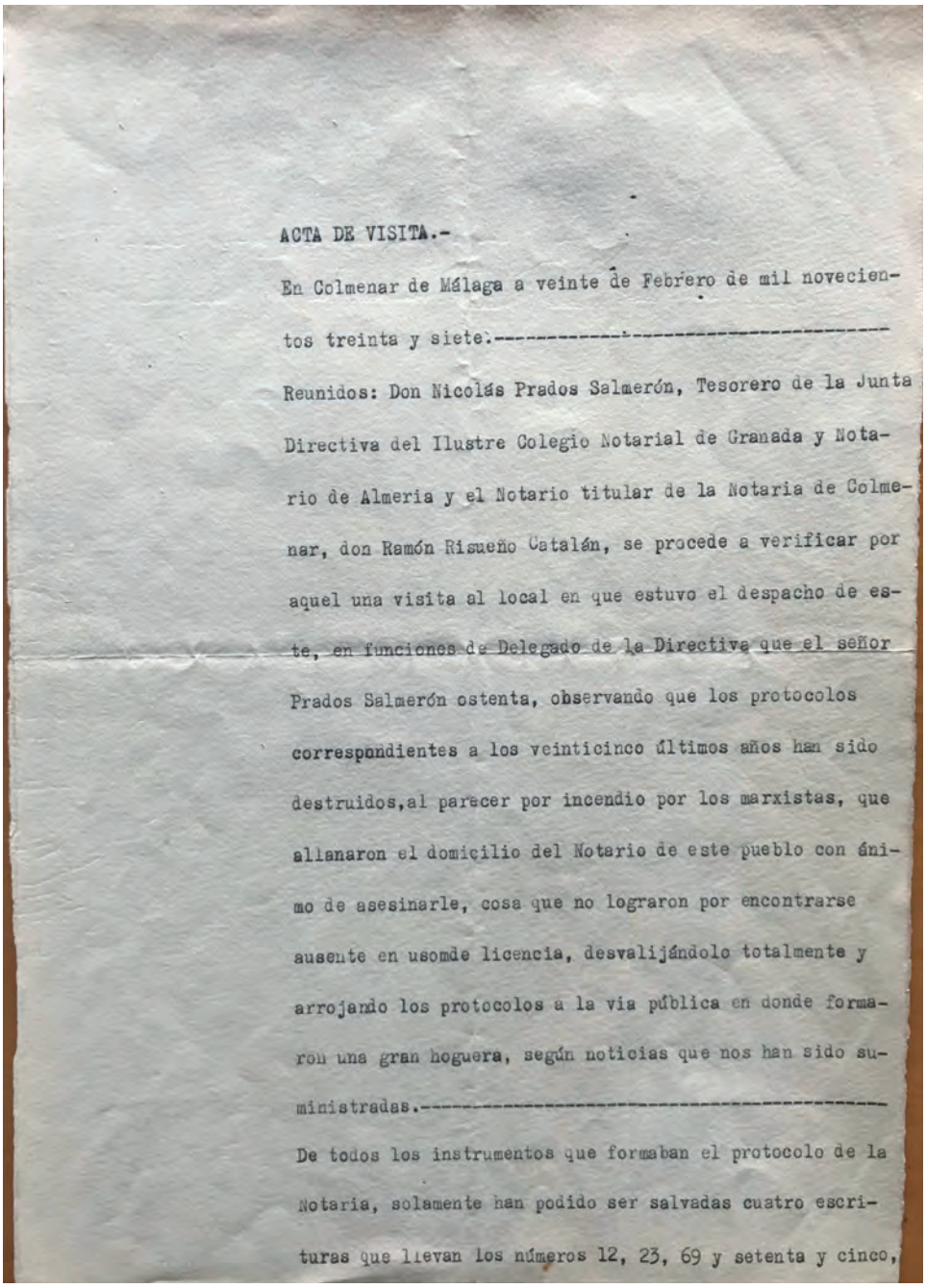
Hay otro detalle notarial llamativo: por asimilación con los instrumentos públicos, los finales de línea de cada párrafo están matados con una línea continua de guiones.

Quinta:

La descripción literaria ya hecha de los caracteres del Acta notarial debe ser completada con la reproducción gráfica de sus dos caras, tanto del recto como del vuelto. A ello le vamos a añadir la vista de la marca de agua del folio, al trasluz.

Todo lo cual se reproduce a continuación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org



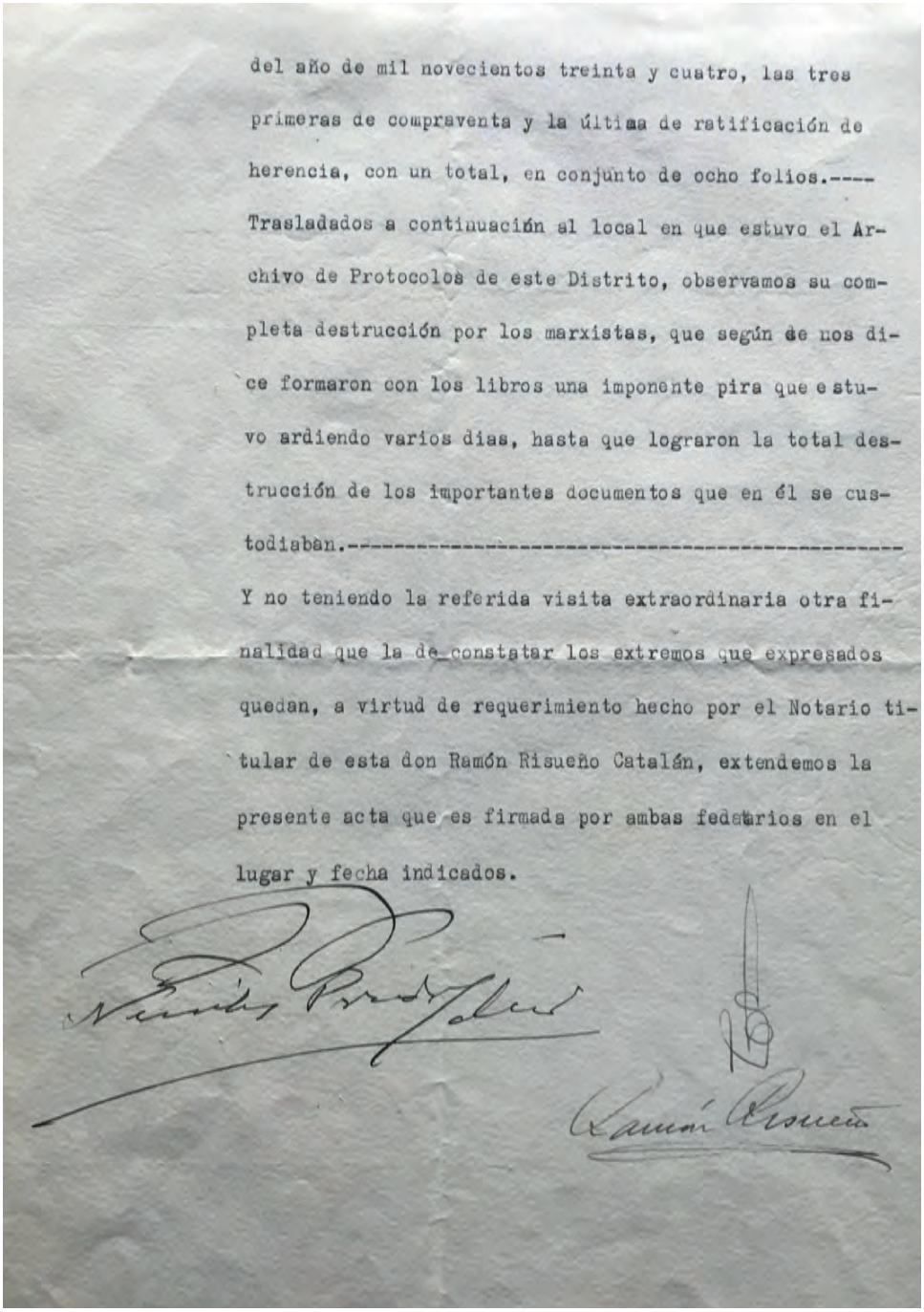
ACTA DE VISITA.-

En Colmenar de Málaga a veinte de Febrero de mil novecientos treinta y siete.----------

Reunidos: Don Nicolás Prados Salmerón, Tesorero de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Granada y Notario de Almeria y el Notario titular de la Notaria de Colmenar, don Ramón Risueño Catalán, se procede a verificar por aquel una visita al local en que estuvo el despacho de este, en funciones de Delegado de la Directive que el señor Prados Salmerón ostenta, observando que los protocolos correspondientes a los veinticinco últimos años han sido destruidos,al parecer por incendio por los marxistas, que allanaron el domicilio del Notario de este pueblo con ánimo de asesinarle, cosa que no lograron por encontrarse ausente en usomde licencia, desvalijándolo totalmente y arrojando los protocolos a la via pública en donde formaron una gran hoguera, según noticias que nos han sido suministradas.----------

De todos los instrumentos que formaban el protocolo de la Notaria, solamente han podido ser salvadas cuatro escrituras que llevan los números 12, 23, 69 y setenta y cinco,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

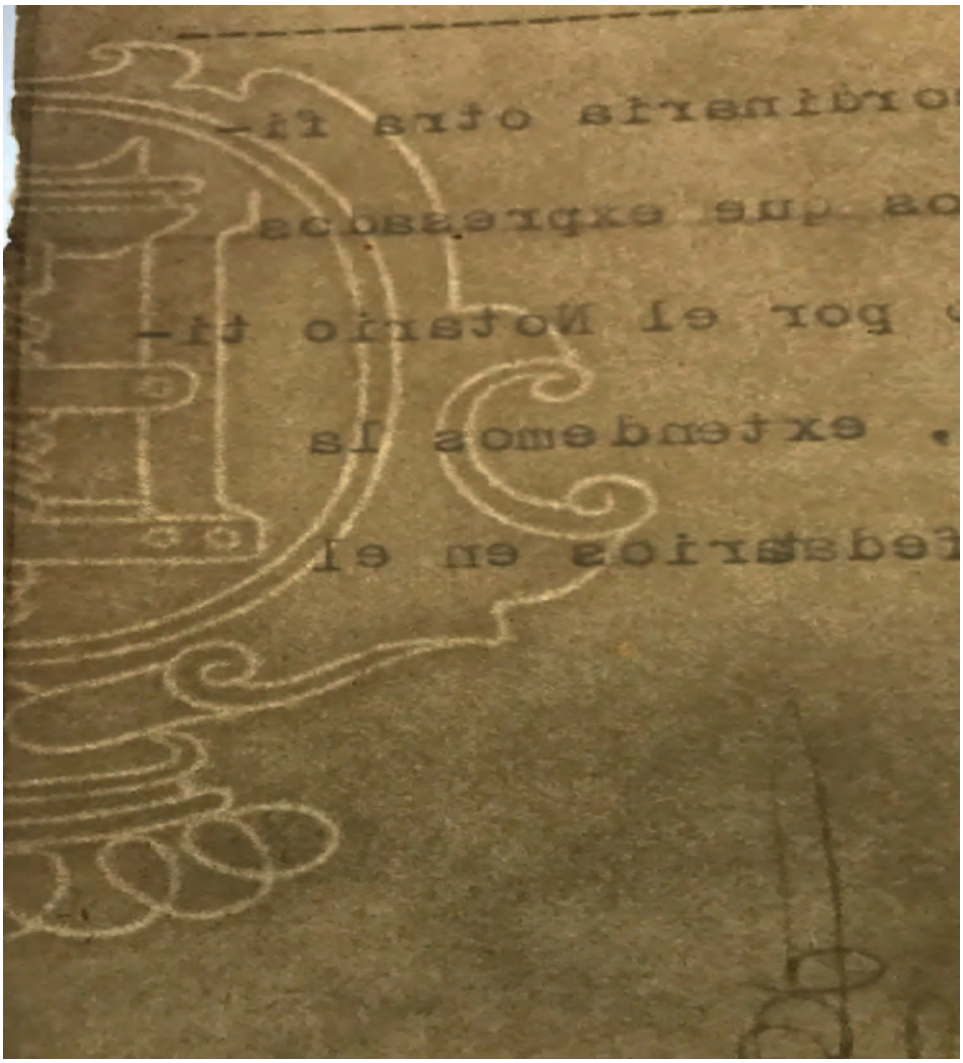


del año de mil novecientos treinta y cuatro, las tres primeras de compraventa y la última de ratificación de herencia, con un total, en conjunto de ocho folios.----

Trasladados a continuación al local en que estuvo el Archivo de Protocolos de este Distrito, observamos su completa destrucción por los marxistas, que según de nos dice formaron con los libros una imponente pira que estuvo ardiendo varios dias, hasta que lograron la total destrucción de los importantes documentos que en él se custodiaban.----------

Y no teniendo la referida visita extraordinaria otra finalidad que la de constatar los extremos que expresados quedan, a virtud de requerimiento hecho por el Notario titular de esta don Ramón Risueño Catalán, extendemos la presente acta que es firmada por ambas fedatarios en el lugar y fecha indicados.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org



III. PERSPECTIVA NOTARIAL

El Acta que nos ocupa resulta interesantísima desde el punto de vista notarial, por varios motivos.

Primero:

Por la naturaleza jurídica del documento.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Comencemos con su adecuado encuadramiento: para ello, debemos decir que la que nos ocupa no es el Acta notarial prototipo en el sentido del paradigmático documento notarial que llamamos "instrumento público" (regulado en el Capítulo II del Reglamento notarial, en los artículos 147 a 250).

Pero desde luego, tampoco se trata de un mero y simple documento privado firmado entre los particulares que lo suscriben (artículo 1225 del Código civil).

Afinando más, debemos dejar sentado que se trata de un documento público, pues se ajusta a la medida a la definición del artículo 1216 del Código civil: "documento autorizado por Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley".

Y dentro de la trimembre clasificación de los documentos públicos en notariales, judiciales y administrativos, pertenece al último grupo, es decir, al de los documentos públicos administrativos.

Pues en efecto, no se trata de un Acta levantada dentro del ámbito profesional de la fe pública notarial al servicio de los particulares, en la que el Notario deja constancia de unos hechos "que ve, oye y percibe con sus sentidos".

Antes al contrario, se trata de un Acta levantada dentro de la "vida administrativa del Notariado". Podría conceptuarse como documento público administrativo-notarial.

Segundo:

Por el tipo documental.

Para empezar, hay que decir que se trata de un Acta derivada de una visita extraordinaria al pueblo de Colmenar, para dar cumplimiento a un precepto del Reglamento notarial entonces vigente, el de 1935[6]. Decía así este precepto:

[6] Tomamos el texto del Reglamento notarial de 1935 de la *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1976, núm. XCII, pp. 397 y ss. No podemos menos que dejar constancia una vez más de la deuda inmensa que el Notariado tiene contraída con el gran Antonio Rodríguez Adrados, en esta ocasión por la serie que publicó en la *Revista de Derecho Notarial* entre los años 1971 y 1978 bajo el título de «Textos para el estudio del Derecho Notarial».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Artículo 280.

"Para la reconstrucción de protocolos deteriorados o destruidos se instruirá un expediente por la respectiva Junta directiva, con sujeción a las normas siguientes:

1º.- Servirá de cabeza al expediente de reconstrucción un Acta que se levantará por el Delegado de la Junta directiva y el Notario titular, con referencia a la visita extraordinaria por ellos girada a la Notaría, a la brevedad posible, y en la que harán constar:

a) Las circunstancias y extensión del siniestro, en su caso, y daño causado;

b) El número de volúmenes que constituían el protocolo, con expresión de año y clase de éste y número y clase de los demás libros y documentos del Archivo; número y clase de los documentos comprendidos en cada volumen de los respectivos protocolos anuales, a tenor de los índices —si se hubieren salvado—, confrontados con los que —remitidos por el Notario, deben obrar en el Colegio —o a tenor de estos últimos solamente— caso de desaparición de aquéllos;

c) Descripción de los libros que se hayan salvado, clasificados con método y claridad"[7].

Es decir, estamos ante un documento producido al hilo de la función notarial de conservación de los protocolos. Su razón de ser y su objetivo es dejar constancia de los daños ocurridos a los Protocolos del Distrito notarial cuya cabeza era Colmenar, y que se hallaban al cuidado y bajo la responsabilidad del Notario titular de la notaría de Colmenar en ese momento, que —a la vez— era el Notario archivero de ese Distrito.

Se trata de un Acta tan excepcional que se redacta "a dos manos", pues lo hacen al unísono dos Notarios: uno es el miembro de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Granada, en su condición de Delegado especial de esta; y el otro es el Notario titular de la Notaría del pueblo en esa fecha.

[7] El origen de este artículo 280 se encuentra en una Instrucción de la DGRN del año 1923 de que nos ocuparemos más adelante. Así lo indica la Exposición de motivos del propio Decreto que aprueba el Reglamento de 1935: "*… y en relación con los archivos de protocolos se incorpora al Reglamento la doctrina de la Instrucción de 29 de septiembre de 1923, relativa a la reconstrucción de los mismos…*". Véase «Textos para el estudio del Derecho Notarial», *RDN*, XCII, abril-junio 1976, p. 400.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A diferencia de las Actas autorizadas para dar fe de hechos de la vida jurídico-privada de los particulares en las que hay un único Notario autorizante, en este tipo de Acta intervienen dos, sin que ninguno de ellos tenga mayor peso jurídico que el otro

Penetrando más en su fondo, podemos decir que aunque con "elegantia iuris" se le llama "Acta de visita", en realidad es una verdadera "Acta de inspección" para comprobación de daños en un Protocolo y/o un Archivo de Protocolos.

Tercero:

Origen del Acta de visita *ex* artículo 280.

El texto del Reglamento notarial de 1935 es novedoso respecto a la situación anterior a él[8]. En efecto, el Reglamento notarial de 1921 no tiene ningún precepto semejante, ni siquiera parecido; para ello, basta leer su Título IX, que lleva por título "De los Archivos de Protocolos" y que comprende los artículos 204 a 224.

Pero el artículo 280 del Reglamento de 1935[9] no nace en el vacío, sino que es hijo de un caso muy concreto: el incendio que tuvo lugar en la Casa y Despacho del Notario de Madrid D. Luis Sagrera Ciudad en la mañana del día 12 de julio de 1920.

Para resolver los problemas derivados de ese incendio, se dictó la Resolución de 29 de septiembre de 1923 por parte del Director General de los Registros y del Notariado, D. Sebastián Carrasco y Sánchez. Dicha Resolución incorpora una Instrucción de la misma fecha, en la que ya se prevé por primera vez el Acta de visita extraordinaria a una Notaría con daños en su Protocolo. Y este Acta de visita extraordinaria es la que acaba siendo incorporada al texto del artículo 280 del Reglamento de 1935.

[8] En lo sustancial, el artículo 280 del Reglamento de 1935 ha sido la fuente de inspiración del vigente artículo 280 del Reglamento notarial de 1944. Con los retoques, cambios de redacción, reestructuración de contenidos y una más extensa normativa, adaptada a lo que la realidad social y legislativa iba demandando durante el agitado siglo XX.

[9] El relato más detallado que conocemos del proceso de elaboración y discusión del Reglamento de 1935 es el contenido en el libro de Giménez-Arnau, E.: *Derecho Notarial*, 2ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A. (EUNSA), 1976, pp. 178-182.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es decir, el Acta del artículo 280 nace en la etapa de la DGRN del eximio D. Jerónimo González. Aunque el Oficial Letrado que concretamente debió configurar el "Sistema de Actas de visita" a las Notarías y los Archivos de protocolos fue D. Juan Antonio de la Puente y Quijano, que era quien tenía encomendada la inspección ordinaria y extraordinaria de las Notarías y los Archivos de Protocolos[10].

Al poco de aprobado el Reglamento notarial de 1935 llega la Guerra civil de 1936-1939, en la que —por inmensa desgracia— tanto se multiplicaron los casos de destrucción y desaparición de protocolos notariales por toda la geografía española. Por eso durante la misma contienda se dicta una norma nueva, el Decreto de 10 de noviembre de 1938 que da "una vuelta más de tuerca" al sistema diseñado para la reconstrucción de protocolos[11].

Este nuevo Decreto aumenta los medios de prueba del documento a reconstruir y simplifica y agiliza los trámites, pero —por supuesto— mantiene el Acta de visita. Y la normativa del Decreto acaba volcándose al nuevo y definitivo Reglamento notarial de 1944, que mantiene lo esencial del sistema ideado en 1923. Incluso la numeración del articulado se mantiene, pues —como en el anterior Reglamento de 1935— la cuestión se regula en el artículo 280 del nuevo texto reglamentario.

En suma: un caso concreto (el incendio de una notaría de Madrid) provoca en 1923 la aparición de un sistema nuevo que al cabo de poco más de un decenio va a encontrar un sinfín de casos a los que ser aplicado como consecuencia de la Guerra civil. Cuando todavía esta ni siquiera ha concluido, se dictan en 1938 nuevas normas para la mejora y profundización del sistema. Y estas reformas, al terminar la contienda, se vuelcan al nuevo Reglamento notarial de 1944.

Paradójica y felizmente, la propia evolución posterior de nuestra Historia ha hecho que no haya sido necesario aplicar masivamente el sistema de reconstrucción de protocolos de 1944, limitándose su aplicación tan solo a casos esporádicos y puntuales.

[10] Tomamos todos estos datos del *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* correspondiente al año 1923. El texto de la Resolución y de la Instrucción de 29 de septiembre de 1923 puede verse en las pp. 372 a 375.

[11] González Palomino, José: «La Legislación notarial del Nuevo Estado», *Revista de Derecho Privado*, 1941, pp. 332-342.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Cuarto:

Actas notariales de dos Notarios.

No hace falta decir que los muy diversos tipos de Actas notariales que nuestra Legislación prevé hoy (y que preveía en 1935) se autorizan por un único Notario, que —como dice el artículo 1 del Reglamento notarial hoy vigente— hace constar "la exactitud de los hechos que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos".

Pero junto a estas Actas de Notario único (que son las Actas notariales por antonomasia), nuestro Reglamento notarial conoce algunos tipos de Actas en las que intervienen dos Notarios. Estas Actas que podríamos llamar de doble Notario son tres y solo tres.

La primera es el "Acta de visita" del artículo 280;

La segunda es el "Acta de entrega del Archivo de Protocolos del Distrito notarial" del artículo 297 (prevista para el caso de que se produzca un cambio de Archivero);

La tercera es el "Acta de entrega de los Protocolos de más de 25 años de una Notaría" del artículo 298 (prevista con carácter periódico, pues debe realizarse el mes de febrero de cada año).

En estas dos últimas Actas binotariales, el rol de cada uno de los Notarios intervinientes es distinto, ya que uno entrega y el otro recibe. Se puede decir que ambos profesionales están situados en posiciones contrarias, con perspectivas contrapuestas.

Lo especialísimo del "Acta de visita" que nos ocupa es que los dos Notarios intervinientes desempeñan un mismo rol y confluyen en un mismo y estricto propósito: dejar constancia de los siniestros y los daños afectantes a los Protocolos a que se refiere la visita.

Los firmantes del Acta de Visita que nos ocupa en este artículo son dos. Veamos algo sobre cada uno de ellos.

Primero:

El Notario "visitado", Ramón Risueño Catalán.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Nace en Valencia en el año 1900. Ingresa en el Notariado en 1932 (por tanto, bajo la Segunda República), siendo Albarracín (en Teruel) su primera notaría. De allí se traslada a Colmenar, en Málaga.

En febrero de 1937, al firmarse el Acta, expresamente se dice en ella que solo se salvaron cuatro escrituras del año 1934, que habían sido autorizadas por el Notario Juan Vivancos Sánchez (los números 12, 23, 69 y 75 de ese año). Luego todas las escrituras que el propio Risueño Catalán había autorizado como Notario de Colmenar desde que llegó al pueblo hasta ese mes de febrero de 1937 se perdieron. Y por los datos de los Anuarios de la DGRN sabemos que los Protocolos que ardieron fueron los siguientes (con indicación del Notario y de los años, en orden cronológico consecutivo):

Dionisio Novel Mendigorri	1911 a 1919.
Francisco Lovaco y de Ledesma	1920 a 1923.
Enrique Ramos Iturriaga	1924 a 1925.
Abdón Torres Abaijón	1926 a 1927.
Juan Vivancos Sánchez	1928 a 1933.
Ramón Risueño Catalán	1934 a 1937.

Sin embargo, después de febrero de 1937 y durante el resto de la Guerra civil, la Notaría de Colmenar recuperó una cierta normalidad y Risueño Catalán pudo firmar los documentos que señalamos a continuación[12] (con indicación del año, número de escrituras y número de folios):

Año	Escrituras	Folios
1937	66	237
1938	123	372
1939[13]	194	569

[12] Tomamos los datos del *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado,* 1936 a 1939, volumen I, Estadística, Madrid, 1944, pp. 471, 519 y 568.

[13] En 1940, Ramón Risueño Catalán se trasladó a Purchena (Almería), sucediéndole en Colmenar el Notario Román Calderón Laso.

Finalmente, Ramón Risueño Catalán se jubiló en 1975 como Notario de Las Palmas de Gran Canaria.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Además, Risueño Catalán también era, en 1937, el Archivero de ese Distrito notarial de Colmenar. Y en ese Archivo[14] (que por el Acta sabemos que se hallaba separado de su Notaría) se custodiaban todos los protocolos de sus antecesores en la Notaría de Colmenar de más de 25 años de antigüedad, todos los cuales también fueron pasto de las llamas.

Lo mismo pasó con todos los Protocolos de otros Notarios y otras Notarías del Distrito. Por lo que sabemos[15], al menos, debía haber protocolos de Almáchar y de Casabermeja[16], también de Alfarnate[17], pero probablemente también los habría de escribanos de Riogordo y de escribanos de Comares. A los que se podrían sumar todo tipo de protocolos notariales "sueltos" correspondientes a escribanos fallecidos o que se trasladaban de un pueblo a otro.

Por elevación, podemos afirmar como seguro que en ese Archivo de Colmenar estaban los Protocolos de todos los pueblos de la comarca malagueña de los Montes[18] anteriores a 1911 hasta llegar (hacia atrás) al año 1862[19].

Y es prácticamente seguro que en el Archivo también fueran pasto de las llamas todos los Protocolos de la comarca anteriores a ese crucial año de 1862, que probablemente llegarían ¡¡¡hasta el siglo XVI!!!

¿Cómo podemos afirmar esto?

[14] El sistema actual de organización, conservación y custodia de los Archivos de protocolos notariales fue establecido por un Decreto de 1945, posterior por tanto a la fecha de nuestra Acta.

No obstante, el sistema vigente en 1937 para el «trasvase de protocolos» entre las Notarías concretas de cada localidad y el Archivo notarial del distrito estaba ya dibujado en el Reglamento de 1935, vigente al tiempo de levantarse el Acta.

[15] Muñoz, Francisco: *Nomenclator de los Escribanos numerarios y Notarios de reinos existentes en la Península e Islas adyacentes (con expresión de los Juzgados, Provincias y Audiencias a que pertenecen y puntos de residencia de los mismos)*, Imprenta y Estereotipia Española de los Señores Nieto y compañía, Torija 14 bajo, Madrid, 1859, p. 51.

[16] Sabemos de la existencia de escribano público en Casabermeja, al menos, desde el siglo XVI (Marchant Rivera, Alicia: *Los escribanos públicos en Málaga bajo el reinado de Carlos I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2002, p. 24).

[17] *Anuario de la DGRN*, año 1907.

[18] Entendemos por Comarca de Los Montes el territorio íntegro que constituye la Axarquía malagueña, exclusión hecha de la zona del litoral mediterráneo.

[19] Como es sabido, la Ley Orgánica del Notariado de ese año de 1862 supuso un cambio radical en la profesión, arreglándose la situación anterior y creando el nuevo Notariado español moderno.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Simplemente, comparando Colmenar con otros pueblos de la provincia de Málaga, en una doble dirección: pueblos semejantes en tamaño y circunstancias a Colmenar en esas fechas: y pueblos más grandes que Colmenar en esas fechas.

Para ello, contamos con los datos que nos proporciona el Archivo Histórico Provincial de Málaga, que a través de su Inventario (publicado en CD-ROM en 2008, en su 2ª edición) nos permite calcular "mutatis mutandi" qué cantidad de Protocolos debía haber en Colmenar y de qué antigüedad. Estos son los datos:

a) Pueblos semejantes a Colmenar:

Casarabonela: 68 registros, el más antiguo de 1520.

Campillos: 260 registros, el más antiguo de 1536.

Teba: 221 registros, el más antiguo de 1551.

b) Pueblos más grandes que Colmenar:

Álora: 639 registros, el más antiguo de 1523.

Coín: 514 registros, el más antiguo de 1562.

Vélez Málaga: 559 registros, el más antiguo de 1540.

Por tanto, no es ninguna especulación afirmar que en el Archivo de distrito de Colmenar debía haber igualmente Protocolos con origen en el siglo XVI, además de los subsiguientes siglos XVII, XVIII y XIX. Con evidentes faltas, huecos, destrozos y alguna discontinuidad…, pero los habría.

De lo que puede colegirse que, en efecto, es ajustada la calificación que hace el Acta de 1937 acerca de los Protocolos quemados como "los importantes documentos que en él se custodiaban". Y por eso se explica que la pira formada estuviera "ardiendo varios días".

Porque como se sabe, en esos tiempos (y desde mucho tiempo atrás), la conservación de los Protocolos se produjo estrictamente por el mérito y el esfuerzo del Notariado, sin que el Estado tuviera ningún papel ni intervención en la conservación de los que ya sabemos hoy que son una pieza importantísima para conocer la Historia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Segundo:

El Notario "visitante", Nicolás Prados Salmerón.

Nace en Berja (Almería) en el año 1877. Ingresa en el Notariado en 1905, siendo Buitrago (Soria) su primera notaría. Tras varios destinos notariales, llega finalmente a la ciudad de Almería en 1935.

En 1936, al desencadenarse la Guerra civil, es por tanto titular de una de las seis Notarías de Almería capital. Además de ello, Prados Salmerón era Tesorero de la Junta directiva del Colegio Notarial de Granada que presidía —como Decano— el Notario de Granada D. Antonio García Trevijano.

Como es sabido, durante la Guerra civil Almería quedó desde el comienzo en zona republicana, siendo además la última capital andaluza en ser conquistada por los nacionales (lo que ocurrió el 31 de marzo de 1939). Ello hizo que Prados Salmerón se marchara a partir de julio de 1936 de Almería, de manera que ni durante 1937 ni durante 1938 autorizó ninguna escritura en su ciudad. Por esas circunstancias de la guerra, debió ser nombrado para sustituir alguna de las Notarías de Málaga, una vez tomada por el bando nacional el 8 de febrero de 1937[20].

El caso es que en febrero de 1937, al firmarse el Acta, expresamente se dice en ella que Prados Salmerón actúa "en funciones de Delegado de la Junta Directiva" especialmente nombrado al efecto. Lo que nos confirma que se encontraba en Málaga sustituyendo a algún otro Notario, pues el viaje entre Almería y Málaga en esa fecha de 20 de febrero de 1937 era literalmente impensable e imposible.

Solo en 1939 volvió Prados Salmerón a desempeñar su trabajo como Notario de la ciudad de Almería, firmando de nuevo escrituras con normalidad. Y trece años más tarde, en 1952, se jubiló siendo Notario de dicha ciudad de Almería.

[20] Todos esos datos los extraemos del *Anuario de la DGRN* de 1936 a 1039, en donde aparece como Notario de Almería (sin firmar ninguna escritura durante ese periodo) y a la vez como Notario de Málaga (sin protocolo propio, lo que se explica porque debía actuar como sustituto de algún otro notario de Málaga capital).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IV. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Si el interés notarial del Acta es notable, aún lo es mayor desde el punto de vista estrictamente histórico, en cuyo ámbito podría calificarse de sobresaliente.

Es bien sabido que durante la Guerra civil española de 1936-1939 se produjo la pérdida y desaparición de muchos Protocolos notariales. Esto es una opinión generalizada, conocida e innegable.

El valor singular de este Acta que nos ocupa es que reitera y confirma esos hechos conocidos, reconocidos e indiscutibles de que la Guerra civil española fue devastadora para muchos Archivos de Protocolos. Pero aporta un plus de novedad concreta, al mostrar en la superficie de lo constatable que eso ocurrió precisamente en Colmenar, a los siete meses de comenzada la Guerra civil y que esta circunstancia —hasta hoy— carecía de una constancia historiográfica cierta.

Y, además, lo prueba con una evidente fuerza literaria, pues podría haberse limitado a constatar que los Protocolos de Colmenar desaparecieron. O que ya no existían o habían desaparecido, sin más consideraciones. Pero no fue así, pues el relato del hecho que realizan los dos Notarios (Risueño Catalán y Prados Salmerón) en el documento resulta literalmente cinematográfico:

> *"… los protocolos han sido destruidos, al parecer por incendio de los marxistas, que allanaron el domicilio del notario de este pueblo con ánimo de asesinarle, cosa que no lograron por encontrarse ausente en uso de licencia, desvalijándolo totalmente y arrojando los protocolos a la vía pública en donde formaron una gran hoguera…"*[21].

Pero no termina aquí el relato, pues en el Acta se recoge también cómo a continuación ambos Notarios visitaron el Archivo de Protocolos del Distrito

[21] Este párrafo del Acta de visita confirma sin paliativos lo que tantas veces ha dicho mi compañero Plácido Barrios Fernández: «En la Guerra civil, ser notario era una profesión de riesgo». Véase su entrevista en La Nueva España de Oviedo, de 10 de enero de 2022 Y, sobre todo, su interesantísimo libro *De Escribanos a Notarios. Apuntes para una Historia del Notariado español*, Córdoba, Basconfer, 2021, 301 páginas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

notarial de Colmenar, en el que vuelve a aparecer la fuerza de las imágenes literarias:

> *"… Trasladados a continuación al Local en que estuvo el Archivo de Protocolos de este Distrito, observamos su completa destrucción por los marxistas, que según se nos dice formaron con los libros una imponente pira que estuvo ardiendo varios días, hasta que lograron la total destrucción de los importantes documentos que en él se custodiaban…"*[22].

Como se ve, pues, en la visita se pasó revista a dos lugares: la Casa del Notario y el Archivo de Protocolos

a) La casa del Notario de Colmenar:

En ella se hallaba instalada la Notaría, según era costumbre muy frecuente en esos años en los pueblos andaluces (y no solo en los andaluces). En esta casa se hallaban custodiados los Protocolos de los últimos veinticinco años de la Notaría de Colmenar, es decir, los que abarcan los años comprendidos entre 1911 y 1936.

Etapa muy importante porque en ella se conservaba la documentación de la vida privada de los particulares de la comarca durante los años finales de la Monarquía borbónica, durante toda la Segunda República y durante los primeros meses de Guerra civil.

b) El Archivo de Protocolos del Distrito notarial de Colmenar:

Eso significa que Colmenar era entonces la cabeza de su Distrito notarial, en cuyo Archivo se custodiaban los Protocolos de más de 25 años de todas las Escribanías y Notarías de ese Distrito. Que abarcarían seguramente Protocolos —al menos— desde 1862, fecha de la aprobación de la Ley Orgánica del Notariado, que reorganizó la profesión.

[22] Como se ve, el Acta de visita habla de los autores del incendio y la destrucción de los Protocolos de Colmenar llamándolos en dos ocasiones simplemente «los marxistas». Resulta llamativo que cuando se redacta el Acta se utilice una expresión tan comedida como esa para los tiempos que corrían, pues en febrero de 1937 apenas habían transcurrido siete meses de Guerra civil y, por tanto, los ánimos estaban muy exacerbados y en el punto álgido del enfrentamiento más visceral.

Se podrían haber usado otras muy frecuentes en esos tiempos y de mucha mayor fuerza valorativa («los rojos», «los comunistas-anarquistas», «las hordas revolucionarias», «las fuerzas soviéticas»…).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Lógicamente, el Archivo debía contener muchos más tomos de Protocolo que la Notaría. Y además mucho más antiguos, pues todos tendrían más de veinticinco años.

De ahí que el Acta de visita diga expresamente que en este segundo lugar "*… formaron con los libros una imponente pira que estuvo ardiendo varios días…*", mientras que en el primero los términos parecen menos importantes desde el punto de vista del fuego pues tan solo *"… arrojaron los protocolos a la vía pública en donde formaron una gran hoguera…"*. Parece que el fuego de la Notaría se debió agotar en un solo día, mientras que el del Archivo se mantuvo activo durante varios días.

En fin, mientras que del fuego de la Notaría se salvaron cuatro (4) escrituras, parece que nada se salvó del fuego del Archivo.

Unas breves pinceladas históricas nos han de servir —por último— para situar e incardinar el significado de los hechos del Acta dentro de la total Historia de España.

1. Breve síntesis histórica de Colmenar

El origen histórico de lo que hoy llamamos Colmenar se encuentra en la Edad moderna, al conquistar los Reyes Católicos en 1487 la plaza fortificada de Comares (de difícil acceso y todavía más difícil conquista)[23]. De esa conquista derivó la merced que Isabel I de Casilla concedió al alcalde de Comares, Francisco de Coalla, de "siete cavallerías de tierra" que integran la Heredad de Auta[24].

[En realidad, el primer alcalde de Comares, tras su conquista el 29 de abril de 1487, fue Pedro de Cuéllar, pero a los tres meses y medio de su designación, este fue sustituido por Francisco de Coalla.

[23] No en balde Comares deriva de la palabra árabe «*Qumaris*», que tiene el significado de «Castillo en la altura».

[24] Gómez Moreno, M.ª L.: *Presión demográfica y transformaciones agrarias. Un caso malagueño: Casabermeja y Colmenar*, Servicio de publicaciones de la Diputación provincial de Málaga, Málaga, 1983, p. 57.

Vallvé Bermejo, J. y Bejarano-Robles, F.: *Repartimiento de Comares (1487-1496)*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Facultad de Filología, Publicaciones del Departamento de Árabe, 1974, pp. 26-33.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La merced inicial fue concedida a título de "juro de heredad". Es decir: a cambio de servicios prestados a la Corona (seguramente en la toma sin derramamiento de sangre de la difícil y escarpada fortaleza de Comares), Francisco de Coalla adquirió la propiedad y el señorío sobre unas tierras. A este juro inicial le siguieron la concesión de otros varios privilegios y mercedes consistentes tanto en molinos de pan como viñas y bodegas[25].

A diferencia de los "juros de por vida" que eran vitalicios y, por tanto, se extinguían a la muerte de su primer y único titular, los "juros de heredad" eran transmisibles por herencia de padres a hijos, e incluso podían transmitirse a terceros (si así estaba previsto en el título de su concesión).

Y a estas mercedes reales hay que añadir compraventas convenidas privadamente (confirmadas y aprobadas "a posteriori" por los Reyes). Como la compra a Hamete el Zuque (moro vecino de Comares) de la "Heredad del Zuque" por doscientas doblas zeyenes. Dicha compra tuvo lugar en Comares el 25 de mayo de 1488 ante el escribano del número de Antequera Pero Fernandes de Cordova[26].

En dicha Heredad del Zuque se hallaba comprendía la actual villa de Colmenar (a la que se identifica como "el cerro del Colmenar") y también el cortijo de Ampuri, Napurí o Napolín[27].

[25] Véase Vallvé Bermejo, J. y Bejarano-Robles, F.: *Repartimiento de Comares (1487-1496)*, *op. cit.*, pp. 1-96.

De una merced curiosa a favor de Francisco de Coalla tenemos noticia a través del libro de Matilla Tascón, A., *Declaratorias de los Reyes Católicos sobre reducción de Juros y otras mercedes*, Madrid, Servicio de Estudios de la Inspección general del Ministerio de Hacienda, 1952, pp. 100 y 101.

La merced mencionada en favor de Coalla era de «25 fanegas de trigo al año de por vida, situadas en las rentas de Madrid». A pesar de su escasa cuantía en comparación con otros juros, sí es importante destacar que en tiempos de reducción de juros por exceso de mercedes y «no cabimiento», la de Francisco de Coalla se mantuvo íntegra, sin sufrir ninguna reducción.

[26] Véase Vallvé Bermejo, J. y Bejarano-Robles, F.: «Repartimiento de Comares (1487-1496)», obra citada, pp. 33-45.

[27] Todavía hoy, las escrituras notariales de Colmenar hablan del paraje o lugar de «Napolín», uno de los más característicos del término municipal.

Téllez Laguna, M.: *Historia de Comares*, Málaga, Servicio de publicaciones Centro de Edición de la Diputación de Málaga (CEDMA), 1997, pp. 219, 220, 221 y 223. Como afirma este autor, Coalla debió ser morisco converso. A él se refieren en alguna Cedula real Fernando e Ysabel como "… Francisco de Qualla, nuestro alcayde de Comares…" (pp. 242 y 243 del libro).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Esta compraventa abarcaba un territorio fundamentalmente liso y llano, en el que se encontraba el histórico y actual núcleo urbano del pueblo de Colmenar y los terrenos circundantes, dedicados de forma absolutamente mayoritaria al cultivo de cereal. Esta parte es lo que se conoce hoy en geografía humana como el "flysch" de Colmenar, por constituir un corredor liso que discurre entre la unidad montañosa del Subbético (al Norte) y la unidad también montañosa del Bético (al Sur).

Estas mercedes iniciales y las compraventas fueron ampliándose sucesivamente hasta constituir un verdadero señorío jurisdiccional, el "Señorío de Miranda de Auta". Y en julio de 1560 Felipe II otorgó carta real de jurisdicción de los Cortijos de Napolín, Barrancos, Colmenar y Rengles a favor de Gonzalo Hernández de Coalla, heredero de D. Gómez de Coalla[28].

Este "Señorío de Miranda de Auta" se hallaba, ya en el siglo XVIII, bajo la jurisdicción del Duque de Arcos, que acabó siendo el sucesor de los Coalla.

Y es que Coalla y sus descendientes quedaron desvinculados de Comares en 1513, pues en esa fecha la villa quedó bajo el dominio de otro noble: D. Diego Fernández de Córdoba, Marqués de Comares. Y Colmenar siguió la suerte de los Coalla y su señorío, quedando ya totalmente al margen del Marquesado de Comares.

Este señorío de Colmenar (con origen en la conquista de Comares y en las mercedes a los Coalla) se extinguió finalmente en 1777[29], cuando los vecinos plantearon un pleito contra el Duque de Arcos para salir de su jurisdicción señorial, cosa que finalmente consiguieron pues la sentencia les fue favorable. A partir de ese momento, las tierras de Colmenar dejaron de ser señorío y pasaron a ser tierras de realengo.

Pero junto a estas tierras del flysch, la historia de Colmenar exige tener en cuenta otras tierras inmediatas a ese corredor, como son las tierras colindantes que se encuentran más al sur.

[28] Vallvé Bermejo, J.: Estudio preliminar de *Repartimiento de Comares (1487-1496)*, obra citada, p. XVII.

[29] Gómez Moreno M.ª L., *op. cit.*, pp. 173 y 181-182.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Estos eran desde siempre terrenos de jurisdicción real (de realengo), inicialmente pertenecientes a la ciudad de Málaga.

Los campesinos que trabajaban en los campos señoriales del cereal de Colmenar, ante su penuria económica y falta endémica de medios, fueron ocupando y roturando los terrenos más al sur, montañosos, de pronunciadas pendientes. Comenzaron a plantar principalmente vides, que se adaptaban perfectamente a las pendientes y que tenían muy fácil salida (bien como uva, bien como pasa) a través del puerto de Málaga, con un importante tráfico al extranjero.

Así, los jornaleros de las tierras lisas del cereal (que trabajaban para el señor, con penurias interminables) conseguían en las tierras en pendiente con la viticultura una fuente complementaria (esta vez, los ingresos eran para ellos mismos). De esta forma se fue produciendo la vinculación/articulación de estos dos espacios geográficos, vinculados entre sí a través del campesinado de Colmenar como bisagra.

Se puede hablar por eso de una "yuxtaposición" entre la unidad del flysch y la unidad del bético que se complementaban y acoplaban entre sí. Esa yuxtaposición es la que acabó consagrando la reforma de la Administración pública española de Javier de Paz de 1833 con la división de España en provincias, en la que el pueblo de Colmenar queda convertido en cabeza de partido judicial (de ahí que se le denomine "capital de los Montes de Málaga"), constituido definitivamente por sus dos componentes básicos:

a) la unidad del flysch, de latifundio liso y llano, y dedicada fundamentalmente al cereal.

b) la unidad del bético, minifundista y montañosa, con pendientes continuas y dedicada fundamentalmente a la viticultura.

En el siglo XIX estas dos partes se complementaban recíprocamente y quedaron unidas por medio de ese gozne personal, a modo de bisagra poblacional, dando lugar a la que —quizás— haya sido la etapa histórica y económica más pujante de Colmenar.

Pero en tal estado de cosas, en 1878 se produce un hecho crucial y devastador para la economía de Colmenar y de toda la provincia de Málaga: la

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

invasión de la filoxera (*philloxera vastatrix*), el insecto que se come las raíces de las vides, haciendo que estas mueran en muy breve plazo[30]. Esa plaga literalmente devastó la actividad vitivinícola, convirtiendo en eriales lo que hasta entonces eran cuidados viñedos. Y con ello, todo el desarrollo económico compensado que se estaba produciendo, en particular en Colmenar.

En el mejor estudio económico de las consecuencias de todo tipo que tuvo la filoxera en la provincia de Málaga, su autor Pellejero Martinez afirma expresamente que los viñedos de Colmenar quedaron en 1884 literalmente "invadidos" por la plaga[31].

Con la filoxera llegó el desastre para la actividad vitivinícola, el hundimiento de la economía local y la emigración masiva de los pueblos malagueños afectados, resistiendo solo el cereal y el olivo. Y así llegamos hasta 1936, en que se inicia la guerra civil española.

2. Colmenar al desencadenarse la Guerra civil

Al comenzar la Guerra civil en julio de 1936, el bando nacional dominó desde el comienzo la mayor parte de las capitales andaluzas, en particular Sevilla y Granada. Y el bando republicano controlaba solo la parte oriental de Andalucía, en especial Almería y Jaén. Y también Málaga, que se convirtió por ello en la "perla republicana" y uno de los objetivos fundamentales a conquistar por parte de los nacionales.

La exposición de "Los años convulsos" sintetiza perfectamente esta situación de partida de la guerra civil:

> *"… Málaga constituía —desde un punto de vista político y de prestigio— el más importante bastión de la República en Andalucía. El Ejército su-*

[30] «La *filoxera vastatrix* era un insecto parásito que se alimentaba de la savia de la vid. Con respecto a las epidemias hasta entonces conocidas, la filoxera presentaba una especial particularidad. No afectaba a la cosecha de un año determinado, como podía ocurrir con el oidium, sino a la vida de la planta, a la que destruía de forma inexorable en un periodo de tres a cuatro años» (Pellejero Martínez, C.: *La Filoxera en Málaga. Una crisis del capitalismo agrario andaluz*, Málaga, Editorial Arguval, 1990, p. 37).

[31] Pellejero Martínez, C., *La Filoxera en Málaga. Una crisis del capitalismo agrario andaluz*, *op. cit.*, p. 50.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> *blevado había triunfado en Sevilla, Cádiz, Córdoba, Jerez, Granada y Campo de Gibraltar y la República solo dominaba la zona más oriental (Almería y Jaén) y la franja costera que por debajo de Granada, Antequera y Ronda (tomadas entre agosto y septiembre del 36) llegaba hasta la frontera de Málaga con Cádiz"*[32].

En cuanto al pueblo de Colmenar, este quedó en principio bajo dominio republicano; como pueblo perteneciente al alfoz de Málaga y a su "hinterland" o área de influencia, siguió la suerte de su capital.

Todo el mes de enero de 1937 fue un asedio constante por tierra y por mar a la ciudad de Málaga. Queipo de Llano determinó que las tropas nacionales atacaran Málaga desde el oeste (Ronda y Marbella) y las tropas italianas desde el norte (Loja y Antequera). Las dos fuerzas avanzaron incontenibles, de forma que las italianas, arrancando de Loja, entran en la provincia de Málaga por Alfarnate y, tras ello, toman rápidamente Colmenar. Y desde Colmenar continúan bajando hacia el sur, hacia la capital[33]. De nuevo la síntesis de "Los años convulsos" es perfecta:

> *"Al amanecer el 8 de febrero de 1937 entraban en el barrio de Huelin por la Carretera de Torremolinos las primeras tropas nacionales, seguidas pronto por las italianas que bajan desde Colmenar y Almogía. A*

[32] *Los Años convulsos. 1931-1945. Documentación del Archivo Histórico Provincial de Málaga, op. cit.*, p. 100.

[33] El detalle del relato se sigue perfectamente en las alocuciones radiofónicas de Queipo de Llano, general al mando de la toma de Málaga:

7 de febrero: «La columna de Loja, que dominó ayer el puerto de Los Alazores, ha entrado hoy en Alfarnate y Alfarnatejo y después en Colmenar, subiendo las columnas a las lomas por la carretera divisoria de las aguas y coronando el Puerto de El León».

8 de febrero: «La columna de Loja, que había ocupado ayer El Colmenar y las cercanías del Puerto de El León, lo asaltó hoy. Las fuerzas de la Legión, con granadas de mano, desalojaron al enemigo de sus posiciones y al anochecer han llegado a 3 kilómetros de Málaga».

9 de febrero: «Se tomó Málaga esta mañana. Como ayer dije, tres columnas de nuestras fuerzas se quedaron en los suburbios de la población y esta mañana entraron. La primera fue la del coronel Borbón y la vanguardia que manda el teniente coronel Rentería. Después entraron las columnas de Almogía y Colmenar».

(Obsérvese que las fechas llevan un día de retraso respecto a la realidad, pues no debe olvidarse que en esos tiempos las noticias «llegaban al día siguiente», tanto en la radio como en la prensa escrita. No hay duda de que la toma de Málaga tuvo lugar el día 8 de febrero y no el día 9).

Tomo todos estos datos de la clásica obra de NADAL, A.: *Guerra civil en Málaga*, 2ª edición, Málaga, Editorial Arguval, 1985, pp. 74, 76 y 80.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

las 5 de la tarde, los conquistadores desfilan por el centro de la ciudad vencida"[34].

Por tanto, Málaga fue tomada desde el norte y desde el oeste, haciendo que los fieles a la República hubieran de escapar hacia el este, dando lugar al conocido éxodo de la Carretera de Almería.

De este relato hay que extractar un dato cierto, en el que están contestes todos los historiadores: la toma de Málaga se produce el día 8 de febrero de 1937[35]. Y ese dato hay que ponerlo en relación con el Acta de visita de que nos ocupamos en este trabajo, que —como ya hemos dicho— fue levantada el día 20 de febrero de 1937.

¿Qué pasa en estos doce días, desde el 8 al 20?

Pues que una parte de los combatientes republicanos no siguió el camino del grueso de los partidarios de la República, consistente en el conocido éxodo hacia el este, en dirección a Motril y Almería.

Algunos grupúsculos sueltos de combatientes, milicianos, libertarios y revolucionarios del Frente Popular prefirieron escapar hacia el norte, hacia los Montes de Málaga, y por tanto, en dirección a Colmenar. A estos grupúsculos se les llamó "los topos"[36], puesto que se ocultaban en pueblos y sierras de la provincia.

Y algunos de estos grupúsculos fueron los que entraron en Colmenar con sed de venganza tras la pérdida de la capital, arrasando lo que encontraban a su paso que pudiera representar al bando contrario. Y entre esos representantes del "bando contrario" quemaron en las calles del pueblo los Protocolos notariales existentes en la Notaría de Colmenar y en el Archivo de protocolos del Distrito, ambos a cargo de Ramón Risueño Catalán[37].

---

[34] *Los Años convulsos. 1931-1945. Documentación del Archivo Histórico Provincial de Málaga*, obra citada, p. 100.

[35] Es curioso comprobar cómo la plaza de Málaga resulta determinante en operaciones militares de conquista importantes: la conquista de Málaga en 1487 abrió el paso a la definitiva conquista de Granada en 1492 (y con ella, a rematar la Reconquista); y la conquista de Málaga el día 8 de febrero de 1937 fue igualmente determinante para el final triunfo en la Guerra civil.

[36] Chica, F. (ed.): *Arcadia en llamas. República y Guerra civil en Málaga 1931-1937*, Instituto Municipal del Libro del Ayuntamiento de Málaga-Editorial Espuela de plata, Sevilla, 2011, p. 324.

[37] Por lo que parece, no solo debieron quemar los Protocolos notariales, ya que una autora nos dice que «… los registros parroquiales de Colmenar fueron destruidos durante la guerra civil …».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No sabemos exactamente en qué fecha se produjo esa doble quema total de Protocolos[38], porque el Acta notarial de 20 de febrero simplemente se refiere a esos hechos en pasado. Pero es lógico pensar que fuera a los pocos días de la caída de Málaga, cuando esa pérdida de la ciudad estaba aún caliente. Además, es plausible imaginar que si se levanta el Acta el día 20, es porque ya los hechos se habrían apaciguado lo suficiente como para posibilitar esa visita.

Craso error el de los milicianos derrotados, pues los Protocolos notariales no recogen documentos de supuestas élites gobernantes ni de capitalistas explotadores ni de personas del bando contrario, sino de todos los habitantes de la comarca de los Montes, ricos y pobres, jóvenes y mayores, "rojos" y "azules", familias y negocios, ventas e intercambios, testamentos, herencias, etc…

Por tanto, el Acta objeto de nuestro estudio demuestra que la quema de los Protocolos de Colmenar se produce a los pocos días de la conquista de Málaga por parte de grupos incontrolados del bando republicano, que quisieron vengar la pérdida de la capital con destrozos de papeles y documentos de la historia de la comarca.

Ello nos viene a mostrar un ensanchamiento de todo eso que podemos llamar "materia prima notarial", pues revela que entre la llamada "documentación administrativa del Notariado" también se hallan a veces importantes vetas de material histórico, fuente de relevantes datos.

Como resulta de todo lo expuesto, esta Acta de visita (muy infrecuente habitualmente) se ha convertido por las circunstancias que la rodean en un documento literalmente insólito, un ejemplo perfecto del "Derecho vivo" de nuestra Guerra civil y, por tanto, de nuestra Historia.

No se trata en modo alguno de un Acta pintoresca ni baladí. Al contrario, es una fuente de datos históricos relevantes, infrecuente por lo

Véase Gómez Moreno, M.ª L., *op. cit.*, p. 90.

[38] A estos milicianos frentepopulistas parece que se refirió Queipo de Llano en una de sus intervenciones radiofónicas posteriores a la toma de Málaga cuando afirmó: «… En el sur continuó la persecución de un grupo de unos seiscientos hombres huidos de Málaga, que se habían refugiado en el macizo montañoso entre Loja y Colmenar. Seis columnas rodearon la concentración, causándoles 135 muertos y 93 prisioneros».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

excepcionalmente descriptivo de su texto y, por supuesto, históricamente clarificadora.

En suma: un Acta aparentemente corporativa y anodina se convierte en fuente genuina de la Historia de España. No solo del estricto Protocolo notarial pueden surgir datos históricos importantes y dignos de estudio; también, a veces, esos datos relevantes hallan cobijo en la pura documentación colegial del Notariado, que se convierte —así— en una fuente notarial más. Nada menos.

V. COLOFÓN

El Acta de Colmenar de que nos hemos ocupado nos proporciona con solvencia histórica irrefutable una explicación fiel y exacta a la no existencia de Protocolos notariales históricos en una parte de la provincia de Málaga.

Resulta así que un Acta notarial —levantada a los solos efectos internos de la vida corporativa del Notariado revela— desvela y deja constancia cierta de hechos históricos ocurridos en un pueblo malagueño de la Comarca de los Montes, ilustrativos de un ambiente general propio de la Guerra civil española de 1936-1939.

En suma: el documento cumple su función de establecer y fijar unos hechos: un documento meramente interno de la profesión notarial hace prueba plena de unos hechos históricos (hasta hoy solo relatados por vía oral, pero no probados y demostrados). Y nos demuestra que también existen páginas de Historia en esas que coloquialmente llamamos en el ámbito profesional "notarías de ingreso".

La importancia histórica y notarial de este "Acta de visita" queda puesta de relieve de forma especial si tenemos en cuenta que en el marco del "XII Congreso Notarial Español" celebrado en Málaga en mayo de 2022 y formando parte de él, se realizó en la Sala del Rectorado de la Universidad de Málaga una Exposición de documentos históricos relevantes bajo el título "El Documento notarial. Del siglo XII a la Inteligencia artificial".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Dicha Exposición se concretó en 25 documentos notariales, uno de los cuales fue la reproducción facsímil del Acta de visita de Colmenar de 20 de febrero de 1937. Es de justicia agradecer al Comisario de la Exposición, el Notario Plácido Barrios Fernández, el interés que desde el primer momento mostró porque esta Acta que nos ha ocupado en este trabajo tuviera un sitio destacado en tan relevante Exposición.

No descubrimos nada nuevo si resaltamos la importancia que para el conocimiento de la Historia tienen los Protocolos notariales. Alguien especialmente autorizado, dado que fue Director General de Archivos y Bibliotecas, hace las siguientes afirmaciones que nos demuestran a las claras esa importancia:

> *"… Ningún conjunto documental es hoy en nuestra patria más copioso por su volumen, más general por su extensión y más prolongado en el tiempo, que los protocolos notariales".*
>
> *"… Recordemos el carácter preciso y exacto, ponderado y verídico de la documentación notarial, que hacen de ella una documentación singular en la que cada vocablo, cada oración, fórmula o advertencia, tiene un alcance medido y previsto".*
>
> *"… la documentación notarial centenaria constituye, independientemente de su interés específico, la más copiosa masa documental en España para la investigación histórica*[39].

Con razón dijo Rafael López de Haro que "… la más entrañable de las novelas está escrita, sangrando, en el archivo de cada notaría":

- desde la importancia de los documentos de los grandes personajes históricos hasta la importancia del verdadero vivir de las clases sencillas.
- desde la importancia de los documentos individuales hasta la importancia de los estudios seriados de documentos.
- desde la importancia de las capitulaciones matrimoniales (para el conocimiento del entramado económico de las familias) hasta las es-

[39] García-Noblejas, J. A.; «Los Protocolos de más de cien años y su conservación», en la obra *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Segunda, Estudios de Derecho Notarial, volumen II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1965, pp. 9-58 (las frases citadas, en pp. 32, 33 y 58, respectivamente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

crituras de partición con inventarios de bienes (para el conocimiento del patrimonio de las personas fallecidas). ¡Y qué decir de los testamentos, quizá el documento más importante de la vida privada de las personas de toda clase y condición!

- desde la importancia de las cuestiones más terrenas (ropas, vestimentas, útiles de casa, aperos de labranza, vehículos, empresas…) hasta las más elevadas (la religión, la cultura, la muerte…).
- desde la historia económica de las diversas etapas de las sociedades humanas hasta la tan en boga historia de las mentalidades.

Todo lo cual nos permite pensar que con la quema y destrucción de protocolos notariales en la Guerra civil no solo "se destruyeron papeles", sino que se causó un daño importantísimo al patrimonio documental de España. Hasta el punto de que la devastación de sus documentos impide a muchas localidades llegar a reconstruir su pasado.

Todos esos estudios que desde el siglo XX se hacen en tantos lugares y territorios estudiando Protocolos notariales, penetrando en las mentalidades de sus habitantes, haciendo análisis seriados de documentos de cada tipo, etc…, no podrán nunca realizarse ni para Colmenar ni para muchos pueblos de la Comarca de los Montes y la Axarquía malagueña por culpa de los hechos expuestos.

En ninguno de esos pueblos malagueños afectados se podrá ya nunca reconstruir su pasado con la que hoy se considera sin duda la fuente escrita más importante de los estudios historiográficos: los protocolos elaborados por los notarios en su trabajo diario y continuo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Archivística

Acuña Muñoz, E., Cruces Blanco, E. y Lobillo Aranda, D., *Inventario de la documentación notarial conservada en el Archivo Histórico Provincial de Málaga (1496-1905)*, Colección Archivos número 31, 2ª edi-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción, Sevilla, Junta de Andalucía-Consejería de Cultura, 2008 (formato CD-ROM).

Cruces Blanco, E., «La Guerra civil y los Archivos en la provincia de Málaga. La destrucción de los símbolos», *Los años convulsos 1931-1945. Documentación del Archivo Histórico Provincial de Málaga*, Málaga, Junta de Andalucía-Consejería de Cultura, 2006, 123 páginas (el trabajo mencionado, en pp. 13-29).

Díaz Sánchez, A., «El Archivo Histórico Provincial de Málaga en la actualidad», *Los Archivos y el patrimonio documental de la provincia de Málaga*, Málaga, Junta de Andalucía-Consejería de Cultura, 2009, 195 páginas (el trabajo mencionado, en pp. 29-63).

Histórica

Chica, F. (ed.), *Arcadia en Llamas. República y Guerra civil en Málaga 1931-1937*, Sevilla, Editorial Espuela de plata-Ayuntamiento de Málaga, 2011, 379 páginas.

Gómez Moreno, M.ª L., *Presión demográfica y transformaciones agrarias. Un caso malagueño: Casabermeja y Colmenar*, Málaga, Servicio de publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga, 1983, 281 páginas.

Matilla Tascón, A., *Declaratorias de los Reyes Católicos sobre Reducción de Juros y otras mercedes*, Madrid Servicio de Estudios de la Inspección general del Ministerio de Hacienda, 1962, 373 páginas.

Muñoz Martín, M., «Los Montes de Málaga», *JÁBEGA, Revista de la Diputación Provincial de Málaga*, núm. 37, Málaga, 1982, 79 páginas.

Nadal, A., *Guerra civil en Málaga*, Prólogo de Antonio Miguel Bernal y de Ian Gibson, Colección Alcazaba, 2ª edición, Málaga, Editorial Arguval, 1985, 477 páginas.

Pellejero Martínez, C., *La Filoxera en Málaga. Una crisis del capitalismo agrario andaluz*, Prólogo de Pedro Tedde de Lorca, Málaga, Editorial Arguval, 1990, 207 páginas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Téllez Laguna, M., *Historia de Comares*, 2ª edición, Málaga, Servicio de publicaciones Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 1997, 373 páginas.

Vallvé Bermejo, J. y Bejarano-Robles, F., *Repartimiento de Comares (1487-1496)*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Facultad de Filología, Publicaciones del Departamento de Árabe, 1974, 115 páginas.

Notarial

Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, correspondientes a todos los años mencionados en el texto, y muy especialmente:

—, *Anuario 1936 a 1939*, volumen I (Estadística), Ministerio de Justicia, Imprenta de la Viuda de Estanislao Maestre, Pozas 14, Madrid, 1944, 705 páginas.

—, *Anuario 1940 a 1944*, volumen I (Estadística), Ministerio de Justicia, Imprenta de la Viuda de Estanislao Maestre, Norte 25, Madrid, 1945, 721 páginas.

Barrios Fernández, P., «Breves notas sobre la Guerra civil y la profesión notarial», *El Notario del siglo XXI*, núm. 77, enero-febrero 2018, pp. 210-213.

—, «Más sobre el Notariado en la Historia reciente», *El Notario del siglo XXI*, número 94, noviembre-diciembre 2020, pp. 166-173 (en colaboración con Antonio Linage Conde).

—, *De Escribanos a Notarios. Apuntes para una historia del Notariado español*, Córdoba, Basconfer, 2021, 301 páginas (hay una 2ª edición corregida y aumentada, publicada en 2022).

—, Entrevista en el periódico de Oviedo *La Nueva España*, del lunes 10 de enero de 2022.

Bono Huerta, J., *Los Archivos notariales*, Colección Cuadernos de Archivos I, Sevilla, Consejería de Cultura, Junta de Andalucía, 1985, 58 páginas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

García-Noblejas, J. A., «Los Protocolos notariales de más de cien años y su conservación», *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 2ª, Estudios de Derecho Notarial, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1965, 830 páginas (el estadio citado, en pp. 11-58).

Giménez-Arnau, E., *Derecho Notarial*, 2ª edición, Pamplona Ediciones Universidad de Navarra, S. A., , 1976, 882 páginas.

—, *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, 306 páginas.

Gómez de Mercado, F., «Los Archivos notariales o de protocolos, vistos por un notario amante de la Historia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1951, pp. 201-214.

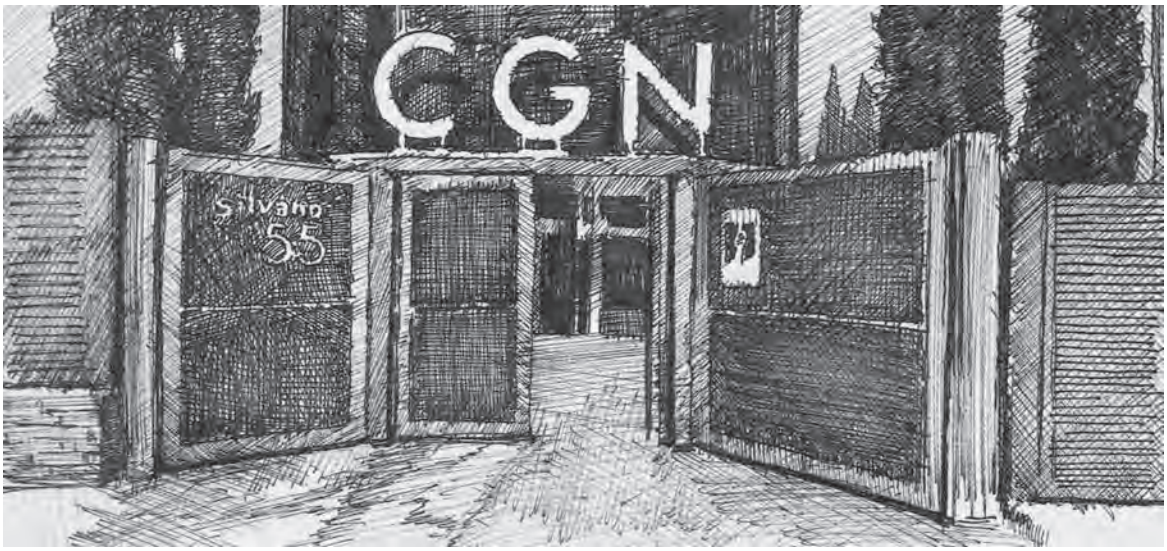
González Palomino, J., «La legislación notarial del Nuevo Estado», *Revista de Derecho Privado*, 1941, pp. 332-342.

Muñoz, F., *Nomenclator de los Escribanos numerarios y Notarios de reinos existentes en la Península e Islas adyacentes (con expresión de los Juzgados, Provincias y Audiencias a que pertenecen y puntos de residencia de los mismos)*, Madrid, Imprenta y Estereotipia Española de los Señores Nieto y compañía, Torija 14 bajo, 1859, 105 páginas.

Pagarolas Sabaté, L., *Los Archivos notariales, Qué son y cómo se tratan*, Gijón (Asturias), Ediciones Trea, S. L., 2007, 159 páginas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Derecho civil



ESTUDIOS DOCTRINALES

PRÁCTICA JURÍDICA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

INTERPRETANDO TESTAMENTOS[1]

INTERPRETING WILLS

Rafael Verdera Server
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

"Testamento es una de las cosas del mundo en que mas deben
los homes haber cordura quando lo facen, et esto es por dos razones:
la una, porque en ellos muestran quál es su postrimera voluntat;
et la otra, porque despues que los han fecho, si se mueren,
non pueden otra vez tornar á endereszarlos nin a facerlos de cabo"
(Sexta Partida, Título Primero[2])

Resumen: La interpretación de los testamentos siempre ha sido cuestión controvertida. El planteamiento del Código Civil solo ofrece unos elementos mínimos para llevarla a cabo. Se hace necesario identificar criterios que permitan saber cuándo cierta interpretación va a ser considerada admisible y quiénes están legitimados para interpretar el testamento. En la práctica, esas dificultades imponen un difícil equilibrio entre la posición de los diversos interesados y en la tensión entre seguridad jurídica y facilitación del tráfico.

Palabras clave: testamento, interpretación, calificación registral, interesados en la sucesión.

Abstract: The interpretation of wills has always been a controversial issue. The approach of the Spanish Civil Code offers only minimal elements to carry it out. It is necessary to identify criteria that allow to know when a certain interpretation will be considered admissible and who is entitled to

[1] Algunas de las ideas iniciales que se contienen en este texto fueron expuestas en el Seminario de Derecho Privado que se desarrolla en la sede del Colegio de Registradores de la Comunidad Valenciana. Sus participantes (abogados, magistrados, fiscales, notarios, registradores y profesores universitarios) brindaron observaciones, sugerencias y críticas, siempre adecuadas, y que han sido tenidas en cuenta en la elaboración de estas notas. Además, partes de este texto han sido leídas y comentadas atinadamente por María Luisa Atienza, Agustín Verdera y Manuel Montánchez. Los errores y las imprecisiones son de mi exclusiva responsabilidad.

[2] Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia [https://www.cervantesvirtual.com/: consultado el 4.7. 2022].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

interpret the will. In practice, these difficulties impose a difficult balance between the position of the various stakeholders and in the tension between legal certainty and facilitation of traffic.

Keywords: will, interpretation, registry qualification, interested parties in succession.

SUMARIO

I. PRELIMINAR: UN PAÍS DE TESTAMENTOS

II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS: ALGUNAS PREMISAS

III. EL CASO DE LA HEREDERA DIVORCIADA QUE DEBÍA PERMANECER SOLTERA

IV. EL CASO DEL HEREDERO QUE DEBÍA MORIR SIN SUCESIÓN

V. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA SOBRE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: EL ÁMBITO DE COINCIDENCIA

VI. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA INTERPRETAR LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: LA MANIFESTACIÓN DE UNA DIVERGENCIA.

1. La soltería permanente de la divorciada
2. La muerte sin sucesión
3. ¿Cuál es el criterio de la Dirección General?

VII. SOLUCIONES ALTERNATIVAS: ¿ERA NECESARIO CENTRAR LA CUESTIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO?

1. La soltería como condición
2. La intervención del transmisario

VIII. OTRAS CUESTIONES: INTERVENCIÓN NOTARIAL E INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

1. Preliminar
2. La intervención notarial en la plasmación de la voluntad del testador
3. La intervención notarial en la interpretación del testamento

IX. OTRAS CUESTIONES: PROTECCIÓN DE LOS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN

X. OTRAS CUESTIONES: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

XI. OTRAS CUESTIONES: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y ARBITRAJE SUCESORIO

XII. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

1. Tribunal Constitucional
2. Tribunal Supremo
3. Tribunal Superior de Justicia
4. Audiencia Provincial
5. Dirección General de los Registros y del Notariado
6. Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

XIII. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. PRELIMINAR: UN PAÍS DE TESTAMENTOS

En España predomina la sucesión testamentaria. Los datos estadísticos[3] reflejan que, aproximadamente, solo una cuarta parte de las sucesiones se defiere intestadamente. No es objeto de estas líneas el análisis de las razones que explican ese fenómeno. Lo que es evidente es que resulta necesario un estudio que relacione el otorgamiento de los testamentos[4] con el concreto régimen de limitaciones a la libertad de testar y las reglas de la sucesión intestada, para verificar si existe alguna conexión. También se hace preciso, en la misma línea, un estudio de los costes de la sucesión testamentaria frente a la sucesión intestada[5], ponderando en especial los trámites y los tiempos relevantes en uno y en otro caso, tras el fallecimiento del causante. El éxito de los testamentos merece incluso un estudio de la psicología de los testadores[6].

Sentado lo anterior, es preciso indicar que la práctica notarial en cuanto a la redacción de los testamentos no es uniforme. En la doctrina estadounidense[7] se indicaba, para resaltar la singularidad de cada disposición testamentaria, en un contexto sucesorio ciertamente diferente al mayoritario en España, que "[n]o will has a brother". Podemos identificar en nuestra

[3] *Vid.* Verdera Server, 2022: 36 y ss.

[4] Para simplificar la aproximación, se contrapone sucesión testamentaria a sucesión intestada, sin que ello signifique olvidar la posibilidad de otras sucesiones voluntarias. Y partimos del testamento abierto notarial, dado el carácter residual de otras fórmulas. Acerca de las ventajas e inconvenientes del testamento abierto notarial, vid., sintéticamente, Martínez Espín, 2013: 5340.

[5] Tanto el testamento como las actas son documentos sin cuantía, por los cuales se perciben 30,050605 euros y 36,060726 euros, respectivamente (Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios: Anexo I, núm. 1). En función de la extensión, pueden devengarse 3,005061 euros por cara escrita (Anexo I, núm. 7). Recuérdese que "[e]l notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice" (Anexo II, segunda norma). Pero téngase en cuenta que, en la práctica, la declaración de herederos *abintestato*, al incluir publicaciones, requerimientos y otras diligencias, acaba suponiendo un coste normalmente cercano a los doscientos euros.

[6] Unos sugerentes apuntes en García Rubio *et alii*, 2017: 791 y ss.

[7] Hirsch, 2004: 1040.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

práctica sucesoria diversos tipos de testamentos. Y permítasenos para ello recurrir a las categorías que proporciona la sastrería y la confección. Con mayores o menores matices, se suele distinguir entre un traje "prêt-à-porter" o RTW ("Ready to Wear"), un traje MTM ("Made to Measure") y un traje "bespoke". En el primer caso, como puede imaginarse, el cliente adquiere un traje ya confeccionado, que satisface sus necesidades, sin introducir cambio alguno; en el segundo caso, sobre un patrón básico estándar se ajustan todas las medidas del traje a las características del cliente, y, por último, en el tercer caso, se trata de un traje hecho totalmente a medida, que es objeto de diversos patrones y pruebas hasta amoldarse a las necesidades y características del cliente. Obviamente, el precio de cada uno de esos trajes difiere sustancialmente.

Traslademos esas categorías a los testamentos abiertos notariales, con la vista puesta en el Código Civil español. Existe un testamento tipo, que satisface las necesidades de muchos testadores casados y con hijos, y en el que no se requiere introducir modificaciones: consiste básicamente en la atribución al cónyuge viudo del usufructo universal (con la correspondiente *cautela socini*) y la institución de los hijos como herederos por partes iguales. Suele otorgarse por ambos cónyuges con idéntico contenido. Sería el testamento "prêt-à-porter", que no suele plantear grandes problemas en su ejecución[8]. En ocasiones, a partir de ese modelo se introducen cambios de mayor o menor intensidad en función de las circunstancias de cada testador y de cada familia: se incluyen legados de objetos valiosos económica o sentimentalmente, sea en favor del cónyuge e hijos o de otras personas; se tienen en cuenta las atribuciones ya efectuadas por el testador en vida o la diferente situación económica de los hijos a los efectos de igualarlos o desigualarlos; o se ponderan los cuidados prestados en los últimos años (o que se esperan disfrutar) al testador para beneficiar al cuidador. Nos encontramos entonces ante un testamento MTM, porque, partiendo de un modelo básico de testamento, se van introduciendo disposiciones para ajustar la sucesión a los deseos del testador[9]. En paralelo,

[8] Salvo los derivados de los cambios en el estado matrimonial como consecuencia del divorcio: sobre el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al tiempo de otorgamiento del testamento, *vid*. Mestre Rodríguez, 2003: 163 y ss., y Gómez Calle, 2007: 117 y ss.

[9] Un repertorio de las cláusulas más típicamente problemáticas en López Frías, 2004: 11 y ss.; Rubio Garrido, 2013: 5223 y ss., Doral García, 2014: 535 y ss., y, con especial detalle, Garrido Melero, 2021: 283 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aumentan las probabilidades de que esas previsiones generen problemas en su posterior aplicación, máxime cuando el testador insiste en una descripción pormenorizada de las diversas hipótesis. Por último, hay un número no desdeñable de testamentos absolutamente a medida ("bespoke"). Son testamentos en los que el otorgante no suele tener familia cercana o sus lazos con sus parientes se han diluido hasta casi desaparecer; o testamentos en los que se intenta resolver una compleja estructura empresarial de la familia (a veces, como complemento de los protocolos familiares); o testamentos de personas con ideas que se salen de lo habitual. Son testamentos especialmente problemáticos y no es de extrañar que, en raras ocasiones, los notarios procuren declinar su autorización (pese al art. 2 LN), apelando a los más diversos motivos, pero sin olvidar los riesgos derivados de una responsabilidad civil profesional (arts. 146 RN y 705 y 715 CC)[10]. Obsérvese que, a diferencia de lo que sucede en el campo de la sastrería y de la confección, la retribución notarial no depende de la complejidad del testamento ni de los riesgos vinculados a una hipotética responsabilidad profesional.

Acaecida la muerte del testador, el testamento, sea del tipo que sea[11], debe ser objeto de interpretación para determinar qué fue lo querido por el testador, esto es, la "voluntad manifestada en testamento" de la que habla el art. 658.I CC.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS: ALGUNAS PREMISAS

La interpretación de las disposiciones testamentarias se asienta en terreno sumamente inestable[12]: en la tensión que deriva del intento de formula-

[10] Reconoce Garrido Melero (2021: 45) que "en la práctica, el notario (aun con todas las reservas oportunas) nunca autorizará un testamento que pueda ser claramente contencioso y siempre intentará que el testador reconsidere su idea y la lleve por cauces adecuados".

[11] Como destacaba Alférez Callejón (1973: 70), "[l]o ideal es que el testamento diga todo lo que hay que decir, pero sólo lo que haya que decir".

Naturalmente, es un "*obiter dictum*", aunque reveladora de su transcendencia, la indicación, contenida en la STS de 20 de febrero de 1929 [Roj: STS 1317/1929 - ECLI:ES:TS:1929:1317] relativa a que el testamento "el acto más importante de la vida del hombre en relación con el derecho privado a que actualmente sólo afecta".

[12] La STS de 29 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9490] llegaba a decir que, sobre la cuestión de la interpretación testamentaria, "tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa es la normativa

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción de criterios generales y la necesidad de dar respuesta a los concretos problemas, a menudo únicos, de cada supuesto[13]. Lo relevante es la interpretación de cada concreto testamento, para lo que no puede prescindirse de las circunstancias que lo rodean.

Se objetará que esa tensión no difiere de la que, por ejemplo, se plantea a la hora de interpretar un contrato[14]. Pero lo cierto es que la interpretación del testamento presenta unas particularidades que acentúan las dificultades. Esta es una advertencia que no deja de subrayar la doctrina que se ha ocupado de la cuestión[15] y que tampoco escapa a la valoración de los tribunales. Ya la STS de 3 de febrero de 1961[16] indicaba que

> "revistiendo la voluntad del testador el carácter de Ley obligatoria para cuantos del testamento deriven sus derechos, y dándose a éste, en todos los tiempos, la importancia que ya el Rey Sabio le concedió en el título

(artículo 675 del Código Civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido". De "cierta exageración" califica aquellas palabras De la Cámara (2011: 166). También crítico con esas expresiones Rubio Garrido (2013: 5210).

Más moderadamente, De la Cámara (2011: 165) reconocía que "[l]a interpretación de las cláusulas de un testamento puede ser una de las tareas más arduas y difíciles con que la práctica puede enfrentar a los profesionales del Derecho". Reproducido literalmente en Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5199.

[13] Por ello, no le faltaba razón a Ossorio Morales (1957: 413): "Constituye, desde luego, un acierto del Código el no pretender encuadrar la labor interpretativa (en cuanto encaminada a indagar la intención del testador) dentro de un sistema de reglas concretas y rígidas, porque en realidad la interpretación tiene mucho de arte, y en su realización el intérprete ha de usar tanto del razonamiento lógico, como de sus conocimientos de la vida y de los hombres, atendiendo a las variadísimas circunstancias de hecho que en cada caso pueden concurrir al esclarecimiento de lo realmente querido por el testador".

[14] Una cuestión especialmente discutida consiste en la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas sobre interpretación contractual: *vid.* García Amigo, 1969: 949-953, Castán Vázquez, 1973: 287-288 y 293-294, Jordano Barea, 1999: 72-83, Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5209-5216, López Frías, 2004: 171-176, Vaquer Aloy, 2008: 34-36, Cobas Cobiella, 2010, Cobacho Gómez, 2012: 1461-1462, Rubio Garrido, 2013: 5215-5217, Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 698-705, Martínez-Provencio y Martínez, 2020: 449-456, y Garrido Melero, 2021: 246 y ss.

[15] *Vid.*, entre otros muchos, García Amigo, 1969: 931 y ss. y González Acebes, 2012: 16 y ss. Como decía con agudeza Royo Martínez (1951: 77; *vid.* también Doral García, 2014: 549): "El testamento, como negocio *mortis causa*, ha de ser interpretado cuando el otorgante murió; no podemos recurrir a él para que nos dé una especie de interpretación auténtica. De otra parte, en torno al testamento se arremolinan y combaten los intereses contradictorios de quienes esperaban heredar, y cada interesado sutiliza mucho más que mil juristas para convencerse y convencer a los demás de que el testamento dice o quiere decir lo que a él le convendría que dijera".

[16] Roj: STS 42/1961 - ECLI:ES:TS:1961:42. *Vid.* también RDGRN de 29 de junio de 2015 [RJ 2015\4433]; y Castán Vázquez, 1973: 284.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> primero de la Partida sexta, al establecer que «es una de las cosas del mundo en que mas deuen los homes auer cordura cuando lo fazen», ha de reconocerse que son raros los casos en que el testamento no requiere de interpretación, ya en razón a que algunos lo otorgan sin auxilio de jurisperitos o bien, a que los más, olvidándose de verificarlo, sólo se acuerdan de él cuando ya carecen de las debidas facultades y no puede el encargado de redactar su voluntad, una vez conocida, someterla a su aprobación, produciéndose, por este motivo, cláusulas oscuras, imprecisas o contradictorias que dificultan el que se lleve a la práctica lo por ellos deseado…".

La jurisprudencia registral tampoco es ajena a esa constatación. La RDGRN de 28 de enero de 2014[17], con una doctrina ampliamente reiterada[18], apunta que

> "la interpretación de las cláusulas de los testamentos puede resultar dificultosa en múltiples ocasiones pues esas cláusulas pueden ser a veces oscuras, ambiguas, imprecisas, incompletas, equívocas, excesivamente rígidas o drásticas, de significado dudoso, etc., si bien, como ha recogido la jurisprudencia […], la mayor parte de los testamentos se otorgan en forma abierta ante notario y hallándose el testador en condiciones normales de capacidad, por lo que la inteligencia de estas cláusulas no debería suscitar dudas ni problemas aun cuando en numerosas ocasiones son productoras de mucha jurisprudencia…".

Es obvio que todo testamento, al igual que cualquier acto jurídico, requiere ser interpretado para poder ser correctamente aplicado o ejecutado. Pero a las dificultades consustanciales a la fijación del alcance y del sentido de cualquier acto voluntario[19], el testamento suma elementos característicos que no concurren en otros negocios[20].

[17] RJ 2014\976.

[18] *Vid.* RDGRN de 16 de marzo de 2015 [JUR 2015\107057]; de 16 de julio de 2015 [RJ 2015\4046]; de 19 de octubre de 2015 [RJ 2015\6492]; de 26 mayo de 2016 [RJ 2016\3997]; de 16 de mayo de 2018 [RJ 2018\2496]; de 11 de junio de 2018 [RJ 2018\3004]; de 18 de julio de 2018 [RJ 2018\3498]; de 27 de febrero de 2019 [RJ 2019\1409]; de 22 de enero de 2020 [RJ 2020\1902]; y de 28 de enero de 2020 [RJ 2020\1892].

[19] Decía Simó Santonja (1961: 373) que "[n]o ha habido, ni hay, voluntad más atendida y respetada por los legisladores que esta testamentaria".

[20] Como señalan Díez-Picazo (1959: 696) y Jordano Barea (1999: 61-65), el diferente tratamiento reservado en tema de interpretación al negocio de última voluntad no depende de su naturaleza de acto unilateral no recepticio, sino de su peculiar estructura como negocio jurídico.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por lo pronto, que el testamento despliegue sus efectos con la muerte del testador supone necesariamente que no se pueda recurrir a este[21] para perfilar qué es lo que pretendió en su momento al otorgar testamento[22]. La relevancia que se confiere a la voluntad del testador acrecienta una cierta paradoja. Por un lado, entronizamos esa voluntad como criterio principal de la sucesión, pero, por otro, en ocasiones, esa voluntad no se manifiesta con la suficiente claridad o precisión[23],

[21] *Vid.* Doral García, 2014: 530 y Rivas Martínez, 2020: 715. Sobre la posibilidad de una interpretación por el propio testador, *vid.* Vaquer Aloy, 2008: 126-129. Verdera Izquierdo y Munar Bernat (2016: 720) admiten que el propio testador interprete su declaración de voluntad. Sobre el testamento interpretativo o aclaratorio, *vid.* Díez-Picazo, 1960: 83-85.

[22] Hay conformidad en entender que "la única voluntad que importa determinar es la que tuviera el testador al tiempo de testar y cualquier cambio de voluntad *a posteriori* carece de toda relevancia, aun cuando esté plenamente demostrado y sea compatible con el tenor literal del testamento…" (Gómez Calle, 2007: 345; y González Acebes, 2012: 25; *vid.* también Castán Vázquez, 1973: 289-290, Jordano Barea, 1999: 126-131, Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5201-5202, De la Iglesia Prados, 2004: 371-372, Vaquer Aloy, 2008: 63 y Rubio Garrido, 2013: 5222-5223; y RDGSJFP de 14 de julio de 2022 [BOE de 2 de agosto de 2022]). Es probable que algunas de las reticencias acerca del recurso a elementos extrínsecos en la interpretación se expliquen por el riesgo de que propicien el triunfo de una voluntad posterior y distinta a la manifestada en el momento del otorgamiento.

Surgen dudas, no obstante, cuando esa voluntad, expresada hace decenas de años, no se acomoda a ciertos valores actuales. Recuérdese, por ejemplo, que la STEDH de 13 de julio de 2004, Caso Pla y Puncernau contra Andorra [TEDH 2004\49], relativa a un testamento de 1939 en el que la testadora requería que el sucesor fuera hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico, y donde se valoraba la condición de los hijos adoptivos, señaló que "cualquier interpretación [en el ámbito testamentario], suponiendo que fuese necesaria, debe indagar cuál era la voluntad del «de cujus» así como el efecto útil del testamento, conservando siempre el espíritu de que «no se puede presumir que el testador hubiese deseado lo que no ha dicho», y sin olvidar conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio, tal y como es interpretado por la jurisprudencia del Tribunal". *Vid.* también STS de 15 de diciembre de 2005 [RJ 2005\10157]; y de 1 de marzo de 2013 [RJ 2013\7414]; STC 9/2010, de 27 abril [RTC 2010\9]; y RDGRN de 27 de julio de 2015 [RJ 2015\4439]. Vid. Arroyo i Amayuelas y Bondía García, 2004: 7 y ss., Vaquer Aloy, 2008: 67-69, Espejo Lerdo de Tejada, 2011: 251-259, Díez-Picazo Giménez, 2014: 349 y ss. y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 695-696. Con carácter más general, sobre "*Drittwirkung*" de derechos fundamentales y libertad testamentaria, *vid.* Rubio Garrido, 2022: 512 y ss.

[23] Gordillo Cañas (1997: 594) destaca la tensión entre dar audiencia y eficacia a la última voluntad del testador y garantizar su certeza y la seguridad de la sucesión. Se dice, por ejemplo, en la RDGRN de 30 de abril de 2014 [RJ 2014\3227] que "[a] salvo los límites que determinan las normas imperativas, el testamento es la ley de la sucesión. Cuando el título sucesorio no es claro, […] su interpretación es imprescindible pudiendo dar lugar incluso, por ineficacia o imposibilidad de su cumplimiento, a la apertura de la sucesión abintestato".

Pero en ocasiones el testador ha omitido una disposición que se considera relevante. El problema se plantea con bastante claridad cuando se discute el alcance de la interpretación integradora y de la integración del testamento: *vid.* García Amigo, 1969: 967 y ss., Jordano Barea, 1999: 113 y ss., Mestre Rodríguez, 2003: 45 y ss., Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5216 y ss., Vaquer Aloy, 2008: 103 y ss., Rubio Garrido, 2013: 5220 y ss., Doral García, 2014: 541 y ss., Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 712 y ss. y Rivas Martínez, 2020: 734 y ss. La STS de 6 de marzo

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con lo que se torna difícil diseñar una respuesta alternativa y adecuada[24].

Por lo pronto, que el testamento despliegue sus efectos con la muerte del testador supone necesariamente que no se pueda recurrir a este[25] para perfilar qué es lo que pretendió en su momento al otorgar testamento[26]. La

de 1944 [Roj: STS 46/1944 - ECLI:ES:TS:1944:46] ya señaló que la ley "admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o, lo que es igual, del 'tenor del mismo testamento', del cual pueda extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente".

La RDGRN de 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7807], al analizar si una disposición testamentaria de residuo supone una auténtica sustitución fideicomisaria que implique sustitución vulgar tácita, o si, por el contrario, deben entenderse llamados los herederos abintestato dada la premoriencia del heredero, apunta que "nos hallamos en la frontera, siempre difusa, entre la interpretación integradora de la voluntad testamentaria —admitida sin dificultad en el ámbito testamentario— y su integración —unánimemente excluida, dada la naturaleza del negocio testamentario—".

[24] Las dudas acerca de la voluntad del testador pueden afectar a todo el testamento (con lo que resulta relevante si es el único testamento) o solo a alguna de sus disposiciones. La STS de 12 de noviembre de 1964 [Roj: STS 1255/1964 - ECLI:ES:TS:1964:1255] señalaba que "existen dos grupos de causas de nulidad, unas, que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerando como un todo orgánico indivisible —son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez—, y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento". *Vid.* Casanueva Sánchez, 2002 y Verdera Izquierdo, 2011: 23 y ss.

[25] *Vid.* Doral García, 2014: 530 y Rivas Martínez, 2020: 715. Sobre la posibilidad de una interpretación por el propio testador, *vid.* Vaquer Aloy, 2008: 126-129. Verdera Izquierdo y Munar Bernat (2016: 720) admiten que el propio testador interprete su declaración de voluntad. Sobre el testamento interpretativo o aclaratorio, *vid.* Díez-Picazo, 1960: 83-85.

[26] Hay conformidad en entender que "la única voluntad que importa determinar es la que tuviera el testador al tiempo de testar y cualquier cambio de voluntad *a posteriori* carece de toda relevancia, aun cuando esté plenamente demostrado y sea compatible con el tenor literal del testamento…" (Gómez Calle, 2007: 345; y González Acebes, 2012: 25; *vid.* también Castán Vázquez, 1973: 289-290, Jordano Barea, 1999: 126-131, Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5201-5202, De la Iglesia Prados, 2004: 371-372, Vaquer Aloy, 2008: 63 y Rubio Garrido, 2013: 5222-5223; y RDGSJFP de 14 de julio de 2022 [BOE de 2 de agosto de 2022]). Es probable que algunas de las reticencias acerca del recurso a elementos extrínsecos en la interpretación se expliquen por el riesgo de que propicien el triunfo de una voluntad posterior y distinta a la manifestada en el momento del otorgamiento.

Surgen dudas, no obstante, cuando esa voluntad, expresada hace decenas de años, no se acomoda a ciertos valores actuales. Recuérdese, por ejemplo, que la STEDH de 13 de julio de 2004, Caso Pla y Puncernau contra Andorra [TEDH 2004\49], relativa a un testamento de 1939 en el que la testadora requería que el sucesor fuera hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico, y donde se valoraba la condición de los hijos adoptivos, señaló que "cualquier interpretación [en el ámbito testamentario], suponiendo que fuese necesaria, debe indagar cuál era la voluntad del «de cujus» así como el efecto útil del testamento, conservando siempre el espíritu de que «no se puede presumir que el testador hubiese deseado lo que no ha dicho»,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

relevancia que se confiere a la voluntad del testador acrecienta una cierta paradoja. Por un lado, entronizamos esa voluntad como criterio principal de la sucesión, pero, por otro, en ocasiones, esa voluntad no se manifiesta con la suficiente claridad o precisión[27], con lo que se torna difícil diseñar una respuesta alternativa y adecuada[28].

y sin olvidar conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio, tal y como es interpretado por la jurisprudencia del Tribunal". *Vid.* también STS de 15 de diciembre de 2005 [RJ 2005\10157]; y de 1 de marzo de 2013 [RJ 2013\7414]; STC 9/2010, de 27 abril [RTC 2010\9]; y RDGRN de 27 de julio de 2015 [RJ 2015\4439]. Vid. Arroyo i Amayuelas y Bondía García, 2004: 7 y ss., Vaquer Aloy, 2008: 67-69, Espejo Lerdo de Tejada, 2011: 251-259, Díez-Picazo Giménez, 2014: 349 y ss. y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 695-696. Con carácter más general, sobre "*Drittwirkung*" de derechos fundamentales y libertad testamentaria, *vid.* Rubio Garrido, 2022: 512 y ss.

[27] Gordillo Cañas (1997: 594) destaca la tensión entre dar audiencia y eficacia a la última voluntad del testador y garantizar su certeza y la seguridad de la sucesión. Se dice, por ejemplo, en la RDGRN de 30 de abril de 2014 [RJ 2014\3227] que "[a] salvo los límites que determinan las normas imperativas, el testamento es la ley de la sucesión. Cuando el título sucesorio no es claro, […] su interpretación es imprescindible pudiendo dar lugar incluso, por ineficacia o imposibilidad de su cumplimiento, a la apertura de la sucesión abintestato".

Pero en ocasiones el testador ha omitido una disposición que se considera relevante. El problema se plantea con bastante claridad cuando se discute el alcance de la interpretación integradora y de la integración del testamento: *vid.* García Amigo, 1969: 967 y ss., Jordano Barea, 1999: 113 y ss., Mestre Rodríguez, 2003: 45 y ss., Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5216 y ss., Vaquer Aloy, 2008: 103 y ss., Rubio Garrido, 2013: 5220 y ss., Doral García, 2014: 541 y ss., Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 712 y ss. y Rivas Martínez, 2020: 734 y ss. La STS de 6 de marzo de 1944 [Roj: STS 46/1944 - ECLI:ES:TS:1944:46] ya señaló que la ley "admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o, lo que es igual, del 'tenor del mismo testamento', del cual pueda extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente".

La RDGRN de 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7807], al analizar si una disposición testamentaria de residuo supone una auténtica sustitución fideicomisaria que implique sustitución vulgar tácita, o si, por el contrario, deben entenderse llamados los herederos abintestato dada la premoriencia del heredero, apunta que "nos hallamos en la frontera, siempre difusa, entre la interpretación integradora de la voluntad testamentaria —admitida sin dificultad en el ámbito testamentario— y su integración —unánimemente excluida, dada la naturaleza del negocio testamentario—".

[28] Las dudas acerca de la voluntad del testador pueden afectar a todo el testamento (con lo que resulta relevante si es el único testamento) o solo a alguna de sus disposiciones. La STS de 12 de noviembre de 1964 [Roj: STS 1255/1964 - ECLI:ES:TS:1964:1255] señalaba que "existen dos grupos de causas de nulidad, unas, que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerando como un todo orgánico indivisible —son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez—, y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento". *Vid.* Casanueva Sánchez, 2002 y Verdera Izquierdo, 2011: 23 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Además, los problemas interpretativos suelen afectar a los sucesores del causante: típicamente, las controversias se suscitan entre herederos, actuales o potenciales, o entre herederos y legatarios, o por la actuación del albacea o del contador-partidor[29]. En lo que se refiere a la distribución de los bienes, es un juego de suma cero: lo que gana un heredero (u otro sucesor), ha de perderlo otro. Solo cambia, en su caso, la perspectiva si se valora el tiempo y los recursos que se consumen cuando surge un litigio[30].

Finalmente, la doctrina[31] destaca que no se puede obviar el carácter formalista de las disposiciones testamentarias: solo la voluntad expresada con arreglo a las diversas formalidades previstas legalmente puede valer como testamento[32]. Se ha de proceder, pues, con mesura en el recurso a otros elementos, aun para identificar esa voluntad, en la medida que puede contradecir ese principio básico de la sucesión testamentaria.

La regla central sobre la interpretación del testamento en el Código Civil es el párrafo primero del art. 675, en cuya virtud

> "[t]oda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra

[29] La jurisprudencia (STS de 23 de junio de 1998 [RJ 1998\4746] y las allí citadas) establece que "a diferencia de lo que ocurre con los actos inter vivos, en los que el intérprete debe tratar de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tiene su punto de partida en las declaraciones del testador, su principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable, del testador en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación —causante y herederos—…". Sobre las diferencias entre el contrato (como voluntad común de los contratantes) y el testamento (como voluntad única del testador), que acentúan la preponderancia de una interpretación de carácter subjetivo en este segundo caso, *vid.* Ossorio Morales, 1957: 408-411. Acerca de la influencia del elemento canónico en esa preponderancia, *vid.* Rubio Garrido, 2022: 612.

[30] Como reconoce Rubio Garrido (2013: 5209), en ocasiones se invoca el art. 675 CC "cuando se quiere forzar un pleito, enredar las situaciones o enconar los afectos de los afectados por las más variadas razones (lo que es relativamente fácil de hacer aun cuando no haya dudas en cuanto al resultado interpretativo de las cláusulas testamentarias)".

[31] *Vid.* Ossorio Morales, 1957: 413, Martín i Casals, 1985: 2354, Mestre Rodríguez, 2003: 91-92 y De la Cámara, 2011: 167.

La RDGRN de 29 de junio de 2015 [RJ 2015\4433] dice que "[l]a interpretación debe dirigirse fundamentalmente a interpretar la voluntad del testador con los límites de que el que puede aclararla en primera persona ya no vive, y el carácter formal del testamento, que exige partir de los términos en que la declaración aparece redactada o concebida".

[32] Tiene razón García Amigo (1969: 953) al indicar que la meta es la investigación de la voluntad del testador, pero manifestada testamentariamente (*vid.* también Salvador Coderch, 1983: 293). Pero, como señala Vaquer Aloy (2008: 25), la forma no representa un límite a la tarea interpretadora, sino que delimita el objeto de la interpretación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento"[33].

La norma pone el acento en la literalidad de la disposición, salvo que se acredite que la voluntad del testador era distinta a la que se desprende de ese tenor. El planteamiento de otras normas autonómicas, como el art. 421-6.1 CCCat[34], por el contrario, parece dar prevalencia a la verdadera voluntad del testador, frente a esa literalidad[35]. Es, probablemente, una cuestión de perspectiva que impone una valoración combinada de la literalidad del testamento y de la verdadera voluntad del testador, donde debe finalmente prevalecer esta última. Como fácilmente puede intuirse, una de las claves del art. 675.I CC estriba en determinar bajo qué presupuestos puede acudirse a la voluntad del testador frente a los términos empleados en el testamento; o dicho con otras palabras, cuándo aparece claramente que la voluntad del testador fue distinta a la expresada en el testamento[36].

Estos problemas interpretativos reaparecen una y otra vez en los conflictos sucesorios. Como he anticipado, las circunstancias de cada caso condicionan la concreta solución, pero lo llamativo es que la identificación de los criterios normativos de carácter general tampoco se muestra con la suficiente claridad. Un par de cuestiones recientes y casi simultáneas, planteadas ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, nos permitirán constatar adecuadamente las dimensiones del problema.

[33] Con el añadido de ciertas referencias al testamento mancomunado, el art. 416.1 CDFA coincide con el precepto del Código Civil.

[34] Dice esta norma que "[e]n la interpretación del testamento, es preciso atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin haberse de sujetar necesariamente al significado literal de las palabras utilizadas".

[35] *Vid.* STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1998 [RJ 1999\630]; pero *vid.*, con un planteamiento diferente, STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002\10923]. Vid. Garrido Melero, 2021: 238-239.

[36] *Vid.* Vaquer Aloy, 2008: 19-20.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

III. EL CASO DE LA HEREDERA DIVORCIADA QUE DEBÍA PERMANECER SOLTERA

Don R.L.C. otorgó testamento el 20 de abril de 2010 ante el notario de la Vall de Uxó, don E.V.G. En dicho testamento, se contenía una disposición en cuya virtud

> "instituye heredera universal en todos sus bienes, acciones y futuras sucesiones a su hermana doña J.L.C. mientras permanezca en estado de soltera, con sustitución vulgar en sus descendientes, caso de premoriencia o incapacidad. En caso contrario instituye herederos por partes iguales a sus sobrinos[37] J.R., J., I., y M.E.L.F., M.D., V.R. y S.L.M., con sustitución vulgar en sus descendientes caso de premoriencia o incapacidad".

Doña J.L.C. (la heredera universal) estaba divorciada desde el 1 de febrero de 1999. Al fallecer el causante, el 23 de junio de 2020, doña J.L.C. no había vuelto a contraer matrimonio.

En la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de 28 de octubre de 2020, ante el notario de la Vall de Uxó, don J.M.C.C., comparece doña J.L.C. y manifiesta que, al tiempo del otorgamiento del testamento del causante, así como al tiempo de su fallecimiento, su estado civil era el de divorciada (lo que acredita mediante sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Valencia el 1 de febrero de 1999, que consta en el Registro Civil desde el 22 de febrero de 1999). Y, por ello, doña J.L.C., como heredera, interpreta el testamento del causante en el sentido de que el testador quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera, todo ello de conformidad con el art. 675 CC. En consecuencia, doña J.L.C. aceptaba la herencia y se adjudicaba la totalidad de los bienes.

La titular del Registro de la Propiedad de Valencia número 10 rechaza la inscripción[38]. Considera que

[37] No parece, por las iniciales de los apellidos de los sobrinos, que estos fueran hijos de la heredera instituida.

[38] Se menciona en el recurso del notario autorizante que esa escritura fue inscrita, sin objeciones, en otro Registro de la Propiedad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"la heredera no puede por sí sola interpretar la voluntad del testador cuando ello implica privar de derechos a otros herederos también nombrados[39]. No se sabe si el testador sabía que ella era divorciada o por el contrario creía que era soltera y solo la dejaba heredera en el caso de que continuara siéndolo en el momento de la delación y aceptación de la herencia, no siendo este el caso, ya que era divorciada.

No se dice en el testamento que se trate de una heredera sujeta a condición ya que no se hace constar así en el testamento […] Al decir «en caso contrario» parece que quiere decir que de no ser soltera en el momento del fallecimiento del causante, son herederos sus sobrinos, don J.R., don J., don I. y doña M.E.L.F. y doña M.D., don V.R. y doña S.L.M. De haberse tratado de heredera bajo condición, de ser ella soltera, sobre la base de los arts. 792 y 793 habría que considerarla por no puesta y la institución de heredero sería pura e incondicional. Tampoco se ha entendido en la escritura como institución condicional puesto que se adjudican los bienes sin sujeción a ninguna condición y sin referencia a dichos artículos.

En el momento de la delación y aceptación de la herencia la heredera no reunía la condición de soltera por lo que no tiene el estado civil que exigía la disposición testamentaria. Tampoco se puede saber si el testador hubiera hecho el nombramiento de haber sabido que era divorciada.

[39] En los Fundamentos de Derecho de su nota de calificación, se mencionaba y se sintetizaba la RDGRN de 30 de abril de 2014 [RJ 2014\3227], conforme a la cual "[s]egún doctrina reiterada de este Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de instancia. La pretensión de la heredera, de decidir por sí y ante sí, sin intervención alguna de las personas nominalmente designadas como favorecidas acerca de la nulidad o validez de disposiciones no sólo excede de las atribuciones que le corresponden en cuanto continuadora de la voluntad del causante, ya que incide en la posición de terceras personas, sino que tan siquiera respeta la voluntad sucesoria de su causante pues, aunque el testamento no reviste en su redacción la claridad que corresponde a la redacción notarial, se establece en el mismo sustitución a favor de los nietos, para el caso de incumplimiento de la heredera de las condiciones impuestas, de suerte que la declaración de nulidad realizada supone de hecho el decaimiento de la cláusula que ordena la sustitución…". En esta Resolución, la "única hija y heredera universal de su madre y causante, declara por sí misma la nulidad de condiciones y modos que le fueron impuestos en el testamento que rige la sucesión y declara ineficaces, por falta de objeto, legados establecidos a favor de personas nominalmente expresadas". En ese testamento, además, se habían designado albaceas contadores-partidores.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> Por tanto, dada la trascendencia de la interpretación que se ha dado a los términos del testamento, es necesario que estén de acuerdo todos los llamados a la herencia, o en su defecto, resolución judicial que lo interprete".

La calificación sustitutoria confirmó el criterio de esa nota.

En su recurso, el notario autorizante defendió la interpretación efectuada en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia:

> "El supuesto que nos ocupa se trata de un caso en el que debe interpretarse la última voluntad de un testador que instituyó heredera a su hermana «mientras permanezca en estado de soltera», cuando realmente dicha hermana se encontraba en estado de divorciada ya más de una década antes del otorgamiento del citado testamento, como prueba la propia heredera aportando a la escritura pública la sentencia de divorcio.
>
> No parece excesivamente aventurado dar por cierto que el testador conociera, once años después del divorcio de una hermana a la que quería instituir heredera universal, que ésta se había divorciado de su marido; siendo por tanto evidentemente correcta la interpretación efectuada por la heredera en la escritura pública […]
>
> Comenzando por la interpretación literal del testamento, el verbo «permanecer» que usa el testador se define como «mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad» y el estado civil de soltero es el de quien no ha contraído matrimonio. Permanecer soltera es por tanto mantenerse en el estado civil de soltera, y siendo un hecho probado que la nombrada heredera se divorció más de una década antes, es de todo punto imposible que permaneciera en estado de soltera.
>
> La interpretación literal nos conduciría por tanto a una institución imposible, y dado que el notario autorizante del testamento enjuició positivamente la capacidad del testador, no podemos presumir que la interpretación correcta sea la literal puesto que sería tanto como dudar de dicha testamentifacción activa.
>
> Debemos pues, adentrarnos en la interpretación consistente en averiguar la voluntad del testador, en determinar su verdadera intención.
>
> He aquí un testador huérfano, soltero, y sin hijos; cuyos parientes más cercanos son, por tanto, sus hermanos. Entre ellos, Doña J.L.C., que lle-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> vaba divorciada desde 1999. Es lógico entender que entre ellos existiría una relación cercana, íntima, fraternal, y que don R.L.C. conocía perfectamente dicho estado civil cuando en 2010 decide otorgar testamento e instituirla su heredera universal […]
>
> Debe determinarse qué quiso decir el testador con lo que dijo. Y, habiendo considerado como un hecho cierto que el testador conocía el estado civil de divorciada de doña J.L.C., la única interpretación posible es la que la misma hizo en la escritura pública de aceptación de herencia: que el testador quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera, por el uso de un lenguaje coloquial y no jurídico al tiempo de explicar su voluntad al notario autorizante.
>
> No admitir dicha interpretación pasaría necesariamente por afirmar la certeza de una de las dos siguientes afirmaciones: bien que el testador ignoraba, más de una década después, que su hermana se había divorciado, lo cual puede ser posible entre hermanos que no tienen relación alguna, pero no entre hermanos que la tienen hasta el punto de que uno desee instituir heredera a la otra; o bien que el testador conocía que se había divorciado y quiso nombrarla heredera en tanto permaneciera soltera, lo cual implicaría una falta de entendimiento por el testador incompatible con la afirmación notarial de su capacidad.
>
> Queda, así como única interpretación de la verdadera voluntad del testador la de que su hermana doña J.L.C. le sucediera universalmente si permanecía, subsistía, perduraba, conservaba, guardaba y, en fin, mantenía, su estado civil al tiempo de otorgarse el testamento. Estado civil que era el mismo que tenía desde once años antes y que así permaneció hasta el fallecimiento del testador".

El notario subraya la inexistencia de albacea o de contador-partidor, que pudiera interpretar el testamento. Y añade:

> "Doña J.L.C. no es una heredera condicional sino pura (*semel heres semper heres*) desde el momento en el que al fallecimiento del testador mantiene el estado civil que ostentaba al tiempo de redactarse el testamento. Si dicha interpretación, efectuada por la heredera, que lo es porque así lo quiso expresamente el testador, no concordase con la que considerasen terceros que debió hacerse, éstos tienen reconocido el derecho funda-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> mental a la tutela judicial efectiva, y podrán discutir dicha interpretación en sede judicial. No corresponde dicha interpretación, desde luego, al registrador que califica la escritura pública respecto a una parte del caudal hereditario, que no debe espolear la judicialización de la herencia, creando conflictividad donde antes no la había, cuestión que le consta por la inexistencia de anotaciones preventivas".

También se plantea la calificación de la institución como condicional:

> "[L]a registradora de la propiedad siembra en su nota dudas sobre si se trata de una institución condicional, al decir que no parece serlo, pero señalar posteriormente las consecuencias que tendría de serlo. Para dar luz a la cuestión basta con recordar que las condiciones deben consistir en hechos posibles, futuros e inciertos. La futura soltería de una persona divorciada es un hecho de todo punto imposible en nuestro ordenamiento jurídico, salvo el improbable escenario de la nulidad declarada de un matrimonio posterior al divorcio del mismo. Ello basta para dar por sentado que la institución no era condicional. Por si no fuera suficiente, las normas civiles correctamente citadas en la nota de calificación (arts. 792 y 793 CC) determinan que, de ser una institución condicional, debe tenerse por no puesta".

La cuestión planteada ante la Dirección General pues, por tanto, sintetizarse en una pregunta: ¿es correcto que el heredero (divorciado) interprete la cláusula en la que se le instituye heredero mientras permanezca soltero en el sentido de que el testador lo instituía mientras no contrajera matrimonio? De ello se ocupa la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021[40].

IV. EL CASO DEL HEREDERO QUE DEBÍA MORIR SIN SUCESIÓN

Don A.C.R. otorgó testamento el 4 de agosto de 1942 ante el notario de Eivissa, don J.S.M. Don A.C.R. estaba casado con doña M.C.C., y de ese matrimonio habían nacido nueve hijos (don A., doña M., doña F., doña E., doña A., doña J., doña M., doña C. y don F., esto es, siete mujeres y dos

[40] RJ 2021\5547.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

varones). En dicho testamento, se contenía una disposición, claramente favorecedora de sus hijos varones, en cuya virtud

> "[i]nstituye la legítima que por derecho les corresponde a todos sus expresados hijos. Lega a las hijas que queden solteras el derecho de habitar en casa del heredero, que después se señalará, teniendo habitación independiente con los servicios de cocina, porche, homo y pozo. Lega a su esposa M.C.C. el derecho a ser asistida y alimentada por el heredero que después se dirá, vitaliciamente. En el caso de desavenencia, dicho heredero entregará a los legatarios mil doscientas cincuenta pesetas. Lega a su hija C., mientras fuere soltera, además de derecho de habitación ya señalado, el de ser asistida y alimentada por el heredero que después se nombrará. Del remanente de sus bienes que están constituidos por una finca en San Rafael llamada […], nombra por sus herederos en pleno dominio a sus hijos A. y F. en la forma siguiente: A. percibirá aquella parte de finca conocida por […], de secano y bosque, a la parte sur de aquella, con las casas, muebles y animales. Este heredero será el que cuide de su madre y de su hermana C., cumpliendo las obligaciones ya expresadas, pagará a sus hermanas, menos a una, las legítimas correspondientes. Su hijo F. heredará lo demás de la finca, que es conocida por […], y pagará una legítima de las correspondientes a los herederos. Dispone el testador que, si alguno de los herederos nombrados falleciere sin sucesión, su parte, que exceda de la legítima pasará al otro, y si este estuviera en igual caso, los bienes pasarán a su fallecimiento a las otras hermanas en partes iguales".

Don A.C.R. fallece el 20 de febrero de 1956.

Don F.C.C., uno de los hijos de don A.C.R., fallece sin descendencia el 7 de septiembre de 2015, habiendo otorgado testamento el 27 de mayo de 2003, en el cual, entre otros extremos, manifestaba:

> "II.— Que su estado civil es de soltero, careciendo de descendientes.
>
> III.— Que su padre don A.C.R. otorgó testamento […] nombrando heredero de la finca […], al otorgante y a su hermano A.C.C., asignando a cada uno de ellos una parte determinada de la finca.
>
> IV.— Dispuso su padre en dicho testamento que «Si alguno de los nombrados herederos falleciera sin descendientes, su parte que excede de la

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

legítima pasará al otro y, si este estuviera en igual caso, los bienes pasarán a su fallecimiento a las otras hermanas en partes iguales».

V.— Que su padre falleció […] sin haber otorgado otro testamento posterior; su hermano A.C.C. falleció el día 18 de octubre de 1963, dejando tres hijos, y que el otorgante, siendo soltero, no los ha tenido […]

Disposición. Instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones, tanto presentes como futuros, a doña M.C.J., mayor de edad, titular de […], incluyéndose entre dichos bienes los siguientes:

- Todas las mejoras efectuadas por el propio testador en la parte de la finca […] que su padre le dejó en herencia, y expresamente la vivienda unifamiliar aislada, almacén y corrales que él mismo ha construido sobre dicha parte de la finca.
- Y la parte de legítima que al testador corresponde de la herencia de su padre, don A.C.R.".

Don A.C.C., el otro hijo de don A.C.R., había fallecido intestado el 18 de octubre de 1963, casado con doña J.C.R., de cuyo matrimonio tuvo tres hijos, don A.N. (fallecido en 1990), doña M. (fallecida en 2012) y don J.C.C.

Mediante acta de notoriedad de declaración de herederos *abintestato* otorgada el 20 de septiembre de 2018, se declaró herederos abintestato de don A.C.C. a su hijo don J.C.C. en un tercio de la herencia; en otro tercio a los herederos del segundo hijo, don A.N.C.C., a falta de la declaración de herederos *abintestato*; y en el otro tercio a los herederos de la hija, doña M. C. C., es decir, doña M.J.T.C. y doña V.T.C. por mitad y proindiviso y sin perjuicio del derecho de usufructo del cónyuge viudo don J.T.T.

Don A.N.C.C. (nieto del causante) había fallecido intestado el 26 de noviembre de 1990 casado con doña H.D.C., dejando una hija llamada doña V.A.C. Mediante acta de notoriedad de declaración de herederos *abintestato*, de 30 de septiembre de 2020, se declaró heredera a su hija doña V.A.C., sin perjuicio del derecho del cónyuge viudo, doña H.D.C.

Mediante escritura de 2 de octubre de 2020, se otorgaron las operaciones de aceptación y adjudicación de la herencia causada por el fallecimiento de don A.C.R. En ese otorgamiento intervinieron don J.C.C. (nieto del causante), doña

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

M.J.T.C., doña V.A.C. y doña V.T.C. (bisnietas del causante). En la escritura se adjudicaban la herencia de la siguiente manera: a don J.C.C. se le adjudicaba la tercera parte indivisa del bien inventariado de la herencia; a doña V.A.C. se le adjudicaba la tercera parte del bien inventariado de la herencia, y a doña M.J. y doña V.T.C., se les adjudicaba la otra tercera parte indivisa por mitad entre ellas. En la escritura se manifestaba que "[e]n cuanto a los derechos legitimarios que pudieran corresponder a las hijas del causante, los mismos se encuentran prescritos al haber transcurrido más de treinta años desde el fallecimiento del causante". Posteriormente, mediante escritura complementaria de la anterior, otorgada el 28 de enero de 2021, los mismos intervinientes aclaraban que respecto del heredero don F.C.C., al haber fallecido sin descendientes, su participación en la herencia de su padre, don A.C.R., "se reduce a la legítima estricta; ostentando por tanto doña M.C.J., heredera de don F.C.C., la condición de legataria y no heredera, en la herencia de don A.C.R. […] habiéndose respetado como resulta de la propia escritura y del Expositivo I, los derechos legitimarios que a doña M.C.J. corresponden en dicha herencia"[41].

El titular del Registro de la Propiedad de Eivissa número 4 rechaza la inscripción. Argumenta que es necesario que en la partición de herencia de don A.C.R. concurra doña M.C.J. (heredera testamentaria de uno de los hijos, pero sin vínculos de parentesco con éste) o conste su renuncia. Se pone el acento en el diferente alcance que tiene la frase "sin descendientes" respecto a "sin sucesión". Al ser heredera doña M.C.J. de don F.C.C., ostenta la posibilidad de participar en la herencia de don A.C.R., ya que don F.C.C. falleció sin aceptar ni repudiar esa herencia (art. 1006 CC). Cuestiona también que los derechos de doña M.C.J. puedan considerarse un legado de legítima, como interpretaron los otorgantes de la escritura de partición. Y, en el fondo, destaca que, tratándose de una "interpretación forzada", a falta de albacea, no son ni el notario ni el registrador, sino el juez, quien debe resolver las dudas.

El recurso fue interpuesto por doña M.J.T.C. (una de las bisnietas del causante). Comenzaba por negar a doña M.C.J. la condición de heredera y, por ello, consideraba que no debía intervenir en la partición de herencia de don A.C.R. La razón de esa postura se encontraba en que, a pesar del tenor literal del testamento otorgado por don A.C.R., había que entender la

[41] En ningún momento se plantea discusión acerca del derecho aplicable a las diversas sucesiones.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

referencia a fallecer "sin sucesión" como fallecer "sin descendencia"[42]. Y así se decía que

> "[s]i se entendiera que se refiere a cualquier tipo de sucesor, esta disposición, realizada expresamente por el testador, carecería de relevancia pues hasta el Estado debería ser considerado como sucesor en virtud del art. 956 de nuestro Código Civil".

Esta interpretación se veía corroborada por el testamento otorgado por don F.C.C. (hijo del causante), donde con claridad se asumía esa interpretación[43].

En consecuencia, al haber fallecido don F.C.C. sin descendientes, su participación en la herencia quedaba reducida a la legítima estricta, y debía considerarse a doña M.C.J. como legataria.

Además, se rechazaba que doña M.C.J. tuviera, en tanto que legataria, que intervenir en la partición de herencia, porque sus derechos legitimarios (según se manifestaba) ya habían sido respetados; y porque sus derechos legitimarios ya habían sido determinados y no era necesario que consintiera la partición.

De nuevo, la cuestión planteada ante la Dirección General puede resumirse en una pregunta: ¿es correcto que unos herederos interpreten la previsión testamentaria de morir "sin sucesión" como fallecer "sin descendencia" a los efectos de reducir a la legítima estricta a otros posibles

[42] La quinta de las acepciones de la palabra "sucesión" en el Diccionario de la Real Academia Española es "[c]onjunto de los hijos de una persona y, por extensión, de los descendientes".

[43] La Dirección General destaca el contenido del testamento otorgado por don F.C.C. y las diferencias con el de su padre, pero no extrae las mismas consecuencias que la recurrente: "[E]s preciso aclarar, tal como se hace en la calificación, que, existe una diferencia importante entre la redacción del testamento de don A.C.R., y la que se recoge referida a ese en el posteriormente otorgado por su hijo don F.C.C. En el otorgado por don A.C.R. el día 4 de agosto de 1942 se expresa lo siguiente: «si alguno de los herederos nombrados falleciere sin sucesión (…)»; mientras que en el testamento de don F.C.C., de fecha 27 de mayo de 2003, se relata literalmente lo dispuesto en el testamento de su padre, pero del tenor siguiente: «Si alguno de los nombrados herederos falleciera sin descendientes (…)». En definitiva, se sustituyen las palabras «sucesión» por «descendientes». Esto ha servido para que los intervinientes en la partición hayan interpretado que la voluntad del primer causante era que acreciera en caso de fallecer uno de sus hijos falleciendo sin descendientes al otro, y, a partir de esta, hacen además otra interpretación de las cláusulas del testamento de don A.C.R. en el sentido de que al fallecer don F.C.C. sin descendientes, lo que le corresponde es «un legado de la legítima estricta»".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sucesores? La respuesta se encuentra en la RDGSJFP de 21 de octubre de 2021[44].

Destaquemos que la interpretación de una cláusula con una expresión similar ya se había planteado en diversas ocasiones, al establecerse sustituciones que se activaban con el fallecimiento del sustituido "sin sucesión". Entre otros, un lejano e indirecto precedente del problema interpretativo puede encontrarse en la STS de 18 de noviembre de 1930[45], pero la situación se ha repetido posteriormente[46].

[44] RJ 2021\5555.

[45] Roj: STS 1966/1930 - ECLI:ES:TS:1930:1966. En un testamento de 1888, un testador instituye heredera a su mujer en usufructo durante su vida, agregando que, por su fallecimiento, pasaran los bienes en plena propiedad y dominio a sus hermanos D. Belarmino y D. Jesús María y si alguno de los dos falleciere sin sucesión acrecerá su porción de herencia al superviviente. Tanto la esposa como los hermanos del testador le premueren, pero estos dejan hijos y se discute si la cláusula testamentaria implicaba una sustitución vulgar o se debía deferir intestadamente la herencia. El Tribunal Supremo confirma que esta segunda interpretación, sostenida por la Audiencia Territorial de Sevilla, debe ser mantenida porque no evidencia un error manifiesto y contradictorio con la voluntad del testador.

De esta sentencia, extraía Royo Martínez (1951: 79) una regla: "la expresión «morir sin (o con) sucesión» ha de entenderse en el sentido de «morir sin (o con) descendientes», pues entenderla en el sentido de «sucesión *mortis causa*» conduciría al absurdo, ya que todo el mundo muere, en este sentido, «con sucesión», por cuanto el Estado es, en último término, heredero *ab intestato* indefectible".

[46] En la STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963\447] se alude a las condiciones impuestas en una escritura de donación a uno de los herederos, "para el caso de fallecer sin sucesión". Vid. también STS de 5 de julio de 1966 [RJ 1966\3671].

En las disposiciones sucesorias, anteriores al Código Civil, que analiza la STS de 17 de julio de 1991 [RJ 1992\8288], se había previsto que "si las tres generaciones de la línea de doña María falleciesen sin sucesión, los bienes en que consiste el tercio y sobrante del quinto, pasen a los descendientes de mi hija Isabel". Para el Tribunal Supremo, ello significa que "ha de entenderse, en una elemental hermenéutica, en el caso de que falleciese su hija María, sin sucesión, los hijos de ésta sin sucesión, y los nietos sin sucesión, con los que quiere decirse que, si los nietos tuviesen sucesión, naturalmente éstos, asimismo, serían llamados como tales descendientes y, por lo tanto, con posibilidad de incorporar cualquiera que fuese el grado de la descendencia —abarcando pues a los tataranietos—…".

En la STS de 14 de abril de 2011 [RJ 2011\2753] que versaba sobre el alcance de la sustitución ejemplar, la cláusula rezaba: "sustituye ejemplarmente a su hijo Segismundo por sus primos don Clemente, don Agapito, doña Dulce y doña María Rosa sustituyéndolos vulgarmente, en los casos prevenidos por el Código civil, por los descendientes que dejaren y si alguno falleciese sin sucesión acrecerá su porción a los supervivientes".

La STS de 23 de mayo de 1991 [RJ 1991\3786] también aludía al fallecimiento de los sobrinos de la testadora "sin sucesión", pero a continuación se decía que si ninguno de los sobrinos "tuviera hijos a su fallecimiento…". En esta sentencia el problema era la transcendencia de una adopción.

Más dudas puede plantear el fallecer "sin sucesión legítima": *vid.* STS de 28 de junio de 1947 [RJ 1947\920]; o de 27 de mayo de 1961 [RJ 1961\2341].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Un caso especialmente claro es la STS de 15 de diciembre de 2005[47]. En un testamento de 1892 el testador había llamado como herederos a sus cuatro hijos "por partes iguales, entendiéndose que por fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda al fallecido o fallecidos al o los que sobrevivan". Y en otro testamento, complementario, de 1894 se establecía: "quiere el testador que si sus hijos naturales reconocidos como tales, [...] falleciesen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos abintestato del mismo…". Tras la muerte del testador (al que solo sobreviven tres hijos), fallece años después uno de los hijos del testador y sus otros dos hermanos se adjudican los bienes que había heredado de su padre. Posteriormente fallece otro de los hijos del testador, dejando dos hijos. Muere finalmente la última hija, que había a su vez adoptado una hija, a la que instituye heredera. Los dos nietos del testador consideraban que se les debían adjudicar los bienes heredados por su tía, frente a la hija adoptiva de ésta.

Según el Tribunal Supremo,

> "nos hallamos ante la interpretación de una cláusula contenida en una sustitución fideicomisaria condicionada a que el heredero fiduciario tuviera sucesión. Así, si el heredero tenía sucesión, se trataba de un heredero libre, mientras que, si carecía de ella, estaba sujeto a la obligación de traspasar los bienes a los herederos abintestato de su causante. Es correcta la interpretación de la sentencia recurrida según la cual se instituyó una sustitución fideicomisaria condicional sometida al hecho de que cada fiduciario falleciera habiendo tenido sucesión, es decir, hijos, en cuyo momento consolidaría la propiedad recibida del causante. Y habiendo tenido sucesores ambos hijos del testador, […] habiéndoles a la vez nombrado herederos en sus respectivos testamentos, hay que considerar que se cumplió lo previsto por el testador, por lo que eran herederos libres en el momento de su fallecimiento.
>
> […] A diferencia de lo que sucede en el art. 144 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (Ley 40/1991 de 30 de diciembre), en el Código Civil no existe una regla que permita interpretar la expresión

En la STS de 28 de abril de 1989 [RJ 1989\3280] se discutía la interpretación de una cláusula que prohibía la disposición de una heredera fiduciaria "sin tomar estado y sin sucesión", que falleció sin hijos, pero habiendo contraído matrimonio.

[47] RJ 2005\10157.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> sucesión discutida de una forma objetiva, pero las reglas de la sustitución fideicomisaria en el Código Civil nos llevan a la misma solución […] Efectivamente, el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición puesta por el testador es la de tener sucesión, por lo que nos encontramos ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre, y en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante. Y únicamente se puede saber si se ha incumplido o no la condición impuesta a la muerte del fiduciario, como ha ocurrido en este caso […] [R]esulta evidente que, en este caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque los dos hermanos […] fallecieron con sucesión. La referencia a la sucesión es por tanto genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, […] sino a sus sucesores, de manera que no se puede discriminar tal como pretenden los recurrentes y toda la alegación referida a la aplicación de la disp. trans. 8ª de la Ley 11/1981 resulta absolutamente artificiosa y contraria a lo realmente querido por el testador".

V. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA SOBRE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: EL ÁMBITO DE COINCIDENCIA

Tanto la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 como la de 21 de octubre de 2021 contienen unos párrafos absolutamente idénticos en lo que a la interpretación del testamento se refiere:

> "[E]s doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 29 de junio de 2015), que del artículo 675 del Código Civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme al sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático[48]; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Por su parte, la Resolución de 22 de junio de 2015, en la misma línea, señala que, según el artículo 675 del Código Civil, la interpretación de las cláusulas testamentarias «deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador»; que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento»; y que, en esa búsqueda de la intención más probable del testador, no se puede aplicar de forma automática el criterio de la interpretación restrictiva de los términos concretos utilizados, sino el de interpretación teleológica, debiendo atenderse especialmente al significado que esas palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador —que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (Sentencias de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001, entre otras)—, sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código Civil y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, Sentencias de 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de

[48] Sobre dichos elementos, *vid.* Simó Santonja, 1961: 384 y ss., Jordano Barea, 1999: 89 y ss., Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5202 y ss., Vaquer Aloy, 2008: 80 y ss., González Acebes, 2012: 40 y ss., Rubio Garrido, 2013: 5213 y ss., y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 707 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> mayo de 2002, 21 de enero de 2003 y 18 de julio y 28 de septiembre de 2005). Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (Sentencia de 18 de julio de 2005); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (Sentencia de 31 de diciembre de 1992); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, Sentencias de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.
>
> Ahora bien, «extra muros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogia», el [art.] 1284), no es menos cierto que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, pues preocupación —y obligación— del notario ha de ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje".

Aparentemente, este resumen de doctrina tiene poco de objetable[49]: es una síntesis muy canónica, pues se limita a exponer unos criterios bien con-

[49] La RDSJFP de 14 de octubre de 2021 es más prolija y ofrece este resumen a modo de recapitulación, porque previamente se ha explayado acerca de la interpretación del testamento: "Este Centro Directivo ha resuelto en numerosas ocasiones las discrepancias producidas en la interpretación de cláusulas y disposiciones testamentarias de dudosa redacción. Conviene recordar a estos efectos, la reiterada doctrina del Centro Directivo en esta materia: «El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código Civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código Civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios. En cualquier caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

1 de diciembre de 1985 establece que "a diferencia de lo que ocurre con los actos inter vivos, en los que el intérprete debe tratar de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tiene su punto de partida en las declaraciones del testador, su principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable, del testador en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación —causante y herederos— sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento —como ya se dijo en sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944 y 3 de junio de 1947 y se reitera en las de 20 de abril y 5 de junio de 1965, en el sentido precisado por las de 12 de febrero de 1966 y 9 de junio de 1971— y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático". En definitiva, en el núcleo de la interpretación de los testamentos debe prevalecer un criterio distinto de la interpretación de los contratos. Con todo, el artículo 675 CC no excluye la posible aplicación de algunos de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos contenidos en los artículos 1281 a 1289 CC.

Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. En este sentido, la Sentencia de 9 de noviembre de 1966: "atendiendo fundamentalmente a la voluntad del testador, para la que ha de tomarse en consideración todo cuanto conduzca a interpretar la voluntad verdadera, captando el elemento espiritual sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico y sistemático, más sin establecer entre ellos prelación o categorías". En consecuencia, la interpretación debe dirigirse fundamentalmente a interpretar la voluntad del testador con los límites de que el que puede aclararla en primera persona ya no vive, y el carácter formal del testamento, que exige partir de los términos en que la declaración aparece redactada o concebida.

La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador, esto es su voluntad real. La sentencia de 5 de octubre de 1970 exige para la interpretación matizada de la literalidad del testamento, que existan otros datos o elementos que claramente demuestren que fue otra la voluntad del testador, y que, si bien debe partirse del elemento literal, debe serlo siempre que la intención no parezca la contraria.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de fecha 26 de mayo de 2016 precisa y delimita algunos principios de interpretación: que ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias; Que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, así como, "ex analogia", el [art.] 1284); Que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

Así, en la Sentencia de 6 de febrero de 1958, tras afirmar que se ha de estar a los términos del testamento, indica que las palabras empleadas por el testador no han de entenderse siempre conforme el común sentir de la comunidad en el sector social "en el que se hallaba rodeado el agente"

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

solidados y sustancialmente indiscutidos. Pero acaso pueda reprochársele que incurre en reiteraciones que son perfectamente superfluas y, sobre todo, que la amplitud de criterios y pautas que maneja es de tal calibre que limita la utilidad del resumen. Al mencionarse tantos elementos interpretativos de modo simultáneo y con una jerarquización borrosa[50], se ofrece una doctrina

sino "en el propio y peculiar de este al referirse concretamente a sus bienes y derechos". En esta jurisprudencia se trataba de un huerto que consideraba la testadora cuando se refería a él, que incluía la edificación dentro del mismo. En parecido sentido la sentencia de 24 de marzo de 1983. "aunque el criterio prioritario deba ser el literal, hay que dar a aquellas palabras el significado que proceda en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes".

La sentencia de 26 de junio de 1951 se fija fundamentalmente en el elemento teleológico, que establece que, en la duda, debe preferirse la interpretación del testamento que le permita surtir efecto. El elemento lógico se destaca en la de 18 de diciembre de 1965. La sentencia asevera que el tenor del testamento a que se refiere el artículo 675 CC alude al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentimiento de una cláusula dudosa, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad.

La combinación armónica de los elementos gramatical, lógico y sistemático luce en la sentencia de 9 de noviembre de 1966: "atendiendo fundamentalmente a la voluntad del testador, para la que ha de tomarse en consideración todo cuanto conduzca a interpretar la voluntad verdadera, captando el elemento espiritual sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico y sistemático, más sin establecer entre ellos prelación o categorías".

Pero en la de 9 de junio de 1962 se había forjado la prevalencia de la interpretación espiritualista: se antepone la voluntad del testador a toda expresión errónea o incompleta. En la de 8 de mayo de 1979, no sólo se admite la prueba extrínseca, es decir, en hechos o circunstancias no recogidas en el testamento, sino que conductas posteriores pudieron constituir medios de prueba.

Por último, la elocuente sentencia de 10 de febrero de 1986, que ante la existencia de ambigüedad y consiguiente duda entre la voluntad del testador, su intención y el sentido literal de las palabras, da paso a los elementos lógico, sistemático y finalista, que no se pueden aislar de los otros, ni ser escalonados como categorías o especies distintas de interpretación, por lo que el artículo 675 no pone un orden de prelación sin que se excluya acudir a los medios de prueba extrínsecos, o sea, a circunstancias exteriores al testamento mismo, de muy diversa índole, "con tal que sean claramente apreciables y tengan una expresión cuando menos incompleta en el testamento, o puedan reconocerse dentro del mismo de algún modo". En este sentido la Sentencia de 6 de junio de 1992, que permite hacer uso "con las debidas precauciones de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta". En el mismo sentido las de 31 de diciembre de 1992, 30 de enero y 24 de abril de 1997 y 19 de diciembre de 2006»".

La amplitud de las referencias transcritas implica que la propia Resolución reproduzca fragmentos idénticos en sus diversos apartados, sin apreciar esa reiteración.

[50] La jurisprudencia señala que el "art. 675 no impone ni podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse dichos criterios, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera) o para apreciar, si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda), se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación": *vid.* entre otras, STS de 6 de marzo de 1944 [RJ 1944\303]; de 26 de noviembre de 1974 [RJ 1974\4490]; de 9 de marzo de 1984 [RJ 1984\1206]; de 10 de febrero de 1986 [RJ 1986\521]; y de 3 de marzo de 2009 [RJ 2009\1625]. *Vid.* también Simó Santonja, 1961:

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que sirve tanto para defender una lectura como la contraria. Basta con poner el acento en uno de los elementos o principios enumerados, frente a otros para que el resultado difiera radicalmente. Eso sí: es un cómodo texto que puede preceder a cualquier recurso que afecte a la interpretación del testamento, sin comprometer la decisión final[51].

VI. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA INTERPRETAR LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: LA MANIFESTACIÓN DE UNA DIVERGENCIA

Podría pensarse que, si las RDSJFP de 14 y de 21 de octubre de 2021 se asientan en una doctrina idéntica, el modo de abordar el problema de la interpretación del testamento debería ser también idéntico o, al menos, similar. Es cierto, sin embargo, que las soluciones pueden diferir si las circunstancias fácticas a las que debe ser aplicada esa doctrina presentan características diferenciales. Lo que resulta sorprendente es que, apoyándose en una doctrina común, las Resoluciones lleguen a resultados tan alejados.

1. La soltería permanente de la divorciada

La RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 descompone su análisis en dos fases: por un lado, cuál es la interpretación más adecuada de la cláusula testamentaria; y, por otro, a quién corresponde llevar a cabo esa interpretación.

En cuanto a lo primero, la Dirección General comienza por subrayar la falta de sentido de una interpretación puramente literal de la cláusula testamentaria:

> "[U]na interpretación literal pura de la condición aboca a la imposibilidad del cumplimiento de la misma, dado que resulta cierto y acreditado

378, García Amigo, 1969: 959-960, De la Iglesia Prados, 2004: 371, Vaquer Aloy, 2008: 98-99, Martínez-Provencio y Martínez, 2020: 459-460 y Garrido Melero, 2021: 242.

[51] Sugiero el siguiente experimento: suprímanse de ambas Resoluciones los párrafos transcritos. ¿Pierde coherencia la Resolución? ¿Se aprecia falta de fundamentación?

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> que la llamada como heredera estaba divorciada desde el 1 de febrero de 1999, fecha anterior al tiempo del otorgamiento del testamento —20 de abril de 2010— y que además continuaba en ese estado civil al tiempo de la apertura de la sucesión —23 de junio de 2020—. Por tanto, tiene indudable sentido la interpretación hecha por la heredera según la cual «(…) el testador quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera». Así, de considerarse la exigencia literal del «estado de soltera», la imposibilidad del cumplimiento de la condición, por aplicación del artículo 792 del Código Civil, llevaría a que se tuviera por no puesta".

No lo dice expresamente la Resolución, pero parece dar a entender que es preferible este enfoque, porque confiere vigencia a la condición, ya que una interpretación literal abocaría a la imposibilidad de cumplimiento de la propia condición y a tenerla por no puesta.

Y añade el Centro Directivo, en refuerzo de su argumentación, una consideración adicional, de alcance bastante más cuestionable. Señala la Resolución que

> "interpretar que el llamamiento estaría condicionado a que tras la apertura de la sucesión la heredera no contrajera matrimonio, no es posible por aplicación del principio fundamental «semel heres semper heres»".

Este argumento, que ya se apuntaba, pero en otro sentido, en el recurso del notario autorizante, carece por completo de explicación. La Resolución confunde la transcendencia de ese principio en el Derecho sucesorio del Código Civil. En el ámbito del Código Civil, los arts. 790, 791 y 805 evidencian que el criterio acogido es cabalmente el contrario: se admite que la institución de heredero esté sometida a condición resolutoria o a término final. A diferencia del Derecho romano y otros ordenamientos españoles, el Código Civil español rechaza el principio "semel heres, semper heres". Por ello, no tiene justificación alguna que se aluda a ese principio en esta controversia.

Más enjundia tiene otro argumento de la Dirección General, basado en la dificultad de explicación que entre hermanos (al que además se instituye heredero) pudiera ignorarse cuál era su verdadero estado civil, y la posibilidad de relacionar esta ignorancia con la causa falsa del art. 767 CC:

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "[R]esulta aventurado considerar la suposición de que el testador pudiera ignorar que su hermana designada heredera estaba divorciada diez años antes del otorgamiento del testamento y él creyera que estaba soltera. Pero en caso de que tuviera ese error, hay que recordar que el artículo 767 del Código Civil establece que la expresión de causa falsa en la institución de heredero se tendrá por no escrita. En cualquier caso, esta apreciación llevaría de nuevo a la imposibilidad del cumplimiento de la condición, y por tanto se debería entender por no puesta".

El planteamiento es similar al ya expuesto: si acudimos a la noción de causa falsa el resultado es que la condición se debe tener por no puesta, y la Dirección General parece preferir una lectura que dé posibilidad de aplicación a la condición y que no aboque a que se tenga por no puesta.

Desechadas estas posibles perspectivas, la conclusión se torna inevitable para el Centro Directivo, aunque se abre entonces la segunda fase, esto es, quién puede interpretar el testamento:

> "[S]olo queda la interpretación lógica, que además no es forzada, de que el testador deseara que la llamada no hubiera contraído matrimonio antes de la apertura de la sucesión. Queda ahora por determinar, a quien corresponde hacer esa interpretación y si cabe hacerla por sí sola la llamada como heredera".

La Dirección General comienza por recordar su doctrina acerca de quién está legitimado para interpretar el testamento.

> "[E]ste Centro Directivo se ha manifestado en la Resolución de 30 de abril de 2014[52] reiterada por muchas otras: «en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Así pues, la interpretación del testamento en caso de colisión [de] decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los Tribunales de instancia. Corresponde a los Tribunales

[52] La referencia a esta Resolución es errónea. El fragmento reproducido no se contiene en esa Resolución, sino, a lo que entiendo, aparece por primera vez en la RDGRN de 16 de mayo de 2018 [RJ 2018\2496].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de instancia interpretar el testamento y no al Tribunal Supremo, si bien, excepcionalmente, cabe que nuestro Alto Tribunal revise la interpretación realizada. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha seguido siempre el criterio de no examinar las conclusiones interpretativas efectuadas por los Tribunales de instancia ya que a ellos está atribuida la facultad de interpretar el testamento.

En cuanto a la interpretación hecha por los herederos, ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 19 de mayo de 2005, que "En la interpretación del testamento ha de estarse a su literalidad, y a las palabras ha de otorgárselas el sentido que de ellas se desprende... Ante una posible duda, esta ha de decidirse a favor del que se halle obligado a ejecutar la disposición —los herederos en este caso—, dado que el obligado debe entenderse obligado a lo menos. Del mismo modo, y por razón del criterio antes expuesto, en caso de existir duda sobre lo legado, la interpretación ha de hacerse a favor del que debe cumplir dicho legado.... Son los herederos, cuando lo son 'in locus et in ius', quienes han de realizar en primer término esa labor interpretativa"».

Así, ha afirmado este Centro Directivo, en Resolución de 30 de abril de 2014 y reiterado por otras, que serán todos los llamados a una sucesión —y no solo algunos de ellos— los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de ese Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de instancia".

La Dirección General no parece ser consciente de las sensibles diferencias que median entre los párrafos transcritos. No es lo mismo que la interpretación sea obra de "todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos" que decir que "en principio, la in-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

terpretación del testamento corresponde a los herederos"[53]. Habrá casos en que todos los interesados sean los herederos (actuales), pero en otros no (piénsese, por ejemplo, en el caso de legados condicionales).

El planteamiento de la Dirección General resulta, pues, suficientemente preciso: prevalece la interpretación concorde de todos los interesados en la sucesión[54]; en su defecto, la del albacea o contador-partidor, si es que existe; y, por último, la interpretación de los tribunales.

Este es un criterio general que, en principio, no se ve condicionado por el resultado de la interpretación, aunque la propia Dirección General apunta sensatamente que si, como consecuencia de la interpretación, se produce una privación del contenido patrimonial de un testamento, se debe excluir rotundamente la posibilidad de que uno solo de los interesados lleve a cabo la interpretación:

> "La Resolución de 23 de octubre de 2020[55] —citada por la registradora—, pone de relieve que, tratándose de una cuestión de interpretación,

[53] El argumento empleado por la Resolución, apelando a la de 19 de mayo de 2005 [RJ 2005\5615], en cuya virtud, en caso de duda, debe resolverse en favor del heredero, porque es quien se halla obligado a ejecutar la disposición y el obligado debe entenderse obligado a lo menos, no tiene consistencia. Por esta vía, y a través de la interpretación, los derechos de los legatarios podrían quedar irremisiblemente perjudicados.

[54] Sobre el denominado contrato de interpretación del testamento, *vid.* Vaquer Aloy, 2008: 132 y ss. y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 722.

[55] En la RDGRN de 23 de octubre de 2020 [RJ 2020\3983], la causante, en un testamento de 2011, manifiesta que no tiene descendencia de su matrimonio, pero que tiene un hijo adoptivo, al que lega la legítima estricta, instituyendo heredero a su sobrino. El sobrino otorga la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de los bienes, indicando que "dicha manifestación [relativa al hijo adoptivo] es meramente un error, dado que el citado don A.S., tiene otro nombre, y que estuvo acogido por la causante en la posguerra, sin que el mismo fuera nunca adoptado"; y se exhibe el Libro de Familia de la causante, en el que no figura inscrito hijo alguno.

Según la Dirección General, "[e]sto colisiona con la manifestación y disposición de la causante en su testamento, por lo que el heredero ha hecho una interpretación del mismo basada en el error de la testadora al otorgarlo. La primera cuestión, a los efectos que nos interesa ahora, estriba en si es posible que el heredero sin concurrencia de otros interesados pueda interpretar por sí solo el testamento y con ello decidir si hubo un error en las manifestaciones de la testadora y sus disposiciones […] En este caso, no hay designación de albaceas y además del heredero hay otro llamado del cual se dan datos de identidad —fue acogido por la testadora durante la posguerra—, y, el recurrente alega que tiene otro nombre, lo que indica que es conocido. Así pues, la pretensión del único heredero incide en la posición jurídica de terceras personas, puesto que existe un llamado como legitimario o en su caso los descendientes del mismo […] Como ha reiterado esta Dirección General, la privación del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso, provoque su pérdida de eficacia ya sea total o parcial; y ello porque el principio de salvaguarda judicial de los derechos (artículo 24 de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> «la privación del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso, provoque su pérdida de eficacia ya sea total o parcial; y ello porque el principio de salvaguarda judicial de los derechos (artículo 24 de la Constitución) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (artículo 658 del Código Civil), hace necesario que sea una declaración judicial la que prive de eficacia al testamento, y no sea uno de los interesados en la herencia quien lo decida». En el supuesto recogido en aquella Resolución —llamamiento por error de la testadora a un hijo adoptivo que no existía como tal inscrito en el Registro Civil—, no se consideró que las pruebas presentadas por el interesado fueran suficientes para subsanar el error padecido por medios objetivos e independientes de la voluntad del heredero, y, en consecuencia, la documentación presentada no pudo considerarse suficiente para dejar sin efecto la disposición testamentaria a favor del hijo adoptivo. En el caso de ahora, hay que analizar si esa documentación aportada para la interpretación y los razonamientos de los que se deduce la misma son suficientes o no para que la conclusión sea ecuánime y lógica".

En el fondo, lo que sugiere la Dirección General es que si la interpretación implica privación de derechos patrimoniales es necesario extremar la prudencia[56]. Pero añade una frase final que altera absolutamente ese criterio. Para el Centro Directivo, cobra relevancia el que la conclusión adoptada como consecuencia de la interpretación resulte "ecuánime y lógica". El cambio deviene muy importante: hasta aquí, la Dirección General no ha tomado en consideración a dónde nos conduce la interpretación, y solo ha perfilado un orden de legitimados para llevarla a cabo. Pero, con esa frase, la Dirección General viene a decir que, si la conclusión interpretativa es

la Constitución) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (artículo 658 del Código Civil), hace necesario que sea una declaración judicial la que prive de eficacia al testamento, y no sea uno de los interesados en la herencia quien lo decida. Así pues, se trata de determinar el contenido patrimonial del testamento y, para ello, hay que recordar las normas del Código Civil relativas a la interpretación de los testamentos […] [E]l llamamiento no está viciado, y para ser privado de eficacia, a falta de conformidad de todos los interesados, se hace necesaria una declaración judicial".

[56] Esta idea asoma también en la RDGSJFP de 31 de mayo de 2022 [BOE de 6 de julio de 2022], donde se analiza un testamento sin la firma del testador y la del notario autorizante y se reconoce que "tiene la apariencia de un título nulo, pero no se puede privar a quien de él derive algún derecho de la posibilidad de defensa de su validez por los medios que le proporciona la Ley".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

"ecuánime y lógica", ese orden de legitimación en la interpretación carece de relevancia. En otras palabras, si esa interpretación es "ecuánime y lógica" da igual quién haya sido el intérprete.

De este modo, el problema se traslada: ya no importa quién haya llevado a cabo la interpretación si ésta es ecuánime y lógica y no resulta forzada. Según esta RDGSJFP de 14 de octubre de 2021,

> "esa «trascendencia» se fundamenta en el efecto de la interpretación y en su contenido, esto es, en los elementos y deducciones de la misma, que hacen que sea lógica y ecuánime —no forzada—, o en otro caso forzada e interesada. En cuanto al efecto, ciertamente tiene la importancia de determinar si la instituida heredera cumple o no cumple con la condición del llamamiento. En cuanto a todo lo demás, se puede recapitular la deducción y conclusión de la interpretación en lo siguiente: que la heredera interpreta que el testador quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera; que esa interpretación se fundamenta en que la exigencia literal del «estado de soltera», lleva a la imposibilidad del cumplimiento de la condición, por lo que se debe tener por no puesta; que si se interpretara que el llamamiento estaría condicionado a que tras la apertura de la sucesión la heredera no contrajera matrimonio, no sería posible por aplicación del principio fundamental «semel heres semper heres»[57]; que, considerar la suposición de que el testador pudiera ignorar que su hermana designada heredera era divorciada —lo era diez años antes del otorgamiento del testamento—, resultaría absurdo, por lo que esta apreciación llevaría de nuevo a la imposibilidad de cumplimiento de la condición, y por tanto se debería entender por no puesta. Y conforme estos razonamientos, aun cuando el elemento literal o gramatical no sea conforme, es indudable que los elementos sistemático, lógico y finalista llevan a que no quepa otro tipo de interpretación, y que la interpretación hecha no es en absoluto forzada.
>
> En consecuencia, en este caso concreto, según los cánones hermenéuticos antes referidos, no cabe otra interpretación y, por tanto, no resulta forzada. Por ello, puede hacerla la llamada como heredera. Otra cosa sería el caso distinto de una interpretación forzada o que presentara complejas facetas o distintas posibilidades resultantes de la interpretación,

[57] Vuelve la Dirección General a incurrir en el mismo error.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> que abocaría a compartirla con otros llamados para el caso de no cumplirse la condición o a una resolución judicial. Pero en este supuesto concreto no es así, pues resulta evidente la voluntad del testador".

En mi opinión, resulta palmario que la Dirección General introduce un elemento nuevo en la cuestión de la interpretación testamentaria. Confiere transcendencia al resultado de la interpretación y desdeña otros factores a los que, en otras ocasiones, ha conferido relevancia. Antepone el que se trate (en su valoración) de una interpretación no forzada en lugar de subrayar la privación de derechos que deriva de una concreta interpretación. El problema adicional, como fácilmente puede suponerse, es que carecemos por completo de elementos para determinar cuándo una interpretación va a ser reputada ecuánime y lógica y cuándo va a ser considerada forzada. Si acontece lo primero, quién sea el intérprete pasa a segundo plano; si lo segundo, el orden de los legitimados para la interpretación se revela decisivo. Quizá pudiera admitirse este planteamiento de la Dirección General si en lugar de basarse en el carácter ecuánime, lógico y no forzado de una interpretación se hubiera fundamentado en que cierta interpretación es la única posible, sin caer en el absurdo. En tal caso, puede llegar a aceptarse que es indiferente quién sea el concreto intérprete. Acaso pueda cuestionarse que eso es en el fondo lo que quiere el Centro Directivo[58], pero debemos destacar que entre una interpretación única y una interpretación no forzada media un trecho no menor. Si caben varias interpretaciones no forzadas, es evidente que no existe una única interpretación.

2. La muerte sin sucesión

En la RDGSJFP de 21 de octubre de 2021 los argumentos se desarrollan de otro modo. La Dirección General comienza por constatar que en la escritura de aceptación de la herencia se encadenan dos interpretaciones de la cláusula testamentaria para justificar que no concurra la heredera de don F.C.C.[59]. Por un lado, la interpretación de la referencia a fallecer "sin sucesión", que se entiende en el sentido de "sin descendencia". Y, por otro,

[58] Puesto que alude a una interpretación que "presentara complejas facetas o distintas posibilidades resultantes de la interpretación". En ese caso, sí se debería compartir la interpretación "con otros llamados para el caso de no cumplirse la condición o a una resolución judicial".

[59] A la que de forma sorprendente se la denomina la "viuda" de don F.C.C.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la consideración que, como consecuencia de ello, los derechos sucesorios de don F.C.C. quedan reducidos a la legítima estricta y los derechos de su heredera en la sucesión de don A.C.R. se articulan como legado.

El Centro Directivo es plenamente consciente de las dificultades de la primera interpretación (que condiciona la segunda):

> "En cuanto a los términos empleados «sin sucesión», ciertamente cabría una interpretación lógica de las palabras del testador en el sentido de que su voluntad era la de que el acrecimiento fuera para el caso de fallecer «sin descendientes»[60], máxime, cuando el propio llamado recoge en su testamento las palabras de su padre, aunque modifique la concreta redacción —se desconoce si por error o con conocimiento e intención de aclararlo e interpretarlo él como heredero de su padre—. Pero también es cierto que, en sentido jurídico, en absoluto se equiparan ambos términos —descendientes y sucesores—, de manera que, en la legislación española, los descendientes tan solo tienen unos derechos legitimarios, y pueden ser llamados a la sucesión los extraños, lo que ocurre en este supuesto, que ha sido instituida heredera doña M.C.J. En definitiva, como bien se ha señalado en la calificación, la ley de la sucesión «mortis causa» es la voluntad del testador contenida en el testamento, por lo que, bien puede defenderse también la interpretación según la cual «sin sucesión» sea sin llamamiento hecho (si bien, al ser posible la sucesión intestada, jurídicamente nadie fallece sin sucesión, aunque sea abintestato). En cualquier caso, sea cual fuere la interpretación de este término «sin sucesión»[61], existe una cláusula debatida que se ha de interpretar".

No hay en esta Resolución apoyo en la transcendencia de una interpretación ecuánime, lógica o no forzada[62]. La Dirección General no atiende al resultado de la interpretación y, como veremos, decide en función de la

[60] Curiosamente, también se da, en ocasiones, el fenómeno contrario. Como pura anécdota, en relación con un testamento en que claramente se establecía una sustitución en caso de fallecimiento "sin hijos", Díez-Picazo (1959: 690) resume el caso, cuya sentencia comenta, indicando que el heredero fallece "sin sucesión y bajo […] testamento".

[61] En la STS de 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10138], aunque la previsión no era determinante, se había incluido una cláusula testamentaria para el caso en que hijo mejorado falleciera "sin herederos".

[62] La RDGSJFP de 21 de octubre de 2021 también alude, muy brevemente, al carácter forzado de la interpretación, pero no en relación con el alcance de la cláusula testamentaria relativa a morir "sin sucesión", sino a la consideración de la heredera de don F.C.C. como legataria de legítima.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

legitimación para interpretar. El enfoque de la Dirección General es más sencillo:

> "se trata de la interpretación de una cláusula testamentaria que tiene transcendencia, que admite debate, y supone conflicto de intereses. Por tanto, esto aboca a la cuestión relativa al quiénes han de realizarla".

En el plano de la legitimación para interpretar el testamento, el criterio de esta Resolución puede considerarse clásico. Reproduce la referencia a las RDGRN de 30 de abril de 2014 (de nuevo, erróneamente) y de 19 de mayo de 2005. Es la misma doctrina que sustenta la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021, pero, al no incluir la alteración derivada del resultado de la interpretación, esa doctrina conduce a unas conclusiones totalmente distintas:

> "En el concreto supuesto de este expediente, tratándose de la interpretación de una cláusula del testamento de evidente transcendencia, en el momento de la partición la heredera de don F.C.C., a la que afecta directamente la interpretación realizada, debe concurrir como interesada".

3. ¿Cuál es el criterio de la Dirección General?

La comparación entre las RDGSJFP de 14 y de 21 de octubre de 2021 suscita cierta perplejidad en cualquier lector. Las dos Resoluciones se asientan aparentemente en la misma doctrina, tanto sobre la interpretación testamentaria como sobre la legitimación para interpretar el testamento. Sin embargo, la primera de esas Resoluciones introduce como factor para alterar la jerarquía entre los legitimados para interpretar el testamento, una perturbadora y enigmática referencia a que la interpretación efectuada sea ecuánime, lógica y no forzada.

Lo que la Dirección General pretende, al introducir ese factor, responde probablemente al intento de evitar la judicialización de la sucesión. Si no existen albaceas o contadores-partidores[63], cualquier controversia

[63] Sobre las facultades interpretativas del albacea y del contador-partidor, *vid.* Jordano Barea, 1999: 138-141, Vaquer Aloy, 2008: 129-132 y González Acebes, 2012: 80-91 y 92-94. Para Rubio Garrido (2013: 5222), "[l]a interpretación verdadera del testamento lo lleva a cabo, en exclusiva, la jurisdicción. Las facultades de interpretación que se reconocen al albacea o al contador-partidor están

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

interpretativa entre los herederos debería ser resuelta judicialmente. Y, como he apuntado, es muy fácil que en una sucesión se produzcan dudas interpretativas, en especial si los llamamientos están de una u otra forma condicionados. La interpretación del alcance de las condiciones se torna, con frecuencia, un campo de minas. Para evitar esa judicialización, la Dirección General da relevancia al resultado de la interpretación: si es ecuánime, lógica o no forzada, no importa que sea efectuada por uno de los sucesores[64].

La Dirección General no dice cómo identificar al heredero cuya interpretación prevalece: obsérvese que en la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 quien interpreta es el heredero sometido a condición y en la de 21 de octubre de 2021 se rechaza la interpretación de unos herederos que perjudica a una heredera situada en su mismo (o, incluso preferente) nivel sucesorio. ¿Cabe deducir que se admitirá la interpretación no forzada del heredero preferente y se rechazará cuando el heredero que interpreta es uno entre varios situados en el mismo plano? No queda nada claro y lo cierto es que, si la razón por la que se admite una interpretación es por su ecuanimidad y lógica, debería ser indiferente quien interpreta.

---

en otro plano: son, por así decir, como actos dotados, 'prima facie', de ejecutividad (como los actos administrativos), pero sujetos siempre a la revisabilidad última de los Tribunales".

[64] En otras ocasiones, la Dirección General ha utilizado expresiones diferentes. En la RDGRN de 16 de mayo de 2018 [RJ 2018\2496] se analizaba si en las cláusulas testamentarias existía una contradicción o una simple imprecisión terminológica. La Dirección General se inclina por pensar que "[n]o se trata de una contradicción entre cláusulas pues a la misma persona se le lega en proindiviso con otras una finca registral —ya que pertenece la totalidad de la misma a la testadora— y a continuación se le hace legado de otra finca junto con participaciones indivisas de otras dos, de las cuales, una de ellas es la que ha sido legada antes, con lo que parece una reiteración, pudiéndose hablar efectivamente de imprecisión terminológica pero no de contradicción. Pero […] la cuestión que se debate es la de si el heredero puede realizar la interpretación adecuada para solucionar la defectuosa redacción de esta cláusula en el supuesto concreto". Y dice el Centro Directivo, tras reiterar sus referencias a las RDGRN de 30 de abril de 2014 y de 19 de mayo de 2005, que "habiendo sido interpretado el testamento por el heredero único a falta de albacea que lo haga por caducidad de su cargo, y tratándose de una simple imprecisión terminológica, debe ser aceptada la interpretación realizada, sin perjuicio de recordar que de los artículos 859 y 860 del Código Civil, resultan las obligaciones que tienen todos los herederos —en este caso el heredero único— de entrega de los legados y del cumplimiento en este punto de la voluntad de la testadora. Por último, resulta convincente la interpretación que el notario realiza de la voluntad de la causante, ya que la apertura de la sucesión ocurre bajo la vigencia del último testamento otorgado por la misma, autorizado por el mismo notario que autoriza la manifestación del legado, y que participó en la redacción de la cláusula testamentaria, lo que favorece su conocimiento de lo que efectivamente era la voluntad de la testadora (interpretación auténtica)". De interpretación "convincente" se habla, pues, en este caso.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pero, en mi opinión, la principal debilidad de este recurso al carácter ecuánime y lógico de la interpretación estriba en que se presenta como un criterio borroso y poco preciso. No tenemos datos para saber cuándo la Dirección General entenderá que una interpretación es o no forzada. Y esa valoración resulta clave para admitir una determinada lectura del alcance del testamento[65].

Como he indicado, la pluralidad de elementos interpretativos contribuye a acentuar la inseguridad. Bastará con poner el acento en uno u otro elemento para que la interpretación se revele como ecuánime o como forzada.

No es el momento de ponderar si entender la frase "mientras permanezca en estado de soltera" como "mientras no contraiga matrimonio" es una interpretación, como dice la Dirección General, ecuánime y lógica. Lo que importa subrayar es que no se detecta tampoco una interpretación forzada al entender que morir "sin sucesión" significa fallecer "sin descendencia". ¿Por qué en un caso se considera una interpretación ecuánime y lógica y en el otro se considera irrelevante?

De lo que no cabe duda es de que, con esta referencia al resultado de la interpretación, la Dirección General dispone de un nuevo instrumento para apartarse de su doctrina cuando, por las razones que sea, lo considere oportuno. Ignoramos sin embargo cuándo el Centro Directivo activará ese instrumento.

VII. SOLUCIONES ALTERNATIVAS: ¿ERA NECESARIO CENTRAR LA CUESTIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO?

Como se ha expuesto, la Dirección General centra su análisis en cuestiones interpretativas y resuelve en función de esos criterios. No es dudoso que era necesario proceder a la interpretación de los testamentos que dan lugar a esas controversias. Pero la pregunta que cabe formularse es si no hubiera podido llegarse a un resultado semejante, sin necesidad de limitarse

[65] Más aún: el recurso a un concepto tan impreciso e indeterminado casa mal con el procedimiento registral y la extensión y los medios de calificación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a abordar la discusión en ese terreno y evitando introducir cierta confusión en el funcionamiento de la propia interpretación.

1. La soltería como condición

Recordemos que la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 concluye admitiendo que la heredera instituida lo es en tanto no contraiga nuevo matrimonio. La Resolución efectúa diversas menciones a la consideración de esa "soltería" de la heredera divorciada como una condición impuesta a la heredera. Pero no extrae de esa línea argumental especiales consecuencias. Y es probable que el abandono de esa línea se conecte con el defectuoso entendimiento del principio sucesorio "semel heres, semper heres"[66].

Situado el problema en el ámbito de la condición, hay dos cuestiones que merecen ser analizadas. Por un lado, una disposición en la que un testador instituye heredera a su hermana "mientras permanezca en estado de soltera" supone, a poco que se reflexione sobre ello, una condición de no contraer matrimonio. Y esta condición se somete, por razones históricas[67], a un régimen especial[68]. En efecto, en su párrafo primero el art. 793 CC establece con toda claridad que:

> "La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste".

Nos hallamos, por tanto, ante una condición absoluta de no contraer matrimonio impuesta por un hermano. No se trata, pues, de uno de los sujetos que sí pueden imponerla (como el viudo/a o los ascendientes o descendien-

[66] Considerar que la institución de heredera no podía estar sometida a condición porque contradecía el principio "semel heres semper heres" no tiene justificación alguna. La doctrina coincide al considerar que el Código Civil español no recoge ese principio y que, como se demuestra con sus preceptos, nada impide una condición resolutoria o un término final: vid. Torralba Soriano, 1991: 1964 y Galicia Aizpurua, 2013: 5760. Para los orígenes y la evolución del principio, *vid.* Murillo Villar, 2021.

Con claridad, la RDGRN de 27 marzo 1981 [RJ 1981\1790] destaca que ese principio romano no ha sido recogido en el Código Civil español.

[67] *Vid.* Galicia Aizpurua, 2013: 5769.

[68] Ampliamente, Aparicio Carrillo, 2012: 1433 y ss., Vaquer Aloy, 2015: 11 y ss. y Quesada González, 2018: 79 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tes del viudo/a). La consecuencia no admite discusión. Al ser impuesta por un hermano, la condición se tiene por no puesta y la institución se purifica. Nada impediría heredar a la hermana del testador.

Por otro lado, también cabe enfocar la cuestión como una condición imposible[69]. Dado que no cabe que permanezca en estado de soltería quien ya se ha casado[70], es una condición que debe ser calificada como imposible y, en tal caso, debe aplicarse el régimen del art. 792 CC, en cuya virtud

> "Las condiciones imposibles […] se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa".

Por lo tanto, la conclusión sería la misma que la que se obtenía a través del art. 793 CC: la condición se tiene por no puesta y la heredera podría adquirir la herencia de su hermano sin mayores problemas.

No desconozco que, bien por la vía del art. 793 CC, bien por la del art. 792 CC, aunque el resultado práctico inmediato sea semejante al que se llega en la Resolución, concurre una importantísima diferencia. Con el planteamiento de la Resolución, la condición testamentaria mantiene su vigencia: si en algún momento, la hermana instituida heredera contrae matrimonio se verificará la condición resolutoria impuesta por el testador (tal y como es interpretada por la Dirección General) y aquella dejará de ser heredera. En cambio, con el recurso a los arts. 792 o 793 CC, la condición se tiene por no puesta, lo que significa que, aunque la hermana instituida heredera contrajera matrimonio, ello ya no tendría relevancia alguna en el mantenimiento de la condición de heredera.

2. La intervención del transmisario

Parecidas consideraciones pueden efectuarse, al menos parcialmente, en relación con la RDGSJFP de 21 de octubre de 2021. Si la cuestión esencial

[69] *Vid.* Quesada González, 2018: 54 y ss.

[70] Siempre cabría pensar, como apunta con agudeza el notario recurrente, en la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad del matrimonio que ya se disolvió por divorcio, pero entonces resulta difícil constatar (salvo que se quiera extremar la retroactividad de la nulidad) esa permanencia de estado que se deduce de la institución de heredera.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estriba en determinar qué significado debe atribuirse a la previsión de fallecer "sin sucesión", cabría, desde una interpretación literal, entender que se trata de una condición imposible, en la medida que toda persona, al morir, abre un fenómeno sucesorio. Si morir sin sucesión es jurídicamente imposible, una condición que se construya tomando en consideración esa hipótesis debe ser reputada una condición imposible y debe, con base en el art. 792 CC, tenerse por no puesta. Sin embargo, aunque se menciona el art. 792 CC entre los "vistos", la Resolución no desarrolla esta línea argumentativa. Cabe aventurar que la Dirección General no tiene claro cómo interpretar esa expresión ("sin sucesión"), puesto que si bien la recurrente estima que debe reputarse equivalente a "sin descendencia", no deja de apuntarse que quisiera significar "sin sucesión testamentaria", "sin llamamiento hecho" o "sin testamento".

Además, el Centro Directivo tiene en cuenta otra circunstancia, más rotunda, que le permite soslayar aquella línea. En la medida que se está analizando la sucesión de don A.C.R. (el testador que impuso la condición de morir "sin sucesión") y su hijo don F.C.C. (el que murió sin descendencia, pero instituyendo heredera a doña M.C.J.) no llegó a aceptar ni repudiar la herencia de su padre, no cabe duda de que pasa a doña M.C.J. esa misma facultad por aplicación del art. 1006 CC[71]. Ello significa que, con independencia de cómo se interprete esa previsión de morir "sin sucesión" y del tipo de llamamiento de esa heredera, doña M.C.J. debe concurrir a la herencia de don A.C.R.

Y así, dice la Dirección General que

> "[e]n cuanto a la consideración de doña M.C.J. como legataria y no como heredera —segunda de las interpretaciones realizadas por los intervinientes en la escritura—, entiende la recurrente que la participación en la herencia de don A.C.R. que corresponde a doña M.C.J. se limita a la legítima estricta, ya que el testamento dispone «(…) su parte, que exceda de la legítima pasará al otro»; y que «su hijo F. heredará (…) lo demás de la finca, que es

[71] Y soy consciente de que, en cuanto al "ius trasmissionis", ante los problemas suscitados por las denominadas doctrina clásica y moderna, no hay ninguna solución buena, por lo que hay que optar por la menos mala. Con anterioridad a la STS de 11 de septiembre de 2013 [Roj: STS 5269/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5269], puede verse Jordano Fraga, 1990 y García García, 1996; después de esa sentencia, *vid.*, entre otras muchas aportaciones, Serrano de Nicolás, 2014: 189 y ss., Pascual de la Parte, 2018: 1845 y ss., Rivero Sánchez-Covisa, 2020 y Mariño Pardo, 2022. Sobre las importantes consecuencias fiscales, *vid.* STS (cont.) de 5 de junio de 2018 [Roj: STS 2183/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2183]; y de 29 de marzo de 2019 [Roj: STS 1146/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1146]; y Martorell García, 2022.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> conocida por (…)»; y estando completamente determinados los derechos, se ve reducida su participación en la herencia a la legítima estricta, por lo que en la escritura se han respetado sus derechos legitimarios.
>
> Lo cierto es que doña M.C.J. es heredera de don F.C.C., y que en virtud del *ius transmissionis*, concurre como heredera de su causante en la sucesión de don A.C.R.; el registrador entiende que es muy discutible considerar que existe un legado de legítima como interpretan los otorgantes, dado que es una interpretación forzada. Además, como bien señala el registrador, aun aceptando esa interpretación y considerando que doña M.C.J. fuera legataria de legítima por *ius transmissionis* en la herencia de don A.C.R., es necesaria su intervención en la partición de herencia, tanto si se considera que es un legado de parte alícuota de legítima, como de legado de cosa específica de legítima.
>
> Efectivamente, si es legataria de legítima —legado de parte alícuota—, y aunque se acepte la interpretación de los otorgantes de la escritura de fecha 28 de enero de 2021, se hace necesaria su concurrencia en la partición de la herencia porque el legatario de parte alícuota debe intervenir en la misma; es reseñable que en el testamento de don A.C.R. resulta «del remanente de sus bienes (…)». Si se interpreta que es legado de cosa específica de legítima, también debe concurrir a la partición porque los coherederos le deben entregar ese bien específico objeto de legado, al no poder ocuparlo por su propia autoridad".

Dada esta conclusión, la interpretación de la cláusula pierde importancia y, por ello, la cuestión planteada podía haberse resuelto aligerando los argumentos vinculados con la interpretación del testamento. Para llegar a este resultado no era necesario perderse en los vericuetos de la interpretación.

VIII. OTRAS CUESTIONES: INTERVENCIÓN NOTARIAL E INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

1. Preliminar

Los testamentos que dan lugar a las RDGSJFP de 14 y de 21 de octubre de 2021 son testamentos abiertos notariales[72]. Ese rasgo común permite

[72] Es de destacar que en la segunda Resolución el testamento había sido otorgado en 1942.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

plantear una cuestión adicional: ¿deben los testamentos notariales abiertos ser objeto de alguna matización en cuanto a los criterios generales de interpretación?

Conviene advertir que, en punto a la interpretación testamentaria, la intervención notarial se constata en dos momentos absolutamente diferentes. En un primer momento, cuando se trata de testamento notarial abierto, el notario es quien traslada la voluntad del testador al propio testamento[73]. Hay aquí, como es evidente, una primera función interpretativa (al menos, en un sentido amplio), conferida en exclusiva al notario y que contribuye a conformar y plasmar la voluntad testamentaria[74], que luego será objeto de interpretación[75].

Pero, además, el notario puede intervenir en un segundo momento, aquí sin asomo de exclusividad ni de preferencia en cuanto a la interpretación: al autorizar la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, puede ser necesario proceder a la interpretación de la voluntad manifestada por el causante, sea en un testamento notarial abierto, sea en otro tipo de testamento. El notario puede, en este punto, asumir la interpretación propuesta por los herederos aceptantes o colaborar en lo que entiende la correcta interpretación de la disposición testamentaria.

---

[73] Para Puig Brutau (1962: 512), "la primera interpretación del testamento es la del notario al conocer y dar forma a la última voluntad del testador". Vaquer Aloy (2008: 125) niega que ello signifique que pueda considerarse al notario como intérprete de la voluntad del testador, porque, entre otros argumentos, el testamento aún no existe. No cabe duda de la exactitud de esa afirmación en sentido riguroso. Pero en la práctica el notario no se limita a transcribir la voluntad del testador, sino que su función es mucho más compleja y acaba por contribuir a la plasmación de la voluntad que se refleja en el testamento. *Vid.* también López Frías, 2004: 155-160.

[74] *Vid.* Rivas Martínez, 2020: 761 y ss.

[75] ¿Qué valor se debe atribuir a la testifical del notario autorizante? Con carácter general, no se le puede atribuir un valor decisivo. Es solo una prueba más para tratar de precisar cuál fue la voluntad del testador. *Vid.* Vaquer Aloy, 2008: 126.

Un ejemplo puede verse en la STS de 29 de abril de 2008 [RJ 2008\1993]. La Audiencia Provincial había interpretado la cláusula testamentaria en que se aludía a las "acciones que posee la testadora en el Banco Central" como referida a todas las acciones depositadas en esa entidad bancaria y no sólo a los títulos que representaban una participación en el capital de ese banco. El Tribunal Supremo acepta esta interpretación literal y rechaza también asignar "valor determinante a las manifestaciones del notario ante el que se produjo el otorgamiento, que pudieran llevar a una interpretación distinta como la sostenida por los demandados, pues dicho fedatario no ha dado explicación adecuada de por qué razón cuando se refiere el testamento a las acciones de la empresa Cruz Campo se usaría la preposición "de" y cuando alude a las de Banco Central la preposición "en" para identificar en ambos casos uno y otro grupo de acciones".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Verificada esta dualidad, también es necesario poner de manifiesto que puede acontecer que coincida el notario que autorizó el testamento con el que autoriza la escritura de aceptación y adjudicación de herencia[76], pero que, obviamente, puede no ser así[77]. La cuestión que cabe plantear también es si, en el primer caso, la doble intervención del mismo notario, en la medida que conoció de primera mano la voluntad del testador, merece una valoración distinta que la del notario que solo interviene en la segunda de las escrituras públicas.

2. La intervención notarial en la plasmación de la voluntad del testador

La característica del testamento notarial abierto, frente al testamento notarial cerrado o el ológrafo, estriba, como es bien sabido, en que el testador manifiesta su voluntad al notario[78]. Es una fase en la evolución del testamento nuncupativo[79].

Con las debidas adaptaciones, dado su carácter general, del art. 147 RN se desprende que el notario debe redactar el testamento conforme a la voluntad del otorgante, "la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico", e informará al otorgante del valor y alcance de su redacción. Obviamente, en un negocio como el testamento, el aspecto más importante de la actuación notarial consiste en esa indagación, interpretación y adecuación de la voluntad del testador al ordenamiento jurídico[80].

[76] Así sucede en la RDGRN de 16 de marzo de 2015 [JUR 2015\107057] y el Centro Directivo lo destaca: "resulta convincente la interpretación que los albaceas realizan de la voluntad del causante, ya que la apertura de la sucesión ocurre bajo la vigencia del último testamento otorgado por la misma, aproximadamente dos años antes, autorizado por el mismo notario que autoriza la manifestación del legado, y que participó en la redacción de la cláusula testamentaria, lo que favorece su conocimiento de lo que efectivamente era la voluntad de la testadora (interpretación auténtica)".

[77] Un caso especialmente singular es el de la RDGSJFP de 31 de mayo de 2022 [BOE de 6 de julio de 2022], en el que el testador era el notario autorizante, pero en el que falta la firma del otorgante y autorizante.

[78] *Vid.* Rivas Martínez, 2020: 354. Como decía Ossorio Morales (1957: 74), el "valioso asesoramiento técnico" del notario "hace sumamente difícil que se contengan en él disposiciones ineficaces o contrarias a ley, tan frecuentes en el testamento ológrafo y en el cerrado".

[79] *Vid.* Badosa Coll, 1993: 1054 y ss. y Marsal i Guillamet, 2000: 253-255.

[80] Doral García (2014: 527) señala que "[l]o ordinario es que el notario se haya ocupado en el otorgamiento de evitar dudas y pleitos pero en la versión del otorgante". Agudamente, recordaba Puig Brutau (1962: 512) que "en ocasiones la última voluntad del causante no es más que un estado

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No se trata, pues, en modo alguno, de que el testador dicte su voluntad al notario y éste se limite a su transcripción[81].

El art. 695 CC se centra en otros elementos de ese proceso, referidos exclusivamente al testamento. Por un lado, el testador debe expresar "oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al notario". Por otro, el notario debe redactar el testamento con arreglo a esa voluntad. Y, finalmente, "advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz[82] para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad[83]. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir". El art. 695 CC omite lo que prevé la reglamentación notarial, esto es, cómo la voluntad del testador se debe plasmar en el testamento, mediante esa indagación, interpretación y adecuación al ordenamiento jurídico.

Es fácil imaginar que en ese tránsito de la voluntad del testador a su testamento pueden suscitarse problemas de diverso tipo. En el esquema del art. 695 CC, el testador debe expresar su voluntad al notario y este, tras indagar cuál es su voluntad, interpretarla y adecuarla al ordenamiento jurídico, redacta el testamento, para que luego lo lea el testador o se lo lea el notario, y el testador manifieste su conformidad[84]. Pero las dificultades pueden plantearse en cada uno de esos extremos. ¿Puede el notario recibir las primeras instrucciones del

de ánimo más o menos vago y al notario corresponde convertir esta realidad psicológica en una institución jurídica".

[81] Como se indicaba en el art. 565.II del Proyecto de Código Civil de 1851 o en el art. 692 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888: *vid.* González Porras, 1987: 50-51.

[82] Según la STS de 4 de mayo de 1977 [RJ 1977\1946], "la doctrina jurisprudencial tiene establecido que no es preciso que se exprese en el testamento que la lectura se ha hecho en alta voz, siempre que conste que el notario leyó el testamento, pues ha de inferirse que lo haría para que se enterasen los que con su firma habían de autorizarlo".

[83] En el testamento analizado por la STS de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8402], el notario había hecho constar que "el presente testamento ha sido redactado según minuta que me presenta la compareciente" y que "leo a todos este testamento, por su elección, y, en su contenido, se ratifica la otorgante y firma con los testigos". Dice el Tribunal Supremo que "llena las exigencias legales y significa constancia de que lo leído se ajustaba tanto a la repetida minuta, cuando a la expresión de su última voluntad, porque ratificar vale tanto como aprobar o confirmar una cosa que se ha dicho o hecho".

[84] ¿En qué momento de la expresión de la voluntad del testador debe situarse el acto de otorgamiento? ¿Cuál es el valor que debe conferirse a la redacción del testamento? Sobre estas cuestiones y el enfoque notarial y civil, *vid.* Badosa Coll, 1993: 1045-1050 y 1073-1078.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

testador de un tercero[85]? ¿Puede conformarse la voluntad del testador a través de un interrogatorio formulado por el notario[86]? ¿Cuál es el grado de margen con que cuenta el notario para interpretar la voluntad del testador y adecuarla al ordenamiento[87]? ¿Cómo debe procederse a la redacción del testamento[88]? ¿Qué valor debe asignársele a la minuta entregada al notario[89], más allá de la

[85] Ossorio Morales (1957: 81) negaba esa posibilidad. Parecidamente, Rivas Martínez (2020: 355) considera esencial que las instrucciones las reciba el notario del propio testador y no de persona distinta o por mediación de un tercero. Como reconoce González Porras (1987: 119; *vid.* también Martínez Espín, 2013: 5346), "no hay inconveniente alguno en que se pueda, como ocurre diariamente, consultar con el Letrado o persona de confianza que no sea el fedatario y de acuerdo con sus instrucciones se prepare la nota que incluso el propio Abogado lleva a la Notaría, para que el notario cuide personalmente, de la redacción definitiva, siempre de acuerdo con lo dicho en la nota entregada".

[86] En opinión de Ossorio Morales (1957: 82; *vid.* también González Porras, 1987: 54 y 60, Martínez Espín, 2013: 5345 y Rivas Martínez, 2020: 357), resulta "muy dudosa y negada generalmente por la doctrina, la validez del testamento *ad alterius interrogationem*, en que el testador se limite exclusivamente a responder a las preguntas que el notario u otra persona le dirijan en orden a las disposiciones que quiere realizar, por no existir entonces una espontánea manifestación de voluntad, cuya iniciativa concibe la ley como partiendo del propio testador; lo cual no excluye la posibilidad de que el notario le dirija las preguntas necesarias para invitarle a que precise o aclare su voluntad". A mi juicio, una conclusión semejante parece excesiva. Lo que el Código Civil exige es la expresión de la voluntad del testador y queda en un segundo plano el modo en que se manifiesta o se da a conocer. En esta línea, quizá convenga distinguir, como hace Badosa Coll (1993: 1075; vid. también Marsal i Guillamet, 2000: 149 y ss.) entre la voluntad de testar y la voluntad de contenido testamentario (*vid.* art. 1953.1º y 2º LEC'1881).

[87] Badosa Coll (1993: 1076) indica que la voluntad del contenido testamentario tiene dos versiones: la originaria del propio testador y la notarial. Según Puig Brutau (1962: 512), "la voluntad del testador no sólo ha de ser indagada, sino incluso complementada […] [E]l notario no recibe la última voluntad formada de manera irrevocable, sino que la recibe cuando puede y debe dialogar con ella".

Garrido Melero (2021: 45) explica que "[l]a experiencia personal de muchos años me indica que no siempre el encargo inicial […] corresponde con la voluntad última del testador, que debe ser modulada por la intervención del notario. En la inmensa mayoría de los casos la persona quiere disponer de sus bienes a favor de una o varias personas pero no sabe cómo hacerlo y espera del servicio notarial un 'consejo'. El notario interroga al particular, le pregunta sobre su situación familiar, y va poco a poco 'construyendo' su voluntad. Si el particular tuviera que redactar su testamento en muy poco se parecería al redactado por el notario y, sin embargo, este es el que expresa con mayor exactitud su voluntad. Los términos vulgares son transformados en términos jurídicos y se va conformando la planificación sucesoria que el testador intuía pero [no] sabía técnicamente como expresarla".

[88] Obviamente, la atribución de la redacción del testamento al notario no identifica el hecho material de escribirlo, sino, como apuntaba Ossorio Morales (1957: 82-83), "la labor técnica de dar forma en términos jurídicos a la voluntad expresada por el testador". *Vid.* también González Porras, 1987: 65-66, Martínez Espín, 2013: 5346 y Rivas Martínez, 2020: 359-360. Sobre la valoración de la prerredacción del testamento, *vid.* Albaladejo, 1992: 632-634.

[89] La Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, de 9 de noviembre de 1874 (*Gaceta de Madrid*, de 19 de noviembre de 1874, núm. 323), ya decía en su art. 1º que "[l]os notarios redactarán con claridad y concisión las cláusulas de las escrituras en que

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

previsión del art. 147 RN, relativa a la constancia de redacción según minuta? ¿Debería el notario conservar la minuta entregada por el testador? ¿Puede el notario seleccionar solo alguno de los aspectos de la minuta presentada por el testador para adecuar el resto al ordenamiento jurídico[90]? ¿Cómo debe manifestar su conformidad el testador[91]?

Repárese, además, en que el art. 695 CC alude a la última voluntad del testador. Sin embargo, a la vista del mantra introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, relativo a la relevancia de la "voluntad, deseos y preferencias" de la persona con discapacidad (que menciona expresamente el art. 665 CC), quizá sea lógico trasladarla a toda persona con independencia de su discapacidad. Puede pensarse que, con carácter general, quien no sufra una discapacidad traducirá en la manifestación de su voluntad esos deseos y preferencias, pero no existe razón sensata para que el notario, tratando de indagar e interpretar esa voluntad, no atienda también a los deseos y a las preferencias del testador, aunque no se hayan convertido en su voluntad manifestada. El notario, por tanto, no debería limitarse a averiguar la voluntad del testador, sino que debería alcanzar hasta sus deseos y preferencias. Con ello, la labor del notario se amplía y dificulta.

Estas cuestiones imponen además una reflexión acerca del modo en que se preparan las disposiciones testamentarias en ciertas notarías. Es probable que las disposiciones del Código Civil presupongan un modelo de notaría que no es universal. Es evidente la imposibilidad de generalizar el funcionamiento de las notarías en España, habida cuenta de su enorme diversidad. Pero lo que es cierto es que la inmediatez en el trato con el notario varía sustancialmente. No sería lógico que el primer contacto con el posible testador fuera directamente con el notario. Es conveniente que exista un primer filtro a través de los empleados de la notaría, para recabar los datos esenciales y para tener una idea aproximada de la complejidad del testamento. Pero, superado este primer filtro, la práctica notarial es muy variada, pudiendo existir situaciones en las que el empleado redacta un borrador de testamento, en su caso, bajo la supervisión o con el modelo

se declaren los derechos y obligaciones de los otorgantes; y si bien procurarán atenerse literalmente á las minutas que estos les entreguen de sus contratos cuando así lo verifiquen, ó á las instrucciones reales que les dieren siempre que notaren en ellas ambigüedad, confusión o falta de claridad, lo advertirán á los interesados, proponiéndoles la redacción que en su concepto exprese mejor el sentido de lo que se hubiere estipulado".

[90] Lo admite Rivas Martínez (2020: 359), con referencia a la STS de 18 de abril de 1916 [Roj: STS 201/1916 - ECLI:ES:TS:1916:201].

[91] De "comprobación de la fidelidad de la redacción" habla Badosa Coll (1993: 1083).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

básico preparado por el notario, y el notario solo toma contacto con el testador cuando se procede a la lectura del testamento, introduciendo en ese momento las correcciones que se revelan oportunas si no hay ajuste entre la voluntad del testador y la redacción del testamento[92]. Lo que importa es la adecuación entre esa voluntad y esa redacción y, en buena medida, el planteamiento de los arts. 695 y 696 CC se halla lastrado por su evolución histórica desde un testamento nuncupativo y un modelo casi artesanal de la profesión notarial. La realidad actual, que no minusvalora la voluntad del testador, evidencia una práctica más flexible que la que se desprende de esos preceptos.

Por ello, hay que situar en su contexto los criterios jurisprudenciales que propugnaban una interpretación estricta de esas normas. Téngase en cuenta que, en ocasiones, la fidelidad a esas normas era la fórmula utilizada por los tribunales para descartar la validez de disposiciones testamentarias que resultaban problemáticas desde otros puntos de vista, fundamentalmente el de la capacidad y auténtica voluntad del testador.

Alguna sentencia antigua había, en efecto, mantenido un criterio riguroso acerca del modo en que el testador debía manifestar su voluntad[93]. La

[92] Señala Garrido Melero (2021: 49) que "[e]n la práctica habitual de los estudios notariales se procede a la lectura por el propio notario que vuelve a indagar la voluntad del testador o que la oye en ese momento y asume la autoría del documento. Es una segunda comprobación de la voluntad del compareciente y en muchas ocasiones también en este momento se vuelven a producir cambios o rectificaciones de última hora" (*vid.* también Garrido Melero, 2021: 230-231).

[93] En esa línea también se inscribe la STS de 16 de junio de 1997 [RJ 1997\5411]: "el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual —del que es ejemplo el artículo 1255 del Código Civil— quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos , como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal —imperativamente impuesto— predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código".

También puede mencionarse la STS de 21 de junio de 1986 [RJ 1986\3788], que considera nulo un testamento en el que no se consignó la hora de su otorgamiento: "Primero, para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina, conforme el artículo 687 del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus sentencias de 28 de octubre de 1965, 27 de septiembre de 1968 y 8 de marzo de 1975, que declaran que «el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior»; Segundo, es por ello por

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

STS de 25 de noviembre de 1902[94] entendió que del art. 695 CC derivaba que

> "es condición esencial del testamento abierto que el redactado por el notario lo haya sido en virtud de instrucciones del testador y no de las que pueda recibir de distinta persona, debiendo constar al efecto en alguna forma tales instrucciones, con lo que se evita ó puede evitar la sorpresa á que en determinado caso y de otra suerte podría realizarse poniendo delante del testador como expresión de su voluntad disposiciones no pensadas ni acordadas por el mismo para que ratifique lo que no había tenido ocasión ni acaso intento de manifestar; sin que en tal supuesto pueda estimarse como válido semejante testamento, aunque se haya leído y firmado en los términos prevenidos en el expresado artículo, por faltarle la garantía del antecedente referido […]
>
> [E]n el testamento otorgado por Doña Dolores Vaamonde Malvido no aparece consignado nada que haga referencia á expresión hecha por la testadora de su voluntad previa de testar, y sólo sí que el notario se constituyó en la casa mediante requerimiento especial, llevando el testamento redactado, que fué leído en presencia de todos los testigos, firmando uno de ellos por la testadora, á su ruego, por no poder hacerlo á causa de su enfermedad, sin que en la sentencia se declare tampoco probado hecho alguno relativo á los antecedentes que debieron preceder á la formación de dicha lectura, con aquiescencia de la testadora […]
>
> [D]ado el terminante precepto del artículo antes citado y razón evidente del mismo, no es la expresión previa de la voluntad del testador una circunstancia que deba presumirse y deducirse legalmente del hecho de que un testador asienta y se manifieste conforme con el contenido del testamento después de escrito, porque tal expresión previa tiene una virtualidad propia, y el alcance de que de tal modo se manifieste la resolu-

lo que ha de expresarse en el testamento «la hora» en que fuera otorgado, exigencia formal contenida en el artículo citado, cuya sentencia apareja la nulidad, sentencias de 18 de junio de 1896 y 19 de enero de 1928; Tercero, el carácter imperativo indudable de tal norma, determina su aplicación por los Tribunales, cuando se denote tal inobservancia formalista, a la luz de lo que establece el párrafo tercero del artículo 6 del Código sustantivo, lo que apareja la declaración de nulidad del acto o documento que adolezca de la falta de cumplimiento de un requisito formal, nulidad que conforme a las sentencias invocadas por la recurrente, de 27 de mayo y 27 de octubre de 1949, puede declararse, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio".

[94] Roj: STS 57/1902 - ECLI:ES:TS:1902:57.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> ción de testar, dando así al acto posterior mayor garantía de libertad y espontaneidad; y como según lo antes expuesto ni en el testamento de que se trata ni en la sentencia recurrida aparece nada concreto relativo á la circunstancia referida, es manifiesto que en este sentido y concepto son de estimar las infracciones alegadas…".

También la STS de 8 de abril de 1965[95] mantuvo una postura rigurosa, al considerar nulo un testamento en el que

> "la testadora no pronunció palabra alguna y únicamente sonidos guturales inarticulados que pudieran interpretarse tanto de conformidad como de lo contrario, que el notario no intervino más que en la redacción y lectura del testamento sin ninguna actuación o conversación previa con la otorgante y que los testigos instrumentales si bien en un principio interpretaron aquellos sonidos en el sentido de aquiescencia a lo que se leía, entienden que no lo fue en realidad, deduciendo de todo ello y del estado de salud de la otorgante —edad, enfermedad apopléjica, anomalías psíquicas, actitud pasiva, etc.— que carecía de la capacidad necesaria para testar, lo que desvirtúa el juicio u opinión contraria sostenida por el notario…".

Esa línea jurisprudencial, sin embargo, convivía con otras sentencias que mantenían un criterio más flexible. Así, la STS de 18 de abril de 1916[96], en relación con dos testamentos otorgados con tres años de diferencia en los que el testador[97] había entregado minuta al notario (conforme al ant. art. 696 CC), indicó que:

> "si bien el art. 695 del Código Civil exige en los testamentos abiertos que al otorgarlos comience el testador haciendo expresión de su voluntad ante el notario y testigos, para después pasar á redactarla, y que dicha circunstancia es esencial no sólo porque la ley la prescribe, sino porque con ella se significa un deliberado propósito, excluyente de las sorpresas que de otra suerte pudieran realizarse, como nada impide que los testa-

[95] Roj: STS 3198/1965 - ECLI:ES:TS:1965:3198.

[96] Roj: STS 201/1916 - ECLI:ES:TS:1916:201.

[97] El testador había sufrido una hemiplejía y tenía escasos medios de expresión, pero no carecía por completo de ellos, como se acredita con las declaraciones del notario y testigos instrumentales, con el resto de la prueba testifical y con las manifestaciones de los facultativos que asistieron al acto del otorgamiento.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> dores faciliten previamente á los notarios autorizantes las instrucciones oportunas, á fin de preparar el acto del otorgamiento, cuando así consta probado, queda cumplido aquel requisito en su finalidad y espíritu si, reunidos luego el notario y los testigos, el testador ante ellos expresa ó da claramente á entender su absoluta conformidad con el testamento redactado…".

La STS de 9 de octubre de 1956[98] analiza un supuesto en que "las instrucciones previas contenidas en una nota escrita, dada al notario autorizante para la redacción del testamento cuya nulidad se solicita, no le fué entregada por el mismo testador, sino por otra persona". Dijo el Tribunal Supremo que

> "los artículos 695 y 696 del Código Civil entre los que no existe diferencia esencial alguna, respetando la función del notario, en orden a la redacción del testamento, por ser un instrumento público otorgado bajo su fe, permiten que el testador le exprese su voluntad, bien de palabra, bien por escrito en notas, borrador o minuta que le facilite antes o en el mismo acto del otorgamiento, mostrando el testador su conformidad con el proyecto redactado, después de su lectura, que había de ser hecha por el notario en alta voz, según previene el citado artículo con los demás requisitos en él exigidos, que, cumplidos, integran la formación del testamento […]
>
> [E]s indudable el sentido de los preceptos legales citados y de la doctrina legal invocada, todos los cuales sancionan el principio de que la voluntad expresada en el testamento ha de emanar del propio testador y no de un extraño, y por eso las sentencias de esta Sala que la manifiestan han cuidado celosamente de examinar las circunstancias en que el testamento fué otorgado, como la citada por el recurrente de 25 de noviembre de 1902, para deducir que fué suplantada la voluntad de una anciana en el lecho poco antes de morir, sin que en el testamento apareciera ni se consignara nada referente a la expresión hecha por la testadora de su voluntad previa de testar, supuesto distinto al del caso actual, pues la sentencia recurrida admite, sin oposición en el recurso, ateniéndose al testimonio del notario autorizante, que éste, si bien recibió la nota, conforme a la que debía ser redactado el testamento, por conducto de un

[98] Roj: STS 306/1956 - ECLI:ES:TS:1956:306.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> nieto del testador, hizo constar que quien debía decirle cómo había de ser su testamento era el otorgante don Leonardo, y añade que antes de autorizar el testamento existió previa conformidad la minuta, conformidad y asentimiento pleno y total manifestado por el testador en presencia de los testigos, y esta ratificación de la minuta con anterioridad al otorgamiento impide admitir que fuera extraña a la voluntad del testador y producida por persona distinta, que es lo que no autorizan los preceptos legales invocados, que no han podido ser infringidos por la sentencia recurrida, y con mayor razón si se advierte que en el recurso no se discute la capacidad del testador, que falleció más de un año después, en cuyo lapso de tiempo pudo modificar el testamento…".

Ya la STS de 5 de junio de 1894[99] había dicho que

> "aun en la hipótesis de que la sentencia tuviera por justificado el hecho de que la redacción del testamento fué anterior al otorgamiento del mismo, todavía sería improcedente el recurso en su segundo motivo, porque ni el art. 695 ni ningún otro del Código civil prohibe que, como diligencia previa al otorgamiento, útil y necesaria muchas veces por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias, el testador participe su voluntad al notario para que se redacte por éste con estudio y detenimiento que garanticen en el acto solemne del otorgamiento la exactitud y claridad de lo que ha de ser fiel expresión de la libre y espontánea voluntad del testador, observándose las solemnidades del otorgamiento y existiendo la unidad de acto cuando el testador manifieste claramente su propósito al notario y á los testigos; sin que indique la ley por quién ni dónde ha de redactarse el testamento, ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento…".

La STS de 30 de noviembre de 1991[100] niega que ciertos hechos (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, el transcurso de varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero) afecten a la unidad de acto. Y señala que

[99] Roj: STS 186/1894 - ECLI:ES:TS:1894:186.
[100] RJ 1991\8582.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "[r]eiterada jurisprudencia se ha referido, sin aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al notario han de ser verbales o escritas, bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas. Por otro lado, dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador según se acreditó, es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes[101], constando su lucidez mental. Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla; y su asentimiento según STS de 4 de mayo de 1977, a la redacción del testamento puede deducirse del propio testamento, como así ocurre según los hechos declarados probados en la instancia".

La STS de 26 de marzo de 2006[102] rechaza que la expresión de conformidad con el testamento leído en voz alta por el notario otorgante sea un requisito de forma:

> "No le da esta Sala la consideración de fórmula expresa y solemne, sino que entiende que lo exigido legalmente es una manifestación de voluntad del testador, que puede revestir diversas modalidades según las circunstancias, siempre que de ellas se deduzca inequívocamente aquella conformidad. En el caso de autos la testadora manifestó quedar enterada del testamento y lo firmaba, después de la lectura del notario ante ella y los testigos. No hay duda alguna de su conformidad. El artículo 695 no determina la expresión de la misma como una formalidad testamentaria

[101] En la STS de 24 de noviembre de 2004 [RJ 2004\7554], se señala que el testador, "en tal acto de otorgamiento, pudo manifestar su voluntad, ya que en el presente caso hubo comunicación directa entre el testador y el notario, de tal forma que éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad, como un requisito sustancial del negocio jurídico de testamento abierto, sin que además, por otra parte, ello, sea un requisito que exija una formalidad expresa y concreta. En resumen, que en el presente caso el testamento cuestionado está hecho de conformidad con la voluntad del testador, sobre todo cuando las instrucciones que dio el testador eran de una gran simplicidad, y que su lectura sólo necesitaba unos movimientos afirmativos de cabeza".

[102] RJ 2006\1590.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> especial y autónoma, sino que sólo indica la finalidad que tiene la lectura por el notario".

Como puede constatarse, conviven en el tiempo dos tendencias diversas, una extremadamente rigurosa en la exigencia del cumplimiento de las formalidades legales, y otra mucho más flexible en la interpretación y en la aplicación de esos requisitos. No hay elementos que permitan intuir por qué una sentencia se inclinará en un sentido u otro, a la vista de los aspectos contemplados en los arts. 694 y ss. CC. Probablemente, se busca una cobertura en esos preceptos que justifique la validez o la invalidez del testamento, basada en realidad en otros aspectos, señaladamente la capacidad del testador. Dicho de otro modo: no son pocas las ocasiones en que el Tribunal Supremo apela a una interpretación rigurosa de esas normas cuando intuye que era muy discutible la capacidad del testador, pero no podía llegarse a ninguna solución concluyente por esa vía.

Por ello, en el plano del alcance de los arts. 694 y ss. CC, esta postura más flexible es la que, a mi juicio, debe mantenerse y debe presidir su lectura. Por mucha importancia que se pretenda atribuir a las formalidades, no podemos olvidar que están encaminadas a garantizar que la voluntad del testador se plasma en su testamento[103]. Los problemas de capacidad del testador no deben resolverse desde la perspectiva de las exigencias previstas en los arts. 694 y ss. CC.

Una vez redactado el testamento, y producido el fallecimiento del testador, esa intervención del notario en la plasmación de la voluntad testamentaria puede incidir adicionalmente en su interpretación. ¿Qué transcendencia debe asignarse, en punto a la interpretación del testamento, al hecho de que se trate de un testamento abierto notarial[104]? La doctrina de la Dirección General, repetida en diversas Resoluciones[105], entre ellas las aquí analizadas, es muy clara:

[103] Para un enfoque de las formalidades como garantía de la libertad de testar, *vid.* Vaquer Aloy, 2016: 10 y ss.

[104] *Vid.* Garrido Melero, 2021: 241. Según la STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2006 [RJ 2006\3999], "la primera aproximación a dicha voluntad viene necesariamente impuesta por los términos utilizados en la redacción de aquél […], sobre todo cuando la intervención de determinados profesionales (Abogados, notarios) que concurrieron a la plasmación de la voluntad del disponente, puede hacer pensar lógicamente que lo que se dijo en el testamento es lo que se quiso decir".

[105] RDGRN de 25 de septiembre de 1987 [RJ 1987\6574]; de 27 de mayo de 2009 [RJ 2010\1649]; 18 de enero de 2010 [RJ 2010\650]; de 29 de junio de 2015 [RJ 2015\4433]; de 19 de octubre de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario autorizante debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje".

Este criterio significa que, en principio, los términos empleados en un testamento abierto notarial se deben entender en su sentido técnico-jurídico. Naturalmente, este criterio general que confiere una peculiar transcendencia al hecho de que se trate de un instrumento notarial no excluye que la voluntad del testador no haya recibido una adecuada plasmación jurídica[106]. Y, por supuesto, nada supone respecto a los extremos del testamento en los que la función del notario carece de relevancia, como la identificación de los sucesores o de las concretas atribuciones efectuadas[107].

La práctica notarial testamentaria se limita a la autorización del propio testamento. No hay documentación previa o complementaria vinculada al testamento. Ni siquiera en el caso en que el testamento se haya otorgado mediante minuta del testador se conservan esas instrucciones o indicaciones. Con ello se evitan, obviamente, las dudas acerca del carácter testamentario de esa minuta, pero se prescinde de un elemento del máximo interés para conocer la voluntad del testador[108]. Hay que plantear la posibilidad de

2015 [RJ 2015\6492]; de 26 de mayo de 2016 [RJ 2016\3997]; de 14 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5760]; de 21 de marzo de 2018 [RJ 2018\1882]; de 16 de mayo de 2018 [RJ 2018\2496]; de 5 de julio de 2018 [RJ 2018\4761]; de 27 de febrero de 2019 [RJ 2019\1409]; de 3 de julio de 2019 [RJ 2019\3059]; de 22 de enero de 2020 [RJ 2020\1902]; y de 28 de enero de 2020 [RJ 2020\1892]; y RDGSJFP de 15 de julio de 2021 [RJ 2021\4150]; de 5 de octubre de 2021 [RJ 2021\5536]; de 15 de diciembre de 2021 [RJ 2021\5831]; y de 14 de julio de 2022 [BOE de 2 de agosto de 2022].

[106] Jordano Barea, 1999: 97 y González Acebes, 2012: 39. No siempre la redacción notarial es sinónimo de claridad y de precisión. Un ejemplo puede verse en la RDGRN de 30 de abril de 2014 [RJ 2014\3227]: "aunque el testamento no reviste en su redacción la claridad que corresponde a la redacción notarial" (aunque no se diga en la Resolución que el testamento sea abierto, tampoco se afirma que sea ológrafo o cerrado). Piénsese también en el caso de la SAP de Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2017 [JUR 2017\306434], en el que, en un testamento notarial, un abuelo designaba como tutores testamentarios de sus nietos a ciertos parientes, cuando, al parecer y por lo que se desprendía de otras cláusulas y de las manifestaciones del notario autorizante, lo que deseaba era designarlos como administradores testamentarios.

[107] Piénsese, por ejemplo, en todos los problemas interpretativos suscitados como consecuencia de la incompleta o defectuosa identificación de las fincas mencionadas en el testamento.

[108] Hay un problema colateral: ¿podría plantearse una eventual responsabilidad notarial en caso de que se constatara que la redacción final del testamento no se adecuó a las instrucciones proporcionadas? El supuesto es difícil de verificar en la medida que siempre el testador ha de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

modificar el planteamiento tradicional en cuanto a la autorización de los testamentos notariales, con la finalidad de introducir aspectos que, sin merma de la escritura pública, permitan preconstituir elementos probatorios por si surge cualquier tipo de controversia[109].

3. La intervención notarial en la interpretación del testamento

La actuación del notario puede también adquirir cierta importancia al autorizar la escritura de aceptación y adjudicación de los bienes hereditarios[110]. De hecho, la controversia sobre la interpretación del testamento suele plantearse en este momento. Al redactarse el testamento, nadie cuestiona su interpretación. La razón es evidente y no merece mayor comentario: se trata de un acto cuya eficacia se encuentra supeditada al fallecimiento del testador. Solo cuando el testador muere y se debe determinar quién es su sucesor o qué derechos y bajo qué requisitos confiere se plantea cuál es la interpretación del testamento que más se ajusta a la voluntad del testador.

En este ámbito, la interpretación que lleva a cabo el notario no reviste un especial valor, más allá del que se desprende de su formación jurídica cualificada y de su condición de profesional independiente (art. 1 RN). El notario

manifestar su conformidad a la redacción del testamento (art. 695.I CC) y no son extraños los casos en que el testador modifica ante el notario su decisión. La no conservación de la minuta puede evitar que se suscite esta discusión sobre responsabilidad y sobre el valor testamentario de unas instrucciones manuscritas.

[109] A pesar del disfavor con el que tradicionalmente ha sido visto el testamento configurado mediante interrogatorio del testador, quizá convenga plantearse la posibilidad de introducir en la práctica notarial testamentaria mecanismos que permitan indagar la voluntad del testador de modo más estandarizado, sin perjuicio, naturalmente, de efectuar los matices derivados de cada situación concreta. Se trataría, en cierto modo, de recurrir a formularios similares a los previstos, por ejemplo, para el crédito inmobiliario, como FEIN o FIAE, para aquilatar más claramente la voluntad testamentaria. Carentes de efectos testamentarios "per se" estas fichas podrían contribuir de modo más eficaz a precisar la voluntad del testador. En el fondo, recogerían la práctica habitual de la mayoría de notarías, aunque se formule ahora de modo verbal.

Quizá sería exagerada la previsión de mecanismos de grabación de ciertos actos, que hoy tecnológicamente resultan muy sencillos y que podrían facilitar no solo la interpretación del testamento, sino despejar las dudas acerca de la capacidad del testador, que es una cuestión que ha aparecido en muchos de los litigios sobre interpretación del testamento. Aunque estas grabaciones no cuestionen el valor de la escritura pública, pueden plantear discusiones hasta ahora inexistentes o residuales acerca de la fidelidad con la que el notario recogió la voluntad del testador y abrir la puerta a una posible responsabilidad profesional.

[110] No olvidemos que esta escritura se considera documento de cuantía: Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios: Anexo II, cuarta norma.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

no está legitimado para interpretar el testamento. Su función se limita a la autorización de la correspondiente escritura a instancias de los interesados[111]. Son todos los interesados en la sucesión, el albacea, el contador-partidor o el árbitro quienes ostentan esa legitimación; y, en última instancia, corresponde a los tribunales decidir sobre el sentido de las disposiciones testamentarias.

Únicamente puede intentarse conferir un especial valor a la intervención del notario en este segundo ámbito cuando es el mismo notario que autorizó el testamento del cual deriva esta sucesión y, por lo tanto, se encuentra en una posición más propicia para determinar qué es lo que pretendía establecer el testador. Pero éste es un elemento que no confiere "per se" ningún valor adicional a la interpretación recogida en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia. Es simplemente un dato que puede contribuir a que quienes estén legitimados para interpretar el testamento puedan acercarse con mejores razones a la determinación de la voluntad del testador.

IX. OTRAS CUESTIONES: PROTECCIÓN DE LOS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN

Uno de los problemas más delicados que se suscita en la materia de la interpretación testamentaria se sitúa, sin duda, en la protección de los interesados en la sucesión. Es llamativo, no obstante, que, a pesar de esa transcendencia, la cuestión no haya sido abordada con la intensidad que merece.

La posición de los interesados revela su importancia cuando se plantea, por un lado, la posibilidad de que todos los interesados en la sucesión puedan interpretar de modo coincidente una disposición testamentaria[112]. Cuando tal cosa sucede, no hay motivos para apartarse de esa interpretación. Y, por otro lado, aun en los casos en que no se verifica esa interpreta-

[111] Puede suceder hipotéticamente que se otorguen dos escrituras de aceptación y adjudicación de herencias, instadas por dos herederos diversos, que aleguen haber cumplido la condición impuesta el testador y que acrediten, por ejemplo, mediante testificales (falsas, obviamente, o, al menos, parciales) incorporadas a un acta de notoriedad, ese cumplimiento.

[112] *Vid.*, por ejemplo, RDGRN de 30 de abril de 2014 [RJ 2014\3227]: "es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento…".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ción unánime, y se considera aceptable una cierta interpretación, se deja a salvo el derecho de los otros interesados para hacer valer judicialmente sus pretensiones.

Este criterio parece razonable, pero se enfrenta a una dificultad sustancial: ¿a quién debemos considerar interesados en determinada sucesión[113]?, ¿de quién debemos recabar su consentimiento a los efectos de admitir, sin más, cierta interpretación?, ¿a quién reconocemos legitimación para cuestionar la interpretación inicialmente aceptada?[114].

En el Código Civil aparece la expresión "interesados en la sucesión" en el art. 718.III, en relación con el testamento militar; e "interesados en la herencia" en el art. 736.II, en relación con el testamento hecho en país extranjero. Pero las referencias a los "interesados" son frecuentes en el ámbito sucesorio, aunque no necesariamente con el mismo alcance: arts. 690. II, 693.III, 798.II, 821.III, 829, 903.II, 910, 960.I, 961, 1005, 1024, 1056.II, 1057.II, 1066.II o 1080 CC.

[113] Un caso claro es el de la RDGRN de 25 de septiembre de 2019 [RJ 2019\4481]. En un testamento de 26 de febrero de 2019, el causante manifestaba "que se encuentra divorciado de su único matrimonio contraído con doña M.T.M.F., con quien tiene pensado volver a casare [sic] el próximo día 7 de marzo de 2019"; y ordenaba las siguientes cláusulas: "Primera.— Lega a su citada cónyuge el usufructo vitalicio universal de sus bienes y derechos. Segunda.— En el remanente o en la totalidad si su cónyuge le premuere o por cualquier otra causa no llega a sucederle, instituye heredero a su citado hijo, J.A.M., sustituido en caso de premoriencia o incapacidad por sus descendientes…". El testador fallece el 5 de marzo de 2019, sin haber vuelto a casarse. El hijo acepta la herencia y se adjudica los bienes porque el legado es ineficaz dado que, al fallecimiento del causante, éste estaba en estado de divorciado, por lo que carecía de cónyuge.

La Dirección General mantiene que se debe respetar lo dispuesto en el testamento "aun cuando concurre la circunstancia de que en el momento en que se otorga el testamento ya está divorciado y se refiere a la legataria como su «cónyuge», si bien manifiesta su intención de contraer de nuevo matrimonio con ella". El Centro Directivo no desconoce el criterio de las STS de 26 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4258] y de 28 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4071], pero indica que "respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma […] Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de legataria de la excónyuge del causante".

[114] Piénsese, por ejemplo, en el supuesto analizado por la RDGRN de 18 de enero de 2010 [RJ 2010\650], en que existía un legado en favor de una fundación en constitución: *vid.* Cobas Cobiella, 2010.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Los preceptos que más se aproximan a la identificación de qué debe entenderse por interesado en la herencia son, por un lado, el art. 690.II CC, que ofrece una ejemplificación, pero no exhaustiva: "cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto". Claro está es que esa referencia (por lo demás, adecuada) a "cualquier otro concepto" deja la cuestión abierta. Por otro lado, el art. 959 CC, por la remisión que efectúa el art. 960.I CC, permite considerar como interesado a cualquiera que tenga "a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir" por la verificación de determinado evento.

Como es esperable, este mismo problema se constata en la normativa notarial y en otros textos[115]. Piénsese, por ejemplo, en el art. 57.2 LN, donde, en relación con el testamento cerrado, se alude a que, si una persona se considera a sí misma interesada, si "fuese extraño a la familia del fallecido, además, deberá expresar y acreditar en la solicitud [al notario para que requiera a la persona que tenga en su poder un testamento cerrado para que lo presente ante él] la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento"[116]. O en el art. 59.2 LN, que, respecto a la apertura del testamento cerrado, menciona a "[l]os parientes del testador u otras personas en quienes pueda presumirse algún interés". Cuando el art. 57.3.I LN señala que el notario debe requerir "a quienes pudieran tener interés en la herencia, de acuerdo con lo manifestado por el compareciente", deberá requerir, "en todo caso si le fueran conocidos, al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para que promuevan el expediente ante notario competente, si les interesase".

La identificación de los interesados en una sucesión constituye uno de los aspectos en los que cobra especial sentido la diferencia entre vocación y delación. Entendida la vocación como llamamiento potencial y abstracto a la sucesión debe incluirse entre los mismos a todos aquellos que, en función de la concurrencia de determinadas circunstancias, pueden suceder al causante. Es obvio que, para suceder al causante, será necesaria la delación,

[115] Por ejemplo, art. 3.1 LJV: "[p]odrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos…".

[116] Cfr. art. 1957.II LEC'1881. *Vid.* también art. 64.3 LN.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

esto es, la posibilidad concreta de aceptar esa herencia, en su caso, excluyendo a otros vocados.

La STS de 4 de mayo de 2005[117] distingue, de modo casi pedagógico, entre vocación y delación hereditarias[118]:

> "En las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante, se sigue por la vocación a la herencia, como llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados y se llega a la delación, ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar a un derecho subjetivo, *ius delationis*, que facultan la adquisición por la aceptación. La vocación, pues, alcanza a toda persona que ha sido designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero abintestato; es decir, todo sucesor eventual o posible, que se concretará cuando conste quién es o quiénes son los llamados que tienen el derecho (derecho subjetivo, *ius delationis*) a aceptar y con la aceptación, adquirir la herencia. Los posibles herederos, con vocación, no tienen un derecho subjetivo, pero sí lo pueden tener; tienen una expectativa jurídica y, por ende, lo cual es importante, un interés legítimo"[119].

De este modo, todos los sujetos llamados a una sucesión, aunque no ostenten delación, son interesados en esa herencia. Todos los que son llamados deben ser considerados interesados, aunque haya interesados que no sean llamados. Ello incluye, por supuesto, a todos los que sí disponen de de-

[117] RJ 2005\3777.

[118] *Vid.* Lacruz Berdejo, 1961: 131-132 y 155 y ss. y Roca Sastre, 1981: 140 y ss. Interesantes consideraciones en García García, 1996: 151 y ss. Una exposición de posturas en Rivero Sánchez-Covisa, 2020: 12 y ss.

[119] También la STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4251] (del mismo ponente) recuerda que la primera de las fases del fenómeno sucesorio, "presupuesto ineludible es la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, como expresa el artículo 657 del Código Civil. A esta primera fase sigue la delación, como ofrecimiento concreto de la herencia que puede ser aceptada, que ha sido precedido —normalmente con simultaneidad— por la vocación, como llamamiento abstracto […] y, con base en aquel *ius delationis*, el heredero adquiere la herencia por medio de la aceptación (artículo 991 del Código Civil) que puede ser expresa o tácita (artículo 999) y esta última (artículo 1000) es la que denomina "actos de señor" (Partida 6ª.)".

La STS de 15 de abril de 2011 [RJ 2011\2313] (también del mismo ponente) distingue entre muerte del causante (apertura de la sucesión), vocación (expectativa jurídica), delación (derecho subjetivo, *ius delationis*) y adquisición de la herencia mediante la aceptación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lación, pero también a quienes carecen de esa posibilidad. Incluye, naturalmente, tanto a los herederos como a los legatarios y a los legitimarios. Y, por supuesto, es indiferente que el llamamiento sea, por ceñirnos al ámbito del Código Civil, testado o intestado[120]. Ello significa que siempre habrá que considerar interesados en la sucesión a los parientes que pueden suceder intestadamente. Más aún: también quienes han sido designados sucesores en virtud de un testamento revocado, merecen la condición de interesados en la medida que la eventual nulidad del testamento revocatorio puede hacer recobrar su fuerza al revocado.

La STS de 25 de junio de 2008[121] se ocupó de la legitimación para solicitar la declaración de revocación de un testamento otorgado en México en 1970, por otro posterior (de 1975) otorgado en España. Y dijo el Tribunal Supremo que

> "la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la acción para impugnar la validez y la eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarían por llamamiento de la Ley el carácter de herederos, sin que pueda ser exigida la declaración como tales (Sentencia de 21 de noviembre de 2007); lo que debe ser puesto en relación con las fases del fenómeno sucesorio, y en particular con la vocación a la herencia, llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, que alcanza —como precisa la Sentencia de 4 de mayo de 2005— a todo sucesor eventual o posible, que se concretará cuando conste quién es o quienes son los llamados que tienen el derecho (derecho subjetivo, *ius delationis*) a aceptar y, con la aceptación, a adquirir la herencia […]
>
> Bajo estos parámetros ha de verificarse, pues, la existencia de la legitimación de quien pretende la revocación de un testamento por otro posterior. El elemento configurador de la cualidad subjetiva en que consiste la legitimación se sitúa en la existencia de un interés legítimo en obtener el pronunciamiento y el efecto revocatorio, y este interés legítimo debe reconocerse a quienes de forma abstracta y general se encuentren en si-

[120] La STS de 21 de noviembre de 2007 [RJ 2007\8119] recuerda la doctrina jurisprudencial consistente en que "la acción para impugnar la validez y eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarían por llamamiento de la Ley el carácter de tales, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad sería imposible por existir disposición testamentaria (sentencias de 7 de diciembre de 1970 y 13 de julio de 1989 y las que en ellas se citan)".

[121] RJ 2008\3238.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> tuación de ser llamados a la herencia abierta conforme a las disposiciones testamentarias, más allá de si reúnen en su persona las circunstancias, condiciones o características que le hacen acreedor del *ius delationis* y, con su ejercicio, del derecho a aceptar la herencia, derechos subjetivos éstos que, por ende, conformarían el objeto de un procedimiento judicial diferente del que trae causa este recurso".

También podemos considerar interesados en la sucesión a quienes ostentan algún cargo o condición derivados de esa herencia[122]. Así, habrá que reputar interesados, por mencionar los casos más simples, a los albaceas (art. 690.II CC), los contadores-partidores o los árbitros testamentarios. Con este enfoque, se desbroza parte del problema, pero no se solventa en su totalidad. Siguen existiendo casos dudosos. Piénsese, por ejemplo, en la consideración que merecen los acreedores del causante o de los sucesores, o los beneficiarios de una disposición modal.

A lo anterior se añade un problema adicional: ¿debe la categoría de los interesados en la sucesión delimitarse con el mismo alcance, con independencia del ámbito en el que se proyecte? No parece que, si la cuestión se circunscribe al ámbito puramente notarial, deba ser abordada con la misma amplitud con la que se trataría en caso de contienda judicial. El art. 24.1 CE y la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos propician una lectura más flexible y generosa de la categoría de interesados. Pero, en paralelo, esa ampliación de la categoría puede ser relevante desde la perspectiva de la legitimación pasiva en los procedimientos sucesorios[123]. Por ejemplo, la STS de 10 de noviembre de 1979[124], entre otras muchas, sostuvo que

> "la acción de nulidad de un testamento abierto por no haberse observado las formalidades o solemnidades establecidas para el caso, ha de ser forzosamente dirigida contra todos los interesados, entendiéndose por tales los que de manera directa tengan interés en que se mantenga su validez y subsistencia, es decir, en el presente caso, los herederos y la legataria

[122] El art. 1944 LEC'1881 distinguía, a los efectos de considerar como parte legítima para instar la elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra, entre "[e]l que tuviere interés en el testamento" y "[e]l que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador".

[123] La STS de 21 de noviembre de 2007 [RJ 2007\8119] rechaza que la doctrina jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario imponga la necesidad de demandar también al resto de los posibles herederos *abintestato*.

[124] RJ 1979\4655.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> instituidos en el citado testamento, sin que tal acción tenga también que ser necesariamente dirigida contra el notario que lo autorizó".

La STS de 21 de febrero de 1994[125] sí estima la falta de litisconsorcio pasivo necesario porque la demanda de nulidad de testamento solo se dirigía contra la heredera (la viuda) y el notario autorizante, sin dirigirla contra otros legatarios, fideicomisarios o albaceas, al alegar que sus derechos hereditarios serían idénticos de ser declarado nulo el testamento. El Tribunal Supremo, además de señalar las diferencias en el contenido de los legados, confirma el criterio de la Audiencia Provincial de defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por "la sola llamada al proceso de doña Piedad M. [la viuda] y del notario autorizante don Félix M., olvidando a las demás personas afectadas por su pretensión…":

> "sentado como está, que en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad de un testamento en el que resultaban directamente implicadas personas que no fueron llamadas al juicio, obvio es que, so pena de que la resolución recaída en la litis hubiera de afectar a las mismas, con la consiguiente indefensión de ellas, no cabía otra vía que la de declarar la defectuosa constitución de la litis por falta de litisconsorcio pasivo necesario".

Lo sucedido en relación con la legitimación pasiva de la herencia yacente es significativo de los problemas que concurren en esta materia[126].

[125] RJ 1994\1104.

[126] *Vid.* STS de 9 de septiembre de 2021 [Roj: STS 3277/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3277]. Las RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 [RJ 2021\5548] y de 25 de octubre de 2021 [RJ 2021\5554] completan su doctrina para estos casos, y concluyen que "cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades:

a) Que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio.

b) Que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debe recordarse a este respecto que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y solo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de efectuar una notificación personal".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Más allá de perfilar la categoría de los interesados en la sucesión mediante elementos de carácter abstracto (como, por ejemplo, la condición de legitimario, de heredero o de legatario), la práctica notarial se enfrenta a dificultades casi irresolubles. Pensemos, por ejemplo, en los casos en que el notario debe requerir a los interesados o, más en concreto, a los parientes del causante. ¿Cómo puede el notario identificar a esas personas y averiguar sus circunstancias para comunicarse con ellas? Ni siquiera en los casos en que la designación de esos sujetos se efectúa en el testamento, la función del notario se torna fácil. Por ejemplo, si el testador establece un legado en favor de su sobrina Conchita Pérez, ¿cómo va a poder identificarla, localizarla y notificarla el notario[127]? Y todo ello dando por supuesto que los datos incluidos por el testador sean correctos, ya que, como se ha apuntado en el apartado precedente, no hay mecanismo que permita al notario comprobar la exactitud de muchos de los datos referidos por el testador.

Es probable que la constatación de estas extraordinarias dificultades explique el planteamiento de la normativa notarial en cuanto a la comunicación de la existencia de atribuciones sucesorias. El criterio es muy claro: el notario no debe comunicar la existencia de esas atribuciones a los interesados, y son éstos los que, en su caso, mediante la obtención de la copia del testamento, tras el fallecimiento del testador, deben adoptar las medidas que les convengan.

Como es sabido, la obtención de copias del testamento, fallecido el testador, se regula en el art. 226 RN, en cuya virtud

> "tendrán derecho a copia:
>
> a) Los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad.
>
> b) Las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían llamados en todo o en parte en la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder.
>
> c) Los legitimarios.

[127] Y más aún si los datos tienen la precisión que relata la STS de 30 de enero de 1997 [RJ 1997\159], comentada por Gordillo Cañas (1997: 589 y ss.).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> Las copias de testamentos revocados sólo podrán ser expedidas a los efectos limitados de acreditar su contenido, dejando constancia expresa de su falta de vigor"[128].

Esta previsión resulta muy útil para delimitar el ámbito de los interesados en la sucesión. Pero la norma presupone que quien solicita la copia sabe que ha sido instituido o, al menos, lo intuye o quiere cerciorarse de su exclusión. En caso contrario, nadie se preocupa de solicitar copia del testamento de sus parientes, allegados o conocidos.

La única excepción se contiene en el art. 179 RN, que prevé dos situaciones, la autorización o la elevación a escritura pública de testamentos que contengan disposiciones cuyo objeto sean fines de interés general, o la partición o manifestación de herencia con el mismo objeto. Dice así el precepto:

> "Los notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, o que tenga por objeto fines de interés general, como los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga, remitirán a los órganos administrativos competentes que ejerzan el protectorado sobre las fundaciones creadas para el cumplimiento de dichos fines, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador.
>
> De igual modo los notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan alguna disposición de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta, a los órganos administrativos competentes a que se refiere el apartado anterior, el texto íntegro del testamento, con

[128] La redacción original era distinta. En su versión de 1944 (modificada por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero), esos párrafos decían: "Fallecido, tendrán derecho a ella, además de los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; los parientes que, de no existir el testamento o ser nulo o en que no haya instituidos herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado. Este derecho es aplicable a la representación del Estado. Se entiende por herederos forzosos, a tales efectos, únicamente a los comprendidos en los dos primeros números del artículo 807 del Código Civil".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> cargo a la herencia, siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que puedan ocasionar con su negligencia"[129].

La redacción del art. 179 RN ofrece elementos para la crítica. Por lo pronto, el precepto está pensando en disposiciones "de carácter benéfico o benéfico-docente, o que tenga por objeto fines de interés general", sin que necesariamente impliquen atribuciones en favor de entidades concretas (por ejemplo, legado de 100.000 euros para fomentar la educación universitaria de los vecinos de cierta comarca), con lo que se plantearán problemas acerca de si se quiso constituir o no una persona jurídica. Identifica las finalidades de interés general con las fundaciones (art. 3 LFund), obviando la posibilidad de que existan asociaciones con los mismos objetivos (arts. 31 y ss. LODA). La comunicación debe efectuarse al protectorado y no a los órganos de las entidades eventualmente favorecidas, lo cual en su momento podía plantear dificultades en la identificación del órgano administrativo competente, si bien el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, implantó el protectorado único para todas las fundaciones de competencia estatal. La aparente limitación a las fundaciones plantea el problema de la comunicación en caso de otras entidades (por ejemplo, asociaciones o entidades u órdenes religiosas).

Buena parte de las dificultades anteriormente expuestas explican que la normativa notarial haya renunciado de raíz a la posibilidad de que el notario comunique a los interesados que no reúnan los requisitos del art. 179 RN la existencia de disposiciones a su favor. Mas con ello puede dificultarse la defensa de los intereses de dichas personas en la medida que ignoren la existencia de esas atribuciones, sean actuales, sean condicionales.

La práctica notarial se encuentra en una compleja situación (casi un callejón sin salida) en lo que se refiere a la identificación de las personas beneficiadas en una sucesión. El notario traslada al testamento la voluntad del testador y procura identificar del modo más preciso posible a los beneficiados, pero, de exigirse una plena y completa identificación, en muchas ocasiones no se podrían incorporar esas atribuciones en favor de personas

[129] El inciso final, que decía que "[n]o se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente", fue declarado nulo por STS (cont.) de 20 de mayo de 2008 [Roj: STS 2176/2008 - ECLI: ES:TS:2008:2176].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

no directamente relacionadas con el causante. Piénsese, por ejemplo, en la sensata práctica consistente en incorporar, junto al nombre del sucesor, su DNI. Resulta infrecuente que el testador conozca ese extremo más allá de sus parientes o personas más cercanas[130]. Si se exigiera ese extremo, muchos testamentos no podrían otorgarse o deberían otorgarse con un contenido distinto al deseado por el causante. La alternativa es incorporar esa atribución con los máximos datos identificadores posibles, pero siendo conscientes de que la apertura de la sucesión puede dar lugar a problemas de identificación del beneficiario, como consecuencia de la interpretación de la voluntad del testador.

X. OTRAS CUESTIONES: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Cuando "mortis causa" se atribuyen bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos y se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad, la escritura de aceptación y de adjudicación de herencia será examinada por un registrador. Conforme al párrafo primero del art. 18 LH,

> "[l]os registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro"[131].

[130] El problema se suscita también respecto a la identificación de las personas jurídicas o entidades a las que se pretende beneficiar: ténganse presentes, como ejemplos, los casos que menciona Vaquer Aloy, 2008: 12 y 47-48.

[131] Respecto al art. 18.2 CCom, dice la RDGRN de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2005\4010] que "los registradores calificarán la validez del contenido de los documentos presentados a inscripción, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de su validez, ni siquiera a la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante, existiendo algunas circunstancias que pueden determinar su ineficacia y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.); y la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez —a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado, y por lo que resulte de los documentos presentados así como de los propios asientos del Registro—

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿Cómo se articula esa calificación registral cuando el título consiste en una escritura de aceptación y adjudicación de herencia? Por lo pronto, el Centro Directivo ha subrayado las diferencias en el alcance de la calificación registral[132] en función de si se trata de sucesión testada o intestada[133]. Cuando, como aquí interesa, el título sucesorio es testamentario, su calificación

> "ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo en el caso del testamento, por su condición de negocio jurídico, no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante, y la validez de las cláusulas testamentarias".

En consecuencia, esa validez de las cláusulas testamentarias debe ser objeto de la calificación registral[134]. La cuestión, entonces, se traslada: ¿cuál es el nivel de control que supone esa calificación[135]? Y, más en particular, ¿puede revisar la interpretación (notarial y/o de todos o algunos de los interesados) que sustenta la escritura que es objeto de calificación[136]?

implica la comprobación de que, según los indicados medios que puede tomar en cuenta al realizar su calificación, el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la Ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado; pero fuera de tales supuestos no le autoriza para decidir —como acontece en el presente caso, arrogándose funciones propias de los Tribunales— que frente a determinada interpretación de la Ley sustentada por la jurisprudencia y por un amplio sector de la doctrina científica deba prevalecer otro criterio de su aplicación, con el resultado de impedir la inscripción solicitada, de suerte que quedaría menoscabada la seguridad jurídica y se provocaría al presentante una verdadera indefensión". *Vid.* también, respecto de una hipoteca, RDGRN de 19 de abril de 2006 [JUR 2022\139747].

[132] Como es conocido, los límites de la calificación registral (si bien en relación con las resoluciones judiciales) han sido objeto de la STS de 17 de diciembre de 2021 [RJ 2022\134], con un Voto Particular discrepante del Magistrado Juan María Díaz Fraile.

[133] *Vid.,* por todas, RDGSJFP de 31 de mayo de 2022 [BOE de 6 de julio de 2022].

[134] Ávila Navarro (1996: 327) incluía en la calificación registral el juicio técnico-jurídico del autorizante, "porque al no ser éste infalible cabe que tales juicios se formulen erróneamente y no hay razón para que el registrador haya de aceptar un juicio erróneo. Claro que cabe que el error esté en la apreciación registral…".

[135] Para Pascual Brotóns (2018: 221), "[e]l principio básico que rige la actuación calificadora es el de la interdicción de la indefensión procesal del titular registral", pero, aunque proyecta la afirmación a todo documento público, en el fondo se refiere a la inscripción de los documentos judiciales.

[136] Respecto a la función interpretativa que supone la calificación registral, *vid.* Prada Álvarez-Buylla, 1996: 842 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La calificación registral solo puede tomar en consideración lo que resulte de la propia escritura objeto de calificación y de los asientos del Registro de la Propiedad (art. 18.I LH)[137]. Pero con ello sigue en pie la cuestión: ¿pueden los registradores cuestionar la interpretación del testamento que fundamenta la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia y, con ello, rechazar su inscripción[138]? El Centro Directivo ha rechazado las posiciones extremas consistentes tanto en que el registrador carece de facultades revisoras de la interpretación del testamento, a los solos efectos de la inscripción, como la de que goza de facultades ilimitadas para cuestionar cualquier interpretación. Se trata de identificar los límites a la calificación registral[139].

La Dirección General, insistiendo en la limitación al contenido del propio testamento, suele poner el acento en el sentido literal de sus disposiciones, especialmente cuando se trata de un testamento notarial abierto. El registrador, basándose, pues, en el contenido del testamento limita su calificación a la adecuación de la interpretación propuesta con la literalidad de sus disposiciones, ponderando el valor de la intervención notarial en la

[137] La STS de 12 de julio de 2022 [Roj: STS 2906/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2906] parece ampliar el ámbito de la calificación registral. Ante un problema de renuncia del administrador único de una sociedad, el Tribunal Supremo anula la RDGRN de 16 de diciembre de 2016 [RJ 2016\6630; aunque en la Sentencia se cita erróneamente la fecha de 20 de septiembre de 2016], al indicar que

"[a]unque sea excepcional, el registrador, al realizar la calificación, puede tener en cuenta circunstancias o hechos ciertos, de los que tenga constancia registral, aunque no consten en virtud de documentos presentados en el Libro Diario por no ser títulos susceptibles de inscripción u otra operación registral o que hayan sido presentados después del documento objeto de calificación, de cuya autenticidad no quepa duda y que estén relacionados con el documento cuya inscripción se solicita, a fin de evitar la práctica de asientos ineficaces y en aplicación del principio de legalidad (arts. 18 y 20 CCom)".

El alcance de este planteamiento se revela incierto. El Tribunal Supremo admite que, en casos excepcionales, el registrador pueda calificar en virtud de circunstancias o hechos que tengan "constancia registral", aunque no sean inscribibles o sean posteriores al documento calificado, siempre que no se dude de su autenticidad y estén relacionados con ese documento. La finalidad de esta ampliación es encomiable: "a fin de evitar la práctica de asientos ineficaces y en aplicación del principio de legalidad". Pero no existen elementos precisos para conocer cuándo se producen esos casos excepcionales que amplían los elementos sobre los que fundar la calificación registral. De nuevo, nos encontramos ante una posible vía de escape para eludir un criterio general, cuando las circunstancias así lo aconsejen. Pero, una vez más, ignoramos cuáles son esas circunstancias que permiten recurrir a esa excepcionalidad.

[138] Sobre la calificación registral de la interpretación efectuada por el contador-partidor, vid. González Acebes, 2012: 87-89.

[139] Un enfoque similar respecto a la interpretación efectuada por el árbitro testamentario en García Pérez, 1999: 343 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

redacción del testamento. Veamos algunos ejemplos, entre muchas Resoluciones, de este planteamiento.

La RDGRN de 25 de septiembre de 1987[140] apunta que, a efectos de calificación registral, sólo puede tenerse en cuenta el tenor del propio testamento (es decir, el elemento literal) en caso de no haber albacea con facultades interpretativas y que, cuando se trata de testamento notarial, hay que partir de que las palabras empleadas se usan con el significado técnico legal.

La RDGRN de 27 de mayo de 2009[141], que reproduce la anterior doctrina, considera que el registrador, a la hora de calificar, ha de atender a las limitaciones que resulten inequívocamente del testamento; y matiza que, si bien es lícito, en la interpretación de un testamento, acudir a medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, ello queda fuera del procedimiento registral y está reservado a los tribunales, no estándole permitido al registrador en su labor calificadora excederse de su función.

También la RDGRN de 30 de abril de 2014[142], ante un testamento redactado de forma confusa, señala como doctrina general que, a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas.

Y la RDGRN de 29 de junio de 2015[143] reitera que, para determinar el sentido del testamento a efectos de la calificación registral, sólo puede tenerse en cuenta el tenor del propio testamento, teniendo en cuenta el valor que debe atribuirse a la redacción notarial del instrumento:

> "[A] los efectos de fijar el ámbito de la calificación registral en esta materia, que para determinar el sentido del testamento a efectos de la calificación registral sólo puede tenerse en cuenta el tenor del propio testamento […], configurado como primer elemento de interpretación del testamento [...]. Por lo tanto, es lógico entender, en palabras de la propia Dirección General, que en un testamento autorizado por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquél tiene el significado técnico que les asigna el ordenamiento puesto que la preocupación del notario debe

[140] RJ 1987\6574.
[141] RJ 2010\1649.
[142] RJ 2014\3227.
[143] RJ 2015\4433.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje[144]".

Es evidente que el planteamiento de la Dirección General resulta sumamente impreciso y no proporciona elementos suficientes para anticipar si una determinada interpretación va a ser aceptada por el registrador de la propiedad. Es también evidente la dificultad de la materia, pues la Dirección General debe oscilar entre conceder cierto margen de actuación a los registradores y rechazar que puedan actuar sin límite alguno[145].

La referencia a una interpretación lógica y ecuánime, es decir, no forzada, que se contiene en la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021, permite abrir un tanto la posibilidad de que se inscriban determinadas interpretaciones. Si la interpretación que se ofrece al registrador, aun no siendo literal, no es forzada, el registrador no deberá cuestionar esa interpretación y deberá inscribir. El intento es significativo, aunque no resuelve los problemas: ¿cuándo podrá entenderse que una interpretación no es forzada?, ¿caben varias interpretaciones no forzadas de un mismo testamento?

Los posibles límites a la calificación registral en punto a la interpretación del testamento recuerdan la tesis que identifica la claridad de los términos empleados por el testador como límite a la necesidad de interpretación[146]. Se plantea, pues, el recurso a la interpretación solo cuando las disposiciones testamentarias sean dudosas o ambiguas[147]. La STS de 9 de octubre de

[144] Decía la STS de 6 de febrero de 1958 [Roj: STS 1374/1958 - ECLI:ES:TS:1958:1374] que "la interpretación de los negocios jurídicos "mortis causa" ha de hacerse en función subjetiva de la voluntad del causante, que es la que da vida al acto en sus consecuencias jurídicas ulteriores al óbito, voluntad manifestada en signos o palabras escritas o simplemente pronunciadas en determinados casos de excepción que, en general, responden a la intención de aquel, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de éste al referirse concretamente a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud".

[145] Cuestión distinta es la posibilidad de que dos registradores mantengan criterios distintos, como sucedió en la RDGSJFP de 14 de octubre de 2021, y uno inscriba y otro no. *Vid.* Vidal Francés, 1996: 286-288.

[146] Así, Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5202.

[147] En este sentido, Simó Santonja, 1961: 372.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2003[148], con diversos precedentes[149], considera "jurisprudencia pacífica" de la Sala que

> "el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiere la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención"[150].

En sentido parecido, ya había dicho la STS de 10 de abril de 1986[151] que

> "la primera regla interpretativa [es] la de literalidad, y para que nazca otra es preciso la concurrencia de unos datos y elementos que claramente demuestren que fue otra la voluntad del testador; elementos que deberán estar acreditados con la misma fuerza e idéntica seguridad que lo están las palabras literales que constan en el testamento".

La cuestión entronca, además, con la denostada máxima "in claris non fit interpretatio"[152]. El planteamiento parece, en una primera aproximación, razonable: solo se debe activar la determinación de la voluntad del testador

[148] RJ 2003\7232.

[149] *Vid.*, por ejemplo, STS de 24 de marzo de 1982 [RJ 1982\1501]; de 1 de julio de 1985 [RJ 1985\3631]; de 10 de febrero de 1986 [RJ 1986\521]; y de 1 de febrero de 1988 [RJ 1988\581].

[150] *Vid.* también STS de 10 de diciembre de 2009 [RJ 2010\279]. La STS de 25 de junio de 1930 [Roj: STS 2171/1930 - ECLI:ES:TS:1930:2171] ya aludía a la doctrina "de respeto siempre a las palabras del testador entendidas llanamente, así como ellas suenan, y que solo permitía el juzgador indagar el entendimiento cuando pareciere que la voluntad fuese otra que no como las palabras estaban escritas…". Parecidamente, la STS de 25 de noviembre de 1944 [Roj: STS 191/1944 - ECLI:ES:TS:1944:191] indicaba que "si por el cauce exclusivo de la interpretación literal no se puede llegar a un ordenamiento de la última voluntad del causante amparado por la ley, habrá precisión de conjugar a la vez el sentido literal y el sentido lógico de la cláusula transcrita para dar con la fórmula interpretativa que rinda jurídicamente eficaz la reglamentación de lo que el "de cujus" quiso que rigiese después de su muerte". La RDGSJFP de 14 de julio de 2022 [BOE de 2 de agosto de 2022] admite la que considera que es la "interpretación literal y lógica".

[151] RJ 1986\1846.

[152] *Vid.* Puig Brutau, 1962: 515-517, Rubio Garrido, 2013: 5212-5213 y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 697-698. Pero decía Alférez Callejón (1973: 99) que "la fuerza de este

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cuando esta no pueda constatarse con claridad de la literalidad de las disposiciones testamentarias. Pero este enfoque omite un dato esencial: para poder afirmar que la disposición testamentaria es clara, hemos de tener un referente. La cláusula no es clara en abstracto[153], sino en relación con un elemento diferente, cual es la voluntad[154]. Y, en tal caso, volvemos al principio: de algún modo hay que precisar la voluntad del testador, al margen de la estricta literalidad de la disposición testamentaria. Por ello, es evidente que, incluso en los casos en que se afirma que la cláusula testamentaria es clara y no requiere ser interpretada, ha debido existir un proceso interpretativo[155].

Lo que sí es cierto, a la vista del art. 675.I CC, es que las palabras empleadas en el testamento han de constituir el aspecto inicial en el que debe centrar su actividad el intérprete. Más aún: no cabe prescindir de esas palabras en el proceso interpretativo, aunque el resultado de ese proceso pueda conducir a la irrelevancia de esos términos. Como ha señalado la doctrina[156], esas palabras constituyen al mismo tiempo objeto y medio de la interpretación.

En cierta medida, la limitación en cuanto a la calificación registral pone de manifiesto la dificultad de que el registrador tenga en cuenta elementos extrínsecos a la propia disposición testamentaria. En la actualidad, la admisión de elementos extratestamentarios en los ámbitos no registrales para identificar la voluntad del testador no parece dudosa[157]. La preferencia por la voluntad real del testador proporciona una clara cobertura respecto a esos elementos, siempre que pueda encontrar un sustento en el propio testamen-

aforismo es más aparente que real. Si algo es claro no se planteará ninguna cuestión; pero si se plantea es que no estaba tan claro…".

[153] No solo eso. Destacaba González Palomino (1950: 466) que una cláusula puede ser gramaticalmente muy clara, pero jurídicamente muy oscura.

[154] Con rotundidad, subraya Vaquer Aloy (2008: 58) que "[l]a existencia de palabras claras *a priori* no es sino una ilusión". *Vid.* también Jordano Barea, 1999: 86-88.

[155] En sentido parecido, Vaquer Aloy (2008: 59) apunta que esa claridad "constituye un *posterius*, nunca un *prius*; no puede ser sino la conclusión a la que ha llegado el intérprete después de investigar cuál es la verdadera voluntad del causante".

[156] Vaquer Aloy, 2008: 76.

[157] *Vid.* García Amigo, 1969: 960 y ss., Castán Vázquez, 1973: 300 y ss., Salvador Coderch, 1983: 292 y ss., Jordano Barea, 1999: 100 y ss., Mestre Rodríguez, 2003: 113 y ss., Díaz de Lezcano Sevillano, 2003: 5204 y ss., López Frías, 2004: 177 y ss., Vaquer Aloy, 2008: 86 y ss., González Acebes, 2012: 45 y ss., Cobacho Gómez, 2012: 1459 y ss., Rubio Garrido, 2013: 5218 y ss., Martínez-Provencio y Martínez, 2020: 457 y ss. y Garrido Melero, 2021: 250 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

to[158]. De lo contrario, si se constatara, a través de la interpretación, que la voluntad real del testador era una, pero en el testamento se expresó otra voluntad distinta, el problema se desliza hacia el terreno del error[159]. Y, en este ámbito, el paradigmático art. 773.I CC establece que

> "[e]l error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada".

La norma claramente confiere relevancia a la voluntad real del causante por encima de la expresada en el testamento, pero, obsérvese, lo hace cuando constata (a través de la interpretación del testamento) que existe un error en la institución[160].

La Dirección General no ha dejado de resaltar los problemas que, para la calificación registral, supone una interpretación basada en medios extrínsecos. Así, la RDGRN de 27 de octubre de 2004[161] manifiesta que

> "a las dificultades de esa labor interpretativa han de añadirse las que resultan de la peculiar naturaleza del procedimiento registral con su limitación de medios de calificación (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria), y si bien es cierto que la interpretación del testamento debe quedar limitada por lo que resulte de su tenor (cfr. artículo 675 del Código Civil), no lo es menos, la indudable admisión, en la labor interpretadora, de medios extrínsecos que pueden ayudar a desvelar la verdadera voluntad plasmada en el testamento […], pero que quedan fuera del alcance de la función calificadora del registrador"[162].

La Dirección General diferencia sensatamente el alcance de la calificación registral de lo que puede ser objeto de apreciación judicial. La doctrina viene

[158] Jordano Barea, 1999: 109-113; y Vaquer Aloy, 2008: 96-97 y 117-123.

[159] *Vid.* Gordillo Cañas, 1983: 780 y ss., Mestre Rodríguez, 2003: 153-161, de Verda y Beamonte, 2005: 54 y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 715-716.

[160] Sobre la relación entre este precepto y el art. 675 CC, *vid.* Jordano Barea, 1999: 65-71.

[161] RJ 2004\7807.

[162] En esa Resolución se pondera que la testadora y su esposo otorgaron testamento el mismo día y ante el mismo notario con contenido idéntico.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a poner de manifiesto el diferente ámbito de la valoración en uno y otro caso. Con frase repetida y ya citada en este trabajo, suele indicarse[163] que:

> "extra muros del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil…".

Como decimos el planteamiento es acorde con el limitado ámbito de la calificación registral, pero plantea un problema adicional. Si son elementos extratestamentarios los que justifican una determinada interpretación, el registrador no puede ponderarlos. Sin embargo, el registrador puede ser consciente de que el valor de esos elementos extratestamentarios es tal que supondrán inevitablemente que esa interpretación triunfe ante los tribunales. Ello significa que el registrador debe descartar una interpretación del testamento (o rechazar que se asuma en el registro cierta interpretación), aun cuando esté convencido de que, si se insta la cuestión ante los tribunales, como sucederá dada la incidencia de la no inscripción para los interesados, será esa interpretación la que prospere. En suma, el registrador debe denegar una inscripción, porque se sustenta en una interpretación basada en elementos extratestamentarios, y aunque esté convencido de la razonabilidad de esa interpretación y de que será, sin duda, admitida por cualquier tribunal que conozca del asunto.

Esta situación es lo que explica los denodados esfuerzos de ciertos herederos por introducir en la calificación registral elementos ajenos al propio testamento, como sucede con las actas de notoriedad (art. 209 RN) en relación con el cumplimiento de las condiciones testamentariamente impuestas[164].

Las controversias son frecuentes: del cumplimiento de la condición depende que la sucesión favorezca a unos u otros herederos. Piénsese en la

[163] *Vid.*, por ejemplo, RDGRN de 3 de julio de 2019 [RJ 2019\3059]; y RDGSJFP de 5 de octubre de 2021 [RJ 2021\5536].

[164] Una solución muy particular se prevé en el art. 204 LDCG, en relación con la disposición hecha bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. En tal supuesto, "[s]i el testador designara testamentero, corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

RDGRN de 27 de octubre de 2016[165], que examina un asunto en que la testadora había previsto la siguiente cláusula:

[165] RJ 2016\6043.

Puede también tenerse en cuenta el precedente de la RDGRN de 13 julio de 2016 [RJ 2016\5250]. La testadora había dispuesto que "[i]nstituye herederos a las siguientes personas: a su hermana doña C.R.F., […], a su sobrino don E.G.R. […], a su sobrina doña M.C.G.R. […] y a don E.G.F. […], con la condición de que hayan cuidado y atendido a la testadora, por sí y, en cuanto fuera necesario, por persona competente por ellos retribuida, hasta el momento de su fallecimiento. Estos cuidados y atenciones deberán hacerse en el propio domicilio de alguno de sus cuidadores, no debiendo ser trasladada a ningún centro residencial o médico ni a cualquier otro domicilio que no sea el de alguno de sus cuidadores, salvo que así lo exija expresamente un parte médico. Esta condición se entenderá cumplida salvo prueba en contrario. El incumplimiento durante la vida de la testadora anulará la institución de heredero hecha a favor del incumplidor. No se considerará incumplimiento de la condición el internamiento temporal de la testadora en un centro residencial, médico o asistencial cuando sea consecuencia de lo dispuesto en el parte médico […] Si la condición fuera cumplida por todas las personas mencionadas, la institución de heredero lo será a partes iguales entre los cuatro. Si la condición fuera cumplida solo por algunos de los mencionados, ellos serán los únicos herederos y repartirán la herencia por partes iguales. Si solo uno solo de los mencionados hubiera cumplido la condición, él será el único heredero universal".

Se acompaña un acta de notoriedad en la que se incorporan certificaciones de los médicos y hacen manifestaciones sobre las circunstancias de la atención de la causante en su última enfermedad, y la notaria declara "justificada la notoriedad pretendida por los requirentes en cuanto a que la condición impuesta por doña M.C.R.F. en su testamento ha sido cumplida exclusivamente por ellos, haciendo constar que la causante fue cuidada y atendida únicamente por doña M.C.G.R. y por don E.G.F. y vivió en el domicilio de estos, sito en (...) hasta el momento en que tuvieron que ingresarla en la Residencia (…) por exigirlo así un informe médico atendiendo a su estado de salud, y una vez ingresada en dicho centro, fueron los requirentes quienes siguieron cuidando y tendiendo a doña M.C.R.F. en cuantas necesidades tuvo así como en las que fueron solicitadas por el propio centro residencial, sin que ninguna otra persona haya cumplido tal condición".

Dice la Dirección General respecto a "si es posible que dos de los herederos sin concurrencia de los otros dos puedan interpretar por sí solos el testamento y con ello decidir el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones impuestos a la institución de herederos", que "en general, la pretensión de dos de los herederos, de decidir por sí, sin intervención alguna de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas, acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, excede de las atribuciones que les corresponden en cuanto continuadores de la voluntad de la causante, ya que incide en la posición de terceras personas, los otros dos instituidos. En consecuencia, al menos deberían ser citados al acta de notoriedad en la que se determina «el cumplimiento exclusivo de otros herederos», puesto que este determina también su incumplimiento y exclusión como herederos". Y añade, en cuanto al acta de notoriedad, que "[s]e hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho. En el concreto caso de este expediente, no se ha hecho tal citación de dos de los herederos a la notoriedad, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial. El juicio de valoración lo hace la notaria teniendo en cuenta las declaraciones y pruebas aportadas exclusivamente por dos de los cuatro herederos designadas en el testamento, sin que los otras dos hayan tenido la posibilidad de dar su conformidad y corroborar que ellos no han cuidado a la testadora o, por el contrario, oponerse. En este sentido, no se discute el valor de la notoriedad afirmada en el acta, sino la congruencia del juicio de notoriedad con los trámites legalmente exigibles del procedimiento seguido".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "para el caso de que la testadora fallezca en su domicilio antes indicado y esté al cuidado de sus hermanos J., J. y R.A.C., colectivamente, o de cualquiera de ellos, instituye herederos por partes iguales a sus tres citados hermanos, o al que resulte de ellos en cuidar y prestar atenciones a la testadora [...] Para el supuesto de que la testadora a su fallecimiento se encontrare residiendo en alguna Institución Benéfica o de Acogida de cualquier tipo, instituye heredera a dicha Institución o Entidad […] Y para el caso de que la testadora a su óbito y habitando en su domicilio actual se encontrare al cuidado de cualquier otra persona distinta de las antes dichas, instituye heredera universal a la citada persona [...] Nombra albaceas a sus citados hermanos".

Premurieron dos hermanos y el superviviente otorga escritura adjudicándose los bienes; el compareciente manifiesta que atendió a su hermana hasta el final de sus días y que se ocupó de su cuidado y atención personal; y requiere al notario para que recoja las manifestaciones de los hijos de los hermanos fallecidos que acreditan que sus respectivos padres premurieron a la misma, manifiestan que conocían a la causante y al compareciente, así como que es el único hermano que se ha ocupado de la causante en su cuidado y atención personal hasta el final de sus días y reconocen como cierto cuanto se expresa en la escritura.

La Dirección General se plantea "si es posible que uno solo de los herederos sin concurrencia de otros pueda interpretar por sí solo el testamento y con ello decidir el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones impuestos a la institución de herederos"[166] y considera que

> "en este caso, hay designación de albaceas a favor de los hermanos que además son herederos, por lo que cabe la interpretación extrajudicial que se desprende de la voluntad del causante a través del albacea designado que sobrevive y que a su vez es heredero instituido. Así pues, en general, la pretensión del único heredero —no hay sustitución vulgar en este supuesto para los otros premuertos— que además es albacea, de decidir por sí, sin intervención de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, encaja dentro de sus atribuciones que le corresponden en cuanto continuador de la voluntad de la causante, ya que no incide en la posición

[166] *Vid.* Pascual Brotóns, 2018: 227-228.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> de terceras personas, puesto que los otros dos instituidos no tienen capacidad para suceder. Y en cuanto a posibles atenciones y cuidados por parte de instituciones, no hay duda ya que la causante falleció habitando en su domicilio".

Pero el Centro Directivo entiende que el acta de notoriedad debía haberse visto acompañada de "una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho". Y concluye que

> "no consta en la escritura la declaración de notoriedad por parte del notario autorizante, que se ha limitado a recoger las manifestaciones de los testigos y la documentación aportada, pero no ha hecho expresión de estimar justificada la notoriedad pretendida o al menos declararlo notorio a la vista de las manifestaciones y pruebas aportadas. El acta está inconclusa, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial".

Otro ejemplo puede verse en la SAP de A Coruña de 14 de febrero de 2019[167], que versa sobre un testamento notarial en la que la testadora había instituido heredera "a la persona, pariente o no de la testadora, que la cuide y asista en todo cuanto precise, en la salud y en la enfermedad, hasta su fallecimiento"[168]. La testadora también había designado dos contadores-partidores sucesivos, "con amplias facultades, entre ellas las de interpretar este testamento, apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas y liquidar la sociedad de gananciales". Una sobrina, amparándose en un acta de notoriedad que recogía como hecho notorio que la persona que había cuidado y asistido a la testadora era precisamente ella, aceptó la herencia y se adjudicó todos los bienes. Otra sobrina impugna la validez del acta de notoriedad y solicita la nulidad de la aceptación y adjudicación de la herencia. La sentencia de primera instancia rechaza la invalidez del acta de notoriedad, pero declara la nulidad de la aceptación y adjudicación de la herencia. La Audiencia Provincial confirma la decisión. Y dice, en lo que ahora interesa, que:

[167] JUR 2019\105787.
[168] *Vid.* art. 203.2 LDCG.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "la persona que debía apreciar el cumplimiento de la condición testamentaria de cuidar y asistir a la testadora era Doña Rocío [la contadora-partidora], sin que sea admisible que la voluntad de la testadora, de apreciar el cumplimiento de la referida condición por un contador partidor designado, pueda ser suplida por un acta de notoriedad notarial que, con la simple declaración de un hecho notorio, sobre el cuidado y atención de la testadora, excluya la intervención del contador partidor, como si dicha acta de notoriedad supliera la actuación del contador partidor, y el Sr. notario se convirtiera en intérprete de la disposición testamentaria. Si Doña María Rosa [la sobrina demandada, que había aceptado la herencia] no solicitó la intervención de la contadora partidora designada en primer lugar, no puede, con la simple prueba de un acto de notoriedad, designarse heredera unilateralmente, aceptando y adjudicándose la herencia.
>
> En todo caso, consta acreditado en autos por la declaración testifical en el acto del juicio, y por la prueba documental, […] que Doña Rocío [la contadora-partidora] fue requerida por Doña Victoria [la sobrina demandante], aceptando el cargo, hablando incluso sobre este particular con la demandada y su abogado. Por ello, en todo caso, y al ser la demandante parte interesada, como ya dijimos, como posible heredera testamentaria o abintestato, se habría producido el requerimiento a que se hace referencia en el testamento; siendo de señalar que el encargo no pudo ser, en todo caso, ejecutado por la contadora partidora, al encontrarse con el obstáculo de la aceptación y adjudicación ya realizada por Doña María Rosa [la sobrina demandada].
>
> Por último, la decisión de quien ha cumplido la condición testamentaria tendrá que ser decidida por un tribunal, bien después de que la contadora partidora haya apreciado el cumplimiento de las condiciones impuestas por una determinada persona, y otra u otras personas no están de acuerdo con dicha apreciación, bien porque, por cualquier motivo, no se haya producido la intervención de la contadora partidora. Pero lo que no es posible es que se proceda a la aceptación y adjudicación de la herencia por una persona con la simple apreciación de un notario de que la misma ha sido la que ha cumplido la condición testamentaria".

Finalmente, es oportuno ponderar la transcendencia de la supresión del art. 28 LH. Es conocido que el art. 28 LH, que suspendía la protección del tercero cuando se refiriera a fincas o derechos reales derivados de herencia o

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

legado hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante, con una excepción en favor de los herederos forzosos, ha sido suprimido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El Preámbulo de esa Ley explica que

> "se elimina el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, dado que los supuestos que eventualmente este artículo está llamado a proteger son muy residuales en comparación con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, generando situaciones antieconómicas".

No es este el momento de valorar la razonabilidad de la supresión[169], pero sí cabe alertar de una posibilidad derivada de esa supresión. La supresión implica un reforzamiento de la transcendencia de la inscripción de los bienes adquiridos mediante sucesión "mortis causa". Es más plausible que surjan, a continuación, terceros protegidos por la fe pública registral. La pregunta es, entonces, si esa posibilidad va a determinar un cierto cambio de actitud en la calificación registral de esas transmisiones, de modo que solo en los casos en que no se suscita ninguna suerte de duda, se proceda a su inscripción. Es decir, ¿hasta qué punto la supresión del art. 28 LH no puede suponer una mayor cautela en la posición de los registradores en punto a la inscripción de las sucesiones hereditarias? El conflicto entre el heredero real y el heredero aparente que justificaba el art. 28 LH no desaparece con la supresión del precepto. Asumamos que existe ese conflicto entre un heredero aparente (que ha aceptado la herencia y se ha adjudicado los bienes) y un heredero real[170]. Si la sucesión no se inscribe, se perjudica al heredero aparente y éste deberá recurrir la calificación registral, sea ante la Dirección General, sea ante los tribunales. Si la sucesión se inscribe, el perjudicado es el heredero real. Es evidente que en tales casos lo que procede es que el heredero real inicie el correspondiente proceso judicial y solicite la correspondiente anotación preventiva (arts. 42 y ss. LH). La supresión del art. 28 LH acentúa la relevancia de esas actuaciones.

[169] *Vid.* Madridejos Sarasola, 2021, Pérez Ramos, 2021 y Goñi Rodríguez de Almeida, 2022: 478 y ss. Sobre los antecedentes del precepto y su sentido, *vid.* Serrano de Nicolás, 2021: 51 y ss.

[170] Por ejemplo, porque no se ha cumplido la condición impuesta al primer heredero.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XI. OTRAS CUESTIONES: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y ARBITRAJE SUCESORIO

Como se ha expuesto en las páginas precedentes, hay coincidencia tanto en el Tribunal Supremo como en la Dirección General en cuanto a que los conflictos interpretativos deben ser resueltos, en última instancia, por los tribunales. Ésta es una perspectiva ampliamente compartida también por la doctrina[171].

La valoración de la interpretación del testamento por los tribunales puede producirse tanto en caso de que la interpretación haya sido llevada a cabo por todos los interesados o solo por algunos de ellos, por el albacea o por el contador-partidor. Los tribunales no están vinculados por la interpretación ya efectuada por cualquiera de esos sujetos[172]. Pero es evidente que, si todos los interesados han manifestado su conformidad con cierta interpretación, sería, como regla general y salvo supuestos de invalidez del consentimiento, una actuación contraria a los propios actos plantear una lectura distinta a la ya consensuada.

Al subrayar que corresponde a los tribunales la función de interpretar las disposiciones testamentarias se adopta una postura que, no cabe duda, puede calificarse de prudente. Pero, paralelamente, tampoco pueden obviarse los enormes inconvenientes que supone remitir a los tribunales esa decisión. Es cierto que la situación puede ser distinta en función de si, al menos provisionalmente, se ha admitido cierta interpretación (por ejemplo, se ha inscrito una escritura de aceptación y de adjudicación de herencia, basada en una interpretación del albacea, que algunos sucesores impugnan) o si, por el contrario, no hay ninguna interpretación que haya prevalecido, ni siquiera con ese carácter provisional (por ejemplo, no existiendo albacea ni contador-partidor, los sucesores no se ponen de acuerdo acerca de cómo interpretar una compleja cláusula testamentaria que resulta esencial en la asignación de los bienes hereditarios).

En cualquier caso, los pleitos sobre interpretación testamentaria no son litigios sencillos. Puede suceder que toda la discusión se circunscriba al

[171] *Vid.*, por todos, Vaquer Aloy, 2008: 136-137, Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 723-724 y Rivas Martínez, 2020: 770-772.

[172] Así, Vaquer Aloy, 2008: 136 y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 723.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

alcance de una concreta cláusula de institución de heredero universal, pero en ocasiones se introducen otras cuestiones que complican su tramitación, como las relativas al avalúo de los bienes o de las donaciones efectuadas por el causante, su computación e imputación o su carácter colacionable. Y esa complejidad acaba redundando en una duración extraordinaria[173], que frecuentemente mantiene excluidos del tráfico los bienes hereditarios.

Por ello, sin negar que la solución judicial resulta un criterio cauteloso en la interpretación del testamento, conviene plantear la posibilidad de alcanzar fines similares por vías alternativas. Ante esta problemática, cabe sugerir la posibilidad de recurrir a un arbitraje sucesorio como mecanismo de resolución del conflicto interpretativo[174]. Conviene recordar que el laudo (también el dictado en un arbitraje sucesorio) produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes (art. 43 LA). En consecuencia, la decisión de un árbitro sobre la interpretación del testamento evidencia unos efectos similares a la decisión judicial.

A ese laudo puede llegarse como consecuencia de un arbitraje que presenta diversas características en función de cómo se configure. La contraposición esencial se articula entre los arbitrajes en los que intervienen los sucesores y el arbitraje impuesto por el testador.

En la doctrina[175] se acostumbra a distinguir tres situaciones diversas de convenio arbitral entre los sucesores: un convenio arbitral presucesorio, es decir, antes de la apertura de la sucesión; un convenio arbitral tras la delación y antes de la adquisición; y un convenio arbitral tras la adquisición de la herencia.

Un hipotético convenio arbitral presucesorio entre el futuro causante y sus posibles sucesores, o solo entre estos, pese a la existencia de doctrina que defiende su admisibilidad[176], es evidente que entraña un negocio sobre

[173] El fenómeno acontece en otros muchos países cuando se trata de pleitos sucesorios: una muestra en VERDERA SERVER, 2022: 51-52, nt. 102.

[174] Sobre las ventajas e inconvenientes del arbitraje en los conflictos sucesorios, *vid.* VERDERA SERVER, 2017: 14 y ss.

[175] *Vid.* VERDERA SERVER, 2017: 159 y ss., y allí más referencias. *Vid.*, asumiendo esas indicaciones doctrinales, STSJ de Extremadura de 1 de febrero de 2021 [AC 2021\1393].

[176] Referencias en VERDERA SERVER, 2017: 159 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la herencia futura que, al no estar específicamente admitido, choca con la prohibición del art. 1271.II CC; y, si además concurren legitimarios, se enfrenta a la previsión del art. 816 CC. La STSJ de Extremadura de 1 de febrero de 2021[177], en relación con un acuerdo de mediación y arbitraje entre un matrimonio y sus cuatro hijos, analiza una cláusula relativa al objeto de esa mediación y arbitraje, en cuya virtud

> "[l]a mediación y el arbitraje de equidad encomendados alcanzará a toda la sucesión personal y patrimonial de Don Julio y Doña Beatriz, siempre que éstos muestren su conformidad, de tal manera que el proceso quedará concluido, salvo indicación expresa de todos los intervinientes, con la adjudicación futura de todos los bienes propiedad de ambas personas, quienes, en todo caso, tendrán holgadamente garantizada su subsistencia el resto de sus vidas".

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura anula el laudo, al considerar que

> "antes de la muerte del causante, está proscrito cualquier negocio jurídico, según lo previsto en el artículo 1271, párrafo segundo, del Código civil […], en el recto entendimiento de que la excepción («la división de un caudal conforme al artículo 1056») no es un contrato que recae sobre herencia futura, sino que es la partición hecha por el testador. Lo mismo cabe decir de «otras disposiciones particionales».
>
> Siendo materia indisponible, inarbitrable, causa que invoca el demandante, y en cualquier caso, la Sala debe apreciar de oficio, más allá de que la demandante suscribiera dicha cláusula, o no invocara la inarbitrabilidad ante el árbitro, procede la estimación de la demanda y sin necesidad de entrar en las demás consideraciones de la demanda, decretar la nulidad del laudo impugnado".

Producida la delación y antes de la adquisición, y tras la adquisición de la herencia, los interesados en la sucesión pueden acordar someter sus controversias a un arbitraje[178]: no hay inconveniente en que estos sucesores pacten una solución arbitral para las controversias que entre los mismos

[177] AC 2021\1393.
[178] Más ampliamente, *vid.* Verdera Server, 2017: 165 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pueden surgir, sin someterse a los límites objetivos y subjetivos del art. 10 LA[179]. Esta posibilidad se enfrenta a dos dificultades, de distinto signo. Por un lado, no suele ser habitual que los sucesores acuerden someter sus controversias hereditarias (actuales o futuras) a un arbitraje; con frecuencia, la desconfianza preside sus relaciones y ello se traduce en la reticencia a admitir que sea un tercero quien resuelva esas diferencias[180]. Pero, por otro lado, el alcance de ese convenio depende de un elemento mucho más delicado: el arbitraje (y el laudo) solo vincula a quienes son parte del mismo en su hipotética condición de sucesores. No afecta a quienes, por tanto, conforme a una determinada interpretación del testamento, podrían ser sucesores y no han sido parte del convenio. Por ello, si se discute quiénes son los que deben suceder al causante, la efectividad de este convenio arbitral se tambalea.

Queda por analizar el arbitraje impuesto por el testador, que es el objeto del art. 10 LA[181]. El recurso a este arbitraje se encuentra lamentablemente lastrado por las limitaciones impuestas por el art. 10 LA, en especial por lo que se refiere a los sujetos que pueden verse afectados. El art. 10 LA solo admite el arbitraje testamentario "para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia". A pesar de los esfuerzos de la doctrina por intentar efectuar una lectura restrictiva de las limitaciones impuestas por el art. 10 LA, que ampliara el campo de actuación del arbitraje testamentario, lo cierto es que su aplicación sigue siendo muy reducida. No se detecta el modo en que el testador pueda imponer un arbitraje a sus herederos forzosos, como no sea a través de una cautela socini[182]. Curiosamente, en algunos de los testamentos que más frecuentemente suscitan dudas interpretativas, no concurren herederos forzosos y, por lo tanto, nada impide que se pueda recurrir sin problemas al arbitraje testamentario. Las limitaciones derivadas del art. 10 LA se conectan con una visión tradicional de la naturaleza de las legítimas y de las materias de libre disposición como objeto del arbitraje (art. 2 LA)[183]. Por ello, son comprensibles los planteamientos que defienden

[179] *Vid.* STS de 28 de octubre de 1933 [Roj: STS 418/1933 - ECLI:ES:TS:1933:418].

[180] Esas mismas razones explican las dificultades con las que se encuentra la mediación sucesoria.

[181] *Vid.* García Pérez, 1999, y Verdera Server, 2009: 297 y ss. y 2017: 113 y ss.

[182] *Vid.* Verdera Server, 2017: 142-144, Gomá Lanzón, 2014: 239 -242, y 2021 y De Prada, 2021.

[183] La STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2021 [AC 2021\1347] considera que "existe hoy un mayoritario asentimiento en entender, 'de lege lata', que la referencia de ese precepto a los herederos no forzosos responde al afán de excluir del arbitraje testamentario cuanto pueda afectar a aquello

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

una reforma o una derogación del art. 10 LA con la finalidad de eliminar restricciones al recurso al arbitraje testamentario[184]. La tramitación del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia[185] constituye una inmejorable oportunidad a tal efecto.

Está por ver la continuidad del flexible planteamiento de la STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2021[186]. La cláusula testamentaria que instituía el arbitraje lo hacía "a salvo de las legítimas"[187], pero las desavenencias dirimidas por el árbitro afectaban a herederos forzosos, al determinar el activo y el pasivo de la herencia y, en particular, los bienes colacionables. Para el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no procede la anulación del laudo porque

> "[l]a validez de la cláusula arbitral predispuesta en el testamento de Doña Asunción no ha sido cuestionada en el seno del procedimiento arbitral […] De ahí que, como postula la demandada, quepa entender tácitamente renunciada —art. 6 LA— la facultad de impugnar la existencia o la validez misma del convenio".

---

que es indisponible para el propio testador en beneficio de los legitimarios, es decir, a aquellas controversias que conciernen a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima, incluida la mejora, con independencia del título por el que se atribuya (v.gr., arts. 670 y 813 a 820 CC). En lógica correspondencia con este fundamento que late en la redacción del precepto legal está su previsión de que no puedan [ser] objeto de arbitraje testamentario sino aquellas controversias que tengan que ver con la administración y distribución de la herencia, pero sin concernir a ni condicionar los intangibles derechos de los legitimarios".

[184] *Vid.* Gomá Lanzón, 2021 y De Prada, 2021. Claro está que, dada la conexión entre esas limitaciones y el régimen de las legítimas, la supresión del sistema legitimario, tal y como lo concibe el Código Civil español, simplificaría aun más la cuestión.

[185] https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1.

[186] AC 2021\1347.

[187] En concreto, la cláusula decía: "Toda controversia derivada de [sic] testamento, a salvo las legítimas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. La mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho, administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

La designación de árbitro y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación.

Si esta cláusula fuese impugnada será igualmente aplicable la opción compensatoria establecida en la disposición antecedente [atribución únicamente de la legítima estricta], en perjuicio del que la impugnase".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En consecuencia, se entiende que

> "el arbitraje se ha desarrollado solo entre herederos forzosos dirimiendo, es inconcuso, aspectos que derechamente tienen que ver con derechos intangibles de los legitimarios […] El laudo, tal y como ha entendido y aplicado la disposición 6ª del testamento otorgado por Doña Asunción, ha vulnerado el ámbito de aplicación de esta modalidad de arbitraje admitido y previsto en el art.10 LA […] Ahora bien; de ahí no se sigue con la debida justificación que proceda declarar su nulidad por invalidez del convenio tanto por razones procesales como por entender que ha existido una voluntad arbitral válidamente emitida que sustenta la decisión del árbitro.
>
> No consta —ni en rigor se alega— que la validez de la cláusula arbitral predispuesta en el testamento de Doña Asunción haya sido cuestionada por la actora —ni por nadie— en el seno del procedimiento arbitral, sin que, por lo que de inmediato se dirá, estemos ante uno de esos casos en que, por imperativo del orden público, resulte obligado apreciar de oficio la invalidez o inexistencia de un convenio arbitral. En consecuencia, el motivo ahora esgrimido lo es sin subvenir a la carga de satisfacer el requisito de procedibilidad previsto en el art. 6 LA […] En las circunstancias concurrentes en el caso la Sala no aprecia óbice para poder entender que, más allá de la aplicación del art. 10 LA, la conducta procesal de las partes en el seno del arbitraje y, en particular, de quien ahora solicita su nulidad […], no cuestionando en absoluto la viabilidad del arbitraje por falta de convenio y aceptando sin paliativos la sustanciación del mismo, es expresión de una voluntad suficientemente inequívoca de renunciar a la jurisdicción, deducida de verdaderos actos concluyentes, tal y como autoriza a entender el art. 9.5 LA. Cumple reiterar en este sentido, ya lo hemos dicho, que este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarde con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima «ne venire contra factum proprium»".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Como puede deducirse, a pesar de su flexibilidad, del planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se extrae que, si la heredera forzosa hubiera alegado en el curso del procedimiento arbitral la invalidez del arbitraje testamentario por vulnerar el art. 10 LA, la solución hubiera sido distinta.

Incluso con la restrictiva redacción actual del art. 10 LA, y a pesar de que solo se refiera a la distribución o administración de la herencia, cabe que el árbitro testamentario resuelva problemas de interpretación del testamento[188]. Fácilmente sucederá que esa interpretación será presupuesto necesario de la distribución o administración de la herencia. En cualquier caso, el laudo arbitral derivado del art. 10 LA tiene, como se ha anticipado, valor de cosa juzgada y la posibilidad de su revisión se encuentra sustancialmente limitada, con lo que sus efectos, en la práctica, se asimilan a los de la resolución judicial que interprete el testamento[189]. Es, por tanto, una posibilidad que debería ser potenciada, a la vista de los problemas que suscita la interpretación del testamento y los inconvenientes vinculados con su atribución última a los órganos jurisdiccionales, cuando a la herencia no concurren herederos forzosos.

[188] *Vid.* Castán Vázquez, 1973: 307-308, Jordano Barea, 1999: 141-142, García Pérez, 1999: 185 y 339-349, Verdera Server, 2009: 342, González Acebes, 2012: 86 y 93, De Prada, 2014: 443 (que matiza que al árbitro no le corresponde la interpretación del testamento, sino la controversia sobre la interpretación efectuada por el albacea); y Verdera Izquierdo y Munar Bernat, 2016: 722-723.

Algunas cláusulas de arbitraje testamentario que proponen las instituciones arbitrales así lo recogen. Por ejemplo, la del Tribunal Arbitral de Barcelona (https://tab.es/arbitraje/solicitar-el-arbitraje/clausulas-arbitrales/: consultado el 16.7.2022): "Todas las controversias que surjan entre los causahabientes del testador [OPTATIVAMENTE: o entre estos y los albaceas, contadores partidores o administradores de la herencia por él nombrados], por cuestiones relativas a la, distribución o administración de su herencia con exclusión de aquellos extremos que son legalmente indisponibles para la voluntad del testador y en la estricta medida en que lo sean, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el Arbitraje, a quien se encomienda la designación de árbitro o árbitros y la administración del arbitraje. El arbitraje comprenderá todas las controversias relacionadas con la interpretación, integración, aplicación y/o ejecución de cláusulas de este testamento, incluyendo las relativas al inventario y avalúo de bienes, derechos y obligaciones que integren —o deban integrar a juicio de alguno de los interesados y no de otro u otros— el caudal relicto".

La Fundación Signum recoge las propuestas del notario Fernando Rodríguez Prieto (https://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf: consultado el 16.7. 2022), que incluyen entre las funciones arbitrales las de interpretar el testamento.

[189] Y probablemente la tramitación del procedimiento arbitral será más breve que la del procedimiento judicial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XII. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 9/2010, de 27 abril [RTC 2010\9].

2. TRIBUNAL SUPREMO

STS de 5 de junio de 1894 [Roj: STS 186/1894 - ECLI:ES:TS:1894:186].

STS de 25 de noviembre de 1902 [Roj: STS 57/1902 - ECLI:ES:TS:1902:57].

STS de 18 de abril de 1916 [Roj: STS 201/1916 - ECLI:ES:TS:1916:201].

STS de 20 de febrero de 1929 [Roj: STS 1317/1929 - ECLI:ES:TS:1929:1317].

STS de 25 de junio de 1930 [Roj: STS 2171/1930 - ECLI:ES:TS:1930:2171] .

STS de 18 de noviembre de 1930 [Roj: STS 1966/1930 - ECLI:ES:TS:1930:1966].

STS de 28 de octubre de 1933 [Roj: STS 418/1933 - ECLI:ES:TS:1933:418].

STS de 6 de marzo de 1944 [Roj: STS 46/1944 - ECLI:ES:TS:1944:46].

STS de 25 de noviembre de 1944 [Roj: STS 191/1944 - ECLI:ES:TS:1944:191].

STS de 28 de junio de 1947 [RJ 1947\920].

STS de 9 de octubre de 1956 [Roj: STS 306/1956 - ECLI:ES:TS:1956:306].

STS de 6 de febrero de 1958 [Roj: STS 1374/1958 - ECLI:ES:TS:1958:1374].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

STS de 3 de febrero de 1961 [Roj: STS 42/1961 - ECLI:ES:TS:1961:42].

STS de 27 de mayo de 1961 [RJ 1961\2341].

STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963\447].

STS de 12 de noviembre de 1964 [Roj: STS 1255/1964 - ECLI:ES:TS:1964:1255].

STS de 8 de abril de 1965 [Roj: STS 3198/1965 - ECLI:ES:TS:1965:3198].

STS de 5 de julio de 1966 [RJ 1966\3671].

STS de 26 de noviembre de 1974 [RJ 1974\4490].

STS de 4 de mayo de 1977 [RJ 1977\1946].

STS de 10 de noviembre de 1979 [RJ 1979\4655].

STS de 24 de marzo de 1982 [RJ 1982\1501].

STS de 9 de marzo de 1984 [RJ 1984\1206].

STS de 1 de julio de 1985 [RJ 1985\3631].

STS de 10 de febrero de 1986 [RJ 1986\521].

STS de 10 de abril de 1986 [RJ 1986\1846].

STS de 21 de junio de 1986 [RJ 1986\3788].

STS de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8402].

STS de 1 de febrero de 1988 [RJ 1988\581].

STS de 28 de abril de 1989 [RJ 1989\3280].

STS de 23 de mayo de 1991 [RJ 1991\3786].

STS de 17 de julio de 1991 [RJ 1992\8288].

STS de 30 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8582].

STS de 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10138].

STS de 21 de febrero de 1994 [RJ 1994\1104].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

STS de 30 de enero de 1997 [RJ 1997\159].

STS de 16 de junio de 1997 [RJ 1997\5411].

STS de 29 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9490].

STS de 23 de junio de 1998 [RJ 1998\4746].

STS de 9 de octubre de 2003 [RJ 2003\7232].

STS de 24 de noviembre de 2004 [RJ 2004\7554].

STS de 4 de mayo de 2005 [RJ 2005\3777].

STS de 15 de diciembre de 2005 [RJ 2005\10157].

STS de 26 de marzo de 2006 [RJ 2006\1590].

STS de 21 de noviembre de 2007 [RJ 2007\8119].

STS de 29 de abril de 2008 [RJ 2008\1993].

STS (cont.) de 20 de mayo de 2008 [Roj: STS 2176/2008 - ECLI: ES:TS:2008:2176].

STS de 25 de junio de 2008 [RJ 2008\3238].

STS de 3 de marzo de 2009 [RJ 2009\1625].

STS de 10 de diciembre de 2009 [RJ 2010\279].

STS de 14 de abril de 2011 [RJ 2011\2753].

STS de 15 de abril de 2011 [RJ 2011\2313].

STS de 1 de marzo de 2013 [RJ 2013\7414].

STS de 11 de septiembre de 2013 [Roj: STS 5269/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5269].

STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4251].

STS (cont.) de 5 de junio de 2018 [Roj: STS 2183/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2183].

STS de 26 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4258].

STS de 28 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4071].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

STS (cont.) de 29 de marzo de 2019 [Roj: STS 1146/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1146].

STS de 9 de septiembre de 2021 [Roj: STS 3277/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3277].

STS de 17 de diciembre de 2021 [RJ 2022\134].

STS de 12 de julio de 2022 [Roj: STS 2906/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2906]

3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1998 [RJ 1999\630]

STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002\10923].

STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2006 [RJ 2006\3999].

STSJ de Extremadura de 1 de febrero de 2021 [AC 2021\1393].

STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2021 [AC 2021\1347].

4. AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP de Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2017 [JUR 2017\306434].

SAP de A Coruña de 14 de febrero de 2019 [JUR 2019\105787].

5. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 27 marzo 1981 [RJ 1981\1790].

RDGRN de 25 de septiembre de 1987 [RJ 1987\6574].

RDGRN de 27 de octubre de 2004 [RJ 2004\7807].

RDGRN de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2005\4010].

RDGRN de 19 de abril de 2006 [JUR 2022\139747].

RDGRN de 27 de mayo de 2009 [RJ 2010\1649].

RDGRN de 18 de enero de 2010 [RJ 2010\650].

RDGRN de 28 de enero de 2014 [RJ 2014\976].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

RDGRN de 30 de abril de 2014 [RJ 2014\3227].

RDGRN de 16 de marzo de 2015 [JUR 2015\107057].

RDGRN de 29 de junio de 2015 [RJ 2015\4433].

RDGRN de 16 de julio de 2015 [RJ 2015\4046].

RDGRN de 27 de julio de 2015 [RJ 2015\4439].

RDGRN de 19 de octubre de 2015 [RJ 2015\6492].

RDGRN de 26 mayo de 2016 [RJ 2016\3997].

RDGRN de 13 julio de 2016 [RJ 2016\5250].

RDGRN de 27 de octubre de 2016 [RJ 2016\6043].

RDGRN de 14 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5760].

RDGRN de 16 de diciembre de 2016 [RJ 2016\6630].

RDGRN de 21 de marzo de 2018 [RJ 2018\1882].

RDGRN de 16 de mayo de 2018 [RJ 2018\2496].

RDGRN de 11 de junio de 2018 [RJ 2018\3004].

RDGRN de 5 de julio de 2018 [RJ 2018\4761].

RDGRN de 18 de julio de 2018 [RJ 2018\3498].

RDGRN de 27 de febrero de 2019 [RJ 2019\1409].

RDGRN de 3 de julio de 2019 [RJ 2019\3059].

RDGRN de 25 de septiembre de 2019 [RJ 2019\4481].

RDGRN de 22 de enero de 2020 [RJ 2020\1902].

RDGRN de 28 de enero de 2020 [RJ 2020\1892].

RDGRN de 23 de octubre de 2020 [RJ 2020\3983].

6. DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

RGDSJFP de 5 de octubre de 2021 [RJ 2021\5536].

RDGSJFP de 15 de julio de 2021 [RJ 2021\4150].

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 [RJ 2021\5547].

RDGSJFP de 14 de octubre de 2021 [RJ 2021\5548].

RDGSJFP de 21 de octubre de 2021 [RJ 2021\5555].

RDGSJFP de 25 de octubre de 2021 [RJ 2021\5554].

RDGSJFP de 15 de diciembre de 2021 [RJ 2021\5831].

RDGSJFP de 31 de mayo de 2022 [BOE de 6 de julio de 2022].

RDGSJFP de 14 de julio de 2022 [BOE de 2 de agosto de 2022].

XIII. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M., «De la antigua, y que se incumplía, expresión de la voluntad del testador al notario y a los testigos, a la supresión de éstos», *Revista de Derecho Privado*, vol. 76, 1992, pp. 615-638.

Alférez Callejón, G., «El testamento y su interpretación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 494, 1973, pp. 69-120.

Aparicio Carrillo, E. J., «Si te casas, no heredas… (Artículo 793,1º párrafo del Código Civil)», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, D. Jiménez (coord.), Universidad de Jaén- Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 1433-1454.

Arroyo i Amayuelas, E.y Bondía García, D., «¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso 'Pla & Puncernau vs. Andorra' (STEDH, 13 de julio de 2004)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, 2004, pp. 7-87.

Ávila Navarro, P., «Instrumentación de los derechos inscribibles en los diversos sistemas registrales y otras instituciones del Derecho inmobiliario registral», en AA.VV., *La calificación registral*, F.J. Gómez (ed.), t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996, pp. 324-329.

Badosa Coll, F., «Artículos 694-699», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ley 30/1991, de 20 de diciembre, R. Bercovitz (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1043-1121.

Casanueva Sánchez, I. C., *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

Castán Vázquez, J. M.ª, «La interpretación del testamento en el Derecho Común», *Revista de Derecho Privado*, vol. 57, 1973, pp. 281-308.

Cobacho Gómez, J. A., «Notas sobre alguna jurisprudencia en materia de interpretación del testamento», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, D. Jiménez (coord.), Universidad de Jaén- Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 1455-1466.

Cobas Cobiella, M.ª E., «A propósito de la interpretación de los testamentos. Comentario a la Resolución de 18 de enero de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25 [BIB 2010\1615: consultado el 6.7. 2022].

De la Cámara Álvarez, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 3ª ed. actualizada por A. de la Esperanza., 2004.

De la Iglesia Prados, E., «La interpretación del testamento: Comentario a la STS de 9 octubre 2003», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, pp. 367-375.

De Prada Guaita, C., «El arbitraje testamentario», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIV, 2014, pp. 425-459.

—, «¡¡¡Liberad al arbitraje testamentario!!!», *El Notario del siglo XXI*, núm. 100, 2021 [https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11079-liberad-al-arbitraje-testamentario: consultado el 14.7.2022].

De Verda y Beamonte, J. R., «Error y responsabilidad en el testamento y en la donación», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 2005, pp. 51-59.

Díaz de Lezcano Sevillano, I., «La interpretación testamentaria en la jurisprudencia de nuestro tribunal Supremo», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 5199-5220.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Díez-Picazo, L., «Interpretación de testamento (Sentencia de 11 de abril de 1958)», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 689-698 [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1959-20068900698: consultado el 18.6.2022].

—, «La pluralidad de testamentos», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 27, 1960, pp. 7-97.

Díez-Picazo Giménez, G., «Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del Derecho de sucesiones», en AA.VV., *Estudios de Derecho de sucesiones. 'Liber Amicorum' Teodora F. Torres García*, A. Domínguez y M. P. García (dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 347-370.

Doral García, J. A., «Interpretación de los testamentos. Interpretación de las cláusulas testamentarias conflictivas y/ o dudosas», en AA.VV., *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, F. Lledó, M. P. Ferrer y J. A. Torres (dirs.), vol. 1, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 521-556.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 229-260.

Galicia Aizpurua, G., «Comentario a los arts. 790 a 805 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (dir.), t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5759-5829.

García Amigo, M., «Interpretación del testamento», *Revista de Derecho Privado*, vol. 53, 1969, pp. 931-971.

García García, J. M., *La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996.

García Pérez, C., *El arbitraje testamentario (Estudio del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

García Rubio, M. P., Louro García, M. I., Requeixo Souto, X. M., Nieto Alonso, A., Herrero Oviedo, M., Otero Crespo, M., Mesa Marre-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

RO, C. y PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «Los testamentos de las mujeres», en Torres, T. (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 791-807.

GARRIDO MELERO, M., *El testamento y su interpretación*, Col.legi de Notaris de Catalunya-Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GOMÁ LANZÓN, I., «El arbitraje en derecho sucesorio. El arbitraje testamentario», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, C. GONZÁLEZ (coord.), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 199-250.

GOMÁ LANZÓN, I., «Una propuesta de reforma de la regulación del arbitraje testamentario», *El Notario del siglo XXI*, núm. 100, 2021. [https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/11080-una-propuesta-de-reforma-de-la-regulacion-del-arbitraje-testamentario: consultado el 14.7.2022].

GÓMEZ CALLE, M.ª E. *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ ACEBES, B., *La interpretación del testamento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ PALOMINO, J., «Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. II, 1950, pp. 445-602.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *Artículos 694 a 705 del Código Civil*, en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo (dir.), t. IX, vol. 1º-B, Edersa, Madrid, 1987.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, «La derogación de la suspensión de efectos de la fe pública registral: a propósito del artículo 28 LH», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022, pp. 478-490.

GORDILLO CAÑAS, A., «El error en el testamento», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, núm. 3, 1983, pp. 747-816.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—, «Comentario a la Sentencia de 30 de enero de 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 44, 1997, pp. 585-594.

Hirsch, A. J., «Default Rules in Inheritance Law: a Problem in Search of its Context», *Fordham Law Review*, vol. 73, 2004, pp. 1031-1101 [https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4048&context=flr: consultado el 4.7.2022]

Jordano Barea, J. B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.

Jordano Fraga, F., *La sucesión en el* ius delationis. *Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria* mortis causa, Civitas, Madrid, 1990.

Lacruz Berdejo, J. L., *Derecho de sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961.

López Frías, M.ª J., *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Comares, Granada, 2004.

Madridejos Sarasola, A., «¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria?», *El Notario del siglo XXI*, núm. 96, 2021. [https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-96/10638-nadie-va-a-derogar-nunca-el-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria: consultado el 8.7.2022].

Mariño Pardo, F., «La Resolución DGSJFP de 7 de marzo de 2022. ¿El triunfo definitivo de la tesis de la única sucesión en la doctrina de la Dirección General?», Blog Iuris Prudente, 13 de mayo de 2022 [http://www.iurisprudente.com/2022/05/la-resolucion-dgsjfp-de-7-de-marzo-de.html: consultado el 29.6.2022].

Marsal i Guillamet, J., *El testament*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 2000.

Martín i Casals, M., «Comentario a la Sentencia de 29 de enero de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 7, 1985, pp. 2347-2356.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Martínez Espín, P., «Comentario a los arts. 694 a 705 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (dir.), t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5339-5392.

Martínez-Provencio y Martínez, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones. Común, foral, internacional y fiscal (Ab ovo usque ad mala)*, t. I, 2ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Martorell García, V., «Cómo sobrevivir al «ius transmissionis»», www.notariosyregistradores.com, 5 de abril de 2022 [https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/como-sobrevivir-al-ius-transmissionis/: consultado el 29.6.2022].

Mestre Rodríguez, M.ª L., *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

Murillo Villar, A., «El principio «semel heres semper heres» y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos», *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 26, 2021, pp. 149-208 [https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18174: consultado el 14.6.2022].

Ossorio Morales, J., *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

Pascual Brotóns, C. C., «Partición, adjudicación y registro de la propiedad», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 13, 2018, pp. 219-237.

Pascual de la Parte, C.-C., «La transmisión del *ius delationis ex* artículo 1006 del Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2018, pp. 1846-1891.

Pérez Ramos, C., «Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria», *El Notario del siglo XXI*, núm. 96, 2021. [https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-96/10636-pretendiendo-explicar-una-posible-reforma-del-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria: consultado el 8.7.2022].

Prada Álvarez-Buylla, P., «La calificación registral como proceso de aplicación del Derecho», en AA.VV., *La calificación registral*, F. J. Gó-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

MEZ (ed.), t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996, pp. 819-855.

PUIG BRUTAU, J., «La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XIII, 1962, pp. 509-528.

QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., *La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo (Derecho Común y Foral)*, Reus, Madrid, 2018.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de sucesiones común: estudios sistemático y jurisprudencial*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J., *Ius transmissionis (Nemo dat quod non habet)*, Bubok, Madrid, 2020

ROCA SASTRE, R. M.ª, *Estudios sobre sucesiones*, t. I, Instituto de España, Madrid, 1981.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio* mortis causa, Edelce, Sevilla, 1951.

RUBIO GARRIDO, T., «Comentario al art. 675 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (dir.), t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5209-5227.

—, *Fundamentos del Derecho de Sucesiones*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

SALVADOR CODERCH, P., «Comentario a la Sentencia de 26 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 1, 1983, pp. 289-298.

SERRANO DE NICOLÁS, Á.,«Artículo 1006 del Código civil español: El 'mismo derecho' no es el meramente instrumental 'ius delationis'», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014, pp. 189-203.

—, «Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1, 2021, pp. 51-92.

SIMÓ SANTONJA, V. L., «La interpretación de las disposiciones 'mortis causa'», *Revista de Derecho Privado*, vol. 45, 1961, pp. 371-397.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

TORRALBA SORIANO, V., «Comentario a los arts. 790 a 805 del Código Civil», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, C. PAZ-ARES, L- DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR (dirs.), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1938-1967.

VAQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid, 2008.

—, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, núm. 3, 2015, pp. 1-40 [https://indret.com/libertad-de-testar-y-condiciones-testamentarias/#:~:text=La%20libertad%20de%20testar%20se,imponer%20condiciones%20a%20los%20sucesores.: consultado el 29.6.2022].

—, «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, 2016, pp. 9-34.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

VERDERA IZQUIERDO, B. y MUNAR BERNAT, P. A. (2016): «Interpretación del testamento», en AA.VV., *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, M. C. Gete-Alonso (dir.), vol. I, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2ª ed., 2016, pp. 691-724.

VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

—, *Partición de la herencia y arbitraje*, Col.legi Notarial de Catalunya-Bosch, Barcelona, 2017.

—, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

VIDAL FRANCÉS, P., «La problemática actual en la calificación registral», en AA.VV., *La calificación registral*, F. J. GÓMEZ (ed.), t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996, pp. 280-296.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LOS PODERES PREVENTIVOS: UN NUEVO ENFOQUE TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

PREVENTIVE POWERS: A NEW APPROACH AFTER LAW 8/2021, OF JUNE 2

José Luis Fernández Lozano
Notario de Ribadesella

Resumen: Se estudia en este artículo la regulación de los mandatos y poderes preventivos tras la reforma realizada por la Ley 8/2021: naturaleza jurídica, quiénes pueden otorgarlos y a quiénes se pueden conferir, los supuestos de pluralidad de apoderados, la configuración de las facultades, con la posibilidad de salvar la autocontratación y el conflicto de intereses, el contenido, controles y salvaguardas, la sustitución, su puesta en vigor y ejercicio, la escritura pública para su otorgamiento, su inscripción registral, su revisión y extinción, concluyendo con una referencia a la regulación de Derecho Foral y de Derecho Comparado, así como a los problemas que se pueden plantear en Derecho Interregional e Internacional Privado.

Palabras clave: Ley 8/2021, poderes preventivos, mandato, medidas voluntarias de apoyo, autonomía del individuo, controles y salvaguardas.

Abstract: This article studies the regulation of preventive mandates and powers, after the reform carried out by Law 8/2021: legal nature, who can grant them and to whom they can be conferred, the assumptions of plurality of attorneys, the configuration of the powers, with the possibility of saving the self-contracting and the conflict of interest, the content, controls and safeguards, the substitution, its implementation and exercise, the public deed for its granting, its registration, its review and extinction, concluding with a reference to the regulation of Regional Law and Comparative Law, as well as the problems that may arise in Interregional and Private International Law.

Keywords: Law 8/2021, preventive powers, mandate, voluntary support mesures, autonomy of the individual, controls and safeguards.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL

1. Antecedentes
2. Regulación actual

III. CONCEPTO Y CLASES

1. Intento de definición
2. Clases

IV. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

V. ELEMENTOS PERSONALES

1. Poderdante
2. Apoderado
3. Pluralidad de poderdantes/apoderados

VI. CONTENIDO

1. Facultades: posibilidad de autocontratación/ sustitución del poder
2. Controles y salvaguardas

VII. EJERCICIO

1. Eficacia
2. Publicidad
3. Revisión

VIII. ELEMENTOS FORMALES: LA ESCRITURA PÚBLICA COMO FORMA ESENCIAL

IX. EXTINCIÓN

X. DERECHO FORAL O CIVIL AUTONÓMICO

XI. DERECHO COMPARADO

XII. DERECHO INTERREGIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

XIII. BREVES CONCLUSIONES

XIV. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con vigencia desde el 3 de septiembre, ha irrumpido en nuestras vidas de una manera arrolladora, obligándonos a un replanteamiento (y también a un cambio) en nuestros esquemas tradicionales en cuanto a la protección y consideración de las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Llevamos ya un cierto tiempo con la ley en vigor. Los seminarios, estudios, mesas redondas y ponencias sobre los múltiples temas y cuestiones, de verdadera enjundia, que plantea la aplicación de la nueva ley han sido, y siguen siendo, numerosos. Pese a ello, en la práctica jurídica aún nos queda mucho camino por recorrer, muchos vericuetos que transitar, hondonadas y montículos de difícil acceso, que surgen en la interpretación y aplicación, las más de las veces complicadas, de la nueva regulación.

La orientación de este trabajo, uno más en la procelosa marejada de estudios llegados y venideros, tratará de ser más práctica que doctrinal, buscando la problemática concreta y sus posibles soluciones, relegando a un segundo plano los planteamientos teóricos, en una materia trascendental, en el desarrollo y protección de la dignidad de la persona, como es la de los llamados poderes preventivos.

El cambio —no lo dudemos— ha sido radical.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley, se ha pasado de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Las personas con discapacidad han de poder ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Y, a fin de que ello sea posible, habrán de proveerse las medidas de apoyo necesarias, más adecuadas y menos invasivas.

Atendiendo al principio de respeto de la personalidad, y como desarrollo a la máxima protección de la autonomía de la voluntad, se da una total preferencia a las medidas de apoyo diseñadas por la persona con discapacidad, hasta el punto de que las medidas judiciales solo serán de aplicación subsidiaria. De ahí la importancia de fomentar el conocimiento en el amplio mundo de la discapacidad de todas las posibilidades de previsión que ofrece el vigente ordenamiento jurídico.

La implicación de todos los operadores jurídicos y, en especial, de los notarios, en esta nueva etapa, ha de ser máxima. El cambio de "paradigma" no ha de ser meramente conceptual: ha de aplicarse, sin titubeos y con decisión, en la práctica de nuestros despachos, de manera sólida, congruente y fidedigna con los principios que inspiran la reforma, pero también con lógica y sentido común.

II. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL

1. Antecedentes

Con anterioridad a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, la doctrina propugnó la necesidad de admitir los llamados "apoderamientos preventivos"[1], en base a: la comparación con la situación del ausente —artículo 183 CC—; la posibilidad de los poderes irrevocables, o la posibilidad de administraciones separadas compatibles con la tutela. La articulación de otras soluciones se hizo desde otros ámbitos: el fideicomiso, los mandatos irrevocables y post mortem, las sociedades civiles comerciales, la indivisión forzosa, la donación con carga y la renta vitalicia.

[1] Así Martínez García, en «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría*, número 2, febrero de 2000, pp. 56-57.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La citada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al dar nueva redacción al artículo 1732 CC, dio entrada a la figura del apoderamiento o mandato preventivo, al establecer que "... El mandato se extinguirá... por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor".

2. Regulación actual

La Ley 8/2021, de 2 de junio, regula expresamente los apoderamientos o mandatos preventivos, dándole una nueva dimensión —cuantitativa y cualitativa—. Dicha regulación se contiene en la Sección 2ª ("de los poderes y mandatos preventivos[2]"), del capítulo II ("de las medidas voluntarias de apoyo"), del Título XI ("de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica"), del Libro I ("de las personas"). Son un total de siete artículos (256 a 262). Se completa con lo dispuesto en el artículo 1732 CC (sobre extinción del mandato) y, en cuanto a su régimen de Derecho Transitorio, con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021.

[2] La expresión "poderes y mandatos preventivos" que emplea el legislador genera la expectativa de una regulación más profusa de la que luego, al repasar el articulado, en realidad, tiene lugar. Todos los artículos se refieren a los poderes, salvo el último, el 262 CC, que señala, incomprensiblemente, que "lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder", supuesto extraño e inoperante en la práctica del tráfico jurídico. Lo más coherente hubiera sido aclarar la doble posibilidad de otorgar en escritura un mandato preventivo haciendo comparecer también al mandatario (lo que, a nuestro juicio, puede ser aconsejable en muchos casos) o un poder preventivo en el que solo comparezca el poderdante, con independencia de que el poder esté basado o no en un mandato (aunque, en la inmensa mayoría —por no decir, todas— de las ocasiones así será. Pensar en la práctica notarial en una escritura de mandato preventivo —sin poder o herramienta representativa— es algo, sinceramente, inconcebible, así como totalmente inútil.

Como afirma Corona Quesada, M. («Las medidas de naturaleza voluntaria», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, editorial Atelier, 2022, p. 246), tratándose de una medida voluntaria de apoyo de las personas con discapacidad parece que lo más aconsejable no es otorgar un simple poder de representación, ni un mandato sin poder, sino un mandato con poder de representación, que es lo que no se regula.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La regulación es, a juicio de la mayoría de los autores, parca e insuficiente[3]. Debido a esta circunstancia[4], se plantea cuál ha de ser la regulación que, de modo supletorio, se puede invocar para colmar las lagunas que pueda haber en su aplicación[5]. La respuesta puede venir condicionada, sin duda, por la respuesta que se dé a la determinación de la naturaleza jurídica. Si estimamos que se trata de medidas de apoyo, podría entenderse que son de

[3] Como señala García Herrera, V. («Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato», dentro de la obra *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tas la ley 8/2021, de 2 de junio*, editorial Tirant lo Blanch, 2022, pp. 349-351), la parquedad de la regulación genera numerosos interrogantes: entre otros, los derivados de la falta de configuración de un contenido mínimo (no se soluciona cuál es o debe ser el alcance de la autonomía de la voluntad del sujeto en el diseño de las medidas de apoyo); el artículo 260.2 CC deja en el aire cuestiones cómo las de cuál es el objeto de publicidad mediante su constancia en el Registro Civil (la mera existencia del poder otorgado, o también su contenido), o la de qué efectos produce la inscripción; la de la forma de acreditar el apoderado la concurrencia de la necesidad de apoyo y el consecuente inicio de la eficacia del poder preventivo; la de la capacidad necesaria para ser poderdante y para ser apoderado...

Pereña Vicente, M. («El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», dentro de la obra *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, editorial Marcial Pons, 2021, pp. 204-207), tras señalar la importancia de los poderes preventivos (llamados a convertirse en una de las instituciones esenciales del sistema, que sitúa la voluntad de la persona en el centro de este), destaca el carácter insuficiente de la regulación, la cual, pese al cambio de ubicación sistemática, continúa haciendo de los poderes preventivos un mecanismo más próximo del ámbito contractual que al de las instituciones de protección.

Ribot Igualada, J. (*Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 579), en igual sentido, apunta que muchas cuestiones señaladas por la doctrina no han sido resueltas de un modo directo ni claro.

[4] Se podría argüir, en defensa de la actual regulación, que ésta no contiene un desarrollo pormenorizado y más amplio, porque trata de resaltar al máximo la libertad del poderdante en su configuración, huyendo de toda imposición de contenidos que pueda constreñir el respeto de la voluntad de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo atenderse a sus deseos y preferencias, en armonía con los principios de la Convención de Nueva York. Frente a esto, cabe, con bastante fundamento, contraargumentar que la imprecisión de la normativa en algunos aspectos (capacidad para ser poderdante y apoderado; contenido y efectos de la constancia en el Registro Civil, comienzo de su eficacia, entre otros) podría haberse eliminado mediante una más esmerada regulación, y que el hecho de establecer unos criterios legales aclaratorios no choca con el respecto de la voluntad del poderdante, cuando, en último término, se hace prevalecer esta, dejando la aplicación de aquellos como subsidiarios o supletorios de los fijados por el poderdante, quien siempre puede excluirlos.

[5] El Código Civil francés aplica al mandato de protección, en primer término, las disposiciones específicas de su regulación (artículos 477 al 494), estableciendo, en cuanto a los derechos y obligaciones del mandatario, la aplicación de lo dispuesto en cuanto a los efectos de la tutela y la curatela en relación a la protección de la persona (artículos 457-1 a 459-2), no pudiendo disponerse nada en contrario ("*toute stipulation contraire est réputée non écrite*"); por último, en el artículo 478, aplica con carácter supletorio la regulación del contrato de mandato (artículos 1984 a 2010).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aplicación supletoria, las normas de la curatela. Así lo demuestra el hecho de que, si el poderdante no dispone lo contrario, tratándose de poder preventivo que comprenda todos los negocios del otorgante[6], se aplicarán las reglas de la curatela (artículo 259 CC). No obstante, al prevalecer siempre lo dispuesto por el poderdante (se aplicarán las reglas de la curatela en todo lo no previsto en el poder y "salvo que el poderdante haya determinado otra cosa"), siempre habrá que ver si en el poder existe una disposición que permita llenar la laguna; y, solo en caso de no haberla, habrá que aplicar, supletoriamente, las reglas de la curatela o las del mandato, en función del tipo de cuestión que se suscite (más próxima a la función del apoderado como persona que presta apoyo; o más cercana a la relación contractual —mandato— en que se apoye el poder)[7].

III. CONCEPTO[8] Y CLASES

1. Intento de definición

En la regulación legal no se contiene una definición propiamente dicha, si bien cabe extraer de las dos modalidades que contempla un concepto aproximativo, útil como proyecto de definición: así, podemos definir los poderes preventivos[9] como una modalidad de medidas voluntarias de apo-

[6] Se está refiriendo al poder general, que, según el artículo 1712 CC, referido al mandato, es el que comprende todos los negocios del mandante, frente al poder especial, que solo comprende uno o más negocios determinados. Es decir, se refiere a un poder que incluye todos los bienes y derechos del poderdante, con independencia de cuáles sean las facultades conferidas, más o menos amplias.

[7] Moro Almaraz, M. J., en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2022, p. 276, entiende, por su parte, que, prioritariamente se tendrá en cuenta la voluntad del mandante en el marco de lo ordenado en las disposiciones generales relativas a medidas de apoyo (artículos 249 a 253 CC) y, en particular, las relativas a las medidas de apoyo voluntarias (artículos 254 y 255 CC) y de los mandatos preventivos (artículos 256 a 262 CC); y que, en su defecto, si estamos en los supuestos del artículo 259 CC, el régimen de la curatela; y, en su defecto o cuando este último no resulte aplicable, el régimen del mandato en cuanto sea compatible con el objeto de estos mandatos preventivos para el establecimiento de medidas de apoyo.

[8] Se puede hablar de "poderes preventivos", "mandatos preventivos" o de "representación voluntaria preventiva". El Código Civil francés utiliza la expresión "*mandat de protection future*".

[9] Serán mandatos preventivos cuando la relación jurídica subyacente, que será lo más habitual, sea la del contrato de mandato. Aunque cabe, formalmente, que el poder preventivo se articule en una escritura pública en la que comparezca solo el otorgante, puede ser aconsejable hacer comparecer

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

yo, conforme a la cual una persona con discapacidad, actual o futura, mayor de edad o menor emancipado (poderdante), designa, en escritura pública, a otra persona física o jurídica (apoderado) para que ejercite las facultades que tenga a bien atribuirle (más o menos amplias), con las salvaguardas y controles que desee establecer, surtiendo efecto desde el momento en que el poderdante precise medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica[10].

2. Clases[11]

En términos generales, se puede seguir hablando de dos clases: a) el poder con subsistencia de efectos[12] y b) el poder preventivo propiamente dicho[13].

El primero es aquel que se anuda a un poder ordinario, que surte efectos inmediatos nada más otorgarse, pero que se convierte en poder preventivo en el momento en que el poderdante precisa, para el ejercicio de su capacidad jurídica, de una medida de apoyo. A él se refiere el artículo 256 CC, al señalar que "el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad".

Puede plantearse, respecto de esta modalidad, si estamos ante dos poderes: un poder ordinario, que se regirá por las reglas generales de la representación (y al que, por tanto, no se aplicarán las reglas de la curatela, ni lo dispuesto en el artículo 261 CC en cuanto a la no posibilidad

también al apoderado (mandatario), para que acepte el encargo realizado, asumiendo la obligación de ejercer el poder conferido. Y, aunque conceptualmente es posible también un mandato no representativo (sin poder), su inutilidad práctica lo hace inviable.

[10] Considero que el poder con subsistencia de efectos es un poder ordinario que solo pasa a ser preventivo en el instante en que el poderdante precisa medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

[11] Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, 2021, pp. 111-112, distingue: poderes con cláusula de subsistencia; poderes para el caso de que se produzca causa de discapacidad; mandato con poder, y mandato sin poder.

[12] Poder con cláusula de continuidad, poder ultraactivo, o poder preventivo de eficacia directa o inmediata.

[13] Poder *ad cautelam* o de eficacia diferida.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sustitución), en tanto el poderdante no necesite medidas de apoyo; y un poder preventivo, no nacido (si bien "nasciturus"), surgido a la vida jurídica efectiva en el preciso instante en que el poderdante requiera medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad[14]; o si bien, por el contrario, nos encontramos, no solo formal, sino también materialmente, con un solo poder preventivo, que se regirá en todo momento, salvo disposición contraria del poderdante, por las normas reguladoras de los poderes preventivos (y, en su caso —si no hay disposición en contra— también por las de la curatela).

Está claro que el poderdante puede dar un poder ordinario[15] y, separadamente, en otra escritura pública, un poder preventivo puro[16]. En este caso, no cabe duda de cuál es el régimen jurídico aplicable a uno y a otro. Ahora bien, si confiere un poder ordinario, añadiendo la cláusula de que subsistirá incluso si el otorgante precisara en el futuro de apoyo en el ejercicio de su capacidad, ¿sería un solo poder preventivo, o dos poderes, uno ya existente

[14] Así lo concibe García Herrera, V., *op. cit*., p. 348, al afirmar que "el poder continuado" se ejerce como poder ordinario, que transmutará en preventivo en cuanto concurra la necesidad de apoyo. El apoderado ejercerá las facultades que el poderdante le haya conferido, con el alcance y en la forma por él mismo determinados en el propio poder, sin solución de continuidad; eso sí, desde el otorgamiento del poder y hasta la concurrencia de la necesidad de apoyo intervendrá como apoderado ordinario y, una vez concurrida y acreditada tal necesidad, como apoderado preventivo.

[15] En la anterior redacción del artículo 1732 CC se establecía la extinción del mandato por incapacitación sobrevenida del mandante, salvo que se hubiese configurado como mandato preventivo. En la interpretación del precepto se entendía que la causa de extinción exigía una declaración judicial, no bastando la simple incapacidad natural sobrevenida, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del negocio celebrado por el representante por falta de capacidad del representado, al afirmarse —con alguna excepción en la doctrina, como Hupka—, que la capacidad del poderdante ha de existir también en el momento en que el representante concluye el negocio representativo. En cambio, en la nueva redacción del artículo 1732 CC solo se contempla la extinción del mandato por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto para los mandatos representativos (ya que ahora, con arreglo al artículo 258 CC, cabe su coexistencia con medidas judiciales de apoyo). ¿Hemos de plantearnos, ante la nueva regulación, un cambio de doctrina en cuanto a la influencia que puede tener el mayor o menor discernimiento del poderdante, tratándose de un poder ordinario, en la eficacia del negocio jurídico celebrado por su apoderado? Parece que la respuesta ha de ser negativa.

[16] Si el poder ordinario no se extingue hasta que se constituya la curatela representativa a favor del poderdante, se puede plantear qué utilidad tiene otorgar un poder preventivo. Con independencia del régimen de impugnación de los actos realizados por el apoderado en uso del poder, lo cierto es que el poder preventivo no se extingue por la constitución de la curatela representativa respecto del mandante (artículo 258 CC), mientras que el poder general ordinario sí (artículo 1732.5 C).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—el ordinario— y otro pendiente de eficacia —el preventivo—?[17] Nada se dice al respecto en el artículo 256 CC[18].

Para evitar dudas, es conveniente que, al redactar el poder, se deje clara cuál es la configuración elegida[19], esto es, si se confiere un poder ordinario, que se regirá por las reglas generales de la teoría de la representación, no siéndole aplicables ninguna de las limitaciones ni salvaguardas establecidas, dando paso, en el momento en que el apoderado precise medidas de apoyo, a un poder preventivo, al que sí le serán aplicables las reglas de la curatela[20], salvo disposición contraria del poderdante, así como todos los controles y salvaguardas previstos para tal situación; o, si por el contrario, se desea establecer un único poder ordinario-preventivo, al que le serían aplicables todas las limitaciones y reglas propias de este último, dentro de los límites y preferencias establecidas por el poderdante, en ejercicio de su autonomía de voluntad.

Si se opta por la primera de las configuraciones (poder ordinario más poder preventivo[21]), en una misma escritura pública, con un régimen jurídico[22] distinto cada uno de ellos, habrá de exigirse al apoderado, al ejercitar

[17] A diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación, en que el régimen jurídico aplicable, en cualquier caso, era el del mandato (teoría general de la representación), no siendo, por tanto, relevante esta cuestión; en cambio, ahora, al incluirse el poder preventivo dentro de las medidas voluntarias de apoyo, con la posible aplicación, salvo disposición en contrario, de las reglas de la curatela, además de la no posibilidad de sustitución, en los términos recogidos en el artículo 261 CC, la pregunta sí tiene hoy sentido.

[18] Valls i Xufré, J. M., en «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», dentro de la obra *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, dirigida por Pereña Vicente, M. y Heras Hernández, M. M., editorial Tirant lo Blanch, 2022, p. 132, considera que no puede sostenerse en términos generales que estamos ante un poder ordinario, al que se añade una cláusula de continuidad para el caso de discapacidad del poderdante, de modo que solo a partir de ese momento sería un poder preventivo, al que le serían aplicables las normas de la curatela. Y, sin perjuicio de que se pueda configurar como un poder ordinario al que se le une un poder preventivo, entiende preferible el otorgamiento de un solo poder preventivo de eficacia inmediata, al cual le serían aplicables todas las salvaguardas.

[19] Si no se dice nada, hemos de entender que serán aplicables las reglas dispuestas por el poderdante para el poder, con aplicación de sus limitaciones, controles y salvaguardas, con independencia de la situación del representado.

[20] Cuando el poder comprenda todos los negocios del poderdante.

[21] Desde un punto de vista formal, en tal caso, podrían otorgarse separadamente dos poderes en escrituras públicas separadas: uno ordinario y otro preventivo.

[22] Si el régimen jurídico decidido por el poderdante es idéntico para ambos casos, no será necesario, evidentemente, que el apoderado, al hacer uso del poder, manifieste la situación de su representado (sobre si precisa o no medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el poder, que declare si su poderdante necesita o no medidas de apoyo y, en caso afirmativo, habrá de haberse previsto, al redactar el poder, la manera de acreditar dicha circunstancia.

La segunda modalidad es la que recoge el artículo 257 CC, al referirse al poder conferido por el poderdante "solo para el supuesto de que el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad". Aquí no hay duda: el poder es preventivo; solo surtirá efectos y se pondrá en vigor, pudiendo ejercitar el apoderado las facultades otorgadas, cuando el poderdante necesite medidas de apoyo. Adquiere aquí una importancia fundamental la forma de acreditar esta circunstancia. El legislador deja a la libérrima voluntad del poderdante la forma de hacerlo ("se estará a las previsiones del poderdante"). Si hubiera duda, en caso necesario —para despejar la duda—, de si se han cumplido o no las previsiones del poderdante, se podrá instar por el poderdante un acta notarial, en que, además del juicio del notario, se incorpore un informe pericial en el mismo sentido. Por tanto, de ser inequívoco el cumplimiento de las previsiones del poderdante, dicha acta notarial será innecesaria.

IV. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El fundamento de los poderes preventivos hay que situarlo en la misma base de la autonomía de la voluntad: toda persona, con discapacidad o no, tiene derecho a nombrar a otra persona para que le represente. No obstante, habida cuenta del cambio de regulación, que ha producido una ubicación sistemática de los poderes preventivos, dentro del Código Civil, entre las medidas voluntarias de apoyo, se podría decir que su naturaleza jurídica es híbrida, participando, por una parte, de las características de las medidas de apoyo[23], pero manteniendo su esencia dentro de la teoría general de la representación, puesto que su configuración o diseño se deja a la decisión del poderdante, no existiendo más límites en su libérrima configuración que los derivados de su naturaleza intrínseca sustancial (así, no cabe delegación).

[23] Ribot Igualada, J., *op. cit*., p. 584, afirma que el cambio sistemático encierra una mutación de fondo en cuanto a la naturaleza de los poderes y mandatos preventivos: ahora se parte de que estamos ante una medida voluntaria de apoyo y no de un simple mandato o poder.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Anteriormente, tras la redacción dada al artículo 1732 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, los poderes preventivos tenían una naturaleza jurídica más cercana a la de ser una modalidad más de los poderes, dentro de la teoría general de la representación. Ahora, tras su regulación sistemática, se produce un acercamiento más que evidente a su consideración como medidas de apoyo formales, pero de naturaleza voluntaria, en las que el principio de autonomía de voluntad, en cuanto a su configuración, sigue jugando un amplio papel[24].

V. ELEMENTOS PERSONALES

1. Poderdante

¿Quién puede otorgar un poder preventivo? En principio, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 255 CC, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada[25]. Lógicamente, el ámbito de actuación del apoderado estará mediatizado si quien otorga el poder es un menor emancipado, ya que el apoderado solo podrá ejercer las facultades que este podría ejercer por sí solo, puesto que, para los actos señalados en el artículo 247 CC[26], necesita el consentimiento de los progenitores o, a falta de ambos, de su defensor judicial[27].

Ahora bien, si el poderdante es mayor de edad o menor emancipado, ¿puede otorgar el poder, no solo en previsión de que necesite medidas

[24] Pereña Vicente, M., *op. cit*., p. 204, critica la regulación dada, ya que continúa haciendo de los poderes preventivos un mecanismo más próximo al ámbito contractual que al de las instituciones de protección; no establece salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, no establece mecanismos para evitar los conflictos de intereses ni las influencias indebidas, no es una medida proporcional y no está sujeta a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial.

[25] Hay que descartar que un menor, mayor de dieciséis años, no emancipado, pueda otorgar un poder preventivo, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 254 CC, del que se desprende la posibilidad de que el menor mayor de dieciséis años pueda acordar medidas de apoyo cuando prevea que, después de alcanzada la mayoría de edad, va a necesidad de las mismas en el ejercicio de su capacidad jurídica, si bien tales medidas solo serán eficaces cuando alcance la mayoría de edad.

[26] Tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

[27] Ribot Igualada (*op .cit.,* p. 633) considera que el menor emancipado podrá otorgar poder preventivo en todo aquello para lo que posea libre disposición de sus bienes, pero no podrá incluir ninguno de los actos para los que requiere la intervención de sus padres o del defensor judicial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de apoyo, sino también cuando ya está necesitado de ellas, aunque aún conserve la capacidad y el discernimiento necesarios al efecto? Parece que la respuesta ha de ser afirmativa[28], puesto que el artículo 255 CC —que regula las medidas de apoyo voluntarias, siendo los poderes preventivos una modalidad de estas—, alude a su otorgamiento, no solo "en previsión", sino también en "apreciación" de la concurrencia de circunstancias que pueda dificultar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Será el notario autorizante del poder quien emita juicio sobre la capacidad del poderdante, quien podrá ejercitar su capacidad jurídica por sí solo o con apoyos de otra u otras personas[29].

También hay que admitir la posibilidad de que una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo pueda otorgar un poder preventivo, si bien, en este caso, como certeramente apunta Lora-Tamayo Rodríguez[30], habrá que distinguir según se trate de medidas voluntarias o judiciales de apoyo. Tratándose de las primeras, no parece haber inconveniente, pudiendo comparecer la persona con discapacidad con los apoyos voluntarios establecidos por ella, salvo que el otorgamiento del poder choque con los intereses de la persona que ha de prestar el apoyo[31], en cuyo caso habrá que dar preferencia a los deseos y voluntad de la persona con discapacidad, prescindiendo de aquella, sin perjuicio de ser oída, recurriendo a otras personas que puedan prestar apoyo y con las que no exista conflicto de intereses, siempre que, además, no ejerzan influencia indebida sobre el poderdante[32].

[28] No obstante, solo será posible el otorgamiento del poder si la persona con discapacidad tiene, a juicio del notario, el discernimiento necesario para ello.

[29] Como señala Moro Almaraz, M. J., *op. cit.*, p. 278, el otorgante podrá ser una persona con discapacidad en el momento del otorgamiento y recibir el apoyo de quien en su vida diaria actúe como un guardador de hecho, del curador si existiera, y siempre con el apoyo institucional y profesional del propio notario, procurando que la persona desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, ayudándole en su comprensión y razonamiento.

[30] *Revista Jurídica del Notariado*, número 113, julio-diciembre 2021, pp. 170-175, si bien se refiere, en general, a la adopción por la persona con discapacidad de medidas voluntarias de apoyo.

[31] Caso, por ejemplo, de que el que vaya a ser nombrado apoderado sea persona distinta de quien está designado persona de apoyo en las medidas voluntarias anteriormente adoptadas.

[32] Habrá que ver si el poder otorgado es compatible con el mantenimiento de las medidas voluntarias anteriormente constituidas, procediendo, en su caso, a su modificación, simultáneamente al otorgamiento del poder.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En cambio, no parece que una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo judiciales pueda otorgar un poder general[33] preventivo, ni siquiera concurriendo el curador[34], sin que, previamente se obtenga autorización judicial o se modifiquen por el Juez las medidas ya adoptadas[35]. Así lo entendemos, en aras de la seguridad jurídica, pues, admitir lo contrario, sería abrir la puerta de atrás para burlar el sistema establecido en sede judicial, el cual puede perfectamente modificarse, llegado el caso, pero solo a través de la propia vía judicial.

2. Apoderado

¿Son aplicables las normas del mandato o las de la curatela?

Si aplicamos las del mandato, puede ser designado apoderado cualquier persona mayor de edad[36]. No parece, en cambio, que pueda serlo el menor de edad emancipado[37], como podría desprenderse del artículo 1716 CC[38], pues, como apunta Pereña Vicente[39], este artículo está pensado para proteger al menor emancipado frente al mandante, pero, en los poderes preventivos, está más necesitado de protección el representado.

Si el poderdante ha excluido, de acuerdo con lo permitido en el artículo 259 CC, tratándose de un poder que comprenda todos sus negocios, la

[33] Sí cabría que la persona con discapacidad, con la concurrencia de su curador asistencial, otorgue un poder especial, concreto y limitado respecto de los asuntos en que se estableció por el Juez la necesidad de la concurrencia del curador. También, como es lógico, podrá la persona con discapacidad por sí sola otorgar poder respecto de aquellas materias en que puede actuar por sí solo, sin la concurrencia del curador asistencial nombrado.

[34] Si la curatela es representativa, la respuesta negativa es más que evidente.

[35] El Código Civil francés admite, sin embargo, que una persona sometida a curatela pueda otorgar un mandato de protección futura, si bien excluye dicha posibilidad si la persona está sometida a tutela (artículo 477).

[36] El Código Civil francés dispone que puede ser mandatario de protección futura cualquier persona física elegida por el mandante que tenga plena capacidad y en quien concurran los requisitos previstos para los cargos tutelares (artículo 480).

[37] García Herrera, V., *op. cit.*, p. 379, sí parece admitir que pueda serlo el menor emancipado.

[38] El menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante solo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores

[39] *Op. cit*., p. 230. En igual sentido, con la regulación anterior, se habían pronunciado Amunátegui Rodríguez, *Incapacitación y mandato*, La Ley-Wolters Kluwer, 2008, p. 240: "debe ser un mayor de edad, con la finalidad de poder hacer efectiva la posible responsabilidad que surja del inexacto cumplimiento de sus obligaciones sin ninguna limitación".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aplicación de las reglas de la curatela, hay que entender que no le serán aplicables al apoderado las inhabilidades para ser curador señaladas en el artículo 275 CC. Pero tampoco si no las ha excluido[40], porque ha de prevalecer, según se desprende de la regulación legal, siempre su voluntad: y si su voluntad es nombrar persona en la que concurren circunstancias inhabilitantes para ser curador, siempre que sea consciente de ello[41], podrá hacerlo[42].

Podrá serlo una persona física o una persona jurídica[43] (con o sin ánimo de lucro). No es aplicable la inhabilidad o prohibición que establece, respecto de la curatela, el artículo 275, párrafo 2º CC, a *sensu contrario*, al disponer que podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. En la regulación actual de los poderes preventivos se hace prevalecer la

[40] Moro Almaraz, M. J., *op. cit.*, p. 279, así lo entiende, cuando afirma que no considera necesario, "aunque puede añadirse, para una mayor tranquilidad, que queda excluida la aplicación del artículo 275.2 CC, tanto respecto al apoderado o mandatario como, en su caso, a los sustitutos que puedan designarse".

[41] Considero que si el poderdante, al tiempo de otorgar el poder, desconocía la existencia de la causa de inhabilidad para ser curador concurrente en el elegido como apoderado, podrá dejar sin efecto el nombramiento si, posteriormente, llega a su conocimiento, y que, en tal supuesto, cualquiera de las personas legitimadas para ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 259, último párrafo, CC, podrán pedir judicialmente la extinción del poder preventivo. La duda se suscita sobre si, en tal caso, el nombramiento es válido si no existe, en la escritura, ninguna expresa exclusión de las normas de la curatela, o la más específica del artículo 275 CC.

[42] Tratándose de un poder preventivo que comprenda todos los negocios del apoderado, si el poderdante ha excluido la aplicación de las reglas de la curatela, no cabe duda de que no son aplicables las prohibiciones legales para ser curador. Ahora bien, si no se han excluido expresamente y se nombra a persona incursa en alguna de estas prohibiciones, ¿habrá que entender que, implícitamente, al hacer el nombramiento se ha excluido la aplicación del artículo 275.2, aunque sí sean aplicables las demás reglas de la curatela? La respuesta afirmativa es dudosa, máxime cuando puede suceder que el poderdante desconociese la existencia de causa de inhabilidad en el nombrado, por lo que es aconsejable, estos casos, dejar constancia expresa en la propia escritura de apoderamiento de que se excluye la aplicación las indicadas prohibiciones. Ribot Igualada, J., *op. cit.*, p. 636, considera que, pese a la admisión de la facultad de elección del poderdante, este debe dejar constancia en el poder o mandato de las circunstancias conocidas que podrían afectar al designado y que son excusadas en el momento de otorgar la escritura. En contra se pronuncia Pereña Vicente (*op. cit.*, pp. 232-233), al entender que, aunque el poderdante no haya excluido el régimen de la curatela, no será de aplicación el artículo 275 si el poderdante nombra a persona en quien concurre causa de inhabilidad. Ahora bien, si dicha causa concurre posteriormente, podrán las personas legitimadas solicitar la extinción del poder conforme al artículo 258, párrafo último, CC, salvo disposición contraria del poderdante.

[43] En Francia solo pueden ser mandatarios de protección futura las personas jurídicas que estén inscritas en la lista de mandatarios judiciales para la protección de mayores.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

voluntad de la persona[44], por lo que, si esta quiere elegir representante a una persona jurídica dedicada profesionalmente a ello, que, incluso, puede ser más apropiada[45] para su caso, nada ha de objetarse a dicha elección.

Pero, ¿podrá también eludir la prohibición establecida en el artículo 250 CC[46], que señala que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales[47], residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo?

Desde un punto de vista literal y sistemático, habría que responder negativamente: el poder preventivo se configura, claramente, como una medida de apoyo (sistemáticamente su regulación se incardina en la sección 2ª del capítulo II del Título XI del Libro I, que trata de las medidas de apoyo); además, el precepto no excluye a las medidas de naturaleza voluntaria de su tenor, por lo que hay base suficiente —al menos, literal y sistemáticamente— para entender que no cabe nombrar apoderado preventivo a quien preste, en virtud de relación contractual, servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga[48] al poderdante.

[44] La voluntad del poderdante prevalece, en general, siempre: puede excluir, como causa de extinción del poder cuando el apoderado sea el otro cónyuge su pareja de hecho, el cese de la convivencia, así como la posibilidad de que se inste judicialmente la extinción del poder si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador (artículo 258 CC); y también puede excluir la aplicación de las reglas de la curatela, tratándose de poder que comprenda todos sus negocios (artículo 259 CC). Las únicas limitaciones pueden estar en los requisitos de capacidad del poderdante (tiene que ser mayor de edad o menor emancipado) y del apoderado (si es persona física, ha de ser persona mayor de edad), y en la necesidad de que su ejercicio sea personal (artículo 261 CC).

[45] Así, para la gestión de un patrimonio integrado por activos financieros puede ser especialmente adecuada una sociedad dedicada específicamente a dicha actividad.

[46] Guilarte Martín-Calero, C., en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 552, señala que la norma responde a una propuesta del colectivo de las Fundaciones Tutelares que aprecia, en el supuesto, un claro conflicto de interés y, desde luego vías para la influencia indebida.

[47] Hay que entender que la asistencia a que se refiere el precepto es la relacionada con los cuidados personales de la persona con discapacidad (necesidades básicas de la vida diaria). Quedarían, de este modo, excluidos los profesionales o entidades que prestan asistencia de otro tipo (jurídica, médica...). En este mismo sentido se pronuncia Lora-Tamayo Rodríguez, RJN, *op. cit.*, p. 185.

[48] Guilarte Martín-Calero, C., *ibidem*, entiende que la prohibición solo debería aplicarse a las entidades especializadas que dispensan cuidados asistenciales y residenciales, o a las que prestan servicios vacacionales y de entretenimiento, excluyendo a las personas que dispensa cuidados en el domicilio de la persona con discapacidad y que recibe una retribución por ello.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No obstante, la mayor parte de la doctrina considera que la prohibición no es aplicable a las medidas voluntarias, por lo que el poderdante podría nombrar apoderado a cualquier persona mayor de edad, aunque concurriesen en el designado las circunstancias señaladas en el indicado precepto. Como argumento a favor de esta postura, se dice que la regulación inicial del artículo se refería a las medidas judiciales de apoyo[49], y no a las voluntarias, siendo prevalente en todo caso la voluntad de la persona con discapacidad[50].

Puede ser apoderado, como hemos visto, la persona física mayor de edad. Ahora bien, ¿es posible nombrar apoderado a una persona con discapacidad? Si dicha persona puede ejercer por sí sola su capacidad jurídica, no hay duda alguna de que puede serlo. Ahora bien, si dicha persona precisa de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, ¿podrá serlo también? La respuesta ha de ser afirmativa[51], salvo que se hayan constituido medidas de apoyo que impidan al apoderado el ejercicio personal del poder, tal y como establece el artículo 261 CC. Según el artículo 1732 CC, el mandato se acaba (4º) por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. De esta norma cabe colegir que sí podrá ser apoderado preventivo la persona con discapacidad para actos para los que no precise actuar con la medida de apoyo a su favor constituida, pero no para aquellos otros en que deba utilizarla necesariamente.

Por último, debemos pensar en la posibilidad de que el poderdante no nombre como apoderado a una concreta persona[52], sino que delegue en un

[49] En el Proyecto de Ley el artículo 250 CC se refería, inicialmente, a la guarda de hecho, a la curatela y al defensor judicial. Posteriormente, en la tramitación parlamentaria, se incluyeron también las medidas voluntarias, pero sin excluir a éstas de la prohibición contenida inicialmente solo para aquellas instituciones jurídicas, lo que puede considerarse una omisión u olvido, si tenemos en cuenta que, respecto de las prohibiciones del artículo 251 CC, sí se contiene dicha exclusión.

[50] García Rubio, M. P., en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas-Thomson Reuters, 2022, pp. 225-226, considera atendible una interpretación que haga una reducción teleológica de esta regla prohibitiva cuando la propia persona con discapacidad excluya la prohibición, exclusión que, por aplicación del artículo 251 CC *in fine*, ha de ser expresa.

[51] Si la persona con discapacidad precisa medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, pero todavía no le han sido provistas, no cabe pueda ser nombrada apoderado preventivo de otra persona, en un ámbito de facultades que no pueden ser ejercitadas personalmente por ella.

[52] Supuesto de poderdante que tiene dudas sobre el acierto de su elección, o que tiene miedo de que las circunstancias cambien y no le dé tiempo a modificar el poder conferido, prefiriendo que sea

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tercero dicho nombramiento. Creemos, con RIBOT IGUALADA[53], que no hay inconveniente en que el poderdante designe a una persona concreta como persona de confianza que habrá de nombrar, llegado el caso, a la persona que ha de ejercer como apoderado preventivo[54]. No parece exigible, aunque sí recomendable, que el poderdante señale una lista de posibles apoderados[55], o, al menos, unos criterios lo más objetivos posibles para que la elección no quede al criterio discrecional del tercero de confianza, de modo que responda a la voluntad, deseos y preferencias del poderdante.

3. Pluralidad de poderdantes/apoderados[56]

Al igual que sucede con los poderes ordinarios, cabe que sean uno o varios los poderdantes y uno o varios los apoderados. También es posible configurar el ejercicio del poder preventivo otorgándose los poderdantes un poder recíproco, de suerte que concurran en ellos la doble condición de poderdante y apoderado.

Cabe establecer una lista de apoderados para que actúen de modo solidario o indistinto, o de forma mancomunada (con las distintas variantes que este supuesto admite[57]); o incluso señalar que el ejercicio se hará de

una tercera persona de su confianza quien tome la decisión en el momento en que el poder preventivo haya de surtir efecto, momento en el que el poderdante quizá no esté en condiciones de revocar y/o modificar el poder otorgado.

[53] *Op. cit.*, p. 611.

[54] No parece aplicable el artículo 261 CC, que prohíbe al apoderado la sustitución del poder, ya que dicha prohibición afecta solo al apoderado nombrado, no a la persona en quien se delega el nombramiento, la cual, en ningún momento, ha llegado a ser apoderado.

[55] Por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 274 CC respecto a la curatela.

[56] Como ya señalaba, antes de la reforma, LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo sobre la capacidad*, Anales Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. 2015, en matrimonios con hijos, es recomendable que el poder lo otorguen los esposos con carácter recíproco y, además, a favor de todos o de la mayor parte de los hijos mancomunadamente (con lo cual se evitarán actuaciones "ligeras" por parte de alguno de los hijos) y, de otra, que el documento se guarde en un lugar determinado y solo se dé noticia de su existencia a una persona (hijo en el que se tenga más confianza, familiar o amigo).

[57] Puede ser conveniente configurar el poder para su ejercicio con carácter mancomunado respecto de aquellas facultades que pueden comportar un mayor peligro para el patrimonio del poderdante (como los actos de disposición o de riguroso dominio), o las de administración extraordinaria, estableciendo su carácter solidario en los demás casos (facultades de administración ordinaria). Ello es especialmente recomendable cuando los apoderados son los hijos o descendientes del poderdante, quien —es frecuente— no quiere excluir a ninguno y desea incluirlos a todos (lo

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

modo sucesivo, esto es, en caso de premoriencia o imposibilidad para su ejercicio[58] —acreditada en la forma en así lo disponga el poderdante— del primero de los designados se ejercerá el poder por el siguiente de la lista, y así sucesivamente hasta completar el número de apoderados que juzgue conveniente fijar el otorgante[59].

VI. CONTENIDO[60]

1. Facultades[61]: posibilidad de autocontratación/sustitución del poder

El poder preventivo, aunque normalmente sea un poder general bastante amplio, puede ser también especial o limitado[62]. El poderdante puede confe-

cual, para evitar posteriores conflictos familiares, es incluso conveniente), con el fin de que haya un control recíproco en los actos de especial trascendencia, mediante su configuración con carácter mancomunado, facilitando, en cambio, el ejercicio del poder, mediante su configuración como solidario, en los supuestos de menor relevancia. Puede ser también aconsejable añadir algunas otras cautelas, combinadamente con lo anterior, como luego veremos al tratar de los "controles y salvaguardas".

[58] Impedimento definitivo o transitorio; renuncia o remoción; conflicto de intereses, caso de preverse y no salvarse expresamente, ya sea en un caso concreto o en general.

[59] Como señala Valls i Xufré (*El poder preventivo*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 203), es buena idea designar como sustituto del apoderado preventivo nombrado en primer lugar en la persona de un familiar o amigo, a una entidad jurídica. Las personas físicas, por muy dispuestas que estén a asumir el encargo, pueden llegar a no poder ejercerlo por razones de salud o de edad, circunstancias que obviamente no afectarán a la persona jurídica que pueda designarse. En definitiva —señala—, el consejo es que, después de apoderar a personas físicas con las correspondientes sustituciones, en último lugar se nombre a una persona jurídica.

[60] Valls i Xufré, J. M. («El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 130) propone un contenido mínimo para que el notario delimite con el otorgante una serie de puntos esenciales a fin de configurar el poder: 1) calificación del poder como general o especial; 2) comienzo de vigencia; 3) instrucciones, condiciones de ejercicio y salvaguardas; 4) supervisión; 5) rendición de cuentas y derechos del apoderado; 6) autocontratación y contraposición de intereses; 7) solicitud de copias; 8) sustitución del poder y delegación de facultades; 9) extinción.

[61] En cuanto a la conveniencia o no de incluir la facultad de solicitar copias del poder conferido, habrá que estar al caso concreto, por lo que será el poderdante, tras darle a conocer el notario la trascendencia que tiene dicha facultad, el que adopte la decisión de su inclusión o no. La posibilidad de pérdida o extravío de la única copia autorizada del poder aconsejan incluir la referida facultad, máxime cuando puede que el poderdante no tenga posibilidad de pedir por sí solo la expedición de otra copia, al carecer del discernimiento necesario en el momento de tener que hacerlo. También cabe incluir la referida facultad, pero condicionándola a la previa autorización de otra persona señalada por el poderdante (supervisor).

[62] Es cierto que el poderdante puede otorgar varios poderes preventivos especiales, limitados a determinados ámbitos y/o limitados por razón de las facultades que se conceden, a favor de personas distintas, en la misma escritura pública (lo que resulta aconsejable), o en distintas escrituras, en cuyo

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

rir al apoderado las facultades que crea conveniente señalar, que podrán ser solo para actos de administración, o que pueden extenderse también a actos de riguroso dominio. No existen, en principio, por razón del contenido, especialidades en el poder preventivo, con la salvedad que diremos, respecto de lo que pueda ser un poder ordinario.

Cabe, por tanto, que el poderdante confiera el poder que, en la práctica notarial, denominamos "de arruinar", para reflejar de manera resumida la enorme fuerza y potencial de su contenido, comprendiendo todas las facultades que el poderdante puede ejercitar en el ámbito patrimonial[63] y personal, salvo las de carácter personalísimo[64].

caso, convendrá, reflejar en cada una de ellas la existencia del otro u otros poderes. Sin embargo, lo más habitual será que el poder preventivo sea amplio, pues se trata de prevenir una situación en la que el poderdante puede necesitar la gestión e incluso disposición de su patrimonio, en un momento en que ya no pueda hacerlo por sí solo, por lo que limitarlo en exceso puede ser contraproducente. Es preferible configurar el poder de manera amplia, como un poder general, estableciendo, eso sí, en la medida querida y requerida por el otorgante, los controles, salvaguardas y contrapesos adecuados, que permitan evitar los posibles abusos en el ejercicio del poder.

[63] No obstante, hay que procurar adaptar el poder a las posibles necesidades del poderdante, según sus deseos, que el notario habrá de indagar. En especial, al redactar el poder preventivo, ha de preguntar al poderdante si quiere incluir facultades de disposición a título gratuito; y, en caso de ser así, darle a conocer la posibilidad de limitar o delimitar su ejercicio, respecto de a qué bienes puede afectar, e incluso qué persona/s que puede/n ser beneficiaria/s de tales disposiciones. Lo mismo se puede decir, por los riesgos que comporta, de la facultad para afianzar o avalar. El criterio establecido por el Tribunal Supremo en alguna Sentencia (como la de 6 de noviembre de 2013, que cita como precedente la Sentencia del mismo Tribunal de 26 de noviembre de 2010), que entendió que no es suficiente que se mencione expresamente en el poder la facultad de donar, sino que es necesario, además, que se designen específicamente los bienes sobre los cuales el apoderado puede actuar, se ha demostrado erróneo, como así lo puso de manifiesto la DGRN en su Resolución de 25 de octubre de 2016, que señala que es perfectamente válida la donación realizada en virtud de poder concedido con facultad para donar sin restricción a esta facultad, y será el apoderado quien pueda elegir tanto al donatario como el bien que se dona, de modo que se origina una donación perfecta y solo revocable conforme a las reglas generales de la misma, pues el consentimiento del poderdante se entiende prestado con el del representante. Cuestión distinta es que en caso de mandato representativo el apoderado no haya seguido las instrucciones que hubiera dispuesto el mandante o exista abuso o extralimitación en el uso del poder por el mandatario, algo que podrá ser valorado —en sede judicial—, pero sin que esa posibilidad de abusos o extralimitaciones pueda llevar a concluir que la validez de un mandato que tenga por objeto los actos de disposición, incluso los de liberalidad, dependa de que se designen específicamente los bienes sobre los que el apoderado puede ejercer las facultades conferidas.

[64] Se ha sugerido por algún autor (Valls i Xufré, Revista *La Notaría*, número 1-2, 2020, pp. 33-34) la posibilidad de establecer una cláusula que contemple la atribución al apoderado de "todas las facultades legalmente delegables, incluso aquellas para las que la ley exige mandato expreso, exceptuándose solo aquellas en que, requiriéndose la expresión de todas las circunstancias del acto, el representante solo es un transmitente de la voluntad previamente manifestada por el mandante, así como aquellas que este hubiera excluido expresamente", evitando así listas interminables de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El poder puede incluir facultades de carácter patrimonial, pero también facultades de carácter personal[65] (como así se deduce hoy de lo señalado en el artículo 261 CC)[66], como pueden ser la prestación de cuidados personales, la fijación del domicilio, la determinación de con quién o quiénes vivir, defensa de los derechos de la personalidad, datos personales o el ejercicio de los derechos digitales[67]. También se puede nombrar al apoderado representante como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas[68] (artículo 10 Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente)[69].

No obstante, se excluyen en todo caso del contenido del poder preventivo las facultades de carácter personalísimo, que exigen su ejercicio personal

facultades que pueden contener, por descuido o error, alguna omisión importante. Es una sugerencia interesante, si bien, en la práctica, nos encontramos con la dificultad de su comprensión por parte de diversos operadores jurídicos y económicos, que se disponen a repasar, lápiz en mano, la lista de facultades para hallar aquella que en el caso concreto se precisa, rechazando, por insuficiente, el poder, al no encontrar la facultad requerida entre las enumeradas en el texto del poder.

[65] No obstante, los derechos personales habrán de ser ejercidos, en primer término y con total prioridad, por la propia persona con discapacidad, actuando por sí sola; solo en los casos en que esto no sea posible (lo que, a mi juicio, debería acreditarse) podrán ejercitarse por el apoderado.

[66] Estas facultades personales no son delegables en ningún caso.

[67] Artículos 79 a 89 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. En Cataluña, la Ley 10/2017, de 27 de junio, añadió un apartado 4 al Código Civil de Cataluña, recogiendo expresamente esta posibilidad: "El poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas".

[68] Aunque el artículo 9 de la Ley 1/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, contempla el consentimiento informado por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, por su representante legal o, en su defecto, por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho; refiriéndose únicamente al representante voluntario, en el artículo 11, para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, entendemos que también podrá acudirse al representante voluntario (apoderado preventivo) para la prestación del consentimiento informado, cuando se den las circunstancias descritas, debiendo prevalecer la voluntad manifestada por el poderdante-paciente.

[69] Aunque la ley admite que se puede designar representante en el propio documento de instrucciones previas o en documento independiente, parece más conveniente, en orden a su inscribibilidad en el correspondiente registro, articularlo en aquel.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

por la persona con discapacidad (como la celebración de matrimonio o el otorgamiento de disposiciones de última voluntad)[70]. El internamiento del poderdante, en contra de su voluntad, no puede ser decidido por el representante, requiriéndose autorización judicial (artículo 763 LEC)[71].

Por otra parte, cabe entender que el poderdante puede salvar la autocontratación, el conflicto de intereses y la doble o múltiple representación del apoderado[72]. Pues, si bien el artículo 250 CC señala que "al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida", del artículo 255 CC se desprende que, tratándose de medidas voluntarias, como es el caso de los poderes preventivos, el establecimiento de medidas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida[73] son potestativos para la persona

[70] Conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, no cabe que el representante solicite la prestación de la ayuda a morir, exigiéndose necesariamente que así lo haya solicitado el paciente en instrucciones previas, cuando no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes. No obstante, caso de contenerse en las instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, la voluntad del paciente de que se le aplique dicha prestación, el representante nombrado será el interlocutor válido para el médico responsable.

[71] La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

[72] El artículo 251 CC, si bien prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor; prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; y adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título, añade que "estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas".

[73] La Ley 8/2021, de 2 de junio, introduce en el Código civil el concepto de influencia indebida, que, sin embargo, no define. Marín Calero, C. (*La integración de las personas con discapacidad en el Derecho civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, editorial Aferre, 2022, p. 92) afirma que la influencia indebida, respecto de una persona con discapacidad, es utilizar la ascendencia personal —de quien presta el apoyo— o la dependencia, física o emocional —de quien lo recibe— para incumplir los deseos conocidos de esta última (que considera absurdos o nocivos para ella) o no esforzarse en que llegue a formar y expresar una voluntad propia —en conjunción con el apoyo—, por haber decidido de antemano que no la tendrá o que será irrelevante. Por su parte, la Ley 21 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, la define como la realizada en beneficio de quien,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que otorga las referidas medidas, pudiendo establecerlas o no. No obstante, las autorizaciones genéricas de autocontratación o conflicto de intereses deberán ser valoradas con especial atención al redactarse el poder, cumpliendo la voluntad del poderdante en todo caso[74], siendo conveniente diferenciar los distintos tipos de actos a los que puede extenderse, estableciendo, a ser posible, controles o limitaciones que puedan prevenir posibles abusos en el ejercicio del poder.

El único límite que se impone al principio de autonomía de la voluntad, en la configuración de los poderes preventivos, es el que deriva de lo dispuesto en el artículo 261 CC: el apoderado ha de ejercer personalmente el poder; no cabe su sustitución a favor de otra persona. No obstante, este límite ha de ser matizado: no cabe facultar al apoderado para que sustituya a favor de cualquier otra persona por ella designada el poder; pero sí cabrá, como es lógico, que se faculte al apoderado para sustituir el poder a favor de la/s persona/s concreta/s designada/s por el poderdante en el propio documento. Este puede facultar al apoderado para dicha designación, siempre que esté prevista por él a quién pueda nombrarse sustituto[75]. Lo que no cabe es que el apoderado realice la sustitución del poder a favor de cualquier persona, salvo que haya sido a favor de la designada por el poderdante en el poder.

Y, por otra parte, aunque no cabe la sustitución en los términos expuestos, sí es posible, en cambio, encomendar la realización de uno o varios actos determinados a terceras personas[76]. Aun así, en ningún caso serán de-

teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido.

[74] En muchas ocasiones, en la práctica, después de informar y advertir al poderdante de la conveniencia de establecer límites y controles, por los peligros indudables que representan las cláusulas que salvan la autocontratación y el conflicto de intereses, el poderdante prefiere no fijar dichos límites, habida cuenta de la relación de confianza existente con el/los representantes/s (caso de tratarse del hijo único, o de todos sus descendientes). Pese a ello, el notario ha de insistir en la conveniencia de su establecimiento, aunque sea del más leve y admisible criterio, por ejemplo, de obligar a ajustar el precio de la venta a tasación oficial, con mayores o menores matices.

[75] Así lo defiende Valls i Xufré, J. M. (*El poder preventivo*, *op. cit.*, p. 237; «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyo», *op. cit.*, p. 139).

[76] Destacan los supuestos en los que, para el ejercicio del poder, se requiere, o es conveniente, una determinada cualificación profesional o pericial. La limitación de la delegación a uno o varios actos concretos supone fijar, no solo el tipo de facultad (compra, venta, arrendamiento...), sino también el bien o bienes a que se refiere (la finca X, el local comercial Y, la vivienda Z).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

legables las facultades que tengan por objeto la protección de la persona (esto es —parece que así lo hay que entender—, las que se han conferido al apoderado para que las ejerza personalmente, por su vinculación con la esfera íntima de cuidados y atenciones al poderdante).

2. Controles[77] y salvaguardas[78]

Es importante que el poder preventivo —como ya se ha dicho reiteradas veces— sea un "traje a medida". Hay que huir de los modelos normalizados y de las cláusulas de estilo. Al igual que en el testamento, el notario indaga la voluntad del testador con el fin de adecuar el contenido del documento a las circunstancias, deseos y preferencias del otorgante, dentro de los límites permitidos por la legislación civil aplicable, con el mismo rigor (si no, con más) ha de proceder el notario en la autorización de los poderes preventivos.

En especial, ha de advertir al poderdante de los riesgos que implica el poder preventivo, haciendo ver al otorgante, de modo evidente, el hecho de que, cuando precise medidas de apoyo, puede suceder, dependiendo del grado de dificultad a que se vea sometido en el ejercicio de su capacidad jurídica, que no pueda, por sí solo, ni con apoyos, después de otorgado el poder, revocar este, ni proceder a su modificación.

También ha de hacerse hincapié en el significado de las cláusulas que salvan la autocontratación y el conflicto de intereses: su trascendencia y los peligros que comportan, sugiriendo la conveniencia de establecer límites, controles o supervisiones.

Ha de procederse, en un continuo diálogo interactivo con el poderdante, a valorar las facultades que quiere atribuir al apoderado, según las necesi-

[77] El artículo 258, párrafo 3º, CC señala que "el poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida...".

[78] Como señala Valls i Xufré («El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 133), "el poder preventivo, desprovisto de toda salvaguarda, puede convertirse en un instrumento de legitimación para expoliar a la persona con discapacidad". O, como apuntaba Pereña Vicente (*op. cit.*, p. 228), si se une a la falta de exigencia de salvaguardias el régimen de impugnación de actos, los poderes preventivos se pueden convertir en "bombas de efecto retardado".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dades previsibles, adaptadas a la situación particular del compareciente. Se trata de hacer un análisis prospectivo de los posibles escenarios futuros, en las distintas situaciones personales y económicas del interesado, recogiendo en el poder sus deseos y preferencias.

De las facultades atribuidas, tal vez no sea preciso, en apoyo del poderdante, que el apoderado haga uso de las más drásticas (como pueden ser las que afectan a la disposición de elementos patrimoniales vinculados con las vivencias personales del otorgante), bastando el ejercicio de facultades de administración ordinaria. Pero, puesto que los escenarios posibles, pueden ser muy variados y variantes, conviene prever las facultades —todas las facultades— que puedan ser necesarias, pero siempre desde la perspectiva —única que cabe contemplar— del otorgante, de sus necesidades, deseos y preferencias.

Para actos dispositivos de especial significación económica, se puede establecer un criterio de control (como la necesidad del consentimiento de otra u otras personas), control objetivo (como puede ser la tasación del inmueble que va a ser vendido por una entidad de tasación[79] oficial)[80].

[79] La entidad de tasación puede ser oficial o no. En este último caso, es recomendable que se establezcan los criterios para su designación de manera clara, o bien, a criterio del poderdante, que se designen dos o más entidades, señalando un orden de actuación, de modo que, solo si la primeramente designada ya no existe en el momento de hacer la tasación, pueda actuar la segunda. Por otra parte, hay que prever la posible necesidad futura de vender, en un plazo razonable, alguna de las propiedades del poderdante para hacer frente a sus gastos ordinarios (piénsese en personas mayores que, por razones de edad o enfermedad, precisan de asistencia y cuidados personales en su casa; o que tienen que hacer frente a gastos en una residencia privada). Si el límite establecido para la venta es una tasación, de modo que no quepa vender por debajo del valor de tasación, la dificultad de hacer frente a los referidos gastos, que hay que abonar dentro de unos plazos habitualmente cortos, puede aconsejar establecer un margen de disminución del precio sobre el fijado en la tasación (por ejemplo, un diez o un quince por ciento por debajo de dicho valor), a fin de facilitar la venta y hacer frente a las necesidades del poderdante, si bien indicando que, en caso de aplicar tal rebaja, habrá de ser por razones de urgencia o necesidad de la persona con discapacidad, pudiendo someterse la decisión final a un control de otra u otras personas designadas por el poderdante.

[80] También cabe incluir, como control, en el poder, la figura de un "supervisor". Valls i Xufré («El papel del notario...», *op. cit.*, pp. 134-136, está en contra de que el apoderado pueda ejercer su cargo sin algún tipo de limitación o supervisión: "las limitaciones pueden reducirse a una rendición de cuentas anual, pero no está de más que, para determinados actos de disposición sobre bienes inmuebles o bienes de extraordinario valor, exista una intervención previa o posterior". En caso de que no se desee nombrar supervisor, recomienda un sistema de autorización por un consejo de familia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

También puede diseñar el poderdante un sistema de liquidación de activos, en caso de ser preciso, con un orden sucesivo de disposición, dejando a salvo, si así lo desea, la disposición de determinados elementos (como, por ejemplo, la vivienda habitual), previendo para el caso de que fuere necesario saltarse el límite establecido un control previo[81].

Y, del mismo modo que se pueden crear controles previos y salvaguardas, cabe también prever un control posterior, mediante la imposición al apoderado de la necesidad de rendición de cuentas, ante las personas u organismos que se crean adecuados, a criterio del otorgante, y con la periodicidad y modo con que se quieran establecer[82].

[81] En definitiva, además de los controles y salvaguardas, el poder preventivo puede contener instrucciones dadas por el poderdante sobre la administración y gestión de su patrimonio (alquiler de viviendas, locales o arrendamientos de fincas; inversiones a través de la cartera de valores, etc.), así como sobre la forma de proceder en caso de necesitar más ingresos de los habituales para hacer frente a sus necesidades, estableciendo el modo de obtener esos ingresos y un orden de venta o liquidación de activos (así, por ejemplo, venta de valores mobiliarios, en primer lugar; si no fuese suficiente, venta de bienes inmuebles, indicando un orden de venta de estos).

[82] Los controles (previos o posteriores), las supervisiones, las instrucciones y las rendiciones de cuentas, en la configuración de los poderes preventivos, son muy aconsejables y convenientes, pero —hay que decirlo también—, en la regulación actual, no son imprescindibles. Así, si, después de advertido el poderdante por el notario de la conveniencia de su establecimiento, insiste en no hacerlo, el notario habrá de autorizar el poder preventivo así configurado por decisión del otorgante. El poder tiene su fundamento en la relación de confianza poderdante-apoderado. Esta relación, en algunos casos —por ejemplo, hijo único— puede ser máxima, hasta el punto de que no tenga el poderdante ninguna duda de la correcta y ejemplar actuación del apoderado llegado el caso en que tenga que hacer uso del poder, incluso en situaciones de alto riesgo, como los supuestos de conflicto de intereses o autocontratación. Si el poderdante, después de advertido y de haberle expuesto el amplio y concreto abanico de posibilidades (controles subjetivos u objetivos, instrucciones, rendición de cuentas...), decide prescindir de todas ellas, el notario estará obligado a autorizar la correspondiente escritura pública. En este caso, parece muy recomendable que conste expresamente en esta que hizo las oportunas advertencias y que expuso al poderdante las distintas posibilidades en cuanto a controles y salvaguardas, y que, pese a ello, por la extraordinaria confianza depositada en el apoderado, decidió prescindir de ellas. Esta cláusula, lógicamente, no se puede convertir en una cláusula de estilo, sino que ha de responder a la realidad de lo sucedido en el asesoramiento y apoyo prestado por el notario al poderdante en la configuración del poder preventivo.

No podemos estar de acuerdo con la opinión apuntada por algún sector de la doctrina (Ribot Igualada, J., *op. cit.*, p. 585, quien cita como antecedente a Parra Lucán) que defiende, en caso de exclusión del régimen supletorio de la curatela y de falta de contenido a la relación —no establecimiento de controles y salvaguardas—, la sustitución del poder preventivo o su complemento por medidas provistas por la autoridad judicial, a fin de proteger a la persona con discapacidad de manera efectiva. La regulación es la que es y no admite interpretaciones que choquen o eludan la aplicación del vigente Derecho positivo (distinto es lo que se pueda proponer *de lege ferenda*: véase la interesante propuesta de Valls i Xufré en *El poder preventivo*, *op. cit.*, pp. 271-296). El legislador pudo haber establecido un contenido mínimo con carácter obligatorio, pero, al final, no lo hizo, dejando al solo criterio y voluntad del poderdante la configuración del poder preventivo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

VII. EJERCICIO

Ya hemos visto que, para el ejercicio del poder preventivo propiamente dicho, es preciso que el apoderado acredite que el poderdante necesita apoyo en el ejercicio de su capacidad.

En el poder general con cláusula de subsistencia (o de eficacia inmediata), cabe que el apoderado comparezca y ejercite las facultades otorgadas, sin necesidad de tener que acreditar la concurrencia de dicha circunstancia. Se trata de un poder ordinario, por lo que su eficacia o entrada en vigor no depende de ninguna situación especial, que haya que acreditar, que afecte al poderdante. No obstante, si en su configuración se ha distinguido el régimen jurídico aplicable, según sea ejerza como poder ordinario (mientras el poderdante no se vea necesitado de apoyo) o preventivo (en caso de que surja dicha necesidad), estableciendo unos controles diferentes para cada caso, entendemos que, en tal supuesto, el apoderado habrá de manifestarse, al ejercitar el poder, sobre la situación del apoderado, a fin de ver qué controles le son aplicables, en función de dicha situación. Así, verbigracia, si el poder, en tanto el poderdante no tenga necesidad de apoyo, puede ejercitarse por el apoderado para la venta de inmuebles sin control de un tercero, pero sí se exige dicho control cuando el poderdante esté necesitado de apoyo, habrá de manifestarse y, en su caso, acreditarse lo que proceda, para comprobar que el poder se ejerce adecuada y regularmente. En cambio, si el régimen previsto en el poder es igual para el caso de poder ordinario como para el caso de ejercicio de este precisando el poderdante medidas de apoyo, tal declaración será superflua e innecesaria.

El problema del poder preventivo propiamente dicho radica en la forma de justificar la situación de necesidad de apoyos del poderdante. El artículo 257 CC deja en manos del poderdante la definición y la forma de acreditar la situación de necesidad de apoyos, haciendo una remisión ambigua a un acta notarial acreditativa, con dictamen notarial positivo ratificado por informe pericial.

Evidentemente, ante este panorama, pueden darse casos de abusos en el ejercicio de un poder preventivo configurado sin controles ni salvaguardas. Es cierto, lo que no impedirá la impugnación en vía judicial de los actos realizados por el apoderado por las personas legitimadas, cuando haya existido abuso y perjuicio para el poderdante.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por otra parte, se prevé la publicidad del poder preventivo a través del Registro Civil, si bien no se precisa el alcance de esta publicidad: si es declarativa o constitutiva. Tampoco parece claro el efecto de la publicidad frente a terceros.

Por último, se plantea la posibilidad de revisión de los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, sobre todo, a la luz de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de dicha Ley.

1. Eficacia

El poder preventivo propiamente dicho despliega todos sus efectos, adquiriendo plena eficacia, desde el momento en que el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Como ya ha quedado expuesto, el CC (artículo 257) no regula la forma de acreditarlo. Se remite a las previsiones del poderdante. Pero, ¿puede el poderdante establecer que el poder será eficaz en base a un criterio objetivo (por ejemplo, cuando el poderdante cumpla 89 años), con independencia de la situación de necesidad de apoyo[83]? La respuesta no puede ser otra que la afirmativa, si bien es cierto que el poder solo sería preventivo si se diese en el poderdante la situación de necesidad de apoyo, que es lo que define al poder como preventivo, pues, en otro caso, será un poder ordinario.

Lo habitual será que el otorgante se remita a la acreditación de la necesidad de apoyos mediante la exhibición de algún certificado médico[84] o administrativo[85], que declare las limitaciones que pueden exigir las medidas

[83] Puede ocurrir perfectamente que el poderdante, al cumplir los 89 años fijados por él en el poder para el despliegue de sus efectos, se encuentre en excelentes condiciones intelectuales y que no necesite de ninguna medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad.

[84] Pueden utilizarse, a estos efectos, los criterios establecidos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en su artículo 2, que considera como personas con discapacidad, a efectos de dicha ley: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

[85] Pueden utilizarse los criterios de clasificación de la dependencia establecidos en el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, grados II y III (a que se refiere también la disposición adicional cuarta CC, en su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio); grado II: Dependencia severa:

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de apoyo, con determinación del porcentaje de discapacidad intelectual o grado de dependencia, según los casos.

También podrá dejarse su determinación al criterio de terceras personas expresamente nombradas por el poderdante a dicho fin[86].

Si la justificación de la situación en la que se halla el poderdante, al tiempo en que el apoderado pretende ejercitar el poder preventivo, es suficiente y no plantea dudas, no será necesario exigir más requisitos. Sin embargo, si la acreditación realizada no fuese concluyente (así lo expresa el artículo 257 CC al señalar "si fuera preciso"), hay que entender que se deberá levantar acta notarial, en que, además del juicio del notario, se incorpore un informe pericial favorable.

Por tanto, el acta notarial no es inexcusable, y solo será necesaria cuando el estado de justificación de la necesidad de apoyos realizada según las previsiones del poderdante sea insuficiente o genere dudas. No obstante, también es posible que el poderdante elija, para fijar el comienzo de la vigencia del poder preventivo el acta notarial, de manera directa, no como medida subsidiaria en caso de necesidad. En tal supuesto, será el poderdante, haciendo uso de la autorregulación, en aplicación del principio de autonomía de voluntad, quien señale qué aspectos ha de contemplar el acta notarial: si bastará la mera apreciación del notario, tras una entrevista con el poderdante, sin necesidad de informe pericial; o si será necesario complementar el juicio notarial con un informe pericial, determinando o no qué tipo de informe ha de emitirse, con designación o no de la persona, autoridad u organismo que lo haya de realizar.

---

cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; grado III: gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía.

[86] Este criterio subjetivo de determinación de la fecha de comienzo de la eficacia del poder preventivo es menos recomendable que el criterio objetivo. Así, señala Lora-Tamayo Rodríguez (*RJN*, *op. cit.*, pp. 192-193) como criterios objetivos: un certificado médico con una determinada antigüedad, manifestación del médico o persona que le trate, tarjeta de discapacidad o certificación emitida por la Seguridad Social.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No se dice quién puede instar dicha acta. Parece que lo más propio es que sea el apoderado el que requiera al notario, aportando las pruebas pertinentes, según las previsiones establecidas por el poderdante. Tampoco se señala si es posible que el apoderado presente el informe pericial, o si, por el contrario, para garantizar la mayor imparcialidad y objetividad posibles, habrá de ser designado el perito por el notario. Para acabar de rematar la imprecisión normativa, tampoco se nos dice qué tipo de perito (médico, psicólogo, asistente social...) es el que ha de emitir dicho informe. Al no precisarse, parece admitirse cualquier informe pericial, emitido por autoridad competente en la materia de la que certifica o informa, que sea esclarecedor de la situación de necesidad de apoyos que presenta el poderdante al tiempo de su emisión.

En la práctica, podemos encontrarnos con informes periciales que no determinen la necesidad de medidas de apoyo, sino observaciones sobre el estado de capacidad intelectual y psíquica del poderdante. En tales casos, no parece que el notario pueda emitir un juicio, sobre la necesidad de medidas de apoyo del poderdante, si el informe presentado no es claro en tal sentido. Todo ello puede generar gran inseguridad jurídica, por lo que lo recomendable es que el poderdante fije, al otorgar el poder preventivo, los criterios más claros y objetivos posibles.

Por otro parte, aunque hay que reconocer la posibilidad de que el poderdante puede atribuir al apoderado la facultad de determinar, con su solo criterio subjetivo, cuándo ha de entrar en vigor el poder conferido, a cuyo fin bastaría la sola manifestación del apoderado en tal sentido, lo cierto es que, al igual que si se deja al criterio subjetivo y discrecional de un tercero, sin exigir ninguna justificación objetiva (certificado médico, administrativo, informe pericial...), o si señala término para su vigencia (supuesto ya expuesto: cuando el poderdante alcance la edad de 89 años, por ejemplo), en tales casos estaríamos ante un poder ordinario, y no ante un poder preventivo[87]. El poder solo es preventivo cuando se ejercita por razón de la necesidad de apoyos del poderdante para el ejercicio de su capacidad jurídica; y,

[87] Se podría argumentar que, si el poderdante está necesitado de medidas de apoyo, será un poder preventivo, se acredite o no se acredite. Pero lo cierto es que, sin la justificación de dicha circunstancia, no puede haber certeza de que ello sea así. El distinto régimen jurídico del poder ordinario y del poder preventivo exige, en aras de la seguridad jurídica, dicha acreditación.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para calificarlo como preventivo, habremos de contar con una justificación o acreditación de esta circunstancia[88].

Acreditada y declarada la vigencia del poder preventivo y la legitimación del apoderado para su ejercicio, ¿cómo se ha de actuar en el tráfico jurídico[89]: habrá de justificar el apoderado, cada vez que ejercite el poder, la situación de necesidad de apoyos del poderdante?; ¿o bastará con que lo acredite la primera vez, exhibiendo, en las posteriores ocasiones, si se hubiese otorgado, el acta notarial acreditativa? Hay que pensar que los deterioros intelectuales que pueden llevar a pensar en la necesidad de medidas de apoyo pueden ser transitorios, esporádicos y, en algunas ocasiones, reversibles. Ante esta posibilidad, lo más razonable, en aras de la seguridad y agilidad del tráfico jurídico, es exigir una manifestación del apoderado corroborando la situación de necesidad de su poderdante[90]. La excepción vendría dada si, al tiempo de configurarse el poder, se ha fijado la entrada en vigor a partir del momento en que se acredite la necesidad de apoyos, eximiendo al apoderado de posteriores justificaciones en el ejercicio poste-

[88] No compartimos, en este sentido, la opinión de Lora-Tamayo Rodríguez (*RJN*, *op. cit.*, p. 193), quien considera que el apoderado podrá actuar válidamente desde el momento que el hecho de la discapacidad prevista se produzca, aunque no exista certificado médico que lo acredite, si bien matiza esta afirmación, al excluir el supuesto de que el poderdante haya condicionado el ejercicio del poder a la expedición de dicho certificado. Lógicamente, el poderdante podrá dispensar al apoderado de la necesidad de acreditación, como ya hemos dicho, dejando al solo criterio del apoderado la determinación de la eficacia del poder (lo que es muy poco recomendable); pero, en tal caso, a nuestro juicio, estaríamos ante un poder ordinario, al no estar acreditadas las circunstancias que permiten su consideración legal como poder preventivo.

[89] Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura otorgada por un apoderado preventivo, no es necesario que el notario autorizante haga constar cuáles son las circunstancias que señalan la entrada en vigor del poder y cómo se han acreditado éstas, o bien que el mismo ya era eficaz desde su autorización, bastando la habitual reseñada identificativa del poder y la declaración congruente de ser suficiente para el acto realizado, como ha puesto de relieve la Resolución DGSJFP de 31 de agosto de 2020 (BOE de 20 de septiembre), al señalar que "si el notario autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su vigencia. De lo contrario no sería suficiente".

[90] Desde el punto de vista práctico, si se ha levantado acta notarial, podría el notario autorizante que ha emitido juicio positivo, corroborado por informe pericial, poner una diligencia en la copia autorizada del poder, si se le exhibe, en que haga constar la reseña del acta notarial y su resultado. De esta manera, el apoderado, sin tener que exhibir la copia autorizada del acta notarial, podrá justificar el comienzo de la vigencia del poder preventivo, con la sola exhibición, siempre necesaria, de dicha copia autorizada. Todo ello, sin perjuicio, como hemos dicho, de que manifieste, al ejercitar el poder, que no se ha producido cambio alguno en la situación de su poderdante.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

rior del poder, siempre que conste, de manera indudable, la acreditación de dicha necesidad, aunque fuere anterior en el tiempo.

2. Publicidad

Como antecedente, hay que señalar el artículo 46 *ter* de la hoy derogada LRC de 1957, introducido por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que disponía lo siguiente: "En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante".

Actualmente, el artículo 260 CC[91], el notario autorizante del poder ha de comunicar de oficio[92] y sin dilación al Registro civil[93] su otorgamiento, para su constancia en el registro individual del poderdante (en la medida en que ello sea posible)[94].

Se plantea si lo que ha de comunicar el notario es el otorgamiento del poder (fecha, número de protocolo, datos del poderdante), siendo suficiente

[91] Con igual redacción se pronuncia, respecto de las medidas voluntarias de apoyo, el artículo 255, párrafo 4º CC. Más adelante, vuelve a reiterarse este criterio de inscripción obligatoria en el Registro Civil, en el artículo 300, al señalar que "las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil".

[92] El artículo 111 del Código del Derecho Foral de Aragón dispone que el notario comunicará de oficio el otorgamiento para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

[93] En Cataluña, los poderes preventivos se inscriben, según el artículo 222-8-3 en el Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica (según la nueva denominación dada por el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad), regulado por el Decreto 30/2012, de 13 de marzo.

[94] Como señala Barrio del Olmo, C. P. («Incidencias tras la completa entrada en vigor de la Ley del Registro civil», revista *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, número 103, mayo-junio 2022), el 30 de abril de 2022 entró en vigor en su integridad la LRC de 21 de julio de 2011, que persigue la implantación de un nuevo modelo de Registro Civil, único para toda España, informatizado, accesible electrónicamente e interoperable. De momento, nos hallamos en una situación transitoria, en la que —como señaló la Instrucción de 16 de septiembre de 2021 de la DGSJFP—, van a convivir los dos sistemas: el de hechos-Sección, de la Ley de 1957, y el del Registro individual de la Ley de 2011. De momento solo se ha puesto en marcha la aplicación informática DICIREG en las oficinas de los Registros Civiles de Madrid y Barcelona, si bien solo en cuanto su organización interna, no siendo, de momento posible su utilización por los notarios.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

un testimonio, que reseñe los datos indicados, bajo la fe del notario, o si habrá de enviar una copia parcial autorizada. Parece que será suficiente lo primero, a la vista de lo dispuesto en el artículo 27.1 LRC[95], según el cual "el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo, notarial o registral, es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil"[96].

El artículo 4.10º LRC prevé la inscribibilidad de los poderes y mandatos preventivos. El artículo 83.1.b LRC declara datos especialmente protegidos, a efectos de dicha Ley, la discapacidad y las medidas de apoyo. Y, según el artículo 84 LRC: "solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo...".

La inscripción del poder preventivo en el Registro Civil, ¿es meramente declarativa o constitutiva?[97]. Ante las limitaciones de publicidad señaladas por la LRC y la inexistencia de un pronunciamiento claro al respecto, lo más coherente es entender que no tiene la inscripción en el Registro Civil carácter constitutivo[98], sin perjuicio de que pueda ser de interés práctico

[95] Además, el actual artículo 260 CC solo se refiere a la comunicación del otorgamiento del poder, a diferencia de lo señalado en el hoy derogado artículo 46 ter LRC, que se refería a la notificación de "las escrituras de mandato". Lo que se hace constar en el Registro Civil es solo la noticia de que existe un poder preventivo otorgado por una persona, sin que sea objeto de inscripción su contenido, ni tampoco el nombre del apoderado/s, para lo cual es más que suficiente el oficio-testimonio emitido por el notario autorizante.

[96] En Cataluña, la inscripción en el Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica, conforme al artículo 7 del Decreto 30/2012, de 13 de marzo, se practica en virtud de la comunicación hecha por el notario que ha autorizado la escritura, que debe ser realizada dentro del tercer día, contado desde la fecha de la autorización del documento correspondiente, al Colegio de Notarios de Cataluña, el cual, semanalmente, lo remite, vía telemática, a dicho Registro.

[97] En el Código Civil belga (artículo 490), el mandato de protección extrajudicial se inscribe en el Registro Central de la Federación Real del Notariado belga.

[98] En el mismo sentido: Ribot Igualada (*op. cit.*, p. 639); Pereña Vicente (*op. cit.*, p. 213); y García Herrera (*op. cit*., p. 367), entre otros.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para los operadores jurídicos-funcionarios públicos la consulta de los datos que publica dicho Registro[99].

Por otra parte, el objeto de la publicidad, si nos atenemos al tenor literal del artículo 260 CC, parece limitarse a la mera noticia de la existencia del poder preventivo[100], sin que se extienda a su contenido, ni a los controles y salvaguardas, en su caso, fijados por el poderdante. En cambio, en base a lo dispuesto en el artículo 300 CC, hay que entender que deberán comunicarse también su modificación, revocación o extinción, así como su entrada en vigor[101], cuando le conste al notario por haber autorizado la correspondiente escritura pública o acta notarial acreditativa de su puesta en vigor.

La constancia en el Registro de la Propiedad de los poderes preventivos está excluida en todo caso, puesto que el artículo 2.4 LH solo contempla la inscripción en el recién creado Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles de las resoluciones judiciales que afecten a la libre disposición de bienes inmuebles de una persona y a las medidas judiciales de apoyo (si bien, respecto de estas últimas, según el artículo 755, párrafo 2º, LEC, solo se inscribirán a petición de parte[102]).

3. Revisión

Los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (esto es, al 3 de septiembre de 2021), según la Disposición Transitoria Tercera de dicha ley, quedarán sujetos a esta. No obstante, a pesar de que en dichos poderes no se haya excluido su aplicación, no serán

[99] Como apunta Valls i Xufré ("El papel del notario...", *op. cit*., pp. 142-143), puede ser conveniente para el notario la consulta del Registro Civil cuando se trate de actos dispositivos de trascendencia económica o para conocer la existencia de otras medidas de apoyo, si bien, mientras no haya acceso telemático al Registro Civil, dicha consulta no será posible.

[100] Como señala Ribot Igualada (*op. cit*., p. 641), la finalidad del acceso al Registro Civil es básicamente evitar el riesgo de solapamiento de la provisión judicial de apoyos. Dada la preferencia de las medidas voluntarias de apoyo, el juez podrá tener conocimiento, a través del Registro Civil, de su existencia, evitando establecer medidas judiciales, salvo que las medidas voluntarias adoptadas —entre ellas, los poderes preventivos— sean insuficientes.

[101] En este caso, más que obligatorio, nos parece conveniente.

[102] También se comunicarán, a instancia de parte, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

aplicables las reglas de la curatela de los artículos 284 a 290 CC[103], que se refieren a la prestación de fianza, inventario de los bienes y necesidad de autorización judicial en los supuestos legalmente exigidos para la misma, respecto de los poderes preventivos que comprendan todos los negocios del poderdante.

El poderdante, antes de precisar medidas de apoyo, podrá revisar y modificar el poder ya otorgado[104]. Pero también en el caso de estar ya necesitado de ellas, como se desprende de la citada Disposición Transitoria Tercera[105], si bien el notario habrá de emitir juicio positivo acerca del discernimiento que necesariamente ha de concurrir en la persona con discapacidad, pudiendo esta valerse de los apoyos que puedan ser convenientes[106].

Lo que no parece que quepa es la revisión judicial[107] del poder preventivo otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley: solo el poderdante, por sí o con los apoyos necesarios, podrá modificar o completar el poder ya otorgado. Y ello pese al tenor literal de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021[108], que podría inducir a confusión al respecto, debiendo limitarse dicha posibilidad de revisión, a nuestro juicio[109], a las medidas ju-

[103] Al no haber quedado excluida su aplicación, hay que entender que, conforme al artículo 292 CC, al extinguirse el poder preventivo o cesar el apoderado, deberá este rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. No parece, en cambio, que haya de rendir cuentas de forma periódica, ya que sería necesario que lo hubiera dispuesto el juez.

[104] También podrá, al amparo del artículo 258 CC, haber previsto mecanismos y plazos de revisión del poder otorgado. Si el poder preventivo contiene procedimientos para revisarlo, con indicación de la frecuencia de dicha revisión, el apoderado estará obligado a hacerlo.

[105] "Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias".

[106] El notario habrá de procurar que el poderdante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

[107] La revisión ha de hacerse en el plazo de máximo de un año desde dicha solicitud. En defecto de solicitud, la revisión se realizará por la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

[108] Que señala que: "... los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud...".

[109] En cambio, Berrocal Lanzarot, A. I. («Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

diciales, no a las voluntarias[110], sin perjuicio de que se confiera al apoderado preventivo legitimación a tal fin[111].

VIII. ELEMENTOS FORMALES: LA ESCRITURA PÚBLICA COMO FORMA ESENCIAL

Los poderes preventivos[112], al igual que las medidas de apoyo voluntarias[113], han de constar en escritura pública, la cual se establece como requisito esencial.

Se apartan así los poderes preventivos del criterio general de libertad de forma, exigiéndose, para su existencia, la forma pública notarial[114].

El legislador español ha optado por la forma pública notarial[115] destacando el papel del notario como instrumento de apoyo institucional de las personas con discapacidad, consciente de la importancia de la configuración de los poderes y de los riesgos y peligros que comporta su otorgamiento para el poderdante, quien, una vez otorgado el poder, en función del grado de su discapacidad, puede encontrarse con una gran dificultad, cuando no imposibilidad, para modificar o revocar el poder conferido.

786, 2021, p. 2429), al amparo de dicha Disposición Transitoria Quinta, sí admite la posibilidad de revisión judicial de los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

[110] Los poderes preventivos son medidas voluntarias de apoyo, por lo que no es inteligible que se desvirtúe su naturaleza jurídica con la imposición de una revisión judicial, contraria e incompatible con el principio de máximo respeto a la voluntad del poderdante que existe en su actual regulación.

[111] Legitimación —así lo entendemos— para solicitar la revisión de otras medidas de apoyo judiciales que pudieran coexistir con el poder preventivo.

[112] Así lo dispone, con carácter imperativo, el artículo 260, párrafo 1º, CC: "Los poderes preventivos... habrán de otorgarse en escritura pública".

[113] Así lo prevé el artículo 255, párrafo 1º, CC.

[114] Como forma de valer, el artículo 1280 CC establece que habrán de constar en documento público: 5º. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

[115] El Código Civil francés distingue el mandato notarial y el mandato en documento privado (que debe estar fechado y firmado de forma manuscrita por el mandante, debiendo estar firmado también por un abogado, según un modelo aprobado por Decreto del Consejo de Estado (Decreto 2007-1702, de 30 de noviembre). En ambos casos se exige la aceptación del mandatario. Sin embargo, el mandatario que lo sea bajo esta última modalidad solo puede realizar actos de gestión o administración, pero no puede realizar los actos para los que se exige autorización judicial, para los cuales es imprescindible el mandato hecho ante notario (artículos 489 y 492). Una regulación similar se contiene en el Código Civil belga.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

De ahí la trascendencia de prever controles y salvaguardas, a fin de evitar abusos, conflicto de intereses o influencias indebidas. El papel del notario se convierte aquí en fundamental, no solo para captar la voluntad del poderdante, sino para, orientándole en todo el abanico de posibilidades a su alcance, diseñar, de la manera más perfecta y ajustada posible a las necesidades circunstancias, deseos y preferencias del poderdante, el modelo de poder preventivo que, como un guante, se asiente y adapte a su concreto caso.

IX. EXTINCIÓN

Cabe aplicar, como causas legales de extinción del poder preventivo, las causas de extinción del mandato recogidas en el modificado artículo 1732 CC.

En primer lugar, siempre que mantenga el discernimiento necesario para ello, siempre podrá la persona con discapacidad que ha otorgado el poder revocarlo, con los apoyos que precise a tal fin. Tras la revocación, podrá otorgar poder a favor de otra u otras personas, o establecer medidas voluntarias de apoyo, a su elección.

El apoderado preventivo no tiene obligación de hacer uso del poder. Cabe que el apoderado, una vez que conozca que ha sido designado por el poderdante, no quiera o manifieste que no puede ejercer el poder. Por eso, entendemos que, para evitar que ello suceda, puede ser conveniente configurar el poder preventivo como mandato preventivo, haciendo comparecer al apoderado-mandatario en la escritura para que acepte el mandato. Habiéndose hecho así, no parece que pueda el apoderado, posteriormente, llegado el caso, renunciar sin justa causa. Además, entendemos que habrá de proveer e instar a que se adopten las medidas necesarias para el apoyo de la persona con discapacidad, pudiéndosele reclamar los daños y perjuicios irrogados en caso de no hacerlo (*ex* artículo 1718 CC).

También concluirá el poder por la muerte del poderdante o del apoderado, e incluso por su concurso.

La adopción de medidas de apoyo a favor del apoderado no tiene por qué dar lugar a la extinción del poder preventivo. Solo lo harán en la medida

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en que puedan impedir el adecuado ejercicio por el apoderado del poder. Si hemos sostenido que puede ser apoderado quien tiene discapacidad y necesita, para el ejercicio de su capacidad jurídica, medidas de apoyo, consecuentemente, no podremos admitir la extinción del poder por el solo hecho de que tales medidas de apoyo se constituyan respecto del apoderado. Todo dependerá de la intensidad de tales medidas, las cuales estarán dispuestas en proporción y de acuerdo con las necesidades del apoderado con discapacidad. El ejercicio del poder preventivo ha de ser personal, en los términos recogidos en el artículo 261 CC. Por lo que, si, como consecuencia de las medidas de apoyo adoptadas, ya no es el apoderado quien ejercita personalmente el poder, por imposibilidad de hacerlo, habiéndosele nombrado, por ejemplo, un curador representativo, es claro que el poder preventivo otorgado se habrá extinguido, al incidir la curatela representativa en el ejercicio de este. Más dudoso es el supuesto del nombramiento de un curador asistencial: ¿podrá ejercitar el apoderado, con la asistencia del curador nombrado, el poder preventivo? Es dudoso. Podría entenderse que si el apoderado, para el acto a realizar en el ejercicio del poder, precisa de la concurrencia del curador asistencial, no podrá ejercitarlo, por la exigencia de que su ejercicio sea personal. Ahora bien, de no ser así, habría que admitir su no extinción (al menos, parcial, en cuanto a los actos que pueda realizar por sí solo en el ejercicio del poder).

En cambio, el nombramiento de curador representativo en favor del poderdante no es causa de extinción del poder preventivo, puesto que, como señala el artículo 258 CC, los poderes preventivos "mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han si previstas por el propio interesado". Hay, pues, una total compatibilidad: pueden coexistir las medidas —voluntarias o judiciales— de apoyo con los poderes preventivos. Esta coexistencia, empero, solo será posible en la medida en que los respectivos ámbitos de medidas y poderes preventivos estén separados, no interfiriéndose.

A las causas legales de extinción enunciadas (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1732 CC), hay que añadir, tratándose de poderes pre-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ventivos entre cónyuges[116] o parejas de hecho[117], el cese de la convivencia de poderdante y apoderado[118], salvo disposición contraria de aquel, o que el cese venga determinado por el internamiento del poderdante (artículo 258, párrafo 2º). Esta causa es un tanto discutible: pueden darse casos de ceses de convivencia objetivos que respondan a razones distintas de una ruptura de las relaciones afectivas, como pueden ser razones laborales de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, tan frecuentes hoy en día. Solo se admiten dos excepciones[119]: la primera, la de disposición en contra hecha por el poderdante al configurar el poder preventivo; y la segunda, que el cese se deba al internamiento del poderdante (hay que entender, en una residencia, centro de salud, centro geriátrico o similar; pero también el producido por prisión o cárcel como consecuencia de la condena impuesta al poderdante[120]). Si el poderdante dispone la subsistencia del poder pese al cese de la convivencia, este cese no supondrá la extinción del poder. También cabe, habida cuenta de la imprecisión de la normativa, que el poderdante configure y modalice las causas de cese de convivencia que pueden suponer la extinción del poder, señalando los supuestos de cese que pueden dar lugar a la pérdida de vigencia del poder, o excluyen-

[116] Hay que recordar aquí que, conforme al artículo 102 CC, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

[117] Como señala Ribot Igualada (*op. cit*., p. 609), es la primera vez que aparece en el Código Civil la expresión "pareja de hecho", no existiendo hoy una definición en el Derecho estatal, por lo que procede una interpretación amplia, es decir, basta que el poder se hubiera otorgado a la persona con quien el poderdante convivía de forma estable en una relación análoga al matrimonio, no siendo aplicables los requisitos exigidos en las legislaciones autonómicas.

[118] Es criticable la inclusión legal de este supuesto. Como ya señalara Lora-Tamayo Villacieros («Longevidad y poderes preventivos», Revista *El Notario del Siglo XXI*, número 85, mayo-junio 2019, p. 20): ¿durante cuánto tiempo ha tenido que existir el cese? ¿y si luego vuelven a vivir juntos quedó revocado y es preciso un nuevo poder?

[119] Es criticable que solo se contemplen dos excepciones y que no se haya desarrollado más el supuesto, añadiendo algunas excepciones más (como la ya señalada de cese de convivencia por motivos laborales), o estableciendo un plazo mínimo para que dicho cese tenga virtualidad extintiva. El fundamento de la causa de extinción del poder, en esta causa de extinción, no es otro que la pérdida de confianza que se presume existe cuando se produce el cese de la convivencia. Ahora bien, este cese puede ser querido (por ambas partes o solo por una), en cuyo caso sí puede reputarse causa de extinción, o no querido por ninguna de las partes, sino impuesto por circunstancias vitales, temporales o, más o menos. de cierta duración, en cuyo caso no debería dar lugar a la extinción automática del poder.

[120] Más dudosa es la aplicación de la excepción al internamiento en la cárcel del apoderado: el tenor literal del precepto nos conduce a la solución negativa, a lo que ha de añadirse la dificultad del ejercicio del poder preventivo por quien está encerrado en prisión.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

do un elenco de supuestos (además del internamiento del poderdante[121], en su caso) que no harán que el cese de la convivencia entre poderdante y apoderado extinga el poder[122].

Además de las causas legales expuestas, podrán existir otras causas de extinción del poder preventivo dispuestas por el poderdante[123]. Aquí la libertad de establecimiento de causas es total, no tiene límites, ni en número, ni en supuestos, que serán todos los que la voluntad del poderdante quiera fijar.

Por último, si el poderdante no ha dispuesto lo contrario, conforme al artículo 258, párrafo último CC, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos[124] y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos[125], si

[121] El poderdante podrá también incluir como causa de extinción del poder el propio internamiento en un centro de salud, dada la amplitud y prevalencia del principio de autonomía de voluntad en la configuración de los poderes preventivos, siendo la previsión legal de aplicación supletoria.

[122] Desde un punto de vista práctico, cuando comparezca en la notaría un apoderado preventivo que represente a su cónyuge o a su pareja de hecho (esta última circunstancia puede pasar desapercibida, ya que no es de obligada constancia, y no se suele recabar este dato, salvo que el propio interesado lo manifieste), habrá que preguntarle si sigue conviviendo con el poderdante, haciendo constar la manifestación realizada, bajo su responsabilidad, en la escritura autorizada, de que no hay cese de convivencia entre ambos (o que sí lo hay, pero por razón del internamiento del poderdante). Ninguna pregunta habrá que hacer si ya se dispuso en el poder preventivo la exclusión de esta causa como causa de extinción del poder; o habrá que matizar la pegunta, adaptándola, en función de la modalización introducida en el contenido del poder por voluntad del poderdante.

[123] Así dispone el artículo 258, párrafo 3º, *in fine*: "Podrá también prever formas específicas de extinción del poder". Valls i Xufré («El papel del notario...», *op. cit*., pp. 139-140) apunta a la posibilidad de que el poderdante pueda establecer como causas de extinción del poder la caducidad por llegar el apoderado a una determinada edad, o la revocación verificada por tercero o por el supervisor, si se les ha facultado para ello. Siguiendo esta idea, sugiere que el poderdante puede nombrar varios apoderados y varios supervisores sucesivos, de tal forma que el segundo apoderado sea el supervisor del primer nombrado, y el tercero el supervisor del segundo, en caso de llegar este a ser apoderado al cesar como supervisor por el cese del primer apoderado, continuando así hasta el último.

[124] Según el artículo 757 LEC: "1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda...".

[125] El artículo 51 *bis* LJV establece: 1. Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador. 2. Admitida la solicitud, se citará a

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador[126].

X. DERECHO FORAL O CIVIL AUTONÓMICO

El Código de Derecho Foral de Aragón (aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), establece, en su artículo 109, el llamado "mandato que no se extingue por la incapacidad o la incapacitación", y según el cual "cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación"[127].

En Navarra, la Ley 49, párrafo 3º[128], en su redacción dada por la Ley 21/2019, de 4 de abril, que modifica la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, dispone lo siguiente: "... Así mismo, toda persona capaz puede otorgar en escritura pública poderes cuya vigencia se inicie y desarrolle en el momento en que, por modificación judicial de su capacidad, se halle

---

la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal.

[126] Artículo 278 CC: "Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo...".

[127] Como señala Bayod López, C. («Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales», dentro de la obra *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirigida por Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., editorial Bosch-Wolters Kluwer, 2021, p. 153), el actual sistema aragonés permite ser aplicado sin desconocer los principios de la Convención y así lo están haciendo los Tribunales aragoneses, si bien es evidente que esta materia requiere y necesita una modificación. Los primeros pasos ya se están realizando. Así, según información emitida por el Gobierno de Aragón (el 27-11-2021), dicho Gobierno ha solicitado a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que analice cómo debe adaptarse el Código del Derecho Foral de Aragón a la nueva realidad en materia de capacidad jurídica diseñada por la Convención y que emita un informe sobre las reformas a introducir en el Código. El objetivo, según se indica, es que dicho órgano consultivo "prepare un anteproyecto de ley de modificación del código de derecho foral e indique las reformas procesales que deben emprenderse y que, posteriormente, sean las Cortes de Aragón las que dicten una ley al efecto".

[128] Bajo el epígrafe: "Poder en previsión de la modificación o pérdida de la capacidad o de la necesidad de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

impedida o necesitada de apoyo para actuar por sí misma y en previsión de tales circunstancias"[129].

Por su parte, el Código Civil de Cataluña[130], regula los poderes preventivos en el artículo 222-2, bajo el título de "poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad": "1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura.

2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder.

3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.

4. El poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el

[129] En Navarra, cabe destacar la Orden Foral 208/2021, de 2 de noviembre, de la consejera de Derechos Sociales, por la que se inicia el procedimiento de elaboración del proyecto de Ley Foral de atención de las personas con discapacidad en Navarra y de garantías para el ejercicio de sus derechos. Puede verse el borrador del Anteproyecto en: https://participa.navarra.es/processes/anteproyecto-ley-foral-atencion-personas-con-discapacidad-navarra-garantia-derechos. En la proyectada reforma de la Ley 49 se dispone lo siguiente: Toda persona mayor de edad o menor emancipada puede otorgar en escritura pública poderes preventivos, cuya vigencia se inicie y desarrolle en el momento en que precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. Los poderes preventivos podrán tener la extensión personal y patrimonial que el poderdante determine, establecer cualesquiera medidas de apoyo y control y nombrar a las personas que hayan de ejercerlas. El poder preventivo otorgado a favor del cónyuge o pareja estable del poderdante se extinguirá de forma automática en el momento del cese de la convivencia salvo disposición en contrario del poderdante o concurrencia de alguna causa que en razón a su estado justifique su subsistencia. Una vez sobrevenida la situación de necesidad de apoyos para el ejercicio de la capacidad, la resolución judicial que constituya medidas de apoyo en favor del poderdante únicamente podrá adoptar medidas distintas a las dispuestas en el poder de forma motivada y cuando fuera necesario para proteger sus intereses.

[130] Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas".

Conforme al artículo 222-44-3, el apoderado necesita autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente. Y, según el artículo 222-46-2, los actos del apoderado realizados sin la autorización judicial son anulables a instancia del tutor, después de haber constituido la tutela, y a instancia del poderdante en el plazo de cuatro años a partir del momento en que tiene lugar el acto, si el tutelado tiene suficiente capacidad, o a partir del momento en que este sale de la tutela, pudiendo también impugnarlos los herederos del poderdante en el plazo de cuatro años a partir de su fallecimiento, o en el tiempo que quede para completarlos si ha comenzado a correr con anterioridad.

A la vista de lo expuesto, se hace evidente la necesidad de adaptación del Derecho Foral o Civil Autonómico a los principios contenidos en el Convenio de Nueva York.

De momento, solo en Cataluña se ha publicado el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto[131], por el que se adapta el Código Civil de dicha Comunidad a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad[132]. Una reforma más profunda está gestándose, si bien aún no sabemos cuándo saldrá a la luz[133].

[131] En vigor el 3 de septiembre de 2021.

[132] Como señala su Exposición de Motivos, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación con las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán solo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Además, el Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad pasa a denominarse Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica.

[133] La Comisión de Codificación de Cataluña ha publicado un documento con el título "bases de la reforma del Código Civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica": https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf. En la Base 9, referida al poder preventivo, se señala lo siguiente: El poder preventivo es el instrumento de apoyo formal otorgado en escritura pública notarial consistente en que una persona (poderdante) planifica anticipadamente la expresión

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XI. DERECHO COMPARADO[134]

En Derecho Comparado, existen ordenamientos que prevén la subsistencia del poder aun en caso de incapacidad del poderdante (como el irlandés o el griego). Otros prevén la existencia de unos poderes causalizados, que se otorgan en previsión de la futura incapacidad, expresándose esta circunstancia en el poder (como en Alemania y Reino Unido).

En algunos países, como en Argentina[135], se están impulsando proyectos de ley que regulen la figura, ante su evidente utilidad social.

De los países más cercanos[136], la regulación más importante es, sin duda alguna, la contenida en el Código civil francés, sección V ("Du mandat de Protection future"), del Título XI ("De la majorité et des majeurs protégés par la loi"), del Libro I ("Des personnes"), artículos 477 a 494 (con tres subsecciones: "des dispositions comunes"; "du mandat notarié" y "du mandat sous seing privé"), en su redacción dada por la Ley 2015-1776 de 28 de diciembre)[137].

---

de la propia voluntad y preferencias ante la posibilidad de encontrarse en situación de no poder comunicarlas. La imposibilidad de expresar la voluntad y las preferencias puede ser permanente o estable, o intermitente y transitoria. En este último caso, la legitimación conferida por el poder preventivo se limita al tiempo en el que la persona no puede expresar su voluntad. En el momento en que la persona concernida se encuentre en situación de no poder expresar su voluntad, la persona apoderada deberá actuar tomando la decisión que habría tomado esa persona de acuerdo con la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias. El poder preventivo tiene un contenido legal mínimo en tanto instrumento de soporte. En el poder preventivo se permite, en especial, delegar determinadas facultades o, en general, todas las facultades legalmente delegables, tanto personales como patrimoniales, sin necesidad de relacionarlas en la escritura. La escritura de poder preventivo debe incluir, además, medios efectivos para supervisar la actuación de la persona apoderada y permitir su remoción en caso necesario. Serán de aplicación a los poderes preventivos todas las salvaguardias establecidas para la prevención de abusos, influencias indebidas y conflictos de interés.

[134] Solo daré unas pinceladas sobre este tema. Puede verse, más ampliamente, en mi trabajo sobre «La representación», en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 3, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 437-444. También se puede consultar en "el poder preventivo,", de Valls i Xufré, *op. cit.*, pp. 297-309, quien hace un repaso de la situación en Francia, Quebec, Inglaterra, Alemania, Italia y Argentina.

[135] Proyecto de Ley de autoprotección y poderes preventivos, presentado en el Congreso de Argentina, a principios de junio de este año dos mil veintidós, impulsada por el Senador Ricardo Guerra. Mientras tanto, se viene admitiendo la no extinción del poder conferido mientras no se incapacite judicialmente al poderdante.

[136] Fuera de este ámbito, destaca la regulación de Quebec, sobre el mandato de protección.

[137] La Ley 2007-308, de 5 de marzo, sobre protección jurídica de los mayores, fue la que introdujo la figura del mandato de protección, dando nueva redacción a los artículos 477 a 494 del Código Civil francés.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sobre las peculiaridades de esta regulación ya nos hemos pronunciado a lo largo de este trabajo, por lo que nos remitimos a las distintas notas a pie de página, en que hacemos comentario de ellas.

También se puede destacar, por último, en Portugal, la reforma realizada por la Ley número 49/2018, de 14 de agosto, que crea el régimen jurídico del adulto acompañado, eliminando los institutos de interdicción e inhabilitación. Conforme al artículo 156 de Código Civil reformado, la persona mayor de edad podrá, previniendo una posible necesidad de acompañamiento, celebrar un mandato para la gestión de sus intereses, con o sin poderes de representación. El mandato sigue el régimen general y especifica los derechos involucrados y el alcance de la eventual representación, así como cualesquiera otros elementos o condiciones de ejercicio, siendo libremente revocable por el mandante. En el caso de que se ordene el acompañamiento, el tribunal utilizará el mandato, total o parcialmente, y lo tendrá en cuenta para definir el alcance de la protección y designar al acompañante. El tribunal puede dar por terminado el mandato cuando sea razonable suponer que la voluntad del mandante sería revocarlo[138].

XII. DERECHO INTERREGIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Este epígrafe podría ser considerado, *prima facie*, dentro del conjunto de este trabajo, de menor importancia. Pero, no nos engañemos, en un mundo cada vez más globalizado, la materia sí puede ser relevante. Varios ejemplos pueden ilustrarnos sobre lo que afirmamos: una persona de vecindad civil catalana que reside en Madrid y quiere otorgar un poder preventivo, para lo cual acude a una notaría madrileña: ¿se aplicará el Código Civil de Cataluña o el Derecho Común contenido en nuestro Código Civil?; un poderdante que otorgó poder en Barcelona, con arreglo al CC de Cataluña, y se presenta ahora el apoderado para ejercitar el poder en Sevilla: ¿qué normativa aplica-

[138] Puede verse más ampliamente el alcance de la reforma y su comparación con la regulación española en: «¿Reformar o cambiar los nombres? La reforma en materia de discapacidad: una visión comparada desde Portugal», Dias Pereira, A. y Dias Da Silva, L., dentro de la obra *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirigida por Cerdeira Bravo de Mansilla y García Mayo, editorial Bosch-Wolters Kluwer, 2021, pp. 345-364.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mos? Y lo que decimos, dentro de nuestro país, podemos extenderlo al resto de los países: verbigracia, ciudadano francés residente en León que quiere otorgar poder preventivo; o apoderado preventivo que pretende ejercer en España facultades otorgadas por poderdante francés, conforme al Código Civil francés...

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, la solución puede venir dada por la ratificación por España, que aún no ha tenido lugar, del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de los adultos[139]. En defecto de elección de Ley aplicable[140], establece que regirá la ley del Estado de residencia habitual del poderdante[141]. Se prevé, además, la posible expedición de certificados acreditativos de la eficacia del poder (artículo 38)[142], según formularios que se incorporan como Anexo al Convenio. También contempla la solución aplicable en los Estados plurilegislativos[143], si bien no es de cumplimiento obligado[144] por los Estados parte.

[139] Hoy en día han ratificado el Convenio Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Letonia, Mónaco, Portugal, Suiza y Reino Unido.

[140] Los Estados cuyas leyes podrán designarse son: a) un Estado del que el adulto posea la nacionalidad; b) el Estado de la anterior residencia habitual del adulto; c) un Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes (artículo 15.2).

[141] La existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las leyes mencionadas (artículo 15.1). Las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten (artículo 15.3). El artículo 17 dispone lo siguiente: "1. No podrá impugnarse la validez de un acto celebrado entre un tercero y otra persona que tendría la condición de representante del adulto según la ley del Estado en que se haya celebrado el acto, ni el tercero incurrirá en responsabilidad únicamente por el motivo de que la otra persona no tuviera la condición de representante del adulto según la ley designada por las disposiciones del presente Capítulo, a menos que el tercero supiera o hubiera debido saber que la condición de representante se regía por esta última ley. 2. El apartado anterior será aplicable únicamente si el acto se hubiera celebrado entre personas que se encuentren en el territorio del mismo Estado".

[142] Las autoridades del Estado contratante en el que se haya tomado una medida de protección o se haya confirmado un poder de representación podrán expedir a la persona a la que se le haya confiado la protección de la persona o de los bienes del adulto, a petición de esta, un certificado en el que se indique la calidad en que dicha persona está habilitada para actuar y los poderes conferidos.

[143] Artículos 45 a 47.

[144] Un Estado contratante en el que se aplican sistemas jurídicos o conjuntos de normas diferentes en materia de protección de la persona o de los bienes del adulto no está obligado a aplicar las normas

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pero, mientras no se ratifique por España el citado Convenio, hemos de acudir a las normas vigentes[145]. En el Código Civil contamos con las siguientes: "La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual..." (artículo 9.6). "A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas" (artículo 10.11).

Por otra parte, en cuanto a la relación jurídica subyacente, que será, en la gran mayoría de las ocasiones, el contrato de mandato, habremos de aplicar el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las relaciones contractuales: se regirá, en primer término, por la ley elegida por las partes[146]; en defecto de elección, se aplicarán las normas señaladas en el artículo 4 del Reglamento. Ocurre, sin embargo, que el contrato de mandato no encaja en ninguno de los supuestos contemplados en dicho precepto[147], lo que pone de relieve la incertidumbre e inseguridad jurídicas que se pueden presentar.

---

del Convenio a los conflictos únicamente relacionados con estos diferentes sistemas o conjuntos de reglas (artículo 44).

[145] Como señala Moreno Sánchez-Moraleda, A., «La reforma del Código Civil en materia de discapacidad en las normas de Derecho internacional privado», dentro de la obra *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, editorial Bosch-Wolters Kluwer, 2021, p. 194, hemos de separar los siguientes aspectos: 1) La determinación de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales o autoridades españoles sobre los asuntos de las personas adultas vulnerables o con discapacidad: hay que acudir a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modificó la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ). 2) La determinación de la competencia judicial internacional de los jueces, tribunales o autoridades españolas, para establecer la ley aplicable a la materia: hay que acudir a los artículos 9.6 y 9.1 CC. 3) El mecanismo de reconocimiento extraterritorial de estas medidas de protección y de los poderes de representación otorgados en otros países: LJV 15/2015 y, en relación a los aspectos registrales, la LRC, y la Ley 29/2015, de Cooperación Judicial Internacional en materia civil (LCJIMC), en caso de resolución contenciosa.

[146] Según el artículo 3.1: "El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato".

[147] Contrato de compraventa de mercaderías, prestación de servicios, derecho real inmobiliario o arrendamiento de inmuebles, contrato de franquicia, contrato de distribución, venta de bienes mediante subasta, compraventa de instrumentos financieros de múltiples terceros. Y sin que las normas de conflicto expuestas en los artículos siguientes (5 a 8) sean aplicables, pues se refieren a contratos de consumo, transporte, seguros y trabajo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Siendo rigurosos, debemos distinguir en cuanto a la ley aplicable a los poderes preventivos: la ley que ha de regir el otorgamiento del poder preventivo (existencia y admisibilidad, contenido, forma); la ley que ha de regir las relaciones contractuales derivadas de la relación jurídica subyacente, de manifestarse esta en forma de mandato preventivo, concurriendo mandante y mandatario a su otorgamiento, y la ley que ha de regir los efectos del contrato celebrado por el apoderado con los terceros en ejercicio del poder.

Como hemos visto, no existe una norma específica, por lo que hemos de basarnos en la naturaleza jurídica del poder preventivo para aplicar la norma de conflicto. Si consideramos el poder preventivo como medida de protección, aplicaríamos, conforme al artículo 9.6 CC la ley del Estado de la residencia habitual del poderdante[148]. Esta ley sería la que regiría la admisibilidad del poder y su contenido. En cuanto a la forma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11.2 CC[149], habrá de exigirse a los poderes preventivos otorgados en el extranjero la escritura pública, para su ejercicio en España.

Se aplicará a las relaciones contractuales entre mandante y mandatario la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente (Reglamento Roma I). En su defecto, al no contar con un criterio claro en los artículos 4 y siguientes de dicho Reglamento[150], podríamos entender aplicable la ley del país de residencia habitual del poderdante (por aplicación del artículo 9.6 CC en relación con lo dispuesto en el artículo 10.11 CC[151]).

[148] Así lo entiende también Fernández-Tresguerres, A., en *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 2/2021, de 2 de junio*, editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 430.

[149] Pese al criterio general contenido en el artículo 11.1 CC —que admite la validez de la forma con arreglo a la ley del país del otorgamiento—, a la ley reguladora del contenido o la ley personal del disponente, establece, como excepción que "si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquellos en el extranjero". El artículo 260 CC exige escritura pública como forma esencial.

[150] No parece admisible forzar la naturaleza del poder preventivo asimilándolo, en cuanto a su relación jurídica subyacente, a un contrato de prestación de servicios, al que, según el artículo 4 del Reglamento Roma I, se regiría por la ley del país en que el prestador del servicio (si así se considera que lo sea el apoderado) tenga su residencia habitual.

[151] La naturaleza híbrida del poder preventivo hace que no encaje ni en la representación legal ni en la representación voluntaria, por lo que parece habríamos de acudir, huérfanos de norma específica, a lo más próximo que es lo dispuesto en el artículo 9.6 CC.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por último, en cuanto a la ley que ha de regir las relaciones jurídicas del apoderado con los terceros en el ejercicio del poder, habría que admitir la validez de los actos y negocios jurídicos formalizados con arreglo a la ley del lugar en que se realizaron, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 13[152] Reglamento Roma I (coincidente con lo dispuesto en el artículo 10.8 CC[153]).

En cuanto a los conflictos de Derecho interregional, se aplicarán las normas de conflicto recogidas den el CC (artículo 16). Parece que habrá que atender, por tanto, a la ley de residencia habitual del poderdante (artículo 9.6 CC). El problema surgirá cuando, la residencia habitual del poderdante mute, ya que, conforme a dicho precepto, en el caso de cambio de residencia, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual de la persona con discapacidad.

No podemos acabar este apartado sin hacer referencia a la original y destacada posición de Valls i Xufré, quien sostiene que el poder preventivo, habida cuenta de su naturaleza jurídica, podrá otorgarse con arreglo a la ley personal del poderdante, también con arreglo a la ley de su residencia habitual e, incluso, con arreglo a la ley del lugar de su otorgamiento. Se inclina por una *professio iuris* del poderdante[154], que podría ampliarse a la ley del lugar donde el poder deba surtir efectos, si ello se hace constar expresamente[155].

[152] En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

[153] Teoría del interés nacional.

[154] No obstante, Pereña Vicente, M. («La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 767, 2018, p. 1312) considera que en el Derecho español no existe margen para una professio iuris en materia de medidas de protección. No lo admite y tampoco lo incorpora ni explícita ni implícitamente el artículo 10.11 CC para la representación legal, ni el artículo 9.6 CC, para las medidas de protección. Solo si se incluyesen los poderes preventivos dentro de la calificación de "representación voluntaria", al amparo del artículo 10.11 CC podría admitirse dicha posibilidad al amparo de la expresión que se contiene en el precepto "de no mediar sometimiento expreso". Es bastante dudoso. Lo que sí será posible es la elección de ley aplicable por los extranjeros que otorguen ante notario español un poder preventivo, según entiende la autora, cuando sean nacionales de uno de los países que ha ratificado el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000.

[155] *El poder preventivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 181-182.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XIII. BREVES CONCLUSIONES

Llegamos al final de este trabajo, con la sensación de habernos dejado muchas cuestiones en el tintero y con la honda impresión de las dudas e incertidumbres existentes sobre muchos de los asuntos tratados, consecuencia de la limitada y endeble regulación legal de esta importante materia.

Haciendo un esfuerzo de síntesis, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La naturaleza jurídica de los poderes preventivos, en su configuración actual, es híbrida, participando, por una parte, de las características de las medidas de apoyo, pero manteniendo su esencia dentro de la teoría general de la representación, puesto que su configuración o diseño se deja a la libre decisión y voluntad del poderdante[156].

2. Pueden otorgarlos las personas con discapacidad por sí solas o con los apoyos necesarios, debiendo ser mayores de edad o menores emancipados.

3. El apoderado podrá ser una persona física o una persona jurídica (con o sin ánimo de lucro); podrá nombrarse a una pluralidad de apoderados, que ejercitarán sus facultades simultánea o sucesivamente, mancomunada o solidariamente, en relación con un mismo ámbito de facultades u objetos, o en ámbitos dispares.

En caso de ser persona física, habrá de ser mayor de edad.

Podrá ser también apoderado preventivo quien, en virtud de una relación contractual, preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, siempre que así lo haya decidido el poderdante, el cual también podrá otorgar poder preventivo a favor de quienes estén incurso en causa de inhabilidad para ser curador, si así lo desea.

[156] Con la única y limitada excepción de lo dispuesto en el artículo 261 CC, en cuanto a la necesidad de que su ejercicio ha de ser personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar uno o varios actos concretos a terceras personas. El poder preventivo no admite sustitución por la sola voluntad del apoderado, sin que el poderdante pueda autorizarle para ello, a diferencia del poder general ordinario.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

4. En la configuración del poder general con subsistencia de efectos hay que poner el máximo cuidado en la determinación y distinción del régimen jurídico aplicable al poder, mientras no precise el poderdante medidas de apoyo, y el aplicable una vez que surja esta circunstancia, habida cuenta de la distinta regulación legal de uno y otro tipo de poder (poder ordinario/poder preventivo).

5. El legislador ha establecido la escritura pública (forma pública notarial) como forma esencial, sin la cual no cabe hablar de poder preventivo, resaltando la importancia de la institución, buscando en el notario la ayuda imprescindible en su otorgamiento, como fundamental apoyo institucional, por los riesgos que este conlleva.

6. El notario ha de exponer al poderdante, de forma detallada, el amplio abanico de posibilidades de configuración jurídica del poder, de modo que este se ajuste como "traje a medida" a la voluntad, deseos y preferencias del otorgante, expulsando de su formalización los clichés y modelos estándar, procurando el establecimiento de controles, salvaguardas, instrucciones, condiciones, supervisiones y mecanismos de revisión y de rendición de cuentas, a fin de evitar abusos y extralimitaciones en el ejercicio del poder, procurando que queden bien delimitadas y controladas las situaciones en las que haya conflicto de intereses, autocontratación o riesgo de influencias indebidas.

7. Se pone de manifiesto la necesidad de adaptación del Derecho Foral a las exigencias del Convenio de Nueva York, habiéndose constatado el inicio de los trabajos preparatorios de reforma (más avanzados en Cataluña, comenzados en Navarra, y anunciados en Aragón).

8. Existen numerosas dudas en la aplicación de las normas de conflicto, en cuestiones de Derecho interregional e Internacional Privado, por lo que sería deseable, mientras no se ratifique por España el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos, que se apruebe una modificación legislativa que contemple expresa y específicamente la norma aplicable a los poderes preventivos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

XIV. BIBLIOGRAFÍA

Barber Cárcamo, R., *Una aproximación a la representación voluntaria desde sus límites institucionales*, editorial Dykinson, 2019, pp. 25-32.

Bayod López, C., «Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), editorial Bosch-Wolters Kluwers, 2021.

Berrocal Lanzarot, A. I., «Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021, pp. 2392-2442.

Castaño Casanova, J., «Discapacidad y Registro Civil», *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, De Lucchi López-Tapia, Y. y Quesada Sánchez, A. J. (dirs.), editorial Atelier, 2022, pp. 745-775.

Castro-Girona Martínez, A., «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 97, mayo/junio 2021, pp. 32-37.

—, «Comentario del artículo 255 CC», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio M. P. y Moro Almaraz, M. J. (dirs.), Varela Castro, I. (coord.). Civitas-Thomson Reuters, 2022.

De Amunátegui Rodríguez, C., *Incapacitación y mandato*, La Ley, 2008.

—, «Artículo 255 CC», *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero, C. (dir.), editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

Dias Pereira, A. y Dias da Silva, L. «¿Reformar o cambiar los nombres? La reforma en materia de discapacidad: una visión comparada desde Portugal», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), editorial Bosch-Wolters Kluwer, 2021, pp. 345-396.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Fernández Lozano, J. L., «La representación», *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 1, vol. 3º, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

Fernández-Tresguerres, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

García Herrera, V., «Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato», *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Pereña Vicente, M. y Heras Hernández, M. del M. (dirs.), Núñez Núñez, M. (coord.), editorial Tirant Lo Blanch, pp. 341-385.

Gomá Lanzón, F., «El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre 2021, pp. 38-41.

Leña Fernández, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo sobre la capacidad*, Anales Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 2015.

López Azcona, A., «Medidas voluntarias de apoyo», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), editorial Bosch-Wolters Kluwer, noviembre 2021, pp. 364-378.

López Barba, E., «La protección del patrimonio de las personas con discapacidad», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), editorial Bosch-Wolters Kluwer, noviembre 2021, pp. 634-636.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, 2021.

—, «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 97, mayo/junio 2021, pp. 38-45.

—, «Algunas aplicaciones notariales en la ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre 2021, pp. 18-26.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—, «Autorregulación de la discapacidad en la Ley 8/2021 (estudio de los elementos personales)», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, julio-diciembre 2021.

—, «La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021», *El Notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022, pp. 28-35.

Lora-Tamayo Villacieros, M., «Longevidad y poderes preventivos», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 85, mayo-junio 2019, pp. 16-20.

Magariños Blanco, V., «Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

Marín Calero, C., *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre Editor, S.L., 2022.

Moreno Sánchez-Moraleda, A. M., «La reforma del Código Civil en materia de discapacidad en las normas de Derecho internacional privado», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), editorial Bosch-Wolters Kluwer, noviembre 2021, pp. 193-209.

Moro Almaraz, M. J., «Comentarios de los artículos 256-262», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirigida por García Rubio M. P. y Moro Almaraz, M. J. (dirs.), Varela Castro, I. (coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2022.

Núñez Zorrilla, M. C., «Los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad», *La asistencia*, editorial Dykinson, 2014, pp. 155-163.

Pereña Vicente, M., «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat, P. A. (dir.), Marcial Pons, 2021.

—, «La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, 2018, pp. 1287-1325.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

PÉREZ RAMOS, C., «El problema de la capacidad de obrar de los discapaces», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril 2012.

—, «¿Qué le pasa al TS con los poderes?», Revista *El Notario del Siglo XXI*, núm. 54, marzo-abril, 2014.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C., «Medidas de naturaleza voluntaria», *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. (dirs.), editorial Atelier, 2022.

RIBOT IGUALADA, J., «De los poderes y mandatos preventivos», *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

SANTOS URBANEJA, F., *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, editorial CUNIEP, 2021.

VALLS I XUFRÉ, J. M., *El poder preventivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

—, «La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I)», *La Notaría*, núms. 2-3/2019, pp. 16-26.

—, «La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)», *La Notaría*, núms. 1-2/2020, pp. 18-43.

—, «Ley 8/2021, de 2 de junio. La problemática y ambigua remisión a la curatela en el poder preventivo», *La Notaría*, núm. 3/2020, pp. 21-25.

—, «Convergencias y divergencias de la reforma del ejercicio de la capacidad jurídica en Derecho común y catalán», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dirs.), editorial Bosch-Wolters Kluwer, noviembre 2021.

—, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, PEREÑA VICENTE M. y HERAS HERNÁNDEZ M. M. (dirs.), NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coord.), editorial Tirant lo Blanch, 2022, pp. 85-152.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR TRANSFORMADA EN FIDEICOMISARIA

EXEMPLARY SUBSTITUTION TRANSFORMED INTO TRUSTEE SUBSTITUTION

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
Notario

Resumen: Suprimida por la Ley 8/2021 la sustitución ejemplar, las sustituciones actualmente subsistentes se transforman, según su disposición transitoria cuarta, en una sustitución fideicomisaria de residuo. Esta disposición cuarta se introdujo de forma precipitada como consecuencia de una enmienda presentada en el Senado. Su aplicación abre un campo sembrado de dudas e interrogantes. Intentamos en este artículo abordar algunas de ellas.

Palabras clave: sustitución ejemplar, sustitución fideicomisaria de residuo.

Abstract: With the abolition of exemplary substitution by Law 8/2021, the substitutions currently subsisting are transformed, according to its fourth transitory provision, into a residual trustee substitution. This fourth provision was hastily introduced as a result of an amendment tabled in the Senate. Its application opens up a field full of doubts and questions. In this article we attempt to address some of them.

Keywords: exemplary substitution, residuary trustee substitution, residuary trustee substitution.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. SUPUESTO DE HECHO

III. BIENES COMPRENDIDOS EN LA SUSTITUCIÓN

1. ¿Todos los adquiridos del causante a título gratuito?
2. Problemas en torno a las legítimas

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

IV. FACULTADES DEL FIDUCIARIO

V. BREVE REFERENCIA A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA QUE GRAVE LA LEGÍTIMA

VI. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. INTRODUCCIÓN

La sustitución ejemplar[1] ha pasado por varias vicisitudes en la elaboración de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el Proyecto del Gobierno se regulaba de manera más extensa que lo hacía el CC en su redacción anterior[2]; en el Congreso de los Dipu-

[1] Llamada así por influencia de *Las Partidas* (Partida Sexta, Título V, Ley XI) en las que constaba ya esta institución como "*es fecha a semejança e a exemplo de la pupilar*". La doctrina ofrece varias definiciones de la sustitución ejemplar. Nosotros vamos a recoger algunas de ellas: Para Puig Ferriol (*Instituciones del dret civil de Catalunya*, volumen III [6ª ed.], pp. 163), la sustitución ejemplar se define como el testamento otorgado en nombre propio por el ascendiente en interés del descendiente legitimario incapaz para testar como consecuencia de haber sido judicialmente incapacitado.

[2] Decía la redacción propuesta para el artículo 776 Cc que "1. El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a curatela representativa, si bien la sustitución será ineficaz si el descendiente ha otorgado testamento válido, antes o después de dictarse las medidas de apoyo, o si estas hubieran quedado sin efecto con anterioridad a su fallecimiento.

2. El ascendiente deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del sustituido.

3. La sustitución ejemplar comprenderá la totalidad de los bienes del sustituido.

4. En el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución, se preferirá la disposición realizada por el ascendiente fallecido de grado más próximo. Si son del mismo grado se atenderá a las disposiciones de todos si son compatibles. Si no lo son, prevalecerá la de cada uno en lo que hubiera dejado al descendiente, y el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente".

En opinión de Pérez Ramos la redacción que se proponía tenía la ventaja que resolvía dos cuestiones tradicionalmente discutidas, cuales son: el **ámbito** que comprendía la sustitución ejemplar dado que se dejaba claro que esta se extendería a todos los bienes del sustituido incapaz y no solo a los que procedían del ascendiente-sustituyente; y solucionaba el problema de la colisión de sustituciones, pero para este autor tenía el inconveniente de que aunque solucionaba algunas dudas clásicas inherentes a la sustitución ejemplar y que ahora siguen concurriendo en la pupilar, se trataba de una norma cuya aplicación hubiera generado problemas en la práctica. Y es que en la nueva redacción, se contenía el confuso mandato dirigido al ascendiente sustituyente de que a la hora de ordenar la sustitución tendría que haber tenido en cuenta "*la voluntad, deseos y preferencias del sustituido*", provocándose la duda fundada de qué consecuencias tendría si se alegara por algún interesado que el sustituyente al ordenar la sustitución ejemplar no o tuvo en cuenta "*la voluntad, deseos y preferencias del sustituido*", o bien solo en parte o defectuosamente **¿ello** afectaría a la validez de la designación? **¿o** bien habría que reputarla ineficaz vía art. 767 Cc que regula el caso de la expresión de una causa falsa en la institución de heredero o incluso 6.3 Cc cuando sanciona con la nulidad los actos contrarios a las leyes? Asimismo, sostiene este autor que hubiera planteado

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tados se suprime esta sustitución y no se contempla la situación transitoria. En la Ponencia del Senado se introduce una disposición transitoria cuarta, que pasa al texto definitivo. Esta disposición dice así: "Cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, se aplicará lo previsto en ésta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo[3] en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida".

En este artículo nos centramos en el estudio de la disposición transitoria cuarta. No obstante, estoy en desacuerdo con la supresión de la sustitución ejemplar, tal y como ya expresé en su día[4] y que a continuación reproduzco[5]. En este tema especialmente sensible al suprimir facultades protectoras

problemas las reglas previstas para resolver la concurrencia de sustituciones puesto que era muy indeterminada la regla prevista para repartir el sobrante de que "*el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente*", **¿proporcionalmente** a qué?, **¿al** valor de los bienes que procedían de cada sustituyente?, **¿al** número de sustituidos ordenados por los mismos? Finalmente añade que también planteaba un problema teórico relevante: de un lado, concluía que la sustitución ejemplar se extendería a todos los bienes procedentes del sustituyente, con lo que se reconocía la posición sostenida por la jurisprudencia más reciente, y que se alineaba con la consideración más aceptada de la sustitución ejemplar como una excepción a la prohibición de testamento por comisario del art. 670 Cc, esto es, como una especie de testamento por comisario o testamento del descendiente otorgado por el ascendiente —que por otro lado era la posición del derecho romano. Sin embargo, luego, en el propio precepto se recogía como criterio para resolver la colisión de sustituciones el que "*prevalecerá la de cada uno (cada sustituyente) en lo que hubiera dejado al descendiente*", lo que es una solución perfectamente lógica y coherente con la configuración de la sustitución ejemplar como una modalidad de sustitución fideicomisaria condicional, que es precisamente la teoría opuesta a la de la sustitución ejemplar como excepción al carácter personalísimo del testamento. De forma, que en el apartado 3º se hubiera inclinado el legislador por una teoría, y en el apartado 4º por justamente la contraria…

[3] 3. Nos dice Albaladejo, (*Comentario del Código Civil,* p. 1925, Díaz Alabart, *Comentarios,* Edersa, p. 205) que el fideicomiso de residuo es aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero (o legatario) fiduciario a una persona, pero en vez de que tenga que conservar entera la herencia fideicomitida para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario, se le permite disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, sólo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos (Albaladejo, *Comentario del Código Civil,* p. 1925, Díaz Alabart, *Comentarios* Edersa, p. 205).

[4] Lora-Tamayo Rodríguez., I. *Reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad. Guía Rápida*, Francis Lefebvre, 2021, p. 177.

[5] Entre la doctrina se había destacado la utilidad de la sustitución ejemplar y así, Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, T. II, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 1142., nos decía que la

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los padres y ascendientes, en relación con hijos o descendientes, con una discapacidad intelectual que les impide testar, resulta decepcionante[6] la **justificación** que los dos partidos mayoritarios hacen de la **enmienda** sosteniendo la supresión:

- PSOE: "Mejora técnica. La figura de la sustitución ejemplar supone testar por otro, lo que no es conforme con la Convención".
- Por su parte, el PP al plantear la supresión del artículo 776 la justifica con estas lacónicas palabras: "Mejora técnica".

La **supresión** de la sustitución ejemplar es manifestación, a nuestro juicio, del dogmatismo de la reforma en algunos puntos, aceptando como verdades indiscutibles los principios de la CNY[7].

sustitución puede cubrir, y de hecho cubre, unas sentidas necesidades familiares, y destacaba como la función de esta figura no solo no es que haya desaparecido *sino más bien al contrario que ha renacido a la vista de los parámetros que disciplinan la protección de las personas con discapacidad.* Y De Amunátegui cuando concluye que "*se trata de una institución dirigida al interés del sustituido, y no del testador (…) presidida por la intención de superar el círculo de los herederos intestados, bien omitiendo alguno de ellos, cambiando el grado de parentesco de los beneficiarios o incluso dando entrada a extraños que no podrían quedar favorecidos de otro modo*". En suma, es una figura todavía **útil** puesto que permite al progenitor favorecer a aquel de los hermanos que más se ha ocupado del discapaz evitando así que se repartan todos los bienes por igual entre los herederos intestados del sustituido discapaz, y como dice dicha autora *premiar a quienes le hubieran prestado atenciones y privar de la herencia a aquellos que se hubieran desatendido de su cuidado*.

[6] Su supresión merecía una justificación más elaborada, a fin y al cabo se trata de una institución que de una u otra forma llevaba aplicándose en nuestra tierra desde hace más de dos mil años, puesto que se señala como precedente de la sustitución ejemplar el testimonio de Paulo contenido en el Digesto (28, 60, 43, pr.) que hacía referencia a la posibilidad de que el Emperador como *beneficium Principis*, concediera al padre la facultad de nombrar sustituto al hijo loco, aunque dejaba de ser válido el testamento cuando hubiera sanado, porque ya podía hacer testamento para sí; fue Justiniano en el *Corpus iuris civilis* (6, 26, 9) quien generalizó esta posibilidad ordenando que "por consideraciones de humanidad concedemos a los ascendientes que tuvieran un hijo o un nieto, o un biznieto de cualquier sexo, y no tuvieran otra prole de los descendientes, pero este hijo o hija, nieto o nieta, biznieto o biznieta, fuera perpetuamente mentecato o mentecata, o si ellos fueran dos o más, pero ninguno de ellos tuviere sano juicio, le sea lícito a los mismos ascendientes (habiendo dejado a él o a ellos la porción legítima), darles los sustitutos que hubieren querido, de suerte que, con ocasión de tal sustitución, a semejanza de la pupilar (ejemplar), no surja ninguna querella contra el testamento de los mismos, pero de modo que, si después recobrare o recobrasen el juicio, cese tal sustitución… pero si el testador o la testadora tuvieran otros descendientes en cabal juicio… debe hacerse la misma sustitución a favor de uno, de alguno o de todos sus hermanos…". (ver en Rivas Martínez, J. J., *Derecho de sucesiones común*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1184).

[7] Nos recuerda De Amunátegui (p. 44) que la sustitución ejemplar lejos de ser incompatible con la Convención de Nueva York, lo que hace es facilitar el logro de sus objetivos. En concreto, tratándose de una persona con discapacidad que por su minusvalía en ningún caso, ni aún con apoyos

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La realidad es la que es y hay casos en que existen personas que desde su nacimiento tienen una discapacidad intelectual intensa que les va a impedir otorgar testamento. En la mayoría de las ocasiones, como reconoce la propia Exposición de Motivos, es la **familia** el gran apoyo de esas personas y al establecer una sustitución ejemplar sus ascendientes no pretenden sustituirlas sino fortalecerlas; si la persona con discapacidad realmente no puede testar, si no se permite la sustitución ejemplar, no se está favoreciendo a esas personas, sino a sus herederos intestados; en clave de humor negro estos serán por ley sus sustitutos ejemplares, por muy mal que se hayan portado con la persona con discapacidad.

En el futuro no se podrá establecer por los padres y ascendientes una sustitución ejemplar; respecto a las ordenadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es de lo que trata la disposición transitoria cuarta. No obstante, hay que encontrar cauces para que los padres y ascendientes se ocupen de la sucesión de sus hijos, como lo han hecho en vida; las posibilidades que el art. 252 del CC concede a quien disponga de bienes a título gratuito es un cauce que debe usarse. Sin embargo, siempre se encontrará el obstáculo de la intangibilidad cualitativa de la legítima; obstáculo que incluso puede ser muy desfavorable para la persona con discapacidad y muy favorable para sus herederos intestados, cuando aquella sea hija única. Hay que buscar soluciones que no nos lleven a esos resultados contradictorios, favoreciendo que puedan sucederle quienes se hayan ocupado realmente en vida de ellas, al fallecer sus padres y no quienes hayan hecho caso omiso, por muy herederos intestados que sean. Pensamos que una solución podría ser la de llamar a la persona con discapacidad como fiduciaria de residuo, atribuyéndole la facultad de disponer de los bienes fideicomitidos a título gratuito por actos *intervivos* o *mortis causa*; económicamente no se está

pueda otorgar testamento, la sustitución ejemplar tal y como estaba prevista permite que alguno de sus ascendientes al designar sustituto pueda, en la medida de lo posible, atender a los deseos, instrucciones o preferencias de la persona con discapacidad, con lo que al final le sucedería la persona que la misma hubiera querido, de haber podido testar, fuera instituida como su heredera. Es decir, como aclara dicha autora "no quiero decir con ello que se plantease una suerte de testamento por comisario de una persona falta de capacidad, sino simplemente, en aras de la protección del sujeto y en cumplimiento de los designios de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, que los padres pudieran escuchar al sujeto protegido y colocarse en su lugar a la hora de valorar sus afectos y preferencias, del mismo modo que debe hacerse en el entendimiento actual de las medidas de protección en su correcto tratamiento".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gravando la legítima, pues el fiduciario tiene plenas facultades sobre los bienes fideicomitidos, incluso se le puede liberar de hacer inventario, excluir que los fideicomisarios intervengan en la partición o de cualquier otra formalidad.

II. SUPUESTO DE HECHO

Conforme a esta disposición transitoria cuarta si la persona sustituida hubiera fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, la sustitución ordenada será válida y se le aplicará la legislación vigente en el momento de su fallecimiento. Así resulta de su interpretación *a sensu contrario* y de la disposición transitoria duodécima del CC: "Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código".

Por otra parte, si la persona sustituida fallece con posterioridad al sustituyente y vive a la entrada en vigor de la nueva ley, se aplicará lo previsto en esta disposición transitoria. En este caso, la sustitución se transforma y pasa de ser una sustitución ejemplar a ser una sustitución fideicomisaria de residuo. Se toma como referencia que el sustituido, es decir, la persona con discapacidad, fallezca posteriormente a la entrada en vigor de la ley. Parece claro, por muy extraño que lo sea, que esa transformación se produce si la disposición testamentaria ordenando la sustitución ejemplar estaba en vigor, al haber fallecido incluso muchos años antes el sustituyente; el término transformación indica la modificación de algo existente: la sustitución ejemplar que pasa a ser fideicomisaria de residuo. Confirma lo anterior, la expresión que la sustitución deja de ser ejemplar. Como observa Cristina Amunategui, nada se dice del momento en que haya fallecido el sustituyente[8]. Ello plantea la cuestión de lo que ocurre

[8] Amunategui Rodríguez, C., *Comentarios a la supresión del art. 776 del CC*, p. 932. Obra colectiva dirigida por Cristina Guilarte, *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. Comparto la postura crítica de esta autora con la solución dada por el legislador en esta disposición transitoria cuarta, cuando literalmente dice: "Me resulta

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

si el testador o sustituyente fallece con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, viviendo el sustituido, sin haber modificado el testamento en que ordenaba la sustitución ejemplar. Parece lógico entender que en este caso también será de aplicación esta disposición transitoria cuarta, pues si bien es cierto que no se produce una transformación de la sustitución existente, al no haber entrado aún en vigor, sí que se da el supuesto de que fallecimiento del sustituido se produce con posterioridad a dicha entrada en vigor. Es claro, por tanto, que esta disposición transitoria tiene efectos retroactivos y es reflejo del disfavor con que el legislador mira la sustitución ejemplar[9].

Manuel Espejo[10], entre las múltiples dudas que suscita esta disposición, en el supuesto discutible, como veremos, que se considere se extienda a los bienes donados por el sustituyente a la persona con discapacidad, destaca como hasta ahora el efecto de la sustitución ejemplar requería para desencadenarse un orden concreto de fallecimientos: primero el ascendiente sustituyente y después el descendiente sustituido. Plantea ESPEJO sí, cabría preguntarse: ¿es necesario ahora para aplicar la DT 4.a que los hechos se produzcan en ese orden o bastaría el fallecimiento del sustituido para desencadenar el efecto de la sustitución? Hay que reconocer que las dos posibilidades podrían defenderse en la práctica ante la ausencia de un criterio normativo expreso: si acaso con una ligera preferencia para la segunda, teniendo en cuenta que la norma transitoria no se refiere al fallecimiento del sustituyente, y que las instituciones en las que se vierte la sustitución ejemplar no requieren de suyo un orden concreto de fallecimientos. En cambio, si pusiéramos el acento en buscar la proximidad con regulación derogada la solución debiera ser la primera.

---

atentatorio con la libertad de testar del causante inicial si este ya falleció, pues se altera su voluntad de una forma flagrante al realizarse una reconversión..., a la que de ningún modo, se contiene en sus previsiones".

[9] Basta compararla con la disposición transitoria segunda del CC: que considera válidos y producirán sus efectos, conforme a la legislación anterior, entre otros: los testamentos mancomunados, los poderes para testar, las memorias testamentarias, las cláusulas *ad cautelam*, y los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador.

[10] Espejo Lerdo de Tejada, M., «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», en obra colectiva, dirigida por Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel, Barcelona, Bosch, 2022, p. 674.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sin embargo, Cristina De Amunátegui[11]considera que el sustituyente debe premorir al sustituido. Concretamente nos dice como "es sabido que el orden de fallecimientos para que opere una sustitución ejemplar es primero el sustituyente y después el sustituido, pues si no es así no es posible su funcionamiento; por tanto, tiene que abrirse la sucesión del ascendiente y, además, con posterioridad, la del descendiente. Atender al momento de la muerte del sustituido en este caso plantea el problema añadido de si ha tenido que morir o no ya el sustituyente, lo que, en mi opinión, ha tenido que acontecer, pero no se expresa con claridad el texto, en el que además parecen mezclarse las dos concepciones de la institución como amplia (decayendo la institución sobre todos los bienes del sustituido) y al tiempo notas propias de la estricta (manteniéndose como fideicomisaria para los dejados por ese causante)".

Por otra parte, conforme al derogado art. 776 del CC, la sustitución ejemplar podía hacerse por los ascendientes, respecto a los descendientes que, conforme a derecho, hubiesen sido declarados incapaces por enajenación mental. Esta incapacitación, según jurisprudencia y doctrina, podía ser anterior o posterior al otorgamiento del testamento, pero del todo necesaria para la eficacia de la sustitución ejemplar. De aquí, que en el caso primeramente contemplado, que el sustituyente hubiese fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, la sentencia de incapacitación ha tenido que existir para que la sustitución ejemplar fuese eficaz. Pero en el segundo caso que planteamos, del fallecimiento del sustituyente, con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, el tema se complica, porque la incapacitación de la persona ya no existe y si la hubo tendrá que adaptarse a la legislación vigente; ello podría ser un argumento para rechazar la aplicación de la disposición transitoria cuarta a las sustituciones ejemplares si el testador falleció con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, lo que se traduciría en la nulidad de la sustitución ejemplar ordenada. A nosotros nos parece injusta esa solución, pues con ella no se protege a la persona con discapacidad, sino a los herederos intestados de ella, por lo que nuestra opinión es que desde luego no puede mantenerse en todos los casos de discapacidad del sustituido, pero sí analógicamente cuando respecto de él aún no se hubiera

[11] *Op. cit.*, nota 2., p.179.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

adaptado la tutela constituida, conforme a la legislación anterior, a la nueva ley, así como cuando la misma se hubiese adaptado a una curatela representativa, incluso cuando directamente la curatela representativa se hubiera constituido, aunque habría que determinar para la analogía su extensión.

III. BIENES COMPRENDIDOS EN LA SUSTITUCIÓN

1. ¿Todos los adquiridos del causante a título gratuito?

Respecto de los bienes que integran la sustitución se concretan a los que le dejó el testador a la persona con discapacidad a título gratuito. Surge la duda si se refiere solo los dejados por testamento o también por donación y los comprendidos en el patrimonio protegido. Carlos Pérez Ramos[12], considera que de admitirse la extensión de esta sustitución a las donaciones no solo se está transformando la sustitución ejemplar en fideicomisaria, sino además introduciendo una donación reversional —posibilidad prevista en el art. 641 del CC— que presenta el inconveniente que no se incluyó la cláusula de reversión en la donación inicial, por lo que al aceptarse la donación por el donatario (la persona con discapacidad) no se aceptó por el mismo dicha cláusula reversional. Como ello no es posible, puesto que la donación necesariamente tiene que ser aceptada por el donatario (art. 618 CC) debemos entender que estamos ante un error del legislador e interpretar que cuando se refiere a los bienes que el sustituido reciba gratuitamente del sustituyente se está limitando a los recibidos vía legado o institución de heredero. Para De Amunátegui[13] considerar incluido en la sustitución lo recibido a título de donación" resulta inaceptable si se convierte en una sustitución fideicomisaria, pues tan solo podría tener por objeto la herencia o legado". Espejo Lerdo de Tejada[14] considera que: "la norma transitoria ofrece una certeza: la sustitución que se encuentre en su supuesto de hecho se entenderá ahora como una sustitución fideicomisaria de residuo. Pero este molde institucio-

[12] Pérez Ramos, C. «Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 99, septiembre-octubre 2021

[13] De Amunátegui Rodríguez, C., *Comentarios al Código Civil*, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 1033.

[14] *Op. cit.*, pp. 672-673.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nal solo puede referirse a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido testamentariamente a la persona sustituida. En cambio, la eficacia objetiva de la sustitución ejemplar, en cuanto a los bienes que el ascendiente haya donado al discapacitado no constituirá una sustitución fideicomisaria de residuo, sino la propia de una donación con cláusula reversional; y, en el caso de los bienes que el ascendiente haya atribuido al patrimonio protegido del discapacitado, la propia de una norma sobre el destino de estos (en conformidad con el art. 6.2 y 3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)".

Mariño Pardo[15] considera que la sustitución se extiende a las donaciones, pues al margen de que la solución sea o no acertada prefiere atenerse al tenor literal de la norma. Nosotros sostuvimos que la donación comprende también las donaciones que el testador o sustituyente hizo al sustituido[16]. Matizamos lo afirmado, siguiendo a Domínguez Luelmo[17], en el sentido de concretarlas a los bienes donados en el patrimonio del sustituido existentes al transformarse la sustitución ejemplar en fideicomisaria. A nuestro juicio, la solución de esta disposición transitoria tiene su origen en la polémica sobre si la sustitución pupilar y la ejemplar comprenden solo los bienes dejados por el sustituyente o si comprende la totalidad de los del sustituido. Ello se resolvió con posturas encontradas entre el Tribunal Supremo y la DGRN. Efectivamente el TS en S de 14 de abril de 2011consideró que: "La sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el **patrimonio entero de sustituido** —hijo menor o incapaz— y no solo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26-5-97, EDJ 2951 que dice: "Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél...". Con anterioridad la STS

[15] Mariño Pardo, F., en su magnífico blog *Derecho de sucesiones, Ley 8/2021 reforma discapacidad.*

[16] Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad. Guía Rápida*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021, p. 281.

[17] Domínguez Luelmo, A., en *Comentarios a la disposición transitoria cuarta*, p. 1507, Cristina Guilarte (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de 7 de noviembre de 2008 había dicho que: "El núcleo central del mismo es si en la **sustitución ejemplar**, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquel heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz. Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26-5-97, EDJ 2951, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a este, no al sustituyente. La sentencia TS 20-5-72, EDJ 280, dice explícitamente que la sustitución tanto pupilar como ejemplar, constituyen una excepción al 670 del Código Civil, que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941".

La DGRN en R de 7 de noviembre de 2008 sostuvo la tesis contraria en los siguientes términos: "En el Código Civil, como consecuencia de su distinta idea sobre la sucesión intestada, y los principios liberales de la época de su redacción, **cambia el criterio** sobre el concepto y ámbito de las sustituciones pupilar y ejemplar: Se resalta el carácter personalísimo del testamento, prohibiendo el testamento por comisario (CC art.670), y se suprimen todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces vigente establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, lo que revela la concepción de que dicha sustitución solo tiene por objeto los bienes dejados al sustituido incapaz, ya que, en dicho caso, no cabe la concurrencia de diversas sustituciones, por abarcar cada una de ellas a distintas masas patrimoniales". Nosotros estamos más cerca de la posición de la DGRN[18].

Ante esa polémica, el legislador, en la disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2021, se aparta de la postura del Tribunal Supremo, tanto en la extensión de la sustitución a todos los bienes del sustituido, como en el fun-

[18] Así lo expresamos en *Casos Prácticos. Derecho de Sucesiones* (adaptados al programa de Notarías y Registros), Madrid, Francis Lefebvre, Memento Experto. 4ª ed., diciembre 2021, marginal 583, en los términos siguientes: "Consideramos que estamos ante una sustitución y ésta por definición solo abarca los **bienes de la persona que sustituye**, se trata de establecer una trayectoria a los bienes dejados por el ascendiente, ante la imposibilidad de otorgar la persona con discapacidad su propio testamento. No me vale el argumento que para ello está la sustitución fideicomisaria, pues ésta establece un gravamen al fiduciario, lo que no ocurre en la ejemplar; tampoco que podría acudirse al fideicomiso de residuo, que evidentemente es menor gravamen, que la sustitución fideicomisaria, pero el funcionamiento del mismo es distinto de un llamamiento puro y simple".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

damento que estaríamos ante un testamento hecho en nombre de la persona con discapacidad por sus ascendientes; siguiendo la postura restringida, la concreta a todos los que a título gratuito la persona con discapacidad recibió del sustituyente, sin medir las consecuencias que ello podía implicar. Ciertamente, es una anormalidad que la donación pura y simple se convierta en reversional, pero tengamos en cuenta que de seguirse lo que por nosotros sostenemos a continuación, que la persona con discapacidad puede disponer a título gratuito por actos *intervivos* o *mortis causa,* los efectos de la reversión no desaparecen, pero se atenúan. Incluso, con las debidas adaptaciones, podría sostenerse que estamos más cerca en sede de donaciones, de la reversión del art. 812 del CC, que de la donación reversional del art. 641 del CC; insisto que ello hay que matizarlo.

2. Problemas en torno a las legítimas

Mariño Pardo[19], plantea "el alcance de dicha sustitución fideicomisaria (se refiere a la de la disposición transitoria cuarta) en cuanto a la legítima del sustituido. La regla general es que la sustitución fideicomisaria no podrá gravar la legítima estricta del sustituido y lo imputable al tercio de mejora solo podrá gravarse a favor de descendientes del testador. Sin embargo, la sustitución ejemplar podía recaer sobre bienes imputables a la legítima del sustituido, dejando siempre a salvo los derechos de los propios legitimarios del sustituido, de existir. La cuestión será si la disposición transitoria, al haber previsto que la sustitución fideicomisaria se extienda a todos los bienes recibidos por el sustituido a título gratuito, mantiene el mismo régimen en cuanto a la posibilidad de que alcance a la legítima del sustituido en la herencia del sustituyente, siendo esta la tesis más defendible, en mi opinión".

Nosotros no vemos clara esta solución, pues si aplicamos el régimen de la sustitución vulgar anterior la legítima no quedaba gravada, ya que el sustituido adquiría los bienes sin ninguna limitación. Al producirse la transformación resulta que la persona con discapacidad pasaría en nuestro ordenamiento jurídico a ser el único legitimario, cuya legítima queda gravada y, además, después que su herencia fue aceptada sin este gravamen;

[19] En blog anteriormente citado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la discriminación y su contradicción con los principios de la CVNY nos parece clara. Al estudiar el segundo párrafo del art. 813 del CC, De Amunátegui[20], hace una observación, en relación a la sustitución fideicomisaria regulada en esta norma , que creemos aplicable a esta disposición transitoria cuarta: "Quiero poner de manifiesto desde el principio la enorme carga de indefinición y ausencia de claridad que presentan preceptos que deberían expresarse con mayor rigor, pues estamos ante la aplicación de las legítimas —que no se han tocado—, y cuyos estrictos principios presiden la interpretación de sus excepciones". No obstante, si se admite que el sustituido puede disponer de los bienes que recibió, tanto a título oneroso como gratuito, como nosotros sostenemos, el gravamen sobre la legítima, al menos desde un punto de vista económico, no existe.

Domínguez Luelmo[21]contempla el supuesto de que al tratarse de una sustitución fideicomisaria, si los sustitutos de la persona con discapacidad son los legitimarios del sustituyente, podría plantearse el caso de aplicar el ap. 4º del art. 808 del CC y entender que el testador sustituyente ha querido disponer a favor del sustituido (persona con discapacidad) de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. Se inclina por la afirmativa, reconociendo que desde luego no se dio oportunidad al sustituyente de disponer lo contrario.

Por otra parte, el art. 777 del CC, que curiosamente no ha sido reformado, dispone que las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores (la pupilar y la ejemplar), cuando el sustituido tenga herederos forzosos, solo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de estos. En la aplicación de este artículo hay un problema formal, se refiere a los dos artículos anteriores, cuando el 776 se ha suprimido; literalmente serían entonces el 775 y el 774, por lo que no se refería a la sustitución ejemplar; pasamos por alto esta anomalía y consideramos aplicable este art. 777 a la sustitución ejemplar. Pero el problema sustantivo es que en la sustitución fideicomisaria los sustitutos suceden al sustituyente y no al sustituido, por lo que los bienes respecto de lo que existía la sustitución vulgar no entrarán en la herencia de la persona con discapacidad y, en consecuencia, no se

[20] P. 934, citada anteriormente, de obra dirigida por Cristina Guilarte.
[21] *Op. cit*., p. 1504.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tendrán en cuenta para el cálculo de la legítima de sus herederos forzosos si existieran. De lo anterior pueden producirse situaciones injustas y, a nuestro juicio, ilógicas desde una lógica jurídica. Veámoslo con dos ejemplos: padres divorciados, uno de ellos en su testamento instituyó heredero, con sustitución ejemplar, a un hijo con discapacidad, designando sustituta ejemplar en la herencia a su actual esposa que no es la madre de ese hijo, y dejando a esta (es decir a la madre de su hijo) lo que por legítima le corresponda. Al no entrar los bienes fideicomitidos en la herencia del hijo, sino en la del padre, estos bienes no podrán tenerse en cuenta para calcular la legítima de la madre. Pero si la madre fallece, heredándole su hijo, sin haberse establecido por ella la sustitución ejemplar, los bienes que el hijo recibió a título gratuito de su madre sí que estarán en su herencia y habrán de tener en cuenta para el cálculo de la legítima del padre, si el hijo fallece sin descendencia, sin perjuicio de las reservas a que haya lugar. El tema puede ser aún más grave si el hijo con discapacidad fallece con descendencia, pues si se sostiene que los bienes referidos no entran en su sucesión no deberían computarse para el cálculo de su legítima.

A nuestro juicio, esta interpretación no puede sostenerse por muy técnica que parezca, al llegarse con ella a resultados absurdos y que seguramente el legislador en su precipitación no los tuvo en cuenta. El automatismo de la transformación de la sustitución vulgar en fideicomisaria no puede obviar el sistema legitimario de nuestro CC, como decía Cristina De Amunátegui en la cita que hacíamos, y la norma que continúa intacta del art 777, relativa a la sustitución ejemplar, hoy transformada en fideicomisaria, debe ser respetada, por lo que solo serán válidas las sustituciones en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de los herederos forzosos de las personas con discapacidad; en consecuencia, a nuestro juicio, los bienes que recibió a título gratuito la persona con discapacidad sobre la que recayó una sustitución ejemplar, deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la legítima de los heredero forzosos de la persona sustituida y si la sustitución perjudica a dicha legítima deberá ser reducida en lo que exceda.

Al suceder los fideicomisarios al sustituyente, los bienes de los que el sustituido no haya dispuesto a su fallecimiento, como venimos diciendo, forman parte de la herencia del primero (es decir, del sustituyente), por lo que también deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la legítima de sus

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

herederos forzosos; tema realmente complicado, pues no se sabrán cuáles son esos bienes hasta el fallecimiento de la persona con discapacidad.

Aunque no sea un tema que afecte a las legítimas, pero sí a terceros acreedores de la persona sustituida, estimamos que la transformación de la sustitución vulgar en fideicomisaria en modo alguno les puede perjudicar, por lo que desde luego podrán dirigirse contra los bienes fideicomitidos respecto a las deudas contra la persona con discapacidad existentes con anterioridad a la transformación y sin que tengan que dirigirse preferentemente sobre otros bienes del deudor.

Mariño Pardo[22] se pregunta qué sucede si, conforme al régimen de la Disposición Transitoria, el sustituido premuere al sustituyente o si el sustituto premuere al sustituido. A su juicio, si el sustituido premuere al sustituyente, la cuestión será si esta sustitución puede implicar la vulgar. Así lo defendía la doctrina mayoritaria antes de la reforma y se puede seguir sosteniendo lo mismo tras la nueva ley. Si el sustituto premuere al sustituido, la cuestión será si transmite sus derechos a sus herederos. Antes de la reforma la opinión mayoritaria en la doctrina para la sustitución ejemplar era que no tenía lugar esta transmisión, considerando que la sustitución ejemplar era un llamamiento condicional al sustituto que exigía su supervivencia al sustituyente. Sin embargo, en el fideicomiso de residuo la posición más reciente es admitir esta transmisión de derechos, siempre salvo voluntad en contra del causante. Con todo, la transmisión de derechos tendría aquí un alcance mayor que en la sustitución fideicomisaria de residuo ordinaria, en cuanto podría extenderse a bienes recibidos a título gratuito, lo que hace dudoso que deba dársele un tratamiento distinto al que tenía como sustitución ejemplar.

IV. FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Es claro que el fiduciario, es decir la persona con discapacidad respecto del que se estableció la sustitución ejemplar, podrá disponer de los bienes a título oneroso[23]. Al no decir nada la disposición transitoria surge la duda de

[22] En el blog citado.

[23] No podemos obviar que para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el fiduciario de residuo no puede disponer a título gratuito salvo que se le hubiera concedido por el testador esta facultad. Así,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

si podrá disponer a título gratuito por actos *intervivos* (donación) o *mortis causa*. Nosotros sostuvimos la solución afirmativa[24] en base a los siguientes argumentos:

- Iría en contra de lo que era la sustitución ejemplar que no limitaba las facultades dispositivas del sustituido.
- El artículo 776 disponía que la sustitución ejemplar quedará sin efectos por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.
- Iría en contra de la voluntad del testador.
- Supondría una discriminación de la persona con discapacidad.

Domínguez Luelmo[25] discrepa de nuestra opinión, sosteniendo que las facultades dispositivas del fiduciario se limitan a las que sean a título oneroso. A su juicio, "lo que el ascendiente quiso es dotar de un patrimonio al sustituido para que pudiera tener una vida digna tras el fallecimiento del sustituyente (lo que no se permitiría permitiendo su descapitalización a través de actos a título gratuito). Tampoco es argumento que lo contrario iría en contra de lo que era la sustitución ejemplar, porque lo que se ha querido derogar de manera expresa es precisamente ese régimen del art. 776. Y en cuanto a que impedir la disposición de actos a título gratuito iría en con-

Solé Resina, J. [*Tratado de Derecho de Sucesiones* (Tomos I y II] [(*Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*)]. Gete Alonso y Calera (dir.) 2ª ed., noviembre 2016.) Teniendo en cuenta que el fideicomiso de residuo es una excepción a la regla general del fideicomiso normal que obliga a conservar los bienes fideicomitidos, las facultades de disposición solamente deberán reconocerse cuando conste que han sido conferidas, entendiendo que no existen en caso de duda. Además, habrá de considerarse que dicha facultad de disposición se extiende solamente a los casos para los que se concedió, de forma que, a falta de que conste que se concedió para disponer *mortis causa,* se entenderá concedida solamente para disponer *inter vivos;* a falta de que conste que se concedió para disponer a título gratuito, se entenderá concedida sólo para disponer a título oneroso; si no consta que se concedió para disponer a voluntad del fiduciario, se entenderá concedida solamente para cuando le sea necesario (Albaladejo, *Comentario,* p. 1927; Díaz Alabart, *Comentarios,* Madrid, Edersa, p. 214). Y respecto de la jurisprudencia la STS 22 de julio de 1994 afirma que "las facultades dispositivas del fiduciario han de interpretarse con criterio restrictivo, excepcionalmente porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar".

[24] Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad. Guía Rápida,* Madrid, Francis Lefebvre, 2021, p. 281.

[25] *Op. cit.*, pp. 1505-1506.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tra de la voluntad del testador, supone atribuir al ascendiente testador una voluntad que no expresó. Además, precisamente la sustitución ejemplar se utilizaba cuando el sustituido no podía hacer testamento (lo que directamente deja a un lado los actos *mortis causa*). Y a mayor abundamiento todo el contenido de la disposición transitoria cuarta se dicta al margen, y en contra, de la voluntad testamentaria del ascendiente, emitida conforme a la legislación vigente en el momento de testar".

Con todos los respetos no me convencen los argumentos de Domínguez Luelmo, en parte contradiciendo los míos; me parecen, no obstante, muy positivos estos debates, pues la reforma ha dejado enormes lagunas e interrogantes que entre todos los preocupados y ocupados en ella debemos aportar ideas para colmarla En relación, como dice Domínguez Luelmo, a la atribución al testador de algo que no dijo, no es sino tratar de interpretar la voluntad del testador, conforme ordena el art. 675 del CC, lo que él mismo hace al considerar que la voluntad del ascendiente testador era dotar de un patrimonio al sustituido para que tuviera un vida digna; si nosotros sostenemos que la voluntad del testador, debidamente asesorada por el Notario, podía ser esa, es por el hecho de haber usado la sustitución ejemplar que expresamente disponía en el art. 776 que quedaría sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. Si el testador quería impedir el testamento de la persona con discapacidad la sustitución más segura era la fideicomisaria en la parte que no gravase la legítima.

Es cierto, como dice Domínguez Luelmo, que la disposición transitoria cuarta se ha dictado al margen y, en contra de la voluntad de quien lo hizo, lo que lleva a que sea ociosa interpretar la voluntad del testador, pero no lo es menos que se ha respetado en parte esa voluntad conservando la trayectoria que respecto a los bienes dejados a título gratuito el testador dispuso. Ello es lo que me lleva a sostener que la persona con discapacidad puede disponer a título gratuito, no solo porque el art. 776 admitía la posibilidad de quebrar esa trayectoria cuando el sustituido otorgase o pudiera otorgar testamento, sino porque el testador llamo al sustituido como heredero puro, sin ninguna limitación que directamente le afectase; si, indirectamente, si la sustitución ejemplar se hacía eficaz. Este heredero tenía plenas facultades dispositivas, a título oneroso y con autorización judicial podía donar

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

su representante legal y otorgar por sí mismo testamento, en un intervalo lúcido, cumpliendo las exigencias del art. 665 del CC y siempre si recobró la razón. De considerar que el sustituido a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 no puede disponer por actos a título gratuito es privarle o más gráficamente arrebatarle facultades que ya tenía. Dudo que constitucionalmente ello se pueda hacer sin más pero, sobre todo, creo que es contrario a los principios informadores de la CNY y de la Ley 8/2021 que pretende que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás y aquí, a quien era heredero puro, se le está limitando esa facultad, se está en definitiva prohibiendo a la persona con discapacidad algo que antes podía hacer, se le está impidiendo donar y testar respecto de unos bienes que había recibido en propiedad, cuando el CC reformado reconoce la posibilidad de testar a toda persona que en el momento de testar pueda conformar y expresar su última voluntad (arts. 663 y 665 del CC). La disposición transitoria Primera de la Ley 8/2021, como sabemos, dispone: "A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto". Al negar la facultad de disponer a la persona con discapacidad, a título gratuito, de los bienes que heredo con la sustitución ejemplar, se la está privando de un derecho que antes tenía. Las normas reguladoras de la discapacidad de las personas deben ser interpretadas en el sentido más favorable a su desenvolvimiento jurídico en igualdad de condiciones con las demás (art. 249 CC).

Para Espejo Lerdo de Tejada[26], teniendo en cuenta que la regulación precedente de la sustitución ejemplar no limitaba las facultades dispositivas del discapacitado si este recobraba la capacidad natural para testar, considera que sería sensato mantener hoy este mismo efecto, pero para ello encuentra el obstáculo que la disposición transitoria cuarta debiera haber convertido la sustitución ejemplar en una sustitución preventiva de residuo, y no en una sustitución fideicomisaria de residuo como ha hecho. Es un obstáculo importante el destacado por este autor. Sin embargo, lo considero superable por las razones que a continuación expongo. Como dice el mismo autor[27], el perfil del fideicomiso de residuo solo está de-

[26] *Op. cit.*, pp. 685-686.
[27] *Op. cit.*, p. 673.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lineado por la jurisprudencia y, añadimos nosotros, esta jurisprudencia, al admitir que el fiduciario pueda disponer a título gratuito, incluso por actos *mortis causa*, considera esta posibilidad dentro de las facultades que el testador puede atribuir expresamente al fiduciario dentro de la sustitución fideicomisaria de residuo, pero no como una institución diferente que deba denominarse preventiva de residuo, a diferencia de lo que ocurre en el CC de Cataluña. Varias sentencias del Tribunal Supremo son exponentes de lo que decimos:

STS 6 de junio de 2014, "La esencia del fideicomiso (*rectius,* sustitución fideicomisaria) es el *ordo sucessivus,* el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente". Han tratado directamente del fideicomiso de residuo, las sentencias de 13 marzo 1989 (aún sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias), la resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 27 octubre 2004, "modalidad de la sustitución fideicomisaria". Comprende los actos a título oneroso o gratuito, si así lo dispone el causante (sentencia de 13 mayo 2010). Esta última S. de 13 de mayo de 2010, declara que ''en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente''. Por tanto, la facultad de disponer a título gratuito la considera posible dentro de la figura del fideicomiso de residuo, cuando lo dispuso el causante.

En la STS de 30 de octubre de 2012, al concretar las notas características del fideicomiso de residuo, según la doctrina y la jurisprudencia textualmente afirma: "Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien *mortis causa,* no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario; todo ello de acuerdo a los parámetros de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, o de la sanción derivada del abuso del derecho o de su ejercicio fraudulento". Está, pues, admitiendo que en el fideicomiso de residuo al fiduciario se le pueden

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

atribuir facultades de disposición a título gratuito o mortis causa por parte del testador.

En la STS de 2 de febrero de 2010, contempla el supuesto siguiente: "Dª A… como heredera fiduciaria de su esposo don H, gozaba de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados del mismo tanto 'inter vivos' como 'mortis causa' de modo que incluso los que eran objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso". Aquí no lo admite como hipótesis, sino como válido en un concreto testamento.

Si doctrinalmente la sustitución preventiva de residuo se considera como aquella en la que el testador atribuye al fiduciario, además de la facultad de disponer a título oneroso de los bienes fideicomitidos, la de poder hacerlo a título gratuito por actos *intervivos* y *mortis causa*, hemos visto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, no la contempla así, como una figura independiente[28], sino que engloba esas facultades en el fidecomiso de residuo, por lo que al referirse la disposición adicional cuarta al fideicomiso de residuo, sin más matizaciones, no tenía por qué hacer referencia expresa a la sustitución preventiva de residuo, para considerar que el fiduciario pueda disponer a título gratuito. Por tanto, al intentar concretar las facultades del fiduciario en la interpretación de la disposición adicional cuarta hemos de buscar, como venimos repitiendo, lo que sea más acorde con el espíritu y finalidad de la reforma que no es otro que la persona con discapacidad, respecto de los bienes heredados, como sustituto ejemplar, no tenga ahora menos facultades que con el sistema anterior, cuando la supresión de la sustitución ejemplar se justifica porque nadie pueda testar por una persona con discapacidad y resulta que a esa persona le privamos de la facultad de testar que antes tenía.

Los argumentos que nos llevan a la atribución al fiduciario que contemplamos de la facultad de disponer a título gratuito creemos que se refuerzan con los siguientes:

[28] A diferencia del CC de Cataluña, en cuyo art. 426.59, se dice: "En la sustitución preventiva de residuo, el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar sucesor voluntario, llama a una o más personas para que, cuando mueran aquellos, hagan suyos los bienes que el heredero o el legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no hayan dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de muerte".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

– El fideicomiso de residuo no está regulado en el CC, como sabemos, pero por primera vez se hace referencia a este en la disposición transitoria cuarta y en el art. 808: "Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa". Por tanto, en este artículo, sí que se hace referencia a que el fiduciario no puede disponer a título gratuito, ni por actos mortis causa; sin embargo, en la disposición transitoria cuarta no se excluyen estas estas facultades por lo que, a *sensu contrario,* da pie a sostener que en el supuesto en ella contemplado sí que se puede disponer por el fiduciario a título gratuito o por actos mortis causa. La privación de las facultades de disposición a título gratuito, en el caso que estudiamos, no son comparables con el supuesto de este art. 808, pues en él la persona con discapacidad está recibiendo cuantitativamente más de lo que por legítima le corresponde, pero gravada con la sustitución fideicomisaria de residuo. Sin embargo, en la sustitución ejemplar pudo o no recibir más de su legítima, incluso pudo estar reducido a la misma.

– Decíamos anteriormente, siguiendo a Domínguez Luelmo, que la sustitución fideicomisaria prevista en la disposición transitoria cuarta no podía extenderse a los bienes donados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Ahora añadimos otro supuesto, que vigente la sustitución ejemplar, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la persona con discapacidad hubiera otorgado testamento en un intervalo lúcido; conforme a la legislación vigente, al momento de testar, la sustitución ejemplar ordenada quedaba sin efecto (art. 776 CC, derogado). Sostener que la supresión del art. 776 supone que ese testamento, conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2021, deja subsistente la sustitución ejemplar al haberse convertido en fideicomisaria supondría una retroactividad en grado

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

máximo, en contra del art. 2.3 del CC[29] y una discriminación a la persona con discapacidad.

- Si, conforme sostenemos en el párrafo anterior, ese testamento deja sin efecto la sustitución ejemplar, hoy fideicomisaria, es incongruente que el testamento posterior a la entrada en vigor de la ley, deje subsistente dicha sustitución. Tengamos en cuenta que la persona con discapacidad puede testar, conforme dispone el art. 663 del CC y desarrolla otros muchos preceptos y resultaría que ese testamento no es aplicable a la sustitución contemplada, porque respecto de ella el ascendiente ya había dispuesto. Es decir, justo lo contrario a lo pretendido con la supresión de la sustitución ejemplar, que un tercero teste por la persona con discapacidad.
- Frente al argumento que la facultad de disponer a título gratuito en la sustitución fideicomisaria tiene el testador que atribuirlas expresamente, en la sustitución ejemplar el legislador es quien hacía esa atribución expresa.
- Por último, cuando se trata de interpretar las facultades dispositivas en una sustitución fideicomisaria es lógico, como nos dice la STS de 30 de octubre de 2012, antes citada, que las facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo deban interpretarse teniendo en cuenta la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario. Sin embargo, en las instituciones que afectan a la persona con discapacidad lo que debe buscarse en su interpretación y aplicación es el desarrollo pleno de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Los argumentos anteriores pueden no ser válidos cuando el sustituyente fallezca después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pues entonces la persona con discapacidad aún no ha adquirido nada y se le está imponiendo una sustitución con un contenido diferente a la sustitución ejemplar desde que acepte la herencia. Sin embargo, no existe base legal alguna para aplicar

[29] Art. 2.3 CC: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

un régimen distinto, según el testador fallezca antes o después de la entrada en vigor de la Ley que estudiamos.

Mariño Pardo[30] sostiene, como nosotros, la posibilidad de que la persona con discapacidad otorgue testamento, vigente la sustitución, pero aún va más lejos. Transcribimos su postura: "Si la persona sujeta a una de estas sustituciones ejemplares de la disposición transitoria otorgara testamento vigente la reforma, parece obvio que quedará sin efecto la sustitución ejemplar y también la norma transitoria. Pero más dudas podría suscitar el caso de **la recuperación de la capacidad o salida de la incapacitación**, pues cabe recordar que en el régimen previo la cuestión de si ello extinguía la sustitución ejemplar no era clara (la norma parecía exigir, para que la sustitución ejemplar quedase sin efecto, que el sustituido otorgase testamento "después de haber recobrado la razón", no bastando solo con esa "recuperación"). Conforme a los principios de la nueva ley, entiendo que **si el sustituido "recobra la razón", ello por sí solo impedirá el juego de la disposición transitoria"**. Lo sostenido por nuestro compañero es lo que ordenaban *Las Partidas,* en P. 6.5.1, con referencia a la sustitución ejemplar, "E pueden lo fazer los padres e los abuelos, a los que descienden dellos, quando son locos, o desmemoriados, establesciendoles otros por herederos, si murieren en la locura".

V. BREVE REFERENCIA A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA QUE GRAVE LA LEGÍTIMA

Al ser lo analizado una materia de derecho transitorio, nos parece interesante hacer un breve comentario a algunos de los problemas de derecho transitorio que puede plantear la nueva redacción del art. 808 del CC. Antes de la reforma de la Ley 8/2021, el art. 808 disponía que: "Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos".

[30] En el blog, varias veces citado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En su redacción actual, este art. 808 dispone: "Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa"[31].

Es claro que la sustitución fideicomisaria permitida por la reforma es más amplia que la anterior. Podemos preguntarnos si la persona con discapacidad, a cuyo favor el testador ordenó la sustitución fideicomisaria, conforme a la legislación precedente, puede exigir que se cumpla conforme a la actual. A favor, podría aplicarse la disposición transitoria duodécima del CC, distinguiendo según el fallecimiento del testador se haya producido antes o después de la entrada en vigor de la reforma. No obstante, creemos que ello no es así; el art.808, ni antes ni ahora, conceden derechos algunos al fiduciario con discapacidad, no amplia su legítima, simplemente concede al testador la facultad, no la obligación, de disponer a su favor de la sustitución fideicomisaria, por lo que el favorecido no puede ir más allá de lo que aquel dispuso.

Cosa diferente es que el testador, no ajustándose a la previsión anterior del art. 808, hubiese ordenado que la sustitución a favor del descendiente con discapacidad fuera de residuo, en cuyo caso, sí que consideramos posible aplicar la disposición transitoria decimosegunda del CC, distinguiendo según el testador haya fallecido antes o después de fallecer el testador. Recordemos que esta disposición dice: "Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá

[31] Precepto concordante con los arts. 813 y 782 del CC. Artículo 782. "Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad". Art. 813. Artículo 813. "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código".

VI. BIBLIOGRAFÍA

Amunátegui Rodríguez, C., *Comentarios a la supresión del art. 776 del CC. Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

—, *Comentarios al Código Civil*, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

Domínguez Luelmo, A., «Comentarios a la disposición transitoria cuarta», *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cristina Guilarte (dir.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 1507.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», en obra colectiva, Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (dirs.), Barcelona, Bosch, 2022.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad. Guía Rápida*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021.

—, *Casos Prácticos. Derecho de Sucesiones* (adaptados al programa de Notarías y Registros), Memento Experto, 4ª ed., Madrid, Francis Lefebvre, Diciembre 2021.

Mariño Pardo, F., *Iurisprudente: Derecho de sucesiones, Ley 8/2021 reforma discapacidad*. Disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_7.html (Consultado el 7 de septiembre de 2022).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

PÉREZ RAMOS, C., «Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias», *El Notario del Siglo XXI*, nº 99, septiembre-octubre 2021.

—, «Supresión de la sustitución ejemplar: Problema y posibles soluciones. Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales», en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. (dir.), Madrid, Dykinson, 2021.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LA INCLUSIÓN EN EL PASIVO DE LA HERENCIA DEL PAGO DEL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA EN LAS TRANSMISIONES *MORTIS CAUSA*. SU INDEBIDA ATRIBUCIÓN AL SUCESOR ADJUDICATARIO DEL INMUEBLE

THE INCLUSION IN THE DEBTS OF THE INHERITANCE OF THE PAYMENT OF THE LOCAL TAX ON THE INCREASE IN VALUE OF URBAN LAND IN TRANSMISSIONS *MORTIS CAUSA*. ITS IMPROPER ATTRIBUTION TO THE SUCCESSOR TO THE SUCCESSOR AWARDEE OF THE PROPERTY

Juan Pablo Pérez Velázquez[1]
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

A mi madre

Resumen: En este trabajo se analiza el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Y ello, con la finalidad de ofrecer, desde una perspectiva del Derecho sucesorio y de los principios en que se inspira, sólidos argumentos para justificar la inclusión del importe

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de dicho impuesto —cuando se genera a consecuencia de las transmisiones mortis causa—, en el pasivo hereditario. Y dentro del mismo, su calificación como carga de la herencia, lo que implicaría su tratamiento en el proceso sucesorio como cualquiera otra valorable en el mismo.

Palabras clave: Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Derecho de sucesiones, pasivo hereditario, última voluntad del testador y legítima.

Abstract: This paper analyses the Local Tax on the Increase in Value of Urban Land. And this, with the aim of offering, from the perspective of Succesion Law and the principles on which it is inspired, solid arguments to justify the inclusion of the amount of such tax —when it is generated as a result of transfers mortis causa—, in the hereditary liabilities. And within it, its classification as a burden of the inheritance, which would imply its treatment in the succession process like any other valued in it.

Keywords: Local Tax on the Increase in Value of Urban Land, Succesion law, inheritance liabilities, last will of the testator and legal portion of inheritance.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO

II. DEFINICIÓN, FUNDAMENTO Y CARACTERES DEL IMPUESTO

III. ANÁLISIS DEL HECHO IMPONIBLE

1. Naturaleza urbana de los terrenos y los clasificados como de características especiales
2. Transmisión de la propiedad y constitución o transmisión de un derecho real de goce limitativo del dominio
3. Producción de un incremento de valor del suelo

IV. SUJETOS PASIVOS

V. CUANTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

1. Cuantificación del impuesto en el supuesto de liquidación firme antes de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021
2. Cuantificación del impuesto en el supuesto de liquidación devengada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre

VI. DEVENGO

VII. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INCLUSIÓN EN EL PASIVO DE LA HERENCIA DEL PAGO DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA MUNICIPAL

VIII. CONSIDERACIÓN DEL IMPORTE DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA MUNICIPAL COMO CARGA DE LA HERENCIA

IX. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. PLANTEAMIENTO

Hace tiempo que nos viene llamando la atención que en las particiones hereditarias en las que se sucede en un inmueble urbano, ya sea título de heredero o legatario, sea el adquirente del mismo el obligado al pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana —en adelante, IIVTNU o plusvalía—, cuando el incremento de valor que grava dicho impuesto se ha generado durante el tiempo que el causante ha sido su titular, es decir, en su esfera patrimonial. Aunque los ámbitos tributario y civil son diferentes, consideraba injustificado desde la óptica del Derecho sucesorio, pese a que así se regule en el artículo 106 TRLHL, que el sucesor adjudicatario tuviera que afrontar dicho pago. Y, por tanto, sufrir un menoscabo patrimonial que no lo padecían los sucesores en otros tipos de bienes, ya fueran en inmuebles rústicos, que no están sujeto al impuesto, o en participaciones sociales o acciones, saldos bancarios, etc.

Es lo anterior el motivo que ha provocado el interés por dicha cuestión y la elaboración del presente trabajo. Para ello, se abordará una exposición previa necesaria de la anatomía del impuesto de plusvalía municipal desde la óptica del Derecho tributario, llevando a cabo un recorrido por su definición o conceptuación, fundamento, características principales, hecho imponible, sujetos pasivos, cuantificación de la obligación tributaria y devengo. Lo anteriormente dicho nos servirá de campo de trabajo sobre el que cimentar los argumentos necesarios, además de otros que serán extraídos del Derecho sustantivo sucesorio, para defender nuestra opinión de que el importe del impuesto de plusvalía municipal, devengado como consecuencia de la transmisión *mortis causa*, debe incluirse en el pasivo hereditario.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

II. DEFINICIÓN, FUNDAMENTO Y CARACTERES DEL IMPUESTO

El IIVTNU se encuentra regulado, para los territorios de régimen común, en los artículos 104 a 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales —en adelante, TRLHL—, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 10 de marzo de 2004[2].

Si ponemos en conexión los artículos 104.1º y 109.1º TRLHL, el IIVTNU lo definimos como el impuesto municipal que grava la plusvalía o incremento de valor que experimentan tanto los terrenos de naturaleza urbana como los clasificados como de características especiales, que es consecuencia de la transmisión de la propiedad o de la transmisión o constitución de un derecho real limitado de goce sobre los mismos, ya sea *inter vivos* o *mortis causa* y a título oneroso o gratuito[3].

En lo que respecta a su fundamento, Casana Merino indica que "el IIVT encuentra su justificación en que la plusvalía o incremento de valor gravado se debe a la acción urbanizadora del progreso en las ciudades, o a la evolución natural de los terrenos, y no, por tanto, al esfuerzo del propietario. Dado que es la comunidad en su totalidad la que contribuye a la creación de la plusvalía, debe ser compensada por quien se beneficia de ella. La participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas tiene su apoyo en la propia Constitución. Su artículo 47 dispone que "la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos""[4]. A mayor abundamiento, Orón Moratal, coincidiendo con el anterior au-

[2] BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004.

[3] Sobre la definición del IIVTNU, *vid*., entre otros, Martín Queralt, J. y García Moreno, A., «Capítulo XIV. Impuestos Locales», en Martín Queralt, J., Tejerizo López, J. M. y Cayón Galiardo, A. (dirs.), *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, 12ª ed., Madrid, Aranzadi, 2015, p. 1045; Menéndez García, G., Rodríguez Montañés, M.ª del P. y Guilarte Gutiérrez, A., «Capítulo V. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Herrera Molina, P. M. (dir.), Galán Ruiz, J. y Prieto Martín, C. (coords.), *Gestión Local Aranzadi. Tributos Locales y Autonómicos*, Madrid, Aranzadi, 2006, p. 277; y Orón Moratal, G., «Capítulo V. El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», en Marín-Barnuevo Fabo, D. (coord.), *Los Tributos Locales*, 2ª. ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 689.

[4] Casana Merino, F., *El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 30.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tor, afirma que ""su fundamento se ha encontrado en que los incrementos gravados no han sido provocados por el titular del terreno, sino que son consecuencia de actividades ajenas al titular del mismo, fundamentalmente la acción urbanística del propio municipio donde se encuentra. Con este impuesto, por tanto, se pretende que el sujeto pasivo devuelva a la colectividad parte del beneficio por él obtenido, siendo muestra de ello que, tradicionalmente, se permitía deducir del incremento producido durante el período de generación del mismo las Contribuciones especiales devengadas por razón del terreno durante el correspondiente período. En Sentencias del Tribunal Supremo, así como en las de los Tribunales Superiores de Justicia, es frecuente encontrar la afirmación de que es el único impuesto que encuentra fundamento directo en la Constitución por ser "*una forma de participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos"* (artículo 47 *in fine*)"[5].

No obstante lo anterior, y antes de la entrada en vigor el día 10 de noviembre de 2021 del Real Decreto-ley 26/2021[6], de 8 de noviembre, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana[7], un amplio sector de la doctrina[8], apoyándose en la normativa que hasta dicha fecha regulaba el IIVTNU —que gravaba un incremento de forma totalmente objetiva, sin basarse en un incremento real y sin indagar en el origen del mismo—, afirmaba que dicho impuesto tiene un "claro fundamento recaudatorio"[9]. Incluso Menéndez García *et alii* afirmaban que "esas supuestas

[5] Orón Moratal, *op. cit.*, p. 689.

[6] BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021.

[7] Consultar una interesante revisión crítica del Real Decreto-ley 26/2021 en Ramos Prieto, J., «La inconstitucionalidad del método de estimación de la base imponible del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: ¿Una vuelta a la ortodoxia de la capacidad económica?», *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, n.º 113, pp. 519-528.

[8] *Vid.*, entre otros, Álvarez Arroyo, F., *Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (Plusvalías)*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 27 y 28; Checa González, C., *Los tributos locales. Análisis jurisprudencial de las cuestiones sustantivas más controvertidas*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 274; Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit.*, p. 277; y Rubio de Urquía, J. I., *Ley reguladora de las Haciendas Locales*, Madrid, Abella, 1989, p. 617.

[9] Álvarez Arroyo, *op. cit.*, p. 27.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

justificaciones del IIVTNU no constituyen más que un refugio teórico para un impuesto que en su configuración actual solo puede explicarse por su potencialidad recaudatoria"[10].

Las notas que definen o caracterizan al IIVTNU son las siguientes:

– Es un impuesto municipal de establecimiento potestativo o exacción voluntaria (art. 59.2º LRHL), pues los Ayuntamientos son titulares del poder tributario por decisión de la legislación estatal, lo gestionan íntegramente, y tienen plena libertad para la implantación y exigencia de este mediante la correspondiente Ordenanza Municipal. Lo anterior no obsta, para que una de sus posibles formas de cálculo dependa del valor catastral determinado para los respectivos inmuebles por la Administración del Estado mediante la Gerencia Regional del Catastro que corresponda[11].

– Es un impuesto directo, como expresamente lo define el artículo 104.1 TRLHL, que grava la renta generada al transmitente —sujeto pasivo— por el incremento de valor del bien urbano o los clasificados como de características especiales transmitidos, o de los derechos reales limitados transmitidos o constituidos sobre los mismos[12].

– Es un impuesto real y objetivo, puesto que para su cálculo únicamente se tiene en consideración la capacidad contributiva del sujeto pasivo que deriva, o se pone de manifiesto, como consecuencia del incremento de valor o plusvalía generada por la transmisión. De la misma forma, tampoco son tenidas en consideración para calcular la cuota del impuesto las circunstancias subjetivas o personales que pudieran concurrir en el sujeto pasivo. El carácter objetivo del impuesto no impide que en sus correspondientes Ordenanzas los Ayun-

[10] Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit*., p. 277.

[11] Sobre el carácter municipal y potestativo del IIVTNU, *vid*., entre otros, Álvarez Arroyo, *op. cit*., p. 22; y Gomar Sánchez, J. I., Muñoz de Osma, A., y Monserrat Cao, P., «5. El impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana», en Chico de la Cámara, P. y Galán Ruiz, J. (dirs.), *Los tributos locales y el régimen fiscal de los ayuntamientos*, Madrid, Aranzadi, 2014, p. 398.

[12] Sobre el carácter directo del IIVTNU, *vid*., entre otros, Martín Queralt y García Moreno, *op. cit*., p. 1045; Pérez Royo, I., «Capítulo XVI. Los impuestos municipales», en Pérez Royo, F. (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 1095.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tamientos puedan tener en consideración determinadas circunstancias personales, como el parentesco, al objeto de bonificar, en las transmisiones lucrativas *mortis causa*, las cuotas devengadas[13]. Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021 el carácter objetivo del impuesto se convierte en optativo como tendremos ocasión de explicar posteriormente.

– Es un impuesto instantáneo, ya que el hecho imponible se produce cuando tiene lugar la manifestación del incremento patrimonial derivado de la transmisión de la propiedad o de la constitución o transmisión del derecho real limitado de goce[14]. De forma gráfica, afirma Pérez Royo, que se trata de un impuesto instantáneo, porque su hecho imponible se produce cuando el negocio jurídico correspondiente "saca a la luz la plusvalía gravada por el impuesto"[15]. Carácter instantáneo del hecho imponible que no se ve afectado "porque a la hora de calcular la base imponible se tenga en cuenta el tiempo transcurrido desde la anterior transmisión"[16].

– Es un impuesto proporcional, ya que su tipo impositivo como indica Pérez Royo, "no es una función creciente de la base imponible. Ahora bien, no es incompatible con este carácter proporcional del impuesto el que en su regulación concreta puedan preverse tipos impositivos diferenciados. Y no es incompatible porque estos tipos diferentes lo son, no en función de la cuantía del incremento sometido a gravamen, sino en función de los cuatro horizontes temporales que distingue la Ley en la generación del incremento: hasta cinco, hasta diez, hasta quince y hasta veinte años"[17]. Horizontes temporales que tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021 han pasado a

[13] Sobre el carácter real y objetivo del IIVTNU, *vid*., entre otros, Álvarez Arroyo, *op. cit*., p. 22; Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., pág. 398; Martín Queralt y García Moreno, *op. cit*., p. 1045; y Pérez Royo, *op. cit*., p. 1095.

[14] Sobre el carácter instantáneo del IIVTNU, *vid*., entre otros, Álvarez Arroyo, *op. cit*., pp. 25 y 26; Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., p. 400; Martín Queralt y García Moreno, *op. cit*., p. 1045; y Pérez Royo, *op. cit*., p. 1095.

[15] Pérez Royo, *op. cit*., p. 1095.

[16] *Iterum*, p. 1095.

[17] *Iterum*, p. 1095.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ser veintiuno, introduciendo como novedad que sean gravadas las plusvalías en menos de un año.

III. ANÁLISIS DEL HECHO IMPONIBLE

El hecho imponible del IIVTNU lo describe el párrafo 1º del artículo 104 TRLHL al indicar que "*el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos*". A lo anterior debe añadirse que el inciso final del párrafo 2º de dicho artículo indica que "*a los efectos de este impuesto, estará asimismo sujeto a éste el incremento de valor que experimenten los terrenos integrados en los bienes inmuebles clasificados como de características especiales a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles*".

En la anterior determinación identificamos las tres notas definitorias o elementos constitutivos del mismo:

a) La naturaleza urbana de los terrenos y los clasificados como de características especiales.

b) La transmisión de la propiedad y la constitución o transmisión de un derecho real de goce limitativo del dominio.

c) La producción de un incremento de valor del suelo.

Las anteriores notas o características definitorias del hecho imponible del IIVTNU constituyen el aspecto material del elemento objetivo del impuesto, y como indica Álvarez Arroyo, "los tres elementos están unidos entre sí en una simbiosis casi perfecta, de modo que no se entienden por separado, si se produjera un incremento de valor en un terreno urbano pero no se pusiera de manifiesto como consecuencia de una transmisión del dominio (o su alternativa) no se producirá el hecho imponible; como tampoco si se produjera un incremento de valor esta vez como consecuencia de una

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

transmisión pero el terreno no es urbano; y, en fin, aunque pueda ser discutible, de hecho profundizaremos en el tema más adelante, si se transmite un terreno urbano pero no se genera un incremento de valor tampoco habría hecho imponible"[18].

1. Naturaleza urbana de los terrenos y los clasificados como de características especiales

De conformidad con el párrafo 2º del artículo 104 TRLHL, está sujeto el incremento de valor experimentado por "los terrenos que deban tener la consideración de urbanos, a efectos de dicho Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de que estén o no contemplados como tales en el Catastro o en el padrón de aquel. A los efectos de este impuesto, estará asimismo sujeto a este el incremento de valor que experimenten los terrenos integrados en los bienes inmuebles clasificados como de características especiales a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles"[19]. Como afirman Menéndez García *et alii*[20], el inciso primero del citado párrafo aclara innecesariamente que "no está sujeto a este impuesto el incremento de valor que experimenten los terrenos que tengan la consideración de rústicos a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles".

Si por la anterior remisión acudimos a la regulación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles —en adelante IBI—, el párrafo 3º del artículo 61 TRLHL dispone que *"a los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario"*.

La regulación del IBI, por último, nos reenvía a las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario, es decir, al Texto Refundido de la Ley del

[18] Álvarez Arroyo, *op. cit*., pp. 49-50.

[19] En general sobre la naturaleza urbana del terreno y los terrenos integrados en bienes inmuebles clasificados como de características especiales, *vid*., entre otros, Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., pp. 400-404; Martín Queralt y García Moreno, *op. cit*., pp. 1047-1048; Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit*., pp. 279-283; y Pérez Royo, *op. cit*., p. 1101.

[20] Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit*., p. 279.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Catastro Inmobiliario —en adelante TRLCI— aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 9 de marzo de 2004[21].

El TRLCI hace depender el carácter de urbano o rústico de un inmueble de la naturaleza de su suelo, y es el párrafo 2º de su artículo 7 el que dispone los distintos suelos que gozan de la naturaleza de urbano: *"a) El clasificado o definido por el planeamiento urbanístico como urbano, urbanizado o equivalente. b) Los terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística aprobados prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que se incluyan en sectores o ámbitos espaciales delimitados y se hayan establecido para ellos las determinaciones de ordenación detallada o pormenorizada, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable. c) El integrado de forma efectiva en la trama de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. d) El ocupado por los núcleos o asentamientos de población aislados, en su caso, del núcleo principal, cualquiera que sea el hábitat en el que se localicen y con independencia del grado de concentración de las edificaciones. e) El suelo ya transformado por contar con los servicios urbanos establecidos por la legislación urbanística o, en su defecto, por disponer de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica. f) El que esté consolidado por la edificación, en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística"*.

En lo que respecta a los terrenos integrados en bienes inmuebles clasificados como de características especiales a efectos del IBI, la remisión del párrafo 3º del artículo 61 TRLHL a la normativa catastral nos conduce al artículo 8 TRLCI que los define en su párrafo 1º como *"los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble"*. Dichos inmuebles de características especiales son los agrupados por el párrafo 2º de dicho artículo en las siguientes cate-

[21] BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2004.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gorías cerradas: *"a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares. b) Las presas, saltos de agua y embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego. c) Las autopistas, carreteras y túneles de peaje. d) Los aeropuertos y puertos comerciales"*.

Una lectura conjunta del párrafo 2º del artículo 104 y del párrafo 3º del artículo 61, ambos del TRLHL, con el párrafo 2º del artículo 7 y el artículo 8, ambos del TRLCI, determina que está sujeto al IIVTNU el incremento de valor que experimenten los terrenos —o suelos—, no las construcciones, a condición de que dichos terrenos gocen de la naturaleza de urbanos o de inmuebles de características especiales a efectos de IBI, con independencia de que efectivamente estén considerados como tales en el Catastro o en el Padrón de aquel. En tal sentido, afirma Pérez Royo que "lo importante es la clasificación que el suelo deba tener con las definiciones de la legislación catastral en la mano, no la que efectivamente tenga el terreno en el Catastro o en el padrón del IBI. Si se transmite un terreno de naturaleza urbana, según las definiciones anteriores, pero que aparece catastrado como rústico, esto último no será obstáculo para que el IIVTNU se devengue"[22].

Por último, debe afirmarse que del carácter instantáneo del IIVTNU deriva que deba tenerse exclusivamente en consideración la naturaleza del terreno en el momento de su transmisión, es decir, de su devengo, con independencia de las vicisitudes por la que dicho terreno haya podido pasar con anterioridad. En dicho sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 29 noviembre 1997 al establecer "como doctrina legal, que en el Impuesto sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana resulta inoperante la situación urbanística de los terrenos en el inicio del período impositivo o incluso durante el mismo, ya que lo decisivo es que, en el momento de la transmisión determinante del devengo, tengan la condición de urbanos, en los términos prevenidos para el Impuesto sobre Bienes Inmuebles o con arreglo a las disposiciones e instrumentos urbanísticos aplicables"[23]. Como resaltan Gomar

[22] Pérez Royo, *op. cit.*, p. 1101.

[23] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997, Ponente D. Pascual Sala Sánchez (RJ 1997, 9284).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sánchez *et alii* "resulta por tanto indiferente si el suelo estaba o no sujeto al tributo en cualquier momento anterior al devengo"[24].

2. Transmisión de la propiedad y constitución o transmisión de un derecho real de goce limitativo del dominio

De conformidad con el párrafo 1º del artículo 104 TRLHL para que se devengue el impuesto, el incremento de valor del terreno se debe poner de relieve como consecuencia *"de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos"*. Por tanto, el impuesto objeto de estudio grava la transmisión de la propiedad del suelo y la constitución o transmisión de un derecho real limitado de goce sobre el mismo, con independencia de que deriven de actos o contratos, voluntarios o forzosos, onerosos o lucrativos, e *inter vivos* o *mortis causa*[25].

La afirmación *"transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título"* nos sitúa en la esfera del artículo 609 CC, concretamente en aquellos actos o contratos que tienen como efecto producir un cambio en la titularidad de las facultades dominicales. La necesidad de transmisión deja de lado los modos originarios de adquirir el dominio de los bienes inmuebles (usucapión, accesión, etc…), para centrarse en los modos derivativos, es decir, en los que tienen lugar "*por ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*".

De las transmisiones de la propiedad *inter vivos* gravadas pueden citarse la compraventa, la permuta, la donación, la expropiación forzosa, las daciones en pago de deudas, las adjudicaciones para pago de deudas y en pago de asunción deudas, adjudicaciones en subasta o en procedimientos de ejecución hipotecaria, transacciones, constitución de rentas vitalicias y las

[24] Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., p. 403.

[25] Sobre la transmisión de la propiedad y constitución o transmisión de un derecho real de goce limitativo del dominio, *vid.*, entre otros, Casana Merino, *op. cit*., pp. 38-68; Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., pp. 404-412; Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit*., pp. 283-286; Orón Moratal, *op. cit*., pp. 696-698; y Pérez Royo, *op. cit*., pp. 1101-1102.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

operaciones societarias, como, por ejemplo, las aportaciones no dinerarias de inmuebles en la constitución o aumento de capital.

Las transmisiones *mortis causa* de la propiedad pueden tener su origen tanto por la sucesión legal o intestada como por la sucesión testada, ya sea, en este supuesto, a título de heredero o de legatario. Al ser la transmisión *mortis causa* objeto de este estudio nos centraremos en ella en posteriores epígrafes.

Además, como ya se ha indicado, el IIVTNU también grava los incrementos de valor puestos de manifiesto como consecuencia *"de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos"*, ya que como indican, entre otros, Gomar Sánchez *et alii*, "con la constitución de estos derechos se trasladan una parte de las facultades dominicales"[26]. Respecto a la constitución o transmisión de los derechos reales limitados de goce también debe tomarse como punto de partida el artículo 609 CC, por lo que reiteramos lo ya afirmado respecto a la transmisión de la propiedad, si bien ahora el contenido del derecho transmitido o constituido no es el pleno dominio, sino una parte de las facultades dominicales.

La amplia literalidad del precepto al indicar *"cualquier derecho real de goce"* conduce a afirmar que será objeto de gravamen todo incremento que derive de la constitución o transmisión de un derecho real limitado de goce, materia en la que rige, no sin discusión en la doctrina de los autores[27], el principio de *numerus apertus*[28]. Entre dichos derechos reales de goce se

[26] Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., p. 410.

[27] Sobre el clásico debate sobre el carácter de *numerus apertus* o *numerus clausus* de los derechos reales, *vid.*, entre otros, Albaladejo García, M., *Derecho civil III. Derecho de bienes*, 12ª ed., Madrid, Edisofer, 2016, pp. 23-25; Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen III (Tomo I), Derechos Reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 41-43; y Sánchez Lería, R., «Tema 1.- El Derecho Real», en López y López, A. y Valpuesta Fernández R. (dirs.), *Derecho Civil Patrimonial II*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 26-30.

[28] La Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, se ha pronunciado en numerosas resoluciones a favor de la teoría de *numerus apertus*; así la Resolución de 7 de enero de 1994 indica que «por regir en España el sistema de "numerus apertus" de los derechos reales (cfr. artículos 2.º 2 Ley Hipotecaria y 7.º Reglamento Hipotecario) y en particular, en las figuras comunitarias (cfr. artículo 392.II Código Civil), nada se puede oponer a que determinado local, susceptible de aprovechamiento independiente, se constituya como objeto de propiedad separada…»; o la de 4 de mayo de 2009 al afirmar que «que es perfectamente conocida la

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

encuentran el usufructo, el uso y la habitación, los censos, las servidumbres y los derechos de superficie, vuelo y subsuelo.

En lo que respecta a la transmisión o constitución de servidumbres, la letra a) del párrafo 1º del artículo 105 TRLHL las declara exentas de tributar.

En la práctica, es el derecho de usufructo, principalmente de origen hereditario, el que con mayor frecuencia se constituye. El Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de octubre de 2001 consagra de forma clara la doctrina de que es el derecho real que se transmite el que se liquida, afirmando que "lo que se pretende gravar con el IMIVTNU no es exactamente la constitución del derecho real de goce o disfrute sino los actos que producen los efectos traslativos de las facultades que lo conforman, debe entenderse que, a los efectos del Impuesto que examinamos, no es lo mismo que el usufructo se constituya por el propietario de los bienes en favor de un tercero o que, a la inversa, el propietario del terreno se reserve el usufructo del bien cediendo su nuda propiedad a un tercero, pues, en el primer caso, es cuando se tributa por constitución del derecho real de usufructo y se grava la plusvalía que corresponde a la proporción que representa el usufructo respecto al valor total del bien, y, en el segundo, es cuando se grava la transmisión de la nuda propiedad, exigiéndose el Impuesto por la parte de plus valía correspondiente al valor de dicha nuda propiedad"[29].

Por último, debemos hacer referencia a los efectos fiscales que tiene la consolidación del dominio como consecuencia de la extinción del derecho limitado de goce. Como afirma Orón Moratal "ha sido una opinión doctrinal bastante extendida la que ha considerado que la extinción de derechos reales de goce limitativos del dominio, cuando la misma lleve implícita una transmisión de las facultades dominicales o de la que corresponden al titular del derecho real, sí puede integrar el hecho imponible de Impuesto,

doctrina de esta Dirección General acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de *numerus apertus* que predican los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario». Más recientemente las Resoluciones de 18 de marzo de 2016 y de 5 de septiembre de 2017.

[29] Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001, Ponente D. Jaime Rouanet Moscardó (RJ 2001, 9661). En el mismo sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de mayo de 2002, Ponente D. Rafael Estévez Pendás (JT 2003,993), de 16 de octubre de 2002, Ponente D. Rafael Estévez Pendás (JT 2003, 1102) y de 14 de noviembre de 2003, Ponente D. Gustavo Lescure Ceñal (JT 2003, 1025).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

siendo el caso más común la consolidación del dominio por la extinción del derecho de usufructo"[30]. En cambio, este no ha sido el criterio seguido en el orden jurisdiccional, el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de enero de 1999 sostiene que la extinción del usufructo "ni es transmisión de la propiedad ni es transmisión de ningún derecho real. El hecho de que, por el fallecimiento de la usufructuaria, los nudos propietarios hayan alcanzado la integridad de su dominio no significa que hayan sido sujetos de transmisión alguna de derechos que pueda constituir hecho imponible. Simplemente, el régimen legal correspondiente a este derecho real prevé que la muerte de la usufructuaria extingue el usufructo (art. 513.1 del Código Civil), recuperando los propietarios las facultades de goce de que se habían visto privados al constituirse tal derecho, lo que excluye que esta recuperación vaya precedida de transmisión alguna que suponga el devengo del impuesto"[31].

3. Producción de un incremento de valor del suelo

La última nota definitoria o elemento constitutivo del hecho imponible del IIVTNU viene representado por la manifestación o producción de un incremento de valor del suelo.

Como afirma Álvarez Arroyo, el incremento de valor "es la única manifestación de capacidad económica existente de entre los tres elementos que deben conjugarse para que nazca el hecho imponible, pues ni la clasificación de urbano ni la transmisión, por sí mismas pueden constituir ningún elemento de riqueza que sea susceptible de ser gravado, solo si de la conjunción de éstos se produce un incremento de valor estaremos ante el hecho imponible del Impuesto"[32].

La configuración técnica del IIVTNU hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021 aplicaba un porcentaje sobre el valor catastral del terreno al momento de producirse el devengo. Dicho porcentaje se obtenía

[30] Orón Moratal, *op. cit.*, p. 698.

[31] Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1999, Ponente D. José Mateo Díaz (RJ 1999, 563). En el mismo sentido, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2002, Ponente Dª. María Mercedes Castillo Solsona (JT 2002, 596).

[32] Álvarez Arroyo, *op. cit.*, p. 87.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en función del periodo de tiempo transcurrido desde la adquisición del bien hasta su posterior transmisión, en una escala graduada desde un mínimo de un año hasta un máximo de veinte. Dicho sistema de cálculo del incremento ha sido criticado por la doctrina. Entre otros, Menéndez García *et alii* afirman que este "mecanismo de determinación de la base imponible puede llevar a desvincular el impuesto del aumento real de valor experimentado por el terreno o incluso de la misma existencia de ese aumento de valor. Así sucederá si se entiende, con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que el resultado de ese mecanismo constituye una auténtica ficción legal, y no una presunción *iuris tantum* que admita la prueba en contrario de que el incremento de valor real es distinto o inexistente. Siendo esto así, este tercer elemento integrante del hecho imponible —aumento de valor— se dará por supuesto en todo caso, de tal forma que se realizará ese hecho imponible siempre que concurran los otros dos elementos, esto es, siempre que se produzca la transmisión de la propiedad de un terreno de naturaleza urbana o la constitución o transmisión de un derecho real de goce sobre el mismo"[33].

Las situaciones de crisis económica han puesto especialmente de relieve que no son infrecuentes las transmisiones de terrenos que no implican ningún tipo de incremento de valor del suelo, sino más bien todo lo contrario, la inexistencia de este. Lo que, como hemos señalado, ya venía siendo denunciado por un importante sector de la doctrina al considerar que en dichos casos se estaba gravando un incremento ficticio. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de mayo de 2017, declaró con fundamento en el alcance del principio de capacidad económica la inconstitucionalidad de los artículos 107.1º, 107.2º a) y 110.4º TRLHL, pero "únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor"[34]. Con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, no

[33] Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit.*, p. 288. *Vid*., también: Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., pp. 414-422; y Pérez Royo, *op. cit.*, p. 1096.

[34] Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo de 2017 (Pleno), publicada en le BOE de 15 de junio de 2017. Sobre el contenido de la sentencia, *vid.*, entre otros: Hernández Guijarro, F., «La determinación de la base imponible en el IIVTNU y los límites de la capacidad económica: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo de 2017 (Pleno). Cuestión de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2004, de e de marzo», *Crónica tributaria*, núm. 167/2018, pp. 247-255; y Pérez Royo, *op. cit*., pp. 1096-1098.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se podía exigir el pago del impuesto, por no producirse el hecho imponible, al contribuyente que probara la inexistencia de incremento de valor en la transmisión. Al circunscribir el Tribunal la inconstitucionalidad de dichos preceptos a la ausencia de incremento de valor, no estaba planteándose la constitucionalidad de su configuración puesto que como expresamente afirmó, el IIVTNU "no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquéllas que no presentan aumento de valor del terreno en el momento de la transmisión". Ni de su sistema de estimación objetiva para su determinación, ya que "es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto". Para Pérez Royo, la sentencia "lo único que se cuestiona es que el IIVTNU pueda exigirse en aquellos casos en que no exista incremento alguno en el valor del terreno objeto de la operación por la que se devengue el impuesto, ya que se estaría sometiendo a imposición una renta ficticia, esto es, una situación inexpresiva de capacidad económica alguna"[35].

Con posterioridad el Tribunal Constitucional dictó sentencia en fecha 31 de octubre de 2019, declarando la inconstitucionalidad del artículo 107.4º TRLHL en los términos previstos en la letra a) del Fundamento Jurídico 5: "… la anterior declaración de inconstitucionalidad no puede serlo, sin embargo, en todo caso, lo que privaría a las entidades locales del gravamen de capacidades económicas reales. En coherencia con la declaración parcial de inconstitucionalidad que hizo la STC 59/2017, el art. 107.4 TRLHL debe serlo únicamente en aquellos casos en los que la cuota a satisfacer es superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente. Eso sí, la inconstitucionalidad así apreciada no puede extenderse, sin embargo, como pretende el órgano judicial, al art. 108.1 TRLHL (tipo de gravamen), pues el vicio declarado se halla exclusiva-

[35] Pérez Royo, *op. cit*., p. 1097.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mente en la forma de determinar la base imponible y no en la de calcular la cuota tributaria…"[36].

Hasta el momento, el último capítulo judicial de la azarosa vida del II-VTNU ha tenido lugar con la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021[37] que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1º segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4º TRLHL en los términos previstos en el Fundamento Jurídico 6: "… la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad. Debe ser ahora el legislador (y no este tribunal), el que, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto para adecuarlo a las exigencias del art. 31.1 CE puestas de manifiesto en todos los pronunciamientos constitucionales sobre los preceptos legales ahora anulados, dado que a fecha de hoy han transcurrido más de cuatro años desde la publicación de la STC 59/2017 (BOE núm. 142, de 15 de junio). Como ya se recordó en la STC 126/2019, al tratarse de un impuesto local, corresponde al legislador estatal integrar el principio de reserva de ley en materia tributaria (arts. 31.3 y 133. 1 y 2 CE) como medio de preservar tanto la unidad del ordenamiento como una básica igualdad de posición de los contribuyentes en todo el territorio nacional (arts. 137 y 140 CE), garantizando con ello adicionalmente la suficiencia financiera de las entidades locales exigida por el art. 142 CE…"[38].

Finalmente, ha sido el Consejo de Ministros el que aprobó el pasado día 8 de noviembre el Real Decreto-ley 26/2021, que solventa el vacío normativo provocado por las anteriores inconstitucionalidades, adaptando el Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales a la reciente jurisprudencia

[36] Sentencia del Tribunal Constitucional 126/2019, de 31 de octubre de 2019 (Pleno), publicada en el BOE de 6 de diciembre de 2019.

[37] Consultar un interesante análisis del contenido, alcance y efectos de dicha sentencia en Ramos Prieto, *op. cit*., pp. 492-519.

[38] Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2021, de 26 de octubre de 2021 (Pleno), publicada en el BOE de 25 de noviembre de 2021.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del Tribunal Constitucional con relación al IIVTNU, adecuando el cálculo de la base imponible de dicho impuesto a la capacidad económica efectiva del sujeto pasivo. Así se garantiza que cuando no se obtenga una ganancia por la transmisión del inmueble no se tribute. Además, como se verá posteriormente, se establecen dos opciones para fijar la cuota tributaria.

IV. SUJETOS PASIVOS

El sujeto pasivo del IIVTNU se regula en el artículo 106 TRLHL, que distingue según la transmisión de terrenos o la constitución o transmisión de derechos reales limitados de goce derive de un negocio jurídico a título oneroso o a título lucrativo[39].

Será sujeto pasivo a título de contribuyente *"en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que transmita el terreno, o que constituya o transmita el derecho real de que se trate"*. Por tanto, será sujeto pasivo el transmitente, ya sea persona física o jurídica; o, en virtud del artículo 35.4 LGT: "*las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición"*. Para las transmisiones de terrenos o la constitución o transmisión de derechos reales de goce a título oneroso se prevé como sujeto pasivo sustituto del contribuyente a *"la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate, cuando el contribuyente sea una persona física no residente en España"* (artículo 35 1º b LGT). Un segundo supuesto de sustitución del contribuyente ha sido introducido como consecuencia de la situación de crisis económica por el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de deudores hipotecarios

[39] Sobre el sujeto pasivo del IIVTNU, *vid.*, entre otros: Álvarez Arroyo, *op. cit*., pp. 158-159; Casana Merino, *op. cit*., pp. 109-114; Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., pp. 443-445; Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit*., pp. 315-316; y Orón Moratal, *op. cit*., pp. 724-727.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sin recursos, cuyo artículo 2 indica que para los supuestos de dación de la vivienda en pago de deuda, "*tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas*".

Por el contrario, será sujeto pasivo a título de contribuyente "*en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título lucrativo, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate*" (artículo 35 1º a) LGT. Por tanto, será sujeto pasivo el adquirente, ya sea persona física o jurídica; o, en virtud del artículo 35.4 LGT: "*las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición*". No habiendo sido previsto para este tipo de transmisiones ningún sujeto pasivo sustituto del contribuyente.

Al ser objeto de nuestro estudio el pago del IIVTNU en las transmisiones *mortis causa*, el carácter gratuito o lucrativo de las mismas, impone que nos detengamos en este punto.

El tenor literal del artículo 35 1º a) LGT ha llevado a un amplio sector de la doctrina fiscalista a sostener, como indican Menéndez García *et alii*, que "es evidente que en las herencias con varios herederos, solo será contribuyente en concepto del IIVTNU el adquirente o, en su caso, los adquirentes, de terrenos de naturaleza urbana, no tributando el resto de los herederos"[40]. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de mayo de 1997[41] se pronunció sobre la transmisión hereditaria de un inmueble a favor de cuatro herederos, que como consecuencia de las operaciones divisorias acabó siendo adjudicado a dos de ellos en la partición. La sentencia estimó que no pueden considerarse como sujetos pasivos del IIVTNU a todos los instituidos herederos en el testamento, sino

[40] Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit.*, p. 316.

[41] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de mayo de 1997, Ponente Ernesto Eseverri Martínez (JT 1997, 566).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

únicamente a los que han resultado adjudicatarios del inmueble. La parte actora mantuvo que *"desde el momento del fallecimiento de la causante, el 9 de julio de 1991, hasta el de adjudicación de la herencia el 19 de noviembre de 1992, ha existido una comunidad hereditaria integrada por todos los herederos por lo que devengándose el tributo [art. 110.1, letra a), de la Ley 39/1988] en la fecha de la transmisión por causa de muerte y situándose ese momento en el del fallecimiento de la causante, a ese instante serían sujetos pasivos todos los herederos por partes iguales por lo que la liquidación tributaria debió girarse a todos ellos (lo fueron en número de cuatro) por cuartas partes"*. La Sala sostiene que dicho *"razonamiento no es posible aceptarlo pues de hacerlo, estaríamos admitiendo lo que la Ley 39/1988 no reconoce en modo alguno, ya que según su art. 107, a), es sujeto pasivo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, el adquirente del terreno y en esa condición sólo pueden situarse los adjudicatarios de los bienes constitutivos de la herencia una vez hecha la aceptación de la misma e individualizadas las cuotas particionales, aceptación y adjudicación de la herencia que en el caso de autos se produjo simultáneamente como se desprende del documento suscrito en Madrid el 19 de noviembre de 1992 ante el Notario de esa capital, don José María O. J. En consecuencia, como adquirentes del inmueble sujeto a gravamen por el IIVTNU al instante del fallecimiento de la causante, sólo pueden ser considerados doña María de las Nieves y don José Luis A. V., y así lo entendemos con independencia del momento posterior en que fueron adjudicados los terrenos heredados puesto que, como sostiene el Tribunal Supremo (Sentencia de 10 octubre 1988) "la participación hereditaria no constituye acto traslativo de la propiedad de los bienes, sino que es la modificación de un derecho impreciso por otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos", de donde en el caso de autos los efectos producidos a 19 de noviembre de 1992 en relación con los actores y relativos a la adjudicación de los bienes heredados hay que situarlos en el tiempo a 9 de julio de 1991, cuando falleció la madre de los demandantes, tal y como lo entendió la oficina municipal que diligenció las liquidaciones recurridas, siguiendo por lo demás, la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias de 22 enero y 5 junio 1993, 7 octubre 1995, y 30 septiembre 1996, por citar sus más recientes pronunciamientos. A mayor abundamiento, de admitir la tesis de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los actores estaríamos contemplando la situación producida por una masa hereditaria pendiente de adjudicación que, en cuanto patrimonio separado de sus titulares y susceptible de imposición, podría recibir el tratamiento previsto en el art. 33 de la Ley General Tributaria para los entes desprovistos de personalidad jurídica precepto, no obstante, que no es aplicable en el ámbito del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana por no preverlo expresamente su Ley reguladora (art. 107) y no debemos olvidar que los entes de derecho de ese art. 33 LGT sólo pueden tener eficacia en las Leyes tributarias que así se establezca, sin que por lo demás, el resultado al que nos conduciría la tributación de un ente sin personalidad jurídica discrepara de la reflejada en las liquidaciones combatidas, dado que el art. 39 LGT determina que todos los coherederos responderán en proporción a su participación hereditaria, sin perjuicio de la facultad administrativa de dirigirse solidariamente a todos ellos como deudores tributarios".

No obstante el tenor literal del artículo 35 1º a) LGT declarando como sujetos pasivos a los adquirentes del terreno, lo que nos conduce en el fenómeno sucesorio a las figuras de los herederos y legatarios, en la doctrina fiscal algunos autores se han manifestado en desacuerdo. Así, Simón Acosta ha afirmado que "en las sucesiones *mortis causa* hubiera sido preferible, según nuestra opinión, que se considerara sujeto pasivo al causante que transmite los bienes, porque así el impuesto se convertiría en una carga de la herencia de la que responderían todos los herederos, y no solamente la persona que en virtud de las operaciones de partición se adjudica el terreno gravado"[42].

No exactamente señalando a la herencia como sujeto pasivo del impuesto, pero sí planteándole dudas la idoneidad de que sea el heredero o legatario al que se le adjudique el terreno el que pague en exclusiva el impuesto, Álvarez Arroyo sostiene que "existen distorsiones del principio de capacidad económica, como es el caso de las adquisiciones *mortis causa*, donde existen varios herederos que van a concurrir a la herencia en pie

[42] Simón Acosta, E., «El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (II)», en Ferreiro Lapatza J. J. y Simón Acosta, E. (dirs.), *Manual de Derecho Tributario Local*, Barcelona, Escuela de la Administración Pública de Cataluña, 1987, p. 431.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de igualdad, pero que, uno de ellos, únicamente como consecuencia de la "formalidad" en que consisten las operaciones de partición va a recibir un terreno urbano, y consecuentemente, en virtud de la adjudicación va a ser contribuyente único (y sin lugar a dudas) del IIVTNU, cuando será más adecuado someter a gravamen por este Impuesto a todos los herederos, pues en definitiva son los perceptores por iguales partes del incremento de valor sometido a gravamen, mientras que quien tribute será uno sólo de ellos"[43]. También Gomar Sánchez *et alii* señalan que "las herencias suelen abarcar una pluralidad de bienes de distinta naturaleza. En ese conjunto que se transmite se pueden haber producido, desde que fueron adquiridos, distintos incrementos de valor heterogéneos según la naturaleza de los bienes. Cuando la masa hereditaria es distribuida entre los herederos por cuotas partes iguales sobre los distintos bienes que la integran la carga tributaria que representa el IIVTNU se reparte también de forma proporcional. La cuestión que puede plantearse es porque si en el caso en que los herederos se reparten los bienes dando lugar a que unos lleven inmuebles y otros no los primeros tienen que hacerse cargo de la totalidad de la plusvalía municipal puesta de manifiesto con la transmisión cuando la realidad es que en esa distribución todos se benefician del incremento del valor de aquellos, lo que se demuestra en que se está al valor de los inmuebles en el momento del fallecimiento a la hora de hacer la partición y no al que hubieran podido tener cuando se adquirieron"[44].

También han planteado problemas los supuestos en los que todavía no se ha procedido a realizar la partición hereditaria, pero procede liquidar el IIVTNU. Cuestión que ha recibido soluciones dispares en la práctica.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1977 consideró como sujeto pasivo a la comunidad hereditaria, sosteniendo que estará "formada por los bienes pendientes de asignación" y "gozará de personalidad jurídica-fiscal", conclusión esta, continúa la sentencia, que fluye "del artículo 33 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, que autoriza la consideración de sujetos pasivos a las herencia yacentes, comunidades de bienes y demás Entidades que, aun carentes de personalidad

[43] Álvarez Arroyo, *op. cit*., p. 159.
[44] Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., p. 444.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición"[45].

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de abril de 1999[46], en un supuesto en el que la herencia no había sido ni aceptada ni adjudicada, es decir, se encontraba yacente, indicaba que: *"si la transmisión se produjo con el fallecimiento de la causante, es claro que serán sujetos pasivos del impuesto las personas llamadas a la herencia, bien por voluntad del testador, o de lo contrario, por imperativo legal, sin que se haya vulnerado el art. 33 de la LGT, pues tal precepto establece que tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las Leyes Tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición. Pues bien, como quiera que conforme a lo establecido en el art. 107 de la LHL son sujetos pasivos del impuesto en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos de dominio a título lucrativo, el adquirente del terreno o la persona a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate, y dado que en el presente caso, según se nos dice no está aceptada la herencia, ni ésta ha sido adjudicada, cabe concluir que nos encontramos ante una herencia yacente, entendiendo como tal la que aún no está aludida, cualquiera que sea la causa de la dilación o suspensión, no tratándose por tanto, de una herencia indivisa, esto es, aceptada, y no repartida o adjudicada, en cuyo caso estaríamos ante una Comunidad de bienes especial. Siendo ello así, cabe concluir que la parte actora, como copartícipe o cotitular de una de las entidades a que se refiere el art. 33 de la LGT es sujeto pasivo del impuesto que nos ocupa, y careciendo la herencia yacente de personalidad jurídica, cabe concluir que la Administración Tributaria puede dirigirse a todos los herederos o a uno solo de los herederos que integran la misma, ya que en*

[45] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de diciembre de 1977, Ponente Jaime Rodríguez Hermida (Numero 4747 del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 1977).

[46] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) de 30 de abril de 1999, Ponente Valentín Jesús Varona Gutiérrez (JT 1999, 1195).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estos supuestos estamos ante una responsabilidad solidaria, procediendo en consecuencia desestimar igualmente tal motivo de impugnación"[47].

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1994[48] indica que "la cuestión objeto del presente recurso de apelación, se concreta en la determinación de si procede o no revocar la sentencia apelada, que en base al artículo 34 de la Ley General Tributaria de 28 diciembre 1963, desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la recurrente —ahora apelante— contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid de 30 noviembre 1984, que desestimó a su vez la reclamación sobre la liquidación girada por impuesto municipal sobre incremento del valor de los terrenos, y respecto de cuya cuestión dicha parte apelante se pronuncia en sentido afirmativo, dado que la liquidación referida se le notificó solamente a ella y no a los restantes herederos —cuatro— del bien adquirido por herencia de su madre, objeto de exacción. **SE**-

[47] En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 29 de abril de 2005, Ponente Concepción García Vicario (JT 2005, 1452): "*entendemos que no se ha producido una aceptación tácita de la herencia, y como quiera que conforme a lo establecido en el art. 107 de la LHL (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851) son sujetos pasivos del impuesto en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos de dominio a título oneroso, el transmitente del terreno o la persona que constituya o transmita el derecho real de que se trate, y dado que en el presente caso, según se ha dicho la herencia no está aceptada, ni ha sido adjudicada, cabe concluir que nos encontramos ante una herencia yacente, entendiendo como tal la que aún no está aceptada, cualquiera que sea la causa de la dilación o suspensión, no tratándose por tanto, de una herencia indivisa, esto es, aceptada, y no repartida o adjudicada, en cuyo caso estaríamos ante una Comunidad de bienes especial. Siendo ello así, cabe concluir que el recurrente, como copartícipe o cotitular de una de las entidades a que se refiere el art. 33 de la LGT (RCL 1963, 2490) es sujeto pasivo del impuesto que nos ocupa, y careciendo la herencia yacente de personalidad jurídica, la Administración Tributaria podía dirigirse a todos los herederos o a uno solo de los herederos que integran la misma, ya que en estos supuestos estamos ante una responsabilidad solidaria, procediendo en consecuencia desestimar tal motivo impugnatorio, máxime cuando todos los herederos de Doña Mercedes tenían fijado el domicilio a efectos de notificaciones en la CALLE000 núm. NUM000, NUM001. NUM002 Ávila, que es el domicilio del recurrente, tal y como se recoge en el Fundamento Jurídico Segundo, punto undécimo de la sentencia apelada, habiendo intervenido asimismo el actor como apoderado en nombre y representación de Doña Mercedes en la transmisión de la parcela resultante núm. NUM003, por lo que coincidimos con la sentencia apelada en considerar que la conducta seguida por el Ayuntamiento en cuanto la práctica de la liquidación tributaria no puede estimarse incorrecta en su conjunto, sobre todo, teniendo en cuenta el comportamiento del recurrente que ha incumplido sus deberes tributarios, no suministrando suficientes datos a la Administración*".

[48] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 20 de junio de 1994, Ponente José Moreno Moreno (RJ 1994, 4704).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

GUNDO.- Es cierto, que el artículo 34 de la Ley General Tributaria, establece la solidaridad cuando se produce "la concurrencia de dos o más titulares en el hecho imponible", pero también lo es, que si existe una delimitación de derechos que solo concurren sobre el mismo objeto, porque exista al mismo tiempo una delimitación de este mismo objeto en partes distintas diferenciadas, ello es incompatible con el concepto propio de comunidad, debiéndose igualmente tener presente que la solidaridad no se presume siendo excepción, por lo que ha de pactarse, fuera de los supuestos en que la Ley crea expresamente la solidaridad pasiva, pero aun en estos casos precisa de un principio de aceptación previa de la situación por la que presumiblemente se ha de responder solidariamente, ya que nadie puede estar llamado a pagar por otro sin haber admitido o consentido dicha situación previa. **TERCERO.**- De ahí, que a juicio de esta Sala, en el caso de autos, en que la recurrente —ahora apelante— adquirió en unión de sus cuatro hermanos por herencia de su madre, la finca exaccionada, por quintas e iguales partes, notificándosele a ella sola la liquidación conjunta, no pueda decirse exista un solo hecho imponible, sino cinco deudas impositivas —hechos imponibles—; lo que determina la necesidad de la notificación de la liquidación a los interesados en la herencia en la proporción lo que a cada uno corresponde, y ello, de conformidad con la Sentencia de esta Sala de 16 noviembre 1988, que en supuesto similar al presente, declara que, de acuerdo con los artículos 34 y 43.4 de la Ley General Tributaria cuando se trate de adquirentes de partes alícuotas fijas e individualizadas, determinantes de distintas y concretas cuotas tributarias, correspondientes a distintos titulares señalados con sus nombres y domicilios en la declaración presentada —caso de autos en que la presentación se verificó por un Gestor— [...] entonces el principio inspirador de tales preceptos exige, pues el contenido y efectos de la solidaridad no son plenos, que el mandato hubiera sido expresamente dado y aceptado, no solo para la formularia presentación de la declaración [...], sino, aún con más rigurosidad, para todas las consecuencias pecuniarias de ellas derivadas, lo que en el supuesto debatido no ha acaecido. **CUARTO.**- Por los fundamentos precedentes, procede estimar el presente recurso de apelación revocando la sentencia apelada, para que anulando la liquidación practicada, se proceda a sustituir esta por otras dirigidas a cada sujeto pasivo adquirente, en proporción a la cuota de adjudicación en la herencia,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ya que la anulada no se notificó a todos y cada uno de los herederos como debió hacerse de conformidad al artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo como interesados en la misma; sin pronunciamiento especial sobre las costas causadas, al no apreciarse la concurrencia de aquellas circunstancias a que se refieren los artículos 131 y concordantes de nuestra Ley Jurisdiccional"[49].

Por su parte, la Dirección General de Tributos en consulta vinculante de 27 de marzo de 2009[50] se pronunció a favor de considerar sujeto pasivo del IIVTNU a una comunidad hereditaria. La descripción de los hechos sometidos a la consulta fueron los siguientes: *"tras el fallecimiento el 01/04/08 de una persona sin haber otorgado testamento, se produce el consiguiente proceso sucesorio, existiendo dentro del caudal hereditario un terreno urbano. Se presentó el 16/05/08 en la Oficina Liquidadora el documento relativo a la liquidación de la herencia. El 15/01/09 el Juzgado declaró a los cuatro hermanos herederos a título universal. En febrero de 2009 se ha formalizado la partición parcial del caudal relicto mediante escritura ante notario. El terreno urbano se ha adjudicado a uno de los herederos"*. Dichos hechos llevan a la Dirección General de Tributos a afirmar que "*como consecuencia del fallecimiento del causante sin otorgar testamento, nos encontramos ante una herencia que se encuentra yacente desde el 1 de abril de 2008, integrando como parte de la herencia un terreno que se transmite en el momento del fallecimiento. Cuando posteriormente el Juzgado declara a los cuatro hermanos del causante herederos a título universal, habiéndose presentado anteriormente el documento relativo a la liquidación de la herencia se supone que se ha realizado la aceptación de la herencia retrotrayéndose*

[49] En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 29 de junio de 2001, Ponente Luis Manglano Sada (JT 2001, 274154): "*si el hecho imponible (incremento de valor puesto de manifiesto por la transmisión mortis causa de un inmueble urbano, art. 105 Ley de Haciendas Locales) afectó a los seis herederos de la causante, que adquirieron la finca por testamento, en pleno dominio y por sextas partes, resultará patente que serán sujetos pasivos del Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana los seis adquirientes de la finca, en razón a su respectiva sexta parte, tal como previene el art. 107-a) Ley de Haciendas Locales. En consecuencia, procedía por el Ayuntamiento de Cheste practicar tantas liquidaciones como sujetos pasivos hubiera y en proporción a sus respectivas adquisiciones inmobiliarias, haciendo cumplida notificación a cada contribuyente de su liquidación, en la forma legalmente establecida*".

[50] Consulta vinculante número V0618-09 de la Dirección General de Tributos de 27 de marzo de 2009 (JT 2009, 747).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la aceptación al momento del fallecimiento, determinándose el devengo y sujeción de la transmisión del terreno al IIVTNU, siendo el sujeto pasivo, de acuerdo con el artículo 106.1.a) del TRLHL la comunidad hereditaria es decir, los cuatro hermanos herederos a título universal. Además atendiendo al artículo 35.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, serán todos los hermanos obligados solidarios frente al cumplimiento en nuestro caso de todas las prestaciones en relación con el IIVTNU".

Por último, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencia de 21 de diciembre de 1999, estimó que *"la Administración demandada no puede girar el impuesto controvertido sobre la cuota abstracta que poseen los hijos en base al testamento, sino que debe esperar a la partición, es decir, a que se concreten los bienes y derechos sobre los que recaen sus derechos hereditarios"*[51].

Las distintas respuestas ofrecidas tanto por los diferentes Tribunales como por la Dirección General de Tributos atribuyendo la condición de sujetos pasivos del impuesto unas veces a la comunidad hereditaria, otras a la herencia yacente; a tantos sujetos pasivos como herederos, y por último al adjudicatario concreto del bien, ponen de manifiesto que nos encontramos ante una cuestión controvertida.

V. CUANTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La normativa (o vacío legal en su caso) para la cuantificación del IIVTNU dependerá, no agotando todas las posibilidades, de si la liquidación era firme antes de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 octubre de 2021; de si la liquidación había sido recurrida al dictarse dicha sentencia; de si el impuesto había sido devengado con anterioridad a la sentencia sin autoliquidación; si su devengo se produjo entre la sentencia y el Real Decreto-ley 26/2021; y por último, si se trata de impuestos devengados con posterioridad a la entra en vigor de dicho Real Decreto-ley[52].

[51] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 21 diciembre de 1999 (JT 1999, 2014), Ponente Pascual Martínez Espín.

[52] Sobre el alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos enjuiciados del TRLRHL y la controvertida limitación de efectos en cuanto a las situaciones

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

A continuación, nos vamos a centrar en la cuantificación del IIVTNU en las dos situaciones extremas en términos cronológicos. En primer lugar, en la cuantificación del impuesto en el supuesto de liquidación firme antes de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021; y en segundo, en el de las liquidaciones devengadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre.

1. Cuantificación del impuesto en el supuesto de liquidación firme antes de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021

La cuantificación del IIVTNU se obtenía mediante la operación de multiplicar la base imponible por el tipo de gravamen, ofreciendo como resultado la cuota íntegra. Obteniendo finalmente la cuota líquida aplicando a la cuota íntegra, en su caso, las bonificaciones establecidas por los distintos Ayuntamientos en sus respectivas Ordenanzas Municipales, y siempre de conformidad con el TRLHL[53].

El TRLHL dedicaba —y sigue dedicando en su regulación actual— los artículos 107 y 108 a la cuantificación del IIVTNU, concretamente a la base imponible, el primero; y al tipo de gravamen, la cuota íntegra y la cuota líquida, el segundo. Al estudio de estos elementos de cuantificación del impuesto vamos a dedicar este epígrafe, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que fueron declarados inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2.a) del artículo 107, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017, en la medida que sometían a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.

Como ya se ha indicado, el IIVTNU grava el incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana o de características especiales a efectos del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), sin tener en cuenta el incremento real obtenido por el contribuyente, llevando a cabo por tanto

revisables, consulta Ramos Prieto, *op. cit.*, pp. 515-519.

[53] Sobre la cuantificación del IIVTNU, *vid.*, entre otros: Álvarez Arroyo, *op. cit.*, pp. 164 y 201; Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit.*, pp. 450-461; Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit.*, pp. 317 y 327; Orón Moratal, *op. cit.*, pp. 730-755; Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 1106-1110.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

una especie de estimación objetiva de la base imponible. Dicha estimación objetiva de la base imponible del IIVTNU es el resultado de aplicar al valor del terreno en el momento del devengo el porcentaje que resulte de multiplicar el coeficiente anual de incremento establecido por la Ordenanza Municipal de la localidad donde se encuentre el terreno por el número de años completos que hayan transcurridos desde el devengo anterior, siempre que no excedan de 20 años (artículo 107.1 TRLHL).

Por tanto, son dos los factores que han de tenerse en cuenta para la fijación de la base imponible. Por un lado, el valor del terreno, y por otro, el porcentaje anual establecido por cada Ayuntamiento.

El valor del terreno, fijado siempre al momento del devengo, dependerá de si se transmite la propiedad o se transmite o constituye un derecho real limitado del dominio. En el primer supuesto, el valor del terreno vendrá establecido por el que tuviera determinado a efectos del IBI. Debe subrayarse que el IBI, en el supuesto más frecuente de existencia de una edificación, se desglosa por una parte, el valor del suelo o terreno y por otra, el de la construcción. Deberemos tener en cuenta exclusivamente el valor del suelo (artículo 107.2.a TRLHL)[54]. Si por el contrario se constituye o transmite un derecho real limitado de goce, se tomará en cuenta el valor determinado a efectos del IBI pero en el porcentaje que represente el valor de tales derechos calculados mediante las reglas establecidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados —ITPJAD—, según lo establecido en el artículo 107.2.b TRLHL.

Sobre el valor del terreno en el momento del devengo —o del porcentaje que corresponda en los supuestos de los derechos reales limitados de

[54] Con relación a este supuesto el artículo 107.2.a) efectúa dos precisiones: "*No obstante, cuando dicho valor sea consecuencia de una ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento aprobadas con posterioridad a la aprobación de la citada ponencia, se podrá liquidar provisionalmente este impuesto con arreglo a aquel. En estos casos, en la liquidación definitiva se aplicará el valor de los terrenos una vez se haya obtenido conforme a los procedimientos de valoración colectiva que se instruyan, referido a la fecha del devengo. Cuando esta fecha no coincida con la de efectividad de los nuevos valores catastrales, éstos se corregirán aplicando los coeficientes de actualización que correspondan, establecidos al efecto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Cuando el terreno, aun siendo de naturaleza urbana o integrado en un bien inmueble de características especiales, en el momento del devengo del impuesto, no tenga determinado valor catastral en dicho momento, el ayuntamiento podrá practicar la liquidación cuando el referido valor catastral sea determinado, refiriendo dicho valor al momento del devengo*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

goce—, se aplicará el porcentaje que resulte de multiplicar el número de años en los que se ha generado el incremento por el porcentaje atribuido por cada Ordenanza Municipal, sin que pueda exceder de los límites fijados por el artículo 107.4 TRLHL. Estos límites son los siguientes: a) Período de 1 hasta 5 años: 3,7. b) Período de hasta 10 años: 3,5. c) Período de hasta 15 años: 3,2. d) Período de hasta 20 años: 3.

En la determinación del porcentaje se deberán tener en cuentas las siguientes reglas: a) El incremento de valor puesto de relieve en cada operación gravada con el impuesto, deberá ser determinado con arreglo al porcentaje anual fijado por el Ayuntamiento para el período que comprenda el número de años de gestación del incremento. b) El porcentaje a aplicar sobre el valor del terreno, o su proporción —en el caso de transmisión o constitución de derechos reales limitados de goce—, en el momento del devengo es el resultado de multiplicar el porcentaje anual aplicable en cada caso concreto por el número de años a lo largo de los cuales se ha gestado el incremento del valor sujeto al impuesto. c) El período de gestación del incremento se tiene que calcular por años enteros, computados solo los años completos que integren dicho período, sin que a tales efectos puedan considerarse las fracciones de años de dicho período[55].

Una vez que se ha referido cómo se calcula la base imponible del IIVTNU, ponemos un ejemplo para completar la exposición. Nos centramos en una vivienda sita en la ciudad de Sevilla con un valor catastral de 144.804,33 € en el año 2018. De dicho valor catastral, la cantidad de 100.667,49 € corresponde al valor del suelo, y el resto, es decir la cantidad de 44.136,84 €, a la construcción. Dicha vivienda fue adquirida por su titular en el año 1990, por lo tanto, hace más de 20 años. Si en septiembre del año 2018 se hubiera producido su óbito, siendo instituidos en testamento como únicos y univer-

[55] En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 4 de abril de 2003 (RJ 2003, 3673), Ponente Ramón Rodríguez Arribas, se indica al objeto de fijar la fecha inicial para computar el número de años de generación de la plusvalía que "*en caso de extinción de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes que en la disolución de aquélla correspondan al fallecido se transmiten directamente a sus herederos, quedando en su caso, dicha transmisión, sujeta y no exenta, al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y siendo la fecha inicial del período impositivo la de adquisición de los bienes por la sociedad conyugal*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sales herederos por partes iguales dos sobrinos del *de cuius*, y por tanto devengado el IIVTNU, la base imponible se obtendría de la siguiente forma:

Valor catastral del suelo en el momento del devengo (de la transmisión por fallecimiento): 100.667,49 €.

Número de años completos transcurridos desde la anterior transmisión, es decir, período de gestación del impuesto (desde el año 1990 al 2018), o sea más de veinte años que es el límite máximo establecido en el TRLHL.

Coeficiente anual de incremento previsto en la Ordenanza Municipal de Sevilla para períodos de hasta veinte años: 3 (coincide con el período máximo establecido por Ley).

Cálculo del porcentaje aplicable sobre el valor catastral para la estimación del incremento de valor del terreno: 60 %, que resulta de multiplicar el coeficiente anual de 3 por el número de años transcurridos, que son veinte, límite legal.

La base imponible sería la cantidad de 60.400,50 €, es decir, el 60 % de los 100.667,49 € del valor del terreno en el momento del devengo.

Como ya se indicado, el artículo 108 TRLHL regula el tipo de gravamen, la cuota íntegra y la cuota líquida.

El tipo de gravamen del IIVTNU será el establecido por cada Ayuntamiento, sin que el mismo puede ser superior al 30 %. La ley permite que los Ayuntamientos puedan fijar un solo tipo de gravamen, o un tipo para cada uno de los períodos de cinco años previstos en el artículo 107.4 TRLHL. Siguiendo el ejemplo, en la ciudad de Sevilla la Ordenanza Municipal establece un tipo impositivo único de 26,8 %.

La cuota íntegra es el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen establecido por el correspondiente municipio. Por tanto, de la vivienda de Sevilla que es transmitida *mortis causa* a dos sobrinos del causante, y que tenía una base imponible de 60.400,50 €, siendo el tipo de gravamen único de 26,8 %, la cuota íntegra sería la cantidad de 16.187,36 €.

La cuota líquida será el resultado de aplicar, en su caso, determinadas bonificaciones sobre la cuota íntegra. Por tanto, habrá supuestos en los que la cuota íntegra y la líquida coincidan, y otras en las que por aplicación de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

bonificaciones no. El TRLHL en los apartados 4º, 5º y 6º de su artículo 108 permite que los Ayuntamientos puedan aplicar una serie de bonificaciones dentro de unos límites legales. En lo que respecta a las transmisiones *mortis causa*, el apartado 4 dispone que *"las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes"*. A ello debe añadirse que en el apartado 6º de dicho precepto se indica que *"la regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de las bonificaciones a que se refieren los apartados anteriores se establecerá en la ordenanza fiscal"*.

Si continuamos con el supuesto, en Sevilla, para devengos a partir del año 2017 se estableció un porcentaje de bonificación en las transmisiones *mortis causa* de la vivienda habitual del causante, que podría llegar hasta un 95 % siempre que concurrieran en el sujeto pasivo una serie de requisitos[56]. No obstante ello, que dichas bonificaciones, aplicables solo en casos determinados y singulares, tengan en cuenta ciertas circunstancias concurrentes en el sujeto pasivo, no desvirtúa la esencia de que el impuesto grave un incremento patrimonial que se genera en la esfera jurídica del transmitente.

[56] «Bonificación por transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual del causante. Requisitos: Que se trate de una transmisión *mortis causa* a favor del cónyuge, descendientes o adoptados y ascendientes o adoptantes. Se considera vivienda habitual del causante, la que tuviera tal consideración a efectos del IRPF durante el año de fallecimiento y el anterior. Se considerará prueba de ello el domicilio que conste en el Padrón Municipal de Habitantes. Que la vivienda permanezca en el patrimonio de los adquirentes durante los 3 años siguientes al fallecimiento. Que la autoliquidación se presente en plazo para declarar (6 meses desde el fallecimiento, prorrogables a un año). El porcentaje de bonificación dependerá del valor del suelo:

hasta 10.000 € 95 %.

entre 10.000 y 20.000 € 50 %.

entre 20.000 y 50.000 € 30 % mayor de 50.000 € sin bonificación.

No obstante, corresponde aplicar un porcentaje de bonificación del 95 % al sujeto pasivo en el que concurran los siguientes requisitos: Que hubiese figurado empadronado en el domicilio habitual del causante durante todo el ejercicio anual en que tuvo lugar el fallecimiento y todo el ejercicio anual anterior. Que el valor catastral completo de la vivienda no sea superior a 75.000 €».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2. Cuantificación del impuesto en el supuesto de liquidación devengada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre

La nueva redacción dada al artículo 107 TRLHL, relativo a la base imponible del IIVTNU, por el Real Decreto-ley 26/2021[57] viene a cubrir el vacío normativo provocado por la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1 segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLHL por la reciente sentencia de 26 de octubre de 2021[58], sobre el fundamento de afirmar que "el mantenimiento del actual sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible, por ser ajeno a la realidad del mercado inmobiliario y de la crisis económica, y, por tanto, al margen de la capacidad económica gravada por el impuesto y demostrada por el contribuyente, vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición (artículo 31.1 CE)"[59], en definitiva, como se indica en el propio Real Decreto-ley 26/2021 "con esta reforma se busca adecuar la base imponible del impuesto a la capacidad económica efectiva del contribuyente, permitiendo su contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con aquella"[60].

El actual artículo 107 TRLHL preceptúa dos opciones para determinar la cuota tributaria, permitiendo que el contribuyente sujeto pasivo opte, o se incline, por liquidar el impuesto por la que considere más beneficiosa, ya sea por estimación objetiva o estimación directa.

---

[57] Como indica Ramos Prieto "*en el Decreto-ley 26/2021, que retoca parcialmente los artículos 104, 107 y 110 del TRLRHL, podemos detectar a grandes trazos tres grandes novedades: inclusión de un nuevo supuesto de no sujeción, reconfiguración del sistema del sistema de estimación objetiva de la base imponible e introducción de la estimación directa de dicha base como alternativa*", *op. cit.*, p. 521.

[58] Dicha declaración de inconstitucionalidad de la determinación del cálculo de la base imponible tuvo una importante repercusión en el IIVTNU ya que «supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad».

[59] Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2021, de 26 de octubre de 2021 (Pleno), publicada en el BOE de 25 de noviembre de 2021.

[60] Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a) El sistema objetivo de determinación de la base imponible del impuesto se contiene en los párrafos 1º al 4º del artículo 107 TRLHL. Así la base imponible se determinará multiplicando el valor del terreno en el momento del devengo calculado conforme a lo establecido en los párrafos 2º y 3º, por el coeficiente que corresponda al periodo de generación conforme a lo previsto en el párrafo 4º. En definitiva, la base imponible se calculará multiplicando el valor catastral del terreno en el momento de la transmisión por los coeficientes que aprueben los Ayuntamientos.

Continuemos con el ejemplo: vivienda en la ciudad de Sevilla con un valor catastral de 144.804,33 € en el año 2022. De dicho valor catastral, la cantidad de 100.667,49 € corresponde al valor del suelo, y el resto, es decir la cantidad de 44.136,84 €, a la construcción. Dicha vivienda fue adquirida por su titular en el año 1990, por lo tanto, hace más de 20 años. Si en mayo del año 2022 se hubiera producido su óbito, siendo instituidos en testamento como únicos y universales herederos por partes iguales dos sobrinos del *de cuius*, y por tanto devengado el IIVTNU, la base imponible se obtendría de la siguiente forma:

Valor catastral del suelo en el momento del devengo (de la transmisión por fallecimiento): 100.667,49 €.

Número de años completos transcurridos desde la anterior transmisión, es decir período de gestación del impuesto (desde el año 1990 al 2022), más de veinte años, que es el límite máximo establecido en el TRLHL.

El coeficiente aplicable en el *"Artículo 8.- Base imponible"* de la Ordenanza Municipal reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aprobada provisionalmente por el Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 2022, elevándose a definitiva al no ser objeto de reclamación alguna, para períodos veinte años o más: 0,45 (coincide con el período máximo establecido por el Real Decreto-ley 26/2021).

La base imponible sería la cantidad de 45.300,37 €, resultado de multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo, es decir la cantidad de 100.667,49 €, por el coeficiente que corresponde en función del número de años completos transcurridos, es decir 0,45, al haber transcurrido más de veinte años.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Como se ha indicado antes, el artículo 108 TRLHL regula el tipo de gravamen, la cuota íntegra y la cuota líquida.

El tipo de gravamen del IIVTNU será el establecido por cada Ayuntamiento, sin que el mismo puede ser superior al 30 %. La ley permite que los Ayuntamientos puedan fijar un solo tipo de gravamen, o un tipo para cada uno de los períodos de generación del incremento de valor indicados en el apartado 4 del artículo 107 TRLHL. En la ciudad de Sevilla, la Ordenanza Municipal establece en el *"Artículo 12.- Tipo de gravamen. Cuota íntegra y cuota líquida"* un tipo impositivo único del 26,8 %.

La cuota íntegra es el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen establecido por el correspondiente municipio. Por tanto, de la vivienda que es transmitida *mortis causa* a dos sobrinos del causante, y que tenía una base imponible de 45.300,37 €, siendo el tipo de gravamen único de 26,8 %, la cuota íntegra sería la cantidad de 12.140,49 €.

La cuota líquida será el resultado de aplicar, en su caso, determinadas bonificaciones sobre la cuota íntegra. Habrá supuestos en los que la cuota íntegra y la liquida coincidan, y otras, en las que por aplicación de bonificaciones no. En particular, el párrafo 2º del artículo 12 de la Ordenanza Municipal de Sevilla se dispone que "la cuota líquida será el resultado de minorar, en su caso, la cuota íntegra en el importe de las bonificaciones que resultaran de aplicación según lo dispuesto en la Ordenanza fiscal de medidas de solidaridad social, impulso de la actividad económica y fomento del empleo".

Debe subrayarse que el sistema objetivo de determinación de la base imponible se convierte en un sistema optativo, que solo resultará de aplicación en aquellos casos en que el sujeto pasivo no haga uso del sistema de estimación directa que analizamos a continuación.

b) El sistema directo de determinación de la base imponible del impuesto se contiene en el apartado 5º del artículo 107 TRLHL: "cuando, a instancia del sujeto pasivo, conforme al procedimiento estableciendo en el artículo 104.5, se constate que el importe del incremento de valor es inferior al importe de la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se tomará como base imponible

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el importe de dicho incremento de valor". Si acudimos al apartado 5º del artículo 104 TRLHL en el mismo se preceptúa que "cuando se trate de la transmisión de un inmueble en el que haya suelo y construcción, se tomará como valor del suelo a estos efectos el que resulte de aplicar la proporción que represente en la fecha del devengo del impuesto el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total y esta proporción se aplicará tanto al valor de transmisión como, en su caso, al de adquisición. Si la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas de los párrafos anteriores tomando, en su caso, por el primero de los dos valores a comparar señalados anteriormente, el declarado en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones".

Prosigamos con el ejemplo: vivienda en la ciudad de Sevilla con un valor catastral de 144.804,33 € en el año 2022. De dicho valor catastral la cantidad de 100.667,49 € corresponde al valor del suelo, y el resto, es decir la cantidad de 44.136,84 €, a la construcción. Del 100 % del valor catastral total corresponde al valor del suelo el 69,51 % y al de la construcción el 30,49 %. Dicha vivienda fue adquirida por su titular en el año 1990, por un importe de 27.000.000 de pesetas equivalentes a 162.000 €. Si en mayo del año 2022 se hubiera producido su óbito, siendo instituidos en testamento como únicos y universales herederos por partes iguales dos sobrinos del *de cuius*, y por tanto devengado el IIVTNU, la base imponible se obtendría de la siguiente forma:

Si el valor de adquisición de la vivienda fueron 162.000 €, el valor del suelo a estos efectos será el que resulte de aplicar la proporción que representa a la fecha del devengo del impuesto el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total, es decir, se calculará como valor del suelo el 69,51 % de 162.000 € que es la cantidad de 112.606,20 €.

Al tratarse de una transmisión *mortis causa*, y por tanto lucrativa, se aplicarán las mismas reglas que sobre el valor de adquisición de la vivienda, pero tomando como valor de transmisión el declarado en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, esto es 370.000 €. Para calcular el valor del suelo a estos efectos se aplicará el 69,51 % a 370.000 € dando como resultado el importe de 257.187 €.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

De los anteriores cálculos se deduce que la sucesión *mortis causa* en la vivienda de nuestro ejemplo se encuentra sujeta al IIVTNU ya que ha quedado constatada la existencia de incremento de valor por la diferencia entre el valor de transmisión del suelo, es decir, 257.187 €, y el de adquisición del mismo, 112.606,20 €, lo que da como resultado un importe de 144.580,80 €.

La base imponible por estimación directa sería la cantidad de 65.061,36 €, que es el resultado de multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo, es decir, la cantidad de 144.580,80 €, por el coeficiente que corresponde en función del número de años completos transcurridos, es decir 0,45, al haber transcurrido más de veinte años.

Si comparamos la base imponible por estimación objetiva, que es la cantidad de 45.300,37 €, con la base imponible por estimación directa, que es la cantidad de 65.061,36 €, se aprecia claramente que el sistema de estimación objetiva es más beneficioso para el contribuyente. Parece que, en la práctica diaria, puede que pocas veces la base imponible por estimación directa sea inferior a la objetiva, teniendo en cuenta que estas nuevas fórmulas de cálculo de la base imponible todavía no tienen un año de vigencia.

Por último, para finalizar las operaciones, calculamos cuánto tendrían que pagarse por IIVTNU siguiendo el sistema de estimación directa. Como ya se ha indicado, la cuota íntegra es el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen establecido por el correspondiente municipio. Por tanto, si a la base imponible, es decir, 65.061,36 €, se le aplica el tipo de gravamen único establecido es Sevilla que es de 26,8 %, la cuota íntegra de 17.436,44 €. Por último, la cuota líquida que será el resultado de aplicar, en su caso, determinadas bonificaciones sobre la cuota íntegra.

VI. DEVENGO

Al analizar las características del IIVTNU indicamos que tiene carácter instantáneo, ya que su hecho imponible se manifiesta en un momento concreto, la transmisión de la propiedad o la constitución o transmisión de un derecho real limitado de goce. Por tanto, será cuando se produzca o perfeccione dicha transmisión o constitución cuando quede fijado el momento del devengo, es decir, cuando se consuma el negocio jurídico que pone de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

manifiesto el incremento de valor que grava el impuesto, surgiendo el nacimiento de la obligación tributaria[61].

El artículo 109 TRLHL regula el devengo del IIVTNU indicando que: *"el impuesto se devenga: a) Cuando se transmita la propiedad del terreno, ya sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, en la fecha de la transmisión. b) Cuando se constituya o transmita cualquier derecho real de goce limitativo del dominio, en la fecha en que tenga lugar la constitución o transmisión"*.

El momento en el que se entiende transmitida la propiedad nos conduce a la regulación del Código civil, y, concretamente en el supuesto de las transmisiones *mortis causa*, a sus artículos 657[62] que dispone que: *"los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte"* y 661[63] que establece que *"los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones"*. En las transmisiones *mortis causa* el criterio jurisprudencial[64] es considerar que el devengo se

[61] Sobre el devengo del IIVTNU, *vid.*, entre otros: Álvarez Arroyo, *op. cit*., pp. 203 y 222; Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., pp. 464-471; Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, *op. cit*., pp. 309 y 314; Orón Moratal, *op. cit*., pp. 719-723; Pérez Royo, *op. cit*., pp. 1110-1111.

[62] Sobre el artículo 657 CC, *vid.*, entre otros: Álvarez Lata, N., «Comentario al artículo 657 del Código civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 901 y 902; y Sancho Rebullida, F. de A., «Comentario al artículo 657 del Código civil», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce De León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1657 y 1658.

[63] Sobre el artículo 661 CC, *vid.*, entre otros: Albaladejo García, M., «Comentario al artículo 661 del Código civil», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IX, Madrid, Edersa, 1990, pp. 55-65; Martín Pérez, J. A., «Comentario al artículo 661 del Código civil», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.): *Código Civil Comentado*, Volumen II, 2ª. ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 253-257; y Sancho Rebullida, F. de A., «Comentario al artículo 661 del Código civil», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce De León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1666-1668.

[64] La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 30 de septiembre de 1996, Ponente Fernando Ledesma Bartret (RJ 1996, 6672), reiterando el tenor literal de pronunciamientos anteriores, afirma que: "*la fecha del devengo de las transmisiones dominicales inmobiliarias por herencia o sucesión abintestato tiene lugar el día del fallecimiento del causante transmitente, no cuando se formaliza la protocolización de las operaciones particionales del caudal hereditario*". En el mismo sentido las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de febrero de 1997, Ponente Ángel García Fontanet (JT 1997, 359); de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

produce el día de la muerte del causante, momento al que se retrotraen los efectos de la aceptación de la herencia.

En lo que respecta a los derechos reales limitados de goce, la normativa fiscal considera que se produce el devengo en la fecha en la que se haya constituido o transmitido el mismo, lo que nos remite a los requisitos establecidos en el Código civil, así como a su normativa complementaria. Por ejemplo, si el testador dispone en una cláusula la constitución de un derecho de superficie sobre un bien inmueble de su propiedad a favor de un heredero o legatario, dicho derecho quedará constituido al inscribirse en el Registro de la Propiedad la correspondiente escritura pública (artículos 53.2[65] y 65.1.a[66] del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), por lo que el día de dicha inscripción será el que determine el devengo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de noviembre de 2003[67] se pronunció sobre el momento del devengo de la constitución de un usufructo legal sobre una finca a favor de la viuda al

14 de marzo de 1999, Ponente Javier Barcelona Llop (JT 1999, 560); y de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) de 18 de marzo de 1999, Ponente Isaac Merino Jara (JT 1999, 587). No obstante, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de junio de 1997, Ponente Juan Ignacio Moreno-Luque Casariego (JT 1997, 1291) entendió que el devengo del impuesto a efectos del cómputo de la prescripción, no se produce hasta la aceptación de la herencia por el heredero, al no poder girarse hasta esa fecha las correspondientes liquidaciones por no conocerse la persona del sujeto pasivo, aun cuando a efectos de la determinación de la plusvalía, ha de tomarse como fecha final del período de generación de la misma la del fallecimiento del causante.

[65] Artículo 53.2 TRLSRU: "*Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años*".

[66] Artículo 65.1.a) TRLSRU: "*1. Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: a) Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las edificaciones*".

[67] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 24 de noviembre de 2003, Ponente Ernesto Eseverri Martínez (JUR 2004, 28184): "*el devengo se produce en la fecha de la constitución de ese derecho (artículo 110.1, letra b, de la Ley 39/1988) que no puede ser otra, que aquella en que, por adición del inmueble a la masa hereditaria, se reconoce ese derecho en la persona de la actora lo que, en el caso enjuiciado, ha tenido lugar con ocasión de la documentación es escritura pública de 11 de octubre de 1994 de la adición del inmueble a la herencia y siendo así que las actuaciones inspectoras se llevan a cabo en el año 1996, resulta evidente que no es de aplicación al caso los presupuesto del artículo 64 de la Ley General Tributaria a propósito de la prescripción*".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

amparo del artículo 834 CC, sosteniendo que el devengo del IIVTNU se producía en la fecha de otorgamiento en escritura pública de la adición del inmueble a la herencia.

También debe tenerse en cuenta el párrafo 4º del artículo 109 TRLHL que dispone que "*en los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código Civil. Si fuese suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla. Si la condición fuese resolutoria, se exigirá el impuesto desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución según la regla del apartado anterior*".

En la sucesión testamentaria es perfectamente posible que se realicen atribuciones, ya sea a título de heredero o de legatario, sometidas a condición. El artículo 790 CC indica que "*las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición*". Los artículos 790 a 805 CC se dedican a la regulación de la institución de herederos y los legados sometidos a condición o término. En dichos preceptos no solo encuentran amparo legal las condiciones suspensivas y resolutorias, sino también las potestativas y las designaciones sometidas a término.

La regulación del IIVTNU únicamente contempla la condición suspensiva y la resolutoria. En las condiciones suspensivas no se producirá el devengo del impuesto hasta que la condición se cumpla, solución que resulta lógica, ya que la delación no se produce hasta que no se cumpla la condición. Una vez cumplida la misma, el llamado podrá aceptar o repudiar la herencia. En lo que respecta a las condiciones resolutorias, se produce el devengo desde el fallecimiento del causante, si bien en el supuesto de que la condición llegue a cumplirse, el que inicialmente fue designado beneficiario del testador tendrá derecho a la devolución del impuesto pagado.

A lo anterior debe añadirse que, una vez producido el devengo, el sujeto pasivo tiene la obligación de presentar en el Ayuntamiento correspondiente la declaración que determine la Ordenanza Municipal aplicable. Dicha declaración debe ser presentada en los supuestos de adquisiciones *mortis causa* en el plazo de seis meses, prorrogables, siempre a petición del interesado, hasta un año (artículo 110.2.b).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

VII. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INCLUSIÓN EN EL PASIVO DE LA HERENCIA DEL PAGO DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA MUNICIPAL

Aunque somos conscientes de que los terrenos tributarios y civil son muy distintos, consideramos que existen sólidos argumentos para sostener que el importe del impuesto de plusvalía municipal devengado por la transmisión *mortis causa* tendría que ser incluido en el pasivo hereditario del transmitente-causante. La consideración de dicho pago como pasivo hereditario a efectos civiles, su computación dentro del caudal hereditario, y por tanto su protagonismo en la partición hereditaria, que es el propósito del presente estudio, también nos conduce a sostener que en el plano fiscal debería de modificarse el apartado a) del artículo 106.1 TRLHL ya referido en su apartado correspondiente. Dicha letra a) debería distinguir entre las transmisiones de terrenos o la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título lucrativo *inter vivos* y *mortis causa*. Para las primeras, es decir, las realizadas a título lucrativo *inter vivos*, tendría que designarse sujeto pasivo a la persona física o jurídica, o a la entidad que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, también ya referido en su momento, que transmita el terreno o que constituya o transmita el derecho real de que se trate. Para las segundas, es decir, las realizadas a título lucrativo *mortis causa*, tendría que designarse sujeto pasivo al causante.

A continuación, nos centraremos en analizar los argumentos que justificarían la inclusión del pago de la plusvalía municipal en el pasivo hereditario desde el plano civil, algunos de los cuales también serían válidos para apoyar la propuesta de *lege ferenda* anteriormente indicada. Dichos argumentos son los siguientes:

I) La plusvalía municipal grava el incremento de valor que experimenta un terreno desde que el transmitente lo adquiere hasta que lo transmite (entiéndase en lo sucesivo también cuando constituye y transmite un derecho real limitado de goce, excepto la servidumbre). Por lo tanto, se tiene en cuenta el periodo transcurrido desde la adquisición hasta la transmisión. Que el hecho imponible se produzca cuando el negocio jurídico correspon-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

diente saca a la luz la plusvalía gravada por el impuesto, no es óbice para que dicho incremento o plusvalía se haya generado en la esfera patrimonial del que adquirió el terreno, y ahora lo transmite. Por ello, que lo correcto debería ser, como ocurre en los supuestos de transmisiones onerosas, que el mismo patrimonio que experimenta el incremento, además de haberse beneficiado de los frutos que haya podido producir la explotación del terreno, sea el que soporte el pago del impuesto, ya que es el que se ha beneficiado del mismo, y ello con independencia de que la transmisión se produzca a título oneroso o lucrativo, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*.

II) El anterior argumento debe conectarse con el principio de capacidad económica como criterio de la tributación enunciado en el artículo 31.1 de la Constitución Española (en adelante, CE). La capacidad contributiva del sujeto pasivo se pone de manifiesto como consecuencia del incremento de valor o plusvalía generada por la transmisión, pero dicha capacidad contributiva que se ha puesto de manifiesto lo ha hecho en el patrimonio del causante transmitente del terreno, no en el del heredero o legatario adjudicatario del mismo. Por tanto, tendría que tener la condición de sujeto pasivo de la plusvalía el transmitente-causante del terreno que detenta la capacidad económica que se pretende gravar. Que se produzca su óbito no deberá justificar que se traslade dicha obligación tributaria al adquirente *mortis causa* del bien.

En las páginas precedentes se ha analizado cómo la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 declaró inconstitucional el anterior sistema de fijación de la base imponible del impuesto al estimar en su configuración legal una vulneración del principio de justicia tributaria previsto en el artículo 31.1 CE: el principio de capacidad económica. A la vista de ello, podríamos preguntarnos ¿Se estará vulnerando dicho principio, cuando el apartado a) del artículo 106.1 TRLHL dispone que en las transmisiones a título lucrativo el sujeto pasivo es el adquirente del terreno? Como indica Ramos Prieto el principio de capacidad económica constituye un "pilar del ordenamiento tributario al que la doctrina suele atribuir una triple función… En segundo lugar, actúa como un límite que debe respetar el legislador al configurar los tributos, reclamando que estos solo recaigan sobre quienes llevan a cabo actos, hechos o negocios jurídicos que sean indicativos o reveladores, directa o indirectamente, de capacidad económi-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ca"[68]. Si en base a dicho principio el legislador deber buscar los incrementos imponibles allí donde se encuentren o manifiesten, reiteramos que el incremento se produce o se genera en el patrimonio del transmitente.

III) Si bien el tenor literal del artículo 106 TRLHL es claro en cuanto a la determinación del sujeto pasivo del impuesto, ya sea en las transmisiones a título oneroso o lucrativo, llama la atención que en virtud del artículo 35.4 LGT puedan ser sujetos pasivos las herencias yacentes, las comunidades de bienes, y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición. Lo anterior refleja que la elección de la ley como sujeto pasivo para las transmisiones lucrativas *mortis causa* al adquirente del terreno, no obedeció a aspectos estéticos por no querer gravar con un impuesto a un fallecido, es decir, a una herencia yacente o incluso a una comunidad hereditaria, puesto que el artículo 35.4 LGT sí lo contempla. Dada la propia anatomía de la plusvalía no encontramos ningún argumento que justifique que siendo el sujeto pasivo en las transmisiones a título oneroso el transmitente, se produzca un giro copernicano en las transmisiones a título lucrativo con la designación como sujeto pasivo al adquirente. Anteriormente ya se ha visto como algunos autores se han mostrado en desacuerdo con que en las transmisiones hereditarias sea el adquirente del terreno el sujeto pasivo del impuesto[69].

IV) La forma de cuantificación del impuesto se fija, antes y después del Real Decreto-ley 26/2021, teniendo en cuenta el número de años completos que hayan transcurridos desde que el terreno fue adquirido hasta su transmisión. En el supuesto que nos ocupa desde que se produce la transmisión como consecuencia del fallecimiento, siempre que no excedan de veinte años. No compartimos que al adquirente *mortis causa*, o, mejor dicho, a su esfera patrimonial, le tenga que afectar o causar un gravamen el mayor o menor número de años que hayan transcurridos desde que el causante adquirió el terreno. O, en su caso, el precio de adquisición del terreno en la cuantificación de la obligación después de la entrada en vigor del Real-Decreto ley 26/2021 mediante el sistema de estimación directa. Todo ello, por-

[68] Ramos Prieto, *op. cit*., pp. 495 y 496.

[69] Simón Acosta, *op. cit*., p. 431; Álvarez Arroyo, *op. cit*., p. 159; y Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., p. 444.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

que dicho adquirente *mortis causa* nada tuvo que ver en la primitiva adquisición ni en su precio.

V) Consideramos también criticable el momento en el que nace la obligación de pagar el impuesto, es decir, su devengo, así como el plazo de presentación del mismo. Como se analizó anteriormente, el apartado 1º del artículo 109 TRLHL preceptúa que: *"el impuesto se devenga: a) Cuando se transmita la propiedad del terreno, ya sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, en la fecha de la transmisión. b) Cuando se constituya o transmita cualquier derecho real de goce limitativo del dominio, en la fecha en que tenga lugar la constitución o transmisión"*. Producido el devengo, el sujeto pasivo tiene la obligación de presentar en el Ayuntamiento correspondiente la declaración que determine la Ordenanza Municipal aplicable en los supuestos de adquisiciones *mortis causa* en el plazo de seis meses, prorrogables, siempre a petición del interesado, hasta un año (artículo 110.2.b).

No parece lógico que sea exigible el pago del impuesto, ni que comience a correr el plazo de seis meses para presentar la declaración del mismo si aún no se ha determinado el futuro adquirente del bien. La casuística por la que no esté determinado el mismo es muy amplia:

- Que se desconozca si existe testamento notarial abierto, ya que desde que se produce el óbito del causante hasta que se obtiene el certificado de defunción y con el mismo el certificado de actos de última voluntad pueden pasar algunas semanas.
- Además, en el caso de haberse otorgado algún testamento, se tendrá que solicitar copia autorizada del mismo para conocer quiénes son los llamados a la herencia.
- A mayores, los testamentos pueden ser objeto de impugnaciones judiciales que obviamente retrasan el resultado definitivo de los llamados a la herencia.
- En el caso de testamentos ológrafos que deben pasar el filtro de su protocolización y adveración.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

– En los supuestos de sucesión intestada o legal, al estar pendiente de la finalización mediante Acta de Declaración de Herederos Abintestatos.

Por lo anterior, debe colegirse que no resulta coherente que se produzca el devengo del impuesto a la fecha del óbito del causante si aún no están concretados los herederos.

Los anteriores problemas que plantea el devengo del impuesto y el plazo de seis meses para realizar la declaración hacen solo referencia a la determinación de los llamados a la herencia, y aún mayores problemas podrían plantear las disputas y litigios hereditarios en los que pueden verse envueltos los sucesores del causante. Ello sin contar con el posible protagonismo de acreedores o de que el causante estuviera en concurso, etc.[70].

De otro lado, el párrafo 4º del artículo 109 TRLHL que dispone que *"en los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código Civil. Si fuese suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla. Si la condición fuese resolutoria, se exigirá el impuesto desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución según la regla del apartado anterior"*. No obstante ello, el amplio abanico de posibilidades que, por obra de la autonomía de la voluntad del testador,

[70] En la doctrina tributaria se han pronunciado sobre los problemas que plantea el plazo de seis meses para la declaración del impuesto Menéndez García, Rodríguez Montañés y Guilarte Gutiérrez, afirmando que "*no podemos dejar de advertir sobre los problemas de orden práctico que suscita el cómputo y cumplimiento de este plazo de declaración en los casos de adquisiciones mortis causa. En ellos, aunque el plazo es más largo y se extiende hasta los seis meses, lo cierto es que muchas veces no es suficiente a la vista de las posibles controversias y litigios que con gran frecuencia surgen entre los distintos interesados en la sucesión y, en concreto, en la partición de los bienes. Hemos de pensar en aquellos casos en que al fallecimiento del causante concurren varios herederos y éstos han de ponerse de acuerdo para llevar a cabo la partición hereditaria y la determinación y la determinación del haber que corresponde a cada uno, normalmente el plazo de seis meses transcurre sin que se haya producido esa adjudicación del caudal relicto y, en su caso, de los inmuebles que lo integran. Esta situación se prolongará durante años en caso de que exista algún litigio sobre la herencia. En tal situación, vencido el plazo de seis meses o incluso su prórroga, no se sabrá todavía quién es el adjudicatario final de los bienes integrantes en causal hereditario y, por tanto, se desconocerá quién es el obligado a presentar la declaración del IIVTNU. Ello provocará que quienes representen a la herencia (por ejemplo, los albaceas si existen) o quienes formen en conjunto la comunidad de herederos deban efectuar la declaración o, en su caso, autoliquidación, aun cuando no tengan la certeza sobre quién será finalmente el sujeto pasivo del impuesto*", *op. cit.*, p. 329.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

puedan plasmarse en las cláusulas de un testamento provocan plantearse qué ocurriría en algunos supuestos, frecuentes la práctica testamentaria, no contemplados expresamente por la regulación del impuesto. Sin ánimo de agotarlos todos, nos referimos no solo a disposiciones sometidas a condición modal o a término, sino también a las sustituciones fideicomisarias, ya sean puras o de residuo, y la constitución de usufructos o derechos de habitación alternativos en los que testamentariamente se conceda bien al heredero o al usufructuario, o en su caso habitacionista, el derecho a elegir sobre qué inmueble desean que se constituya su derecho.

Consideramos que los anteriores problemas que plantean el devengo y el plazo de presentación del impuesto serían solventados si dicha obligación tributaria recayera sobre el causante que transmite sus bienes, sobre su patrimonio, sobre el caudal hereditario. Resultando por tanto exigible el pago desde el fallecimiento del causante, y afrontándose el mismo, bien con cargo a dicho caudal hereditario —sea por la actuación de un albacea contador partidor, o en su defecto, en función de la fase en que se encuentre el proceso sucesorio por la herencia yacente o la comunidad hereditaria—, o bien por algún sucesor con su propio patrimonio teniendo un posterior derecho de reembolso. Y todo ello con independencia del sucesor que acabe adjudicándose el inmueble.

VI) En el epígrafe en el que se ha analizado la cuantificación tributaria del impuesto se ha puesto como ejemplo para el cálculo de la cuota íntegra (equivalente o no a la cuota líquida en el supuesto de concurrir o no alguna bonificación), el de una vivienda en la ciudad de Sevilla con un valor catastral de 144.804,33 € en el año 2018. De dicho valor catastral, la cantidad de 100.667,49 € corresponde al valor del suelo, y el resto, es decir la cantidad de 44.136,84 €, a la construcción. Dicha vivienda fue adquirida por su titular en el año 1990, por lo tanto, hace más de 20 años. Si en septiembre del año 2018 se hubiera producido su óbito, siendo instituidos en testamento como únicos y universales herederos por partes iguales dos sobrinos del *de cuius*, y por tanto devengándose el IIVTNU, no resultándoles aplicable ninguna de las bonificaciones reguladas, les obligaría a pagar una cuota líquida por dicho impuesto de 16.187,36 € a los dos por partes iguales, o de 12.140,49 € o de 17.436,44 €, en función del momento y sistema de estimación que se hubiera empleado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Pero si de consuno ambos herederos, al constituir dicho inmueble, el único bien de la herencia pactaran adjudicárselo uno de ellos, abonando el adjudicatario en efectivo metálico —o en cualquier otro medio de pago legalmente admitido— la mitad del valor de dicho inmueble al otro sobrino heredero, siguiendo lo preceptuado en el artículo 106.1º a) TRLHL, será dicho adjudicatario de la totalidad del inmueble el sujeto pasivo a título de contribuyente del pago del impuesto en su integridad. Es decir, de los 16.187,36 € (o de 12.140,49 € o de 17.436,44 €). Si por ejemplo dicho inmueble hubiera sido valorado en el inventario de la correspondiente Escritura de Herencia por un importe de 200.000 €, el heredero al que se le ha pagado en efectivo metálico su mitad en la herencia recibiría la cantidad de 100.000 € de manos del otro. Por el contrario, el heredero adjudicatario adquiere el inmueble por 200.000 €, le paga a su primo la cantidad de 100.000 €, y además tiene que pagar el impuesto, por lo que en realidad está heredando la cantidad de 83.812,64 € (200.000 € -100.000 € - 16.187,36 €: 83.812,64 €).

En definitiva, de forma indirecta, el heredero adjudicatario acabará heredando menos. Lo anterior nos hace pensar que el vigente artículo 106.1º a) TRLHL vulnera el principio *voluntas testantis suprema lex testamenti*. La voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión, a salvo lo dispuesto por las normas imperativas del Código civil en materia sucesoria. Si la voluntad del *de cuius* era que sus dos sobrinos heredaran por partes iguales, no es respetuoso con dicha última voluntad que sea el sobrino heredero adjudicatario del inmueble el que tenga que afrontar el pago del IIVTNU. Además de incumplirse dicha última voluntad, no consideramos justificado que, como consecuencia de las operaciones particionales entre los herederos de las concretas adjudicaciones de bienes, se haga a uno de peor condición que a otro, cuando, insistimos, la última voluntad del testador es que hereden los dos por partes iguales.

VII) En algunos supuestos la aplicación del artículo 106.1º a) TRLHL podría provocar la vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Pongamos un ejemplo partiendo de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, sede de Málaga, que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

2021. Aunque en el supuesto de Autos se trataba de una transmisión *inter vivos*, las mismas reglas para la cuantificación del impuesto resultaban aplicables a las *mortis causa*. De dicha transmisión resultó una base imponible de 254.567,98 €, conforme a las reglas del entonces vigente artículo 107 TRLHL. Una vez aplicado el tipo de gravamen previsto en la Ordenanza Municipal correspondiente del 27,50, el resultado de la cuota tributaria fue de 70.006,19 €.

Imaginemos que la anterior cuota tributaria hubiera derivado de la siguiente partición hereditaria. La señora Carmen otorgó testamento con las siguientes disposiciones testamentarias: "*Primera.- Lego a mi único hijo Antonio el tercio de legítima estricta. Segunda.- Instituyo por mi única y universal heredera a mi nieta Carolina*". El caudal relicto de la señora Carmen estaba compuesto por una vivienda en sita en Málaga valorada en 450.000 €, una finca rústica sita en Torremolinos valorada en 700.000 € y 350.000 € en una cuenta bancaria, no existiendo deudas. Su caudal relicto asciende a la cantidad de 1.500.000 €, del que le corresponde a su hijo y legatario Antonio el importe de 500.000 € y a su nieta y heredera Carolina la cantidad de 1.000.000 €. Ambos interesados en la herencia acuerdan que Antonio se adjudique la vivienda de Málaga y 50.000 € del dinero existente en la cuenta bancaria; adjudicándose el resto Carmen. Si con posterioridad Antonio presenta la liquidación del impuesto de plusvalía municipal por la adquisición de la referida vivienda en el Ayuntamiento de Málaga, y tiene que liquidar la cantidad de 70.006,19 €. ¿Estaría sufriendo Antonio la vulneración de la intangibilidad de su legítima? A la cantidad de 500.000 € de su hijuela, que equivale a su legítima estricta, se le ha restado, por obra y milagro de la plusvalía, la nada desdeñable cantidad de 70.006,19 €. Lo anterior pone claramente de manifiesto que la sujeción como sujeto pasivo del artículo 106.1º a) TRLHL al adquirente, en nuestro supuesto al legatario legitimario, infringe uno de los pilares básicos de nuestro Derecho de sucesiones, la intangibilidad cualitativa de la legítima.

VIII) Desde la óptica del Derecho de sucesiones, el patrimonio del causante constituye una universalidad, y por tanto, el incremento de valor que experimentan los terrenos de naturaleza urbana no puede considerarse de forma aislada, sino en el conjunto del patrimonio en el que se integran. Lo que podría denominarse *efecto extensivo del incremento patrimonial en*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el patrimonio, y por tanto en el posterior caudal relicto objeto de la partición hereditaria. En definitiva, el patrimonio de una persona no es impermeable a los incrementos de valor que experimentan los terrenos de naturaleza urbana, ni a los frutos (naturales, civiles o industriales) que pueden generarse directa o indirectamente. Pongamos un ejemplo: el señor Antonio tenía en el año 2000 como único patrimonio la cantidad de 300.000 € en una cuenta bancaria y ese mismo año decide invertir 100.000 € en un apartamento en la playa de Punta Umbría (Huelva). En el año 2022 se produce su óbito sin haber otorgado testamento. Unos meses más tarde, mediante Acta de Declaración de Herederos, son declarados por su únicos y universales herederos por partes iguales sus dos hermanas Soledad y Esperanza. El caudal relicto de Antonio está formado por 200.000 € de su cuenta bancaria y el apartamento de la playa de Punta Umbría con un valor a esa fecha de 200.000 €. Las herederas Soledad y Esperanza, mediante Escritura Pública de Aceptación y Adjudicación de Herencia, deciden que la hijuela de Soledad esté integrada por el apartamento, y la de Esperanza por el saldo bancario, por lo que con ambas adjudicaciones se dan por pagados sus respectivos derechos hereditarios.

No entendemos ajustado a derecho, que si las herederas acuerdan dicha repartición de los bienes, sea Soledad como adjudicataria del inmueble la que tenga que pagar la totalidad de la plusvalía municipal puesta de manifiesto con la transmisión *mortis causa*, cuando la realidad es que en la partición se han beneficiado las dos herederas del incremento de valor del apartamento en la playa de Punta Umbría, lo que pone en evidencia que se tiene en cuenta el valor de dicho inmueble en el momento del óbito al realizar dicha partición, es decir, la cantidad de 200.000 €, y no el que tenía cuando se adquirió, es decir, el importe 100.000 €[71].

IX) Otro argumento a favor de la inclusión en el pasivo hereditario del impuesto objeto de estudio se encuentra en el propio régimen normativa de los legados. Como afirma el maestro Lacruz Berdejo "el carácter más importante de la sucesión particular *m. c.* frente a la sucesión universal es negativo: el sucesor particular, simple atributario de titularidades, no desempeña, en principio, ninguno de los papeles del heredero en la liquidación

[71] Al respecto *vid*., Gomar Sánchez, Muñoz de Osma y Monserrat Cao, *op. cit*., p. 444.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de la herencia, pago de deudas, defensa del patrimonio material y moral del causante, y asunción general de su posición jurídica"[72]. En definitiva, como indica dicho autor, el legatario es "un puro perceptor de bienes". Mientras el heredero responde de las deudas del causante, no ocurre lo mismo con el legatario. Cuestión diferente es, como afirma López y López que "a los bienes legados alcance la responsabilidad por dichas deudas: pero ello no significa que el legatario sea deudor: deudor es solo el heredero, desde el mismo momento en que puede llegar a responder con sus propios bienes, es decir *ultra vires hereditatis*, efecto que en ningún supuesto de legado propiamente acaece (incluso cuando el testador impone al legatario la carga de pagar una deuda, esta queda limitada al valor de lo legado: cfr. art. 858-2)"[73]. Será distinto cuando el testador haya distribuido toda su herencia en legados, ya que en virtud del artículo 891 CC: "si toda la herencia se distribuye en legados, no se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa"[74].

Por tanto, si en principio el legatario no responde de las deudas del causante ni de las cargas de la herencia, —en definitiva, del pasivo hereditario *lato sensu*—, cómo conectamos dicha regla con la de que el artículo 106.1º a) TRLHL sujete o atribuya el pago al adquirente del inmueble, es decir, a la persona al que el testador haya dejado vía legado una vivienda. Según la posición que se sostiene en el presente trabajo, el legatario no debería pagar dicho impuesto, ya que el mismo quedaría integrado en el pasivo hereditario. A mayores, pensemos en el *legatum debiti* regulado en el artículo 873 CC[75]. Siguiendo a Rivas Martínez[76], son varias las posibilidades que pueden deducirse del legado de pago de deudas. Resulta especialmente

[72] Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. de A., *Derecho de Sucesiones (I)*, 2ª. ed., Barcelona, Bosch, 1976, p. 25

[73] López y López, A. M., «Lección 2.ª. La estructura del fenómeno sucesorio», en López, A. M., Montés, V. L. y Roca, E. (dirs.), *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 45.

[74] Sobre un profundo estudio del artículo 891 CC, *vid.*, García Rubio, Mª. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, Civitas, 1989.

[75] Artículo 873 CC: "el legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado".

[76] Rivas Martínez, J. J., *Derecho de sucesiones común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1892 y 1893.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

interesante aquella en la que el testador ordene un legado estableciendo expresamente que es en pago de una deuda y que la cuantía de lo legado es igual a lo debido, o que se le adjudique un bien por un valor igual a la cuantía debida. La disposición testamentaria podría ser del siguiente tenor: "*Reconozco deber la cantidad de 150.000 € a doña Carmen Ruiz Ruiz, en pago de cuya deuda ordeno el legado, a elección de mi heredero, de uno de mis inmuebles urbanos por un valor equivalente*". Si entre los bienes del causante existe un local comercial que tiene un valor de 150.000 € y el heredero, mediante la correspondiente Escritura Pública realiza la entrega del mismo al legatario, dicha deuda quedaría totalmente extinguida. Si posteriormente el Ayuntamiento correspondiente exige el pago de la plusvalía a Carmen, podría encontrarse con la ingrata sorpresa que al importe que se le adeudaba, es decir los 150.000 €, ha de descontarse dicho importe; además con el problema de haber manifestado en el instrumento público que con dicho legado se daba por pagada de su crédito.

Como anteriormente se ha analizado, el vigente artículo 106.1º a) TRLHL distingue entre las transmisiones a título oneroso y a lucrativo, siendo el sujeto pasivo del impuesto en las primeras, el transmitente, y de las segundas, el adquirente. Dicha diversidad de tratamiento nos plantea dudas respecto a cómo se liquidaría el impuesto cuando el testador ordene un legado de un inmueble urbano sometido a la condición de que el legatario pague una renta vitalicia de una cantidad de dinero a otra persona (sublegado del artículo 858 CC). ¿Constituye dicho legado, con la obligación de la renta vitalicia, una transmisión onerosa o lucrativa? Dicho dilema no se plantearía si, como se sostiene en el presente trabajo, el impuesto de plusvalía se integrara como pasivo de la herencia.

VIII. CONSIDERACIÓN DEL IMPORTE DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA MUNICIPAL COMO *CARGA DE LA HERENCIA*

En el planteamiento del presente trabajo se subrayó que la finalidad del mismo era *prima facie* analizar la anatomía del impuesto de plusvalía municipal desde el prisma del Derecho tributario para, posteriormente, defender que el devengo de su importe como consecuencia de la transmisión *mortis*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

causa debe de incluirse en el pasivo hereditario. Creyendo haber logrado dicha meta, no obstante, debemos dar un paso más, buscando calificar dicho pago dentro del abanico del pasivo sucesorio.

Sobre las diferentes partidas que integran el pasivo sucesorio existen interesantes estudios en nuestra doctrina[77]. Aunque se dan algunas disparidades, en ocasiones más de tipo nominativo que de fondo, es frecuente distinguir entre:

a) Deudas hereditarias o preexistentes, que son las que ya existentes en vida del causante, que no se extinguen con su óbito. También se denominan deudas en sentido estricto.

b) Las cargas de la herencia o deudas que nacen de la apertura de la sucesión. Son aquellas que surgen a causa de la muerte del *de cuius* y posterior apertura del proceso sucesorio, y entre las que se encuentran los gastos relativos al funeral, los que son consecuencia de la administración de la herencia, etc.

c) Las obligaciones testamentarias —también denominadas deudas testamentarias—, que son las que el causante impone en el testamento a sus sucesores, herederos o legatarios. Entre las mismas se encuentran las cargas o modos testamentarios, legados, sublegados, fideicomisos, etc.[78].

Al objeto de encasillar el pago del impuesto que nos ocupa en la anterior clasificación, debe tomarse como punto de partida que su exigencia, su devengo, surge como consecuencia de la transmisión *mortis causa* del inmueble. Aunque el incremento de valor que grava el impuesto se haya generado

[77] Entre los más recientes, *vid.,* entre otros: García Goldar, M., *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 102 y ss.; Murga Fernández, J. P., *Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 22 y ss.; y Sainz Cantero Caparrós, Mª. B. y Martos Calabrús, Mª. A., *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*, Comares, Granada, 2017, pp. 206 y ss. En la doctrina comparada, *vid.*, entre otros: Criscuoli, G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 9 y ss.; y Rheinstein, M., «European methods for the liquidation of the debts of deceased persons», *Iowa Law Review*, n.º 20, 1934-1935, p. 432.

[78] García Goldar, M., *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 103; y Murga Fernández, J. P., *Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias,* Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 22 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en la esfera patrimonial en vida del causante, desde que adquirió el inmueble hasta que lo transmite *mortis causa*, no obstante, la obligación tributaria no nace hasta que se produce el óbito del mismo, y con ella la transmisión del bien, por lo que nos encontraríamos ante una carga de la herencia.

En virtud de lo anterior, el importe del impuesto devengado como consecuencia de la transmisión *mortis causa* debería tener el mismo tratamiento en el proceso sucesorio que cualquiera otra carga de la herencia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M., «Comentario al artículo 661 del Código civil», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IX, Madrid, Edersa, 1990, pp. 55-65.

— *Derecho civil III. Derecho de bienes*, 12ª ed., Madrid, Edisofer, 2016.

Álvarez Arroyo, F., *Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (Plusvalías)*, Madrid, Dykinson, 2004.

Álvarez Lata, N., «Comentario al artículo 657 del Código civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 901 y 902.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Tema I. La sucesión por causa de muerte», *Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 19-40.

Capilla Roncero, F., «Capítulo I. La liquidación de las deudas de la herencia en Derecho civil común: un panorama general», en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J. P. (dirs.), *Las deudas de la herencia*, Madrid, Aranzadi, 2022, pp. 23-37.

Casana Merino, F., *El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

Checa González, C., *Los tributos locales. Análisis jurisprudencial de las cuestiones sustantivas más controvertidas*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Criscuoli, G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, Giuffrè, 1980.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen III (Tomo I), Derechos Reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.

—, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.

Duplá Marín, Mª. T., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Espejo Lerdo de Tejada, M., y Murga Fernández, J. P. (dirs.), *Las deudas de la herencia*, Madrid, Aranzadi, 2022.

García Goldar, M., *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019.

García Rubio, Mª. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, Civitas, 1989.

Gomar Sánchez, J. I., Muñoz de Osma, A. y Monserrat Cao, P., «5. El impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana», en Chico de la Cámara, P. y Galán Ruiz, J. (dirs.), *Los tributos locales y el régimen fiscal de los ayuntamientos*, Madrid, Aranzadi, 2014, pp. 395-492.

Hernández Guijarro, F., «La determinación de la base imponible en el IIVTNU y los límites de la capacidad económica: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo de 2017 (Pleno). Cuestión de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2004, de e de marzo», *Crónica tributaria*, n.º 167/2018, pp. 247-255.

Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. de A., *Derecho de Sucesiones (I)*, 2ª. ed., Barcelona, Bosch, 1976.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J., *Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona, Bosch, 1993.

—, *Elementos de Derecho Civil. V Sucesiones*, 4.ª edición (revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Madrid, Dykinson, 2009.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

López y López, Á. M., «Lección 2.ª. La estructura del fenómeno sucesorio», en López, A. M., Montés, V. L. y Roca, E. (dirs.), *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 39-56.

—, «Lección 4.ª. La dinámica del proceso sucesorio», en López, A. M., Montés, V. L. y Roca, E. (dirs.), *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 73-96.

Martín Pérez, J. A., «Comentario al artículo 661 del Código civil», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado*, Volumen II, 2ª. ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 253-257.

Martín Queralt, J. y García Moreno, A., «Capítulo XIV. Impuestos Locales», en Martín Queralt, J., Tejerizo López, J. M. y Cayón Galiardo, A. (dirs.), *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, 12ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 981-1059.

Menéndez García, G., Rodríguez Montañés, M.ª del P. y Guilarte Gutiérrez, A., «Capítulo V. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Herrera Molina, P. M. (dir.), Galán Ruiz, J. y Prieto Martín, C. (coords.), *Gestión Local Aranzadi. Tributos Locales y Autonómicos*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 275-333.

Murga Fernández, J. P., *Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.

O´Callaghan Muñoz, X., *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, 5ª ed., Madrid, La Ley, 2006.

Orón Moratal, G., «Capítulo V. El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», en Marín-Barnuevo Fabo, D. (coord.), *Los Tributos Locales*, 2ª. ed., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, pp. 687-770.

Peña Bernaldo de Quirós, M., *La herencia y las deudas del causante*, reimpresión con Epílogo, Granada, Comares, 2005.

Pérez Royo, I., «Capítulo XVI. Los impuestos municipales», en Pérez Royo, F. (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 1045-1113.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ramos Prieto, J., «La inconstitucionalidad del método de estimación de la base imponible del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: ¿Una vuelta a la ortodoxia de la capacidad económica?», *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, pp. 473-540.

Rheinstein, M., «European methods for the liquidation of the debts of deceased persons», *Iowa Law Review*, n.º 20, 1934-1935, pp. 431-475.

Rivas Martínez, J. J., *Derecho de sucesiones común,* Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Rubio de Urquia, J. I., *Ley reguladora de las Haciendas Locales*, Madrid, Abella, 1989.

Rubio Garrido, T., *La partición de la herencia*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

Sainz Cantero Caparrós, Mª. B., «La voluntad del testador sobre las deudas hereditarias en el Código civil», en Domínguez Luelmo A. y García Rubio, Mª. P. (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 1319-1338.

Sainz Cantero Caparrós, Mª. B. y Martos Calabrús, Mª. A., *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*, Granada, Comares, 2017.

Sánchez Lería, R., «Tema 1. El Derecho Real», en López y López, A. y Valpuesta Fernández R. (dirs.), *Derecho Civil Patrimonial II,* 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 19-33.

Sancho Rebullida, F. de A., «Comentario al artículo 657 del Código civil», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1657 y 1658.

—, «Comentario al artículo 661 del Código civil», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1666-1668.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SIMÓN ACOSTA, E., «El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (II)», en FERREIRO LAPATZA J. J. y SIMÓN ACOSTA, E. (dirs.), *Manual de Derecho Tributario Local,* Barcelona, Escuela de la Administración Pública de Cataluña, 1987, p. 5-35.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

DISCAPACIDAD Y DERECHO DE SUCESIONES EN LA GEOGRAFÍA LATINOAMERICANA: PRINCIPALES REFORMAS

DISABILITY AND SUCCESSION LAW IN LATIN AMERICAN GEOGRAPHY: MAIN REFORMS

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de La Habana
Notario

Resumen: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad supone un verdadero desafío a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte en aras de su adaptación a los principios, valores y reglas contenidas en dicha Convención. En Latinoamérica ese reto se multiplica, aún restan senderos por recorrer. Especial referencia merece el Derecho de sucesiones, cuyas instituciones permanecen aún incólumes ante los embates que la Convención supone. La necesidad de una relectura de sus normas, a tono con un discurso de derechos humanos, es tarea ingente de la doctrina científica y de los legisladores que permitan volcar la mirada hacia la centralidad de la persona humana.

Palabras clave: discapacidad, sucesión por causa de muerte, apoyos, testamento, legítima asistencial, vulnerabilidad económica, incapacidades para suceder, cuidadores familiares.

Abstract: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities poses a real challenge to the internal legal systems of the States Parties in order to adapt them to the principles, values and rules contained in said Convention. In Latin America this challenge is multiplied, there are still paths to follow. Inheritance Law deserves special reference, whose institutions remain unscathed in the face of the attacks that the Convention entails. The need for a rereading of its norms, in tune with a human rights discourse, is an enormous task for scientific doctrine and for legislators that allow us to turn our gaze towards the centrality of the human person.

Keywords: disability, succession due to death, support, will, legitimate assistance, economic vulnerability, inability to succeed, family caregivers.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. CONSTITUCIÓN, SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y SITUACIONES JURÍDICAS EXISTENCIALES

II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LOS DESAFÍOS PARA EL DERECHO SUCESORIO. ESPECIAL REFERENCIA PARA LATINOAMÉRICA

1. La testamentifactio activa desde la óptica convencional. El otorgamiento de testamento con apoyos. Cautelas
2. Formas testamentarias y discapacidad
3. Legítimas y discapacidad: ¿Ha de sustentarse la protección legitimaria en una situación de discapacidad o en una de vulnerabilidad económica?
4. Cuidados, cuidadores y Derecho de sucesiones
5. Conductas disvaliosas respecto de las personas en situación de discapacidad: la reacción del Derecho de sucesiones a través de las incapacidades sucesorias

III. A MODO DE EPÍTOME: HACIA UN DERECHO DE SUCESIONES SUSTENTADO EN LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA

IV. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. CONSTITUCIÓN, SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y SITUACIONES EXISTENCIALES

Tradicionalmente, el derecho a la herencia, *rectius*, el derecho a la sucesión por causa de muerte, ha estado interconectado con el derecho a la propiedad privada. Se entiende como una prolongación de esta, de ahí la formula constitucional de Cartas Magnas tan emblemáticas como la italiana (artículo 47.4), la española (artículo 33.1), la alemana (artículo 14.1) y la portuguesa (artículo 62.1) que se han afiliado a esta posición. Todas ellas garantizan el derecho de propiedad y el derecho de herencia, el segundo siempre a continuación del primero, como una reafirmación de aquel, llegándose incluso a dubitar —como expone algún autor— que el derecho de herencia tenga un contenido adicional al derecho de propiedad, sino tan solo sería un refuerzo, una reafirmación de aquel[1]. De este modo, se entiende que los textos constitucionales que no regulan expresamente el derecho de sucesión por causa de muerte, la razón hay que encontrarla en que dentro del contenido esencial del derecho de propiedad privada, que sí regulan, está la facultad de disponer de los bienes y derechos no solo por actos *inter vivos*, sino también *mortis causa*. La filosofía inspiradora en este orden es que se pueden transmitir los núcleos patrimoniales de los que se es titular al momento de la muerte, en tanto propietario. La disposición por causa de muerte carece en consecuencia de autonomía para formar parte del conjunto de facultades que integran el contenido del derecho de propiedad, que en lo que la mayoría de las Constituciones se conforman con regular,

[1] Según lo refleja Lima Gomes, F., «O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização», Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, Fortaleza, 2015, p. 78, en http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/2381, consultada el 7 de septiembre de 2020. El autor hace alusión a la tesis de la «protección conexa» de la propiedad y la herencia al estudiar el artículo 5º XXX de la Constitución brasilera de 1988.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dejando al legislador ordinario la potestad de complementar el contenido del derecho a la propiedad (fundamental o no), incluyendo en él todo lo que concierne a su transmisibilidad por causa de muerte.

Ahora bien, se empiezan abrir nuevos cauces en este orden. Constituciones —como la cubana de 2019— rompen esta conexidad entre propiedad y sucesión por causa de muerte. Amén de centrarse en la regulación del derecho de sucesión por causa de muerte y no del de herencia, incluyendo así todas las manifestaciones de las sucesiones *mortis causa* en sus dos dimensiones, en la de causar y en la de recibir por causa de muerte, así como los títulos sucesorios que viabilizan este fenómeno. El constituyente busca el afianzamiento de la persona, nervio central del Derecho, lo cual supone igualmente su proyección no solo en vida, sino también después de su muerte.

Como explica el profesor Delgado Echevarría, desde el Derecho español, el fundamento moral de la herencia está en el simple hecho de ser persona[2]. La dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad que sustenta el principio de libertad justifica hoy día la sucesión por causa de muerte, que en materia negocial alcanza su expresión más concreta en la libertad de disposición en razón del fallecimiento. Con gran precisión técnica —como es costumbre en el autor—, nos explica el profesor Barba desde el Derecho italiano que "(e)s la centralidad de la persona humana y no el principio de solidaridad la clave a través de la cual el Derecho de sucesiones espera ser releído; esto requiere reconocer la centralidad de la autonomía privada y, por tanto, la centralidad del acto de última voluntad, como instrumento para la realización de la dignidad de la persona"[3]. De ahí que hable de la necesidad de una inminente protección de los intereses *post mortem* atendibles, que en defecto de disposición especial a tal fin por su titular, será el legislador quien los encauce. Ello nos pone a pensar en las claves que guía el pensamiento del profesor Barba en el sentido de que "el derecho de sucesiones merece ser releído, porque si, por un lado, la sucesión necesaria protege a la familia, por otro lado, la libertad

[2] Delgado Echevarría, J., «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», en Diario *La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, año XXXII, Madrid, Editorial La Ley, p. 4.

[3] Barba, V., «Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà», *Rassegna di Diritto civile*, XXXVII, 2, 2016 (pp. 345-371), p. 359

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de disponer, expresión del principio de autonomía, es un instrumento fundamental de realización personal, de manera que el interés familiar ya no puede ser considerado el horizonte hermenéutico exclusivo y único a través del cual los temas y problemas del derecho hereditario deben desarrollarse y disolverse"[4].

La faz voluntaria de la sucesión por causa de muerte y con ello la facultad de disponer por tal razón no puede seguir anudada con exclusividad a la propiedad, lo cual no quiere decir en modo alguno que su existencia no sea también una razón más que le impulsa, pero como arguye el ilustre profesor aragonés "(e)l fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales no puede ser, simplemente, la propiedad, es decir, en términos constitucionales, el art. 33.1 CE. El fundamento se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), que de este modo se superpone en un plano superior al de la propiedad. La libertad de disponer para después de la muerte no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, solo a las personas físicas), sino en cuanto persona humana; si bien cada uno no puede disponer de otros bienes sino de los que le pertenecen"[5]. Como recientemente ha apuntado la profesora Díaz Alabart, "hemos evolucionado de un Derecho centrado en el ámbito productivo a uno que tiene como valor máximo la persona y su dignidad (…). Aunque hoy siga teniendo una importancia esencial el mecanismo sucesorio como medio de transmisión de patrimonios, ya no está limitado a esa parcela. Actualmente, la sucesión por causa de muerte se ocupa también de otras 'situaciones existenciales' que, en casos concretos, pueden ser de mayor trascendencia que las puramente patrimoniales. Todo esto hace que la expresión 'sucesión por causa de muerte' pueda expresar un fenómeno más amplio y complejo que la mera modificación subjetiva de relaciones patrimoniales"[6].

En fin, las situaciones existenciales importan y trascienden para el Derecho de sucesiones, de manera que se anteponen a aquellas de

[4] Barba, V., «Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni», *Diritto delle successioni e della familia*, IV 3, 2018 (pp. 747-780), p. 750.

[5] Delgado Echevarría, J., «El fundamento constitucional…», p. 6.

[6] Díaz Alabart, S., *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Madrid, Reus, 2020, p. 20.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

naturaleza patrimonial. Ello implica una relectura de los fundamentos en los que tradicionalmente se ha sustentado este. El artículo 40 de la nueva Constitución cubana regula la dignidad humana como *"valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes"*. La dignidad es el más importante de los valores que la Constitución reconoce, de ahí que le califique de *"valor supremo"*. En la misma medida en que la persona puede no solo proyectarse en sus situaciones patrimoniales, sino, sobre todo, en las de contenido existencial, logrará su máxima realización. Las situaciones existenciales en el umbral de la muerte cobran especial sustantividad, en lo que atañe al orden afectivo. Por ello, cada día alcanzan mayor significación las cláusulas de contenido extrapatrimonial en los testamentos, o la proliferación de actos de última voluntad distintos de aquel. Todos ellos protegidos hoy en la nueva dimensión que la Carta Magna cubana ofrece, según lo dispuesto por su artículo 63 en relación con los artículos 40 y 47. Así, *v. gr.*, la protección de la memoria pretérita es una clara expresión de la preocupación de nuestro tiempo por tutelar, tras el fallecimiento, lo que un día fue nuestra personalidad. De esa manera, «(s)i bien la muerte implica el fin de la personalidad y, por ende, la extinción de los derechos de la personalidad del fallecido, ello no empece que, en determinados supuestos, y más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo con el fin de proteger rasgos, atributos o cualidades de la persona ya desaparecida»[7].

Con todo, ya sea la herencia —o en mejor técnica— la sucesión *mortis causa*, es trascendente su reconocimiento vía constitucional. Con ello —tal y como apunta Barrio Gallardo al hacer referencia al artículo 33.1 de la Constitución española— la convierte en un "bien jurídico constitucionalmente protegido que impide su eliminación"[8], particular con el que también concuerda desde la doctrina brasilera el profesor Lôbo al

[7] Gutiérrez Santiago *cit. pos* Leiva Fernández, L. F. P., «La personalidad pretérita. No es lo mismo estar muerto que no haber vivido», en *La Ley* 22/10/2018, 8 - LA LEY2018-E, 1114 - ADLA2018-12, 3, cita on line: AR/DOC/2014/2018, p. 12.

[8] Barrio Gallardo, A., «Derecho a la herencia y sucesión forzosa en el art. 33 de la Constitución española», en *Conpedi Law Review*, vol. 4, núm. 1, enero-junio 2018, Zaragoza (pp. 139-158), p. 147. Hágase la salvedad que el autor se refiere a la herencia, y no a la sucesión *mortis causa*, sin más connotación en este orden, pues es la fórmula del citado artículo de la Constitución española.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estudiar el artículo 5º XXX de la Constitución de 1988 de su país[9]. Se genera, con ello, además una vinculación positiva para el legislador ordinario que se ve compelido a dictar las normas de desarrollo. Y en ese mismo orden el resto de los poderes públicos, además de los particulares se ven constreñidos a respetar y proteger los derechos sucesorios de las personas[10] y a la vez los actos de disposición por causa de muerte.

II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LOS DESAFÍOS PARA EL DERECHO SUCESORIO. ESPECIAL REFERENCIA PARA LATINOAMÉRICA

La aprobación en el 2006, en Nueva York, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), ratificada después por todos los Estados latinoamericanos[11], supone para los legisladores de dichos Estados partes el reto de adaptar el Derecho interno a los dictados de la Convención, es una deuda que todo Estado parte tiene para el Comité consultivo, evaluador de los cometidos de cada uno de ellos, en función de ese acople armónico entre Derecho interno y Convención, no siempre exitoso en todo momento y en todas circunstancias. Recordemos que el artículo 12.5 de la Convención reconoce el derecho de las personas en situación de discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes. De ahí la necesidad de ofrecer una relectura al Derecho de sucesiones desde la filosofía que informa la Convención y que lleva a cambiar los meridianos y las coordenadas geográficas en las que se ha situado tradicionalmente el Derecho regulador de las sucesiones por causa de muerte, ante lo cual juega un rol decisivo el valor que cada día le atribuye la doctrina científica a las situaciones existenciales *post mortem* y a su necesaria protección, en tanto intereses legítimos dignos de cobertura legal.

En la "Nota introductora" a un libro sobre las tendencias del Derecho sucesorio en los países iberoamericanos que coordiné hace más de una

[9] *Vid*. Lôbo, P., «Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar», *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e Felicidade* (pp. 35-46), p. 44, en https://www.ibdfam.org.br, consultada el 7 de septiembre de 2020.

[10] *Apud* Lima Gomes, F., «O direito fundamental à herança…», *cit.*, p. 154.

[11] Si bien, Colombia y Cuba aún no han ratificado su protocolo facultativo.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

década, avizoraba respecto de la necesidad "de transitar hacia un Derecho de Sucesiones más dinámico, pero a la vez más sensible, más humano, más apegado al verdadero afecto (…) que fertilice los afectos de los seres humanos, verdadera razón de la sucesión por causa de muerte, y con ello que fortalezca la solidaridad familiar, pero a la vez, exigente del cumplimiento de los sagrados deberes familiares. Un Derecho de Sucesiones, que sin olvidar el camino recorrido, tome nuevos derroteros, en el que supere tensiones y encare los retos que la sociedad de inicios de este siglo impone a nuestras naciones iberoamericanas"[12]. No cabe duda de que ha sido este sector del Derecho civil el que ha protagonizado la mayor inercia en las últimas décadas. Desidia que ha generado asimetrías del ordenamiento jurídico, en tanto que el reconocimiento de nuevas instituciones jurídicas y con ello de derechos subjetivos impulsado por el vertiginoso desarrollo de las ciencias biológicas y las médicas, la tecnología digital o la inserción en el plano jurídico de nuevas constelaciones familiares de indudable construcción sociológica y psicológica, no han sido necesariamente recepcionados por las normas del Derecho de sucesiones, muchas veces ancladas en la época de las calesas, en una estadio adolescente de su desarrollo. Normas que responden a modelos familiares hoy día superados y que llevan a ese desfase entre lo regulado por los sectores del Derecho civil que en los últimos tiempos han avanzado con más premura como el Derecho de personas o el Derecho familiar y lo previsto por el Derecho sucesorio, mucho más cauteloso, conservador y formalista.

De ahí que no es de extrañar que el impulso que ha dado en materia de derechos humanos la aplicación de la CDPD en los Estados parte, al redimensionar los principios y valores que hasta entonces informaban el Derecho en materia de discapacidad, no se refleje de igual manera cuando se escudriñan las normas protectoras de los derechos sucesorios. La adaptación del Derecho interno en aquellos Estados del continente que así han actuado, a los principios convencionales, ha respondido esencialmente al artículo 12 de dicha Convención, sin una reforma integral de los códigos civiles vigentes, en consecuencia, dejando incólume el Derecho de sucesiones con la consiguiente falta de coherencia del ordenamiento

[12] *Vid*. Pérez Gallardo, L. B. (coord.), *El Derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, 2009.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

jurídico y en desmedro, además, de una tutela integral a las personas en situación de discapacidad. Solo a guisa de ejemplo, valga mencionar en Colombia la Ley n.º 1996, de 26 de agosto de 2019, "por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad"[13] que se limita a regular los acuerdos de apoyos, ajustes razonables y salvaguardias, así como los procedimientos a tal fin; en El Salvador el Decreto n.º 672, de 26 de agosto de 2020, contentivo de la "Ley especial de inclusión de las personas con discapacidad" en cuyo capítulo III, atinente al igual reconocimiento ante la Ley de las personas con discapacidad, en su artículo 29[14] incorpora a modo de mandato, el contenido del artículo 12 de la Convención, que ya de por sí obliga a los Estados parte a ajustar su Derecho interno a lo dispuesto en él, respecto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Decreto que no ha tenido más desarrollo normativo y deja el Derecho del país centroamericano tan solo en la enunciación de principios y de instituciones, sin que se establezcan los procedimientos habilitantes a tal fin y en modo alguno alude al Derecho de sucesiones. Muy parecida es la situación en República Dominicana con su Ley n.º 5, sobre discapacidad, promulgada el 15 de enero de 2013, que se enfila en idéntica dirección que el Decreto salvadoreño[15]. En condiciones más

[13] Esta Ley solo modificó puntuales preceptos del Código civil, a saber: los artículos 62.2, 784, 1504 y 2346, en tanto derogó los artículos 127.3, 1061.2 y 1068.3 (*vid*. artículos 57 al 61).

[14] Artículo 29: *«Se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, asegurando su máximo desarrollo personal; para ello, el Estado deberá crear un mecanismo de apoyo para el ejercicio de derechos y proceso de toma de decisiones, que garantice y proteja sus derechos y libertades fundamentales, así como el respecto de la autonomía, voluntad, preferencias e intereses de la persona. Estos mecanismos de apoyo serán creados con la participación de la persona con discapacidad, sus familiares y sus organizaciones».*

[15] Se trata de una ley de alcance general cuya finalidad es amparar y garantizar la igualdad de derechos y la equiparación de oportunidades a todas las personas con discapacidad, así como regular las personas jurídicas, sin fines de lucro, cuyo objeto social sea trabajar para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad. En este orden se lleva al artículo 23 lo atinente al ejercicio de la capacidad jurídica de dichas personas, pero sin más desarrollo normativo, quedando como una petición de principios, a tal fin se dispone que: *«El Estado tiene la obligación de asegurar que las personas con discapacidad disfruten y gocen de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida; garantizar que las medidas relativas al ejercicio de esta capacidad proporcionen salvaguardias apropiadas, efectivas para impedir los abusos, de conformidad a lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Declaración del Decenio de las Américas: por los Derechos y la Dignidad de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ventajosas, pero nada trascendentes a este estudio, se sitúa Costa Rica con su Ley n.º 9379, de 18 de agosto de 2016, "Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad", la que según su artículo 1 busca "*promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal*", para lo cual *"establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana"*. Norma legal que al igual que las anteriores se limita a desarrollar el artículo 12 de la CDPD —que si bien no es poco— no agota el panorama que el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica a todas las personas, cualquiera sea su situación de discapacidad, supone en materia de Derecho, llamando su atención la regulación contenida en el artículo 5[16]. Es significativo señalar que la citada ley ni tan siquiera modifica expresamente los preceptos sobre capacidad jurídica regulados en el Código civil de ese país, y sí determinados artículos del Código procesal civil, algunos de los cuales modifica y otros deroga. Por su parte, no hay pronunciamiento alguno, ni de soslayo sobre las vigentes normas reguladoras del Derecho sucesorio.

las Personas con Discapacidad 2006-2016, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Constitución de la República y cualquier otra normativa correlativa de carácter nacional o internacional adoptada por el país». O sea, se convierte en un trasunto de algunos de los apartados del artículo 12 de la CDPD sin que ello incida en la necesaria reforma al Código civil de dicho país.

[16] Artículo 5: «*Igualdad jurídica de las personas con discapacidad. Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:*

a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar.

b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.

c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.

Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley N.° 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, y sus reformas. La persona que el juez o la jueza designe para ejercer la salvaguardia se denominará garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En fin, en la geografía latinoamericana son pocos los ordenamientos jurídicos que han introducido normas *ad hoc* para ir creando las bases de un Derecho sucesorio atemperado a los tiempos de la Convención, en el que cobren mayor sustantividad las situaciones jurídicas existenciales, cuyo pórtico lo es la dignidad de la persona y los valores a ella asociada: la inclusión social y la realización del proyecto de vida de toda persona con independencia de su situación de discapacidad o no, en la que la protección de los intereses legítimos *post mortem* también han de ser atendidos como parte del libre desarrollo de la personalidad. Este enfoque constitucional y convencional le da nuevos bríos al Derecho de sucesiones, permite interpretar en armónica coherencia sus normas desde el prisma de los principios, valores y derechos fundamentales de la persona. De esta manera, acudimos a un proceso paulatino de repersonalización del Derecho de sucesiones, que, sin dejar de mostrar interés por las relaciones patrimoniales, no ha de estar exclusivamente fundamentado en la propiedad, sino esencialmente en el libre desarrollo de la personalidad, en la dignidad, en la realización del proyecto vital de las personas[17]. A fin de cuentas, la previsibilidad de la muerte forma parte de ese proyecto de vida, aun sea en el ocaso de esta.

De ahí que la aplicación de los dictados de la CDPD irradia hacia el Derecho sucesorio desde distintos ángulos, algunos recepcionados por los pocos ordenamientos jurídicos del continente que han tomado la avanzada, a saber:

a) la necesidad de apartar del ordenamiento jurídico normas legales sucesorias discriminatorias de las personas en situación de discapacidad;

[17] Como expresa el profesor Delgado Echevarría en un breve artículo sobre el fundamento constitucional de la libertad de disponer por causa de muerte, este «se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), que de este modo se superpone en un plano superior al de la propiedad. La libertad de disponer para después de la muerte no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, sólo a las personas físicas), sino en cuanto persona humana; si bien cada uno no puede disponer de otros bienes sino de los que le pertenecen». *Vid*. Delgado Echeverría, J., «El fundamento constitucional…», p. 6. Este criterio es compartido desde la Argentina por Marcelo J. Salomón al afirmar que «cuando alguien formula su testamento, está llevando a cabo significativos actos y buscando obtener efectos jurídicos que reflejen su Proyecto de vida, lo que implica sostener que en su testamento está manifestando su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada». *Vid*. Salomón, M. J., «La regulación de la legítima en el Código proyectado: Constitución Nacional, orden público y autonomía personal», en *Revista Derecho Privado*, Año II, núm. 6, septiembre 2013, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (pp. 279-296), p. 283.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

b) el empleo de un lenguaje inclusivo, que evite cercenar derechos subjetivos en materia sucesoria a las personas en situación de discapacidad;

c) la requerida adaptación de las formas habilitantes en materia testamentaria a la diversidad que tales situaciones de discapacidad genera, permitiendo el acceso de todas las personas a las distintas tipologías testamentarias, o sea, la proyección de un concepto de forma testamentaria lo sumamente inclusivo, ajeno de los rígidos moldes en que tradicionalmente se ha sustentado;

d) la posibilidad del otorgamiento de testamento con apoyos, salvaguardias y ajustes razonables lo que implica suprimir habituales impedimentos en relación con la *testamentifactio* activa;

e) el reforzamiento de las atribuciones forzosas —sea vía legitimaria o de otra naturaleza— a favor de personas que su situación de discapacidad las deja en un estado de vulnerabilidad económica;

f) las atribuciones preferenciales en materia sucesoria a favor de personas en situación de discapacidad;

g) la previsión de elementos accidentales incorporados al negocio jurídico testamentario que tengan por finalidad el cuidado o la asistencia de personas en situación de vulnerabilidad;

h) la condena de conductas disvaliosas respecto de las personas en situación de discapacidad que supongan su abandono, exposición, negativa de afectos o de atención lo cual conduce a una relectura de las cotidianas causas de exclusión de la herencia, llamadas impropiamente de "indignidad" sucesoria[18].

[18] Denominadas en una buena parte de nuestros ordenamientos jurídicos, causas de indignidad sucesoria. En efecto, son las que la *communis opinio* doctrinaria y el Derecho comparado, califican como causales de indignidad cuyo fin o cometido es excluir de la sucesión a quien tiene derecho a ello, en virtud de un reproche ético, moral, reconocido por el legislador como ofensa grave al causante de la herencia, de modo que las normas sociales, de conducta, éticas, y en consecuencia también las legales hacen incompatibles la condición o cualidad de sucesor *mortis causa* con el infame comportamiento para con el causante de la sucesión. No obstante, no creo oportuno hablar en buena técnica jurídica de indignidad. No me cabe dudas que en el Derecho civil del siglo XXI emplear el término indigno, es a su vez atentatorio contra la dignidad del «indigno», y no se trata de un simple juego de palabras, sino que hoy día estigmatizar con ese término, si se quiere, en cierto modo peyorativo, supondría una posición del legislador, atentatoria contra principios elementales de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

1. La *testamentifactio* activa desde la óptica convencional. El otorgamiento de testamento con apoyos. Cautelas

Hay pleno consenso en la doctrina[19] y también en el Derecho iberoamericano[20] de que el testamento es un acto personalísimo[21]. La

protección de la persona. El que un sujeto haya actuado contra la dignidad de otra persona, con actos que hieren su sensibilidad, que rompen con la solidaridad humana, o que transgreden los límites de convivencia o incluso que son constitutivos de delitos graves como el homicidio intencional o el asesinato (en sus modalidades agravadas de fratricidio, conyugidicio o parricidio), no debe legitimar al legislador a estigmatizar al sujeto con la calificación de indigno, aunque tal indignidad sea para suceder. Cualquier sujeto, ya sea el reproche legal, por conductas, incluso sancionadas en el orden penal, tiene dignidad y tal dignidad hay que respetarla. A mi juicio, seguir denominando estas conductas como supuestos de indignidad para suceder es un maniqueísmo que debemos abandonar, ni tan siquiera se justifica como un recurso metafórico del lenguaje. Que el Derecho reaccione condenando al infractor con una sentencia en que un tribunal le declara indigno para suceder, es como legitimar la Ley del Talión en nuestra cultura occidental.

[19] *Vid*. entre otros tantos, Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Derecho de sucesión *mortis causa*, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1916, pp. 52-53; Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho civil español*, volumen V, Sucesiones, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, p. 135; Lacruz Berdejo, J. L., *et al., Elementos de Derecho civil V, Sucesiones*, 4ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2009, p. 167; Albaladejo García, M., *Curso de Derecho civil V*, Derecho de sucesiones, 7ª edición, Barcelona, Bosch, 1997, p. 210; Romero Coloma, A. M.ª, «El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 85, núm. 713, 2009 (pp. 1213-1234), p. 1227; Álvarez Caperochipi, J. A., *Derecho de sucesiones*, Lima, Instituto Pacífico, 2018, pp. 293 y 295, Serrano de Nicolás, Á., *Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Chile, ediciones Olejnik, 2016, pp. 276 y 333; Zannoni, E. A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4ª edición, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 592 y 602; Ferrer, F. M., *Cuestiones de Derecho civil. Familia y sucesiones*, con la colaboración de Francisco A. M. Ferrer, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1979, pp. 438-440, 445, 449 y 458; Acedo Penco, Á., *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 121; Lanatta, R. E., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 3ª edición, Lima, editorial Desarrollo, 1993, pp. 20-21; Zárate del Pino, J. B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Lima, Palestra editores, 1998, p. 133; Monje Balmaseda, Ó., «La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar», en Lledó Yagüe, F. y Herrera Campos, R. (dirs.), Monje Balmaseda, Ó (coord.), *Sistema de Derecho civil. Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2002 (pp. 73-93), pp. 75-76; O'Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2ª edición, corregida y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, Edersa, 1987, p. 119; Suárez Franco, R., *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 1996, pp. 157-158; Fernández Arce, C., *Manual de Derecho sucesorio*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 171-172; Villafuerte Claros, A., *Derecho de sucesiones*, tomo II, Parte especial, La Paz, Imprenta Riverijos Ltda., 1995, p. 125.

[20] Todos los Códigos civiles del entorno así lo regulan, salvo el dominicano y el venezolano que son omisos al respecto.

[21] Así se pronuncian expresamente el Código civil español (artículo 670), el Código civil boliviano (artículo 1115), el Código civil puertorriqueño (artículo 619), el Código civil federal mexicano (artículo 1295), el Código civil uruguayo (artículo 782), el Código civil panameño (artículo 702), el Código civil brasilero (artículo 1858).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

facultad de testar es indelegable[22], es puramente personal[23] del testador, quien no puede dejar su formación en todo, o en parte, al arbitrio de un tercero[24], procurador[25], ni se puede otorgar por apoderado o una tercera persona[26], ni tampoco su voluntad puede ser sustituida o complementada, precisamente por la defensa del carácter personalísimo del testamento, aunque los Códigos civiles no lo establezcan literalmente. La voluntad testamentaria es la voluntad de quien otorga el acto dispositivo *mortis causa*. Ahora bien, se trata de la voluntad ya formada. Otra cuestión distinta es que en esa formación pueda incidir, la asistencia, la orientación, el auxilio de un tercero, sobre todo cuando se trata de un testador que es una persona en situación de discapacidad.

Reconozco que el tema no es nada sencillo. No es una operación matemática, con resultados exactos. Tampoco es dable hablar de discapacidades en sentido abstracto. No es lo mismo una discapacidad sensorial o físico-motora que una discapacidad intelectual o psicosocial. La vulnerabilidad, la posibilidad de voluntades captatorias, de influencias indebidas en personas fácilmente manejables o la manipulación de estas[27], ya no solo en situación de discapacidad, sino también ancianas, es cada

[22] Con ese expreso parecer se pronuncian tanto el Código civil chileno (artículo 1004), como los que traen causa de él, a saber: el Código civil ecuatoriano (artículo 1074), el Código civil colombiano (artículo 1060), el Código civil hondureño (artículo 985) y el Código civil salvadoreño, que sólo adiciona, de manera explicativa —a diferencia del resto de los mencionados— que *«no puede conferirse poder para testar»*.

Incluye también esta expresión literal en el dictado de la norma, el nuevo Código civil y comercial de la Argentina en su artículo 2465.

[23] Al decir del artículo 935 del Código civil nicaragüense. Por su parte el artículo 2180.1 del Código civil portugués se refiere a «acto personal».

[24] Según el dictado del artículo 619 del Código civil español, artículo 946 del Código civil nicaragüense, artículo 982 del Código civil uruguayo, artículo 702 del Código civil panameño. Con similar dicción el artículo 2465 del Código civil y comercial argentino.

El giro que hace al efecto el artículo 577 del Código civil costarricense expresa que *«no podrá depender del arbitrio de otro»*.

[25] Conforme con el artículo 577 del Código civil costarricense. Así también el artículo 946 del Código civil de Nicaragua, que también extiende la prohibición al «*delegado*».

[26] Tal y como literalmente dispone el artículo 477 del Código civil cubano.

[27] El término *influencias indebidas* es de un marcado origen anglosajón, con especial connotación en el Derecho norteamericano. Vaquer Aloy que ha hecho un perspicaz estudio sobre el tema, marca los elementos que le caracterizan, entre ellos la captación de voluntad. Se trata de voluntades captatorias de un sujeto sobre otro que por las peculiares circunstancias en que se encuentra, resulta fácilmente manipulable. Se afecta así la libertad de testar. Al citar la doctrina norteamericana, sitúa cuatro elementos que la jurisprudencia norteamericana toma en cuenta para apreciar las influencias indebidas, a saber:

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

día más palpable[28]. De igual manera, no es igual valorar la capacidad de una persona con tales discapacidades, incluso para el notario autorizante, que la capacidad quizás de una persona con discapacidad visual, o con discapacidad auditiva. Téngase en cuenta que la voluntad es el nervio del negocio jurídico, incluido por supuesto, el negocio jurídico testamentario, que además tiene marcadas particularidades entre ellas, el ser un negocio de última voluntad, de modo que sus efectos para terceros, se supeditan a la muerte del testador, quien nada podrá esclarecer al momento en que el negocio se ejecute, amén de que suele ser, aunque no necesariamente ha de ser así, un negocio dispositivo patrimonial, a cuyo tenor el testador puede disponer de todo su patrimonio. Esto hace al testamento mucho más apetecible para el captor de la voluntad. Ser beneficiario de una cuantiosa herencia puede cambiar la vida de muchas personas. De ahí por qué el testamento siempre es un negocio jurídico susceptible de impugnación por los más variados motivos.

Todas estas circunstancias han fortalecido ese carácter personalísimo del testamento. De modo que tal negocio jurídico forma parte del reducto de los negocios personalísimos. Solo el testador puede construir su testamento, que no significa en modo alguno que la construcción del testamento se realice por el testador sin el más mínimo auxilio de un tercero. Y no me refiero al notario, que como profesional del Derecho es el artífice de la envoltura técnico-jurídico del negocio testamentario. Autor indiscutible de la escritura pública que le contiene. El testamento muchas veces es el resultado de las cavilaciones familiares, de la consulta que hace el padre o la madre a su esposo o esposa, o a su pareja de hecho, a sus hijos, o a

«a) una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia; b) la persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento; c) el testador era susceptible de *undue influence*, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas; d) el causante realiza alguna atribución 'no natural' a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada más probabilidades de *undue influence* (…)». *Vid*. Vaquer Aloy, A., «La protección del testador vulnerable», en *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, pp. 127-156 (pp. 130-131), y en especial también la crítica a esta doctrina que hoy día parece destinada a «importarse» por la jurisprudencia continental.

[28] En tanto —como expresa Vaquer Aloy— si bien tienen capacidad para testar, la voluntad exteriorizada «por la influencia recibida, no es espontánea y completamente propia», de ahí su vulnerabilidad, «la idea central radica en el otorgamiento de un testamento en que alguien ha conseguido que se exprese una voluntad que no es la real del testador». *Vid*. Vaquer Aloy, A., «La protección del…», *cit*., pp. 137-138 y 134, respectivamente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

personas allegadas como amigos cercanos, incluso abogados de la familia. El testamento no siempre es una sorpresa para el heredero. Diría que lo contrario. Una buena parte de los herederos participan en la manera en la que el testador perfila la voluntad testamentaria. La designación de albacea es muchas veces "negociada" por el propio testador con personas cercanas a la familia y que incluso tienen ascendencia moral, espiritual, afectiva sobre los beneficiarios de la herencia, quienes incluso suelen a veces dar opiniones, ideas sustentadas en la equidad, el sentido común y de justicia distributiva, en ocasiones inadvertidas por el testador.

Esta idea general nos permite reflexionar que, si un testador sin discapacidad necesita de ciertos apoyos familiares, informativos, de asesoramiento para el otorgamiento de un testamento, nada priva de que — en esos términos—, y en aplicación de la CDPD se puede otorgar un testamento en el que para la toma de esta decisión en el acto mismo de otorgamiento, se haya valido el testador de los apoyos, bien instrumentados previamente por él, o en los casos en que resulte posible, a través de los apoyos dispuestos judicialmente. Como arguye la profesora Alfaro Guillén —quien comparte este criterio—, "(e)l carácter personalísimo del acto a realizar por el sujeto (…), no debiere comprometer en modo alguno su asistencia. Las diferencias entre la representación y el apoyo estriban justamente en que en la primera se suple la voluntad del sujeto por la del representante para la toma de decisiones, mientras que lo segundo confiere el soporte, los medios necesarios para su adopción *per se* por el titular del derecho subjetivo a ejercitar mediante el acto de que se trate"[29].

Por ello, coincido con la doctrina española en la imposibilidad de que el tutor o el curador, en función de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, puedan intervenir en el otorgamiento del testamento[30]. Al decir de

[29] Alfaro Guillén, Y., «El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba», en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, Madrid, Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, 2019 (pp. 1397-1431), p. 1416.

[30] Así, entre otros, Berrocal Lazarot, A. I., «La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 770, 2018 (pp. 3339 a 3371), p. 3348, quien expresa que «(e)l carácter personalísimo del testamento impide la posibilidad de suplir la falta de capacidad con la intervención de terceras personas —representante legal o persona que le asista—; por ello, la opción por dotar del más amplio reconocimiento a la capacidad de testar».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la profesora de Amunátegui Rodríguez "(e)l testamento se concibe como un acto personalísimo en el sentido de no caber la posibilidad de atribuir su otorgamiento por representación; por tanto, si no lo hace el propio sujeto nadie puede sustituirlo"[31]. La tutela como institución de protección es el paradigma del modelo de sustitución de voluntades, en el que se nulifica cualquier actuación del pupilo o tutelado, de quien ni tan siquiera se toma en cuenta su historia de vida, preferencias o voluntad. El tutor suple toda voluntad. El curador —en su prístina configuración—, por otra parte, al complementar el ejercicio de la capacidad jurídica, se involucra en el negocio jurídico, la voluntad del testador en tales circunstancias, no es suficiente *per se*, se haría acompañar de la del curador, cuya concurrencia complementa, o sea, integra, perfecciona el negocio testamentario, lo cual rompe con su naturaleza personalísima[32]. El curador no se limitaría a informar, asesorar, asistir en la toma de decisiones, sino participa directamente en ella. Su participación es esencial para la perfección del negocio. Su voluntad se sumaría a la del testador al complementar el ejercicio de su capacidad jurídica. Y aunque el negocio se le atribuya al testador, la participación del curador se hace vital, pues el testador no podría ejercitar *per se* la capacidad jurídica. La participación del curador presupondría por parte del testador un ejercicio a medias de la capacidad jurídica. Una capacidad jurídica incompleta, conculcando en todo caso los principios que informan la CDPD, sobre todo, el de igualdad, en el ejercicio mismo de la capacidad jurídica a que hace referencia el tantas veces referido por la doctrina y la jurisprudencia reciente, artículo 12.

Para poder entender la tesis que vengo defendiendo se hace necesario, sin dudas sumergirnos en el sistema de apoyos, y a tal fin precisar qué son los apoyos, cuál es su finalidad, que rol desempeñan, quién los determina. Ciertamente la CDPD en su artículo 12.3 establece que "*Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las*

[31] Amunátegui Rodríguez, C. de, «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2018 (pp. 3-37), p. 6.

[32] A diferencia del curador asistencial previsto hoy día en el Derecho español, tras la vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio que adapta el ordenamiento civil y procesal a los dictados de la CDPD, quien ni complementa ni suple el ejercicio de la capacidad jurídica del titular del interés legítimo en juego, sino le acompaña, le asiste, le informa, le auxilia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Figura que ha sido interpretada por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general n.º 1 (2014) como *"un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades".* En todo caso, *"el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas"* (párrafo 17). O sea, los apoyos constituyen los tentáculos que emplean las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica, de modo que —como también agrega la Observación general— podrán ser de diversos tipos[33] y de mayor o menor intensidad lo que *"variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se mencionan, entre los principios generales de la Convención, 'el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas'"* (párrafo 18). Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona. En modo alguno supone sustituir, suplantar, complementar, la voluntad de esa persona. En todo caso, contribuye a informar, a acompañar, a diseñar un plan para que la persona pueda llegar a formarse su propia voluntad, ajena a influencias indebidas, incluidas las influencias del propio apoyo. Al decir de la reciente Ley colombiana n.º 1996/2019, de 26 de agosto, ya referenciada, los apoyos *"son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia*

[33] Según Agustina Palacios, estos pueden ser «aquellos que se requieran para la celebración de determinados actos formales; y aquellos que se requieran para realizar actividades de la vida cotidiana, que bien podrían denominarse también 'apoyos para la vida independiente'». Pueden ser también individuales o colectivos, según las necesidades propias de cada persona. *Vid*. Palacios, A., «La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables», *paper* presentado en el Congreso internacional "Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos", A diez años de la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad 24 y 25 de mayo 2016, Universidad Carlos III de Madrid (Getafe), en www.madridsinbarreras.org, consultada el 14 de mayo de 2020.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales". Mientras, como se aduce desde la orientación seguida por el nuevo Código civil y comercial de la Argentina "el 'apoyo' debe visualizarse durante todo el proceso previo al acto jurídico en sí, lo que significa que debe estar presente en cada instancia decisiva que, sumada a las demás, decante finalmente en la formalización de un acto jurídico determinado o no, pues justamente, la importancia de los apoyos radica en que vitaliza (no sustituye) el proceso de toma de decisión, quedando esta última siempre en la esfera de la PCD"[34], "el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona"[35]. En fin, "(e)l nuevo paradigma, que consagra el modelo de 'voluntad con apoyo', para la capacidad jurídica, implica respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y no debe consistir en decidir por ellas"[36]. "El modelo de apoyos estipulado en la CDPD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que la prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que se requiere medidas de promoción destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica"[37]. Esta es la piedra filosofal con la que debemos entender los apoyos, su finalidad es afianzar la toma de decisiones, nunca decidir por las personas en situación de discapacidad[38].

[34] Alderete, C. M., «El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios», *Infojus*, 14 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150503, www.infojus.gov.ar, consultado el 10 de mayo de 2020.

[35] Palacios A., «La configuración de los sistemas…», *cit*.

[36] Cisterna Reyes, M.ª S., «Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global», *Anuario de Derechos humanos*, núm. 11, 2015 (pp. 17-37), p. 27.

[37] Palacios, A., «La configuración de los sistemas…», *cit*.

[38] Resulta interesante tener en cuenta lo que se ha dispuesto en el proyecto de Ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina (expte. 4845-D-2017) para la implementación de un régimen legal para el acceso y conformación de un sistema de apoyos en favor de las personas con discapacidad, en relación con las transformaciones operadas en dicho campo a partir de la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, por Ley 23.849 (*B.O.* 22/09/1990), la CDPD, por Ley 26.378 (*B.O.* 9/6/2008) y con jerarquía constitucional por Ley 27.044 (*B.O.* 22/12/2014), la Ley nacional de salud mental 26.657 (*B.O.* 03/12/2010), reglamentada por el Decreto 603/2013 y el Código Civil y comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (*B.O.* 08/10/2014).

Así en el artículo 5 proyectado se establece como funciones de los apoyos:

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Si este es el sentido con el que se interpreta la función de los apoyos, entonces en nada riñe la naturaleza personalísima del negocio testamentario con la posibilidad de que en su otorgamiento puedan intervenir los apoyos, al margen de las consideraciones que ulteriormente se hagan y sin negar, como ya lo han hecho algunos autores, al criticar la Observación general n.º 1, las circunstancias en que puedan estar incursas ciertas personas con discapacidad intelectual o psicosocial que no les permite expresar su voluntad, para lo cual está prevista la presencia de apoyos intensos, con facultades de representación, aún con carácter excepcional. Supuestos en los que no será posible el otorgamiento de testamento, como tampoco de convertirse en codecisor o complemento en el ejercicio de la capacidad testamentaria.

En la actualidad, en el contexto latinoamericano solo un Estado ha regulado expresamente la posibilidad de que el testamento puede ser otorgado con apoyos. En efecto, la reciente reforma al régimen jurídico de la capacidad en el Código civil peruano, amén de sus aciertos y desaciertos[39], ha supuesto una posición vanguardista en este orden. Aun cuando en el Derecho argentino, tras la reforma que en este sentido ha conllevado el nuevo Código civil y comercial de la Nación, en materia de capacidad, entre

«a) actuar en beneficio de las personas con discapacidad como eje rector;

b) actuar respetando los deseos, metas e intereses conforme a la preferencia y manifestación de la persona, y su identidad cultural;

c) actuar de manera imparcial, asesorar, acompañar, establecer medios, modos de comunicación con la persona que requiere el apoyo para facilitar la toma de decisiones asegurando al máximo posible la accesibilidad al ejercicio de los derechos».

Según el artículo 14 proyectado los apoyos formales para el ejercicio de la capacidad jurídica comprenden *«la asistencia en la comunicación y comprensión de determinados actos jurídicos y sus consecuencias, tanto en el proceso previo como durante su celebración al manifestar la voluntad y preferencias personales».* Sobre el tema *vid*. Iglesias Frecha, J. M., «Consideraciones jurídicas sobre la implementación legal de un sistema de apoyos a favor de las personas con discapacidad», en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos,* vol. 2 (2), 2018, pp. 27-50.

[39] Sobre el tema *vid*. Tantaleón Odar, R. M., «La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384», en *Derecho y cambio social*, núm. 56, abril 2019, pp. 199-229; Mejía Rosasco, R., «La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú: La implementación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad», en "Derechos e integración", *Revista del Instituto de Derecho e integración*, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, núm. 14, año X, 2019, pp. 27-52; Varsi-Rospigliosi, E., Torres Maldonado, M. A., «El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código civil peruano», en *Acta Bioethic*a, núm. 25 (2), 2019, pp. 199-213.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

otros muchos ejes temáticos, no establece expresamente la posibilidad del otorgamiento del testamento con apoyos, sin embargo una interpretación sistemática del Código, conforme además con los tratados internacionales del derechos humanos que ha ratificado la Nación haría pensar que las personas con discapacidad a través del sistema de apoyos pudieran otorgar testamento[40]. Empero, llama la atención el que la doctrina no se haya pronunciado al respecto.

El artículo 696.2 del Código civil peruano, tras la reforma introducida por el artículo 1 del Decreto-Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre, establece la posibilidad de otorgar testamento con apoyos y ajustes razonables, lo cual lo limita al testamento abierto o notarial. O sea, conforme con los dictados de la CDPD toda persona con discapacidad podría otorgar testamento ante notario, siempre que el apoyo no ejercite una acción de sustitución. Se trataría de personas que a través del apoyo pueden formar su propia voluntad y tomar decisiones *per se*, tan solo asistidas por él[41].

Como esgrime Galvarino, "si hemos de encontrar un denominador común para internalizar qué entendemos por *apoyo* lo hallaríamos en la idea de 'ayuda', 'socorro', podríamos decir con el aditamento de la 'confianza' ". El apoyo se erige en estos casos en un requisito de validez del acto jurídico testamentario. Su ausencia pudiera conllevar a la nulidad del acto. Y esta es la función que desempeñarán los testigos a ruego o el intérprete en la lengua de señas. El apoyo deberá concurrir al documento público notarial, identificarse en la comparecencia, en tanto que en la propia escritura el notario ha de expresar la razón por la que acude al acto como apoyo, o sea, en qué consiste su papel en la toma de decisiones del testador y en la voluntad testamentaria a otorgarse en dicho instrumento, dejando claro

[40] No obstante, quizás hubiera sido recomendable que los legisladores hubieran hecho especial pronunciamiento en torno a este tema por lo polémico que suele ser, en tanto el tratamiento especial que ha tenido en el Derecho comparado, en materia de ejercicio de la capacidad jurídica la capacidad para testar, dadas las particularidades del negocio jurídico testamentario. Tómese en cuenta, sin embargo, que el Código no le dedica precepto alguno a la capacidad para testar, siéndole aplicable entonces las normas de alcance general. Para ello funciona como puerta clave el artículo 2463, remisor a los artículos reguladores de los actos jurídicos, no solo en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica. Y en ellos está previsto el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de apoyos y salvaguardias.

[41] Tantaleón Odar, R. M., «La discapacidad…», *cit*., p. 218, al estudiar la reforma introducida al Código civil, considera que «es entendible y loable pues justamente con apoyos o ajustes razonables el sujeto con discapacidad podría dar a conocer su última voluntad al notario».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

en todo caso que la voluntad es exclusiva del testador, verdadero y único protagonista del negocio testamentario[42].

Aunque en fase de proyecto, en Cuba, el nuevo Código de las familias pendiente de aprobación definitiva por el Parlamento y del referéndum popular[43], en sus disposiciones finales pretende introducir una importante reforma al Código civil de 1987, sin dudas la de mayor trascendencia en la historia de este cuerpo normativo. Dicha reforma, entre otros propósitos, si bien no es el único, busca adaptar el Derecho interno cubano a la CDPD, de

[42] Si bien, en ordenamientos como el español, tras la aprobación de la Ley 8/2021 la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado español en su Circular informativa núm. 2/2021 apuesta por una constatación sintética del juicio sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, sin hacer distingos entre personas con discapacidad y quienes no la tengan, pero a su vez deja expedita la vía de un acta notarial en la que se haga constar el proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, de manera tal que en ella se refleje cómo el notario pudo comunicarse con la persona con discapacidad, como este pudo llegar a la comprensión del acto o negocio jurídico que pretende instrumentar, a conocer sus efectos en Derecho, qué ajustes necesarios fueron requeridos, de qué apoyos se valió el notario.

Posición asumida que no deja de ser discutible en el sentido técnico-jurídico. Duplicar los esfuerzos notariales para propiciar que el documento público en el que se contiene el negocio o acto jurídico del cual es autor una persona con discapacidad, no haga alusión a la manera en la que este pudo exteriorizar la voluntad con la ayuda de apoyos, con las salvaguardias debidas y los ajustes razonables, no creo que aporte mucho, pues a fin de cuentas la presencia de apoyos en el documento hace visible la situación de discapacidad de alguno o de todos los comparecientes. Ocultarlo no hace ganar más en un clima en el que se procura la protección de todas las personas con capacidades funcionales diferentes. Constatar este particular en una escritura pública de testamento, no hace de menos valor a la persona con discapacidad y sí, por el contrario, una garantía a los ojos de una posible impugnación judicial, amén de que en el documento se reflejaría uno de los actos propios del notario que contribuye a calificar como público, el documento que este autoriza.

En la doctrina española más reciente, también se defiende el criterio que sigo. Echevarría de Rada apoya mi tesis al afirma que «se considera conveniente que el notario haga constar en el testamento que se ha cerciorado del pleno discernimiento del otorgante en forma personal y singularizada, porque en nada perjudica a la intimidad del sujeto (...). No deja de ser una precaución para el futuro, al reflejarse en la misma escritura la diligencia observada por el notario para asegurarse de esa capacidad. Tampoco se aprecia inconveniente alguno en que en caso de que sean precisos apoyos externos (…) para la expresión de la voluntad, estos consten en el testamento, sin que ello suponga discriminación de la persona con discapacidad, sino, todo lo contrario, un testamento 'a medida' por razón de sus circunstancias». *Vid*. Echevarría de Rada, M.ª T., «La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Pereña Vicente, M. y Heras Hernández, M.ª M. (dirs.), Núñez Núñez, M.ª (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 521-554.

[43] Se trata de una de las normas jurídicas que más interés ha concitado en el país, por reformar las bases del Derecho familiar y dar un giro copernicano, al refrendar instituciones jurídicas hasta ahora no previstas, con especial énfasis en lo que concierne a este estudio en las personas en situaciones de discapacidad. El Proyecto contiene en cada institución del Derecho familiar reglas especiales tuitivas en este orden.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ahí el importante giro que se da en materia de ejercicio de la capacidad jurídica y la incidencia que ello tiene en los distintos libros del Código civil, incluido por supuesto el IV, relativo al Derecho de sucesiones. En él —siguiendo el hilo discursivo de la reforma peruana— también se admite la posibilidad del otorgamiento del testamento ante notario con la asistencia de apoyos. El legislador al reformar el artículo 484.2 del vigente Código civil propone que el testador en situación de discapacidad, de requerirlo para manifestar la voluntad se haga valer de apoyos. Ciertamente, la norma se refiere a la manifestación de voluntad, pero nada priva que esta manifestación de voluntad haya sido formada con la asistencia de tales apoyos, lo que en todo caso será controlado por el notario autorizante, quien deberá velar porque la voluntad testamentaria manifestada por la persona con discapacidad sea enteramente libre y se corresponda con su voluntad interna, sin que ello atente contra el personalismo testamentario, pues la voluntad formada y exteriorizada corresponderá al testador, con independencia de las personas que le auxiliaron, asistieron o informaron durante todo el *íter* de formación y externalización de la voluntad testamentaria. Los apoyos, se limitan a ello, no complementan ni suplen la voluntad del otorgante.

La norma proyectada echa mano también de los ajustes razonables[44] que en la materia que nos atañe pudiera ser *v. gr.*, admitir el otorgamiento del testamento notarial de una persona en situación de discapacidad adaptando a la situación particular el principio de unidad de acto formal, o con cualquier otra adaptación de las formas testamentarias habilitantes que faciliten el otorgamiento.

1.1. El notario en la autorización del testamento. ¿Un apoyo institucional o una salvaguardia?

En el ámbito testamentario, no cabe duda de que el testamento abierto o notarial, al ser el de mayores garantías para el testador, resulta el más utilizado. En tal sentido, el notario ante el cual se otorgue un testamento con

[44] Definidos según el artículo 2 de la CDPD como «*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

apoyos será, sin duda alguna, la mejor salvaguardia posible. Su función no solo será la de informar, asesorar, esculpir a través de la mayéutica socrática la voluntad testamentaria, sino también la de controlar que la indebida influencia del o de los apoyos sobre el testador, y no solo de los apoyos. El notario debe velar porque la manifestación de voluntad testamentaria se externalice libre de todo vicio. El testamento debe expresar la libre voluntad del testador.

"La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial"[45], es "medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones"[46].

Como ya en otra ocasión he expresado, "precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos debido a su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dubitar sobre la verdad objetiva ínsita en ellos"[47]. El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (artículo 12.4) en el sentido de *"impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos"*. Por esa razón como expresa Rodríguez Adrados, "ni el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia

[45] Cavallé Cruz, A., *El notario como garante de los derechos de las personas*, Lima, Jurista editores, 2012, p. 416.

[46] *Ibídem*, p. 417.

[47] Pérez Gallardo, L. B., «El notario: función de autoridad pública», en *Ensayos de Derecho Notarial*, Lima, Gaceta Notarial, 2011, p. 421.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él (…) y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no solo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido (…) Sólo así el Notario (…) podrá controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer,* guardián del Derecho; y sólo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda 'es' su voluntad, pero que no 'sería' tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas"[48], lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

De este modo en el testamento abierto o notarial, es el notario la mejor salvaguardia. Y ello no quiere decir, como se dice incluso en la *Guía notarial…*, que el notario no sea un apoyo institucional. Lo es, el concepto de apoyos es muy amplio. Y el notario brinda una labor de asesoramiento, información e incluso puede contribuir a la formación de la voluntad testamentaria, alejando al testador de abusos o influencias indebidas. Pero, si el testador concurre ante él con apoyos extrajudiciales o incluso judicialmente dispuestos, el notario, más que como apoyo, actúa como contralor o salvaguardia[49]. Es una garantía que ofrece el Estado para que la

[48] Rodríguez Adrados, A., «El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, núm. CVII, enero-marzo, 1980 (pp. 255-409), pp. 272-273.

[49] Y ello no quiere decir —como algunos autores sostienen— que el notario sea el apoyo idóneo —a lo cual añadiría único— para que una persona con discapacidad intelectual pueda otorgar testamento. Supuesto en el cual, tendría el testador que carecer de apoyos, o despojarse de los apoyos que tiene, para otorgar el testamento, exclusivamente con el asesoramiento del notario como apoyo institucional. Todo ello sobre la base de una pretensa conculcación del personalismo testamentario, tesis que he ido refutando en este trabajo. Así, para Carol Rosés «(e)l Notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio (…)— para las personas discapacitadas y vulnerables (…) en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención (…)». *Vid*. Carol Rosés, F., «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764 (pp. 3242-3265), p. 3249.

Expresa de Amunátegui Rodríguez, quien no acepta —tal y como ha quedado expuesto precedentemente— el otorgamiento de testamento con apoyos, que no le «cabe duda alguna en que la posibilidad de facilitar el otorgamiento de testamento al mayor número de personas con discapacidad tan solo podría entenderse a través de la colaboración notarial, mediante una labor de información (…), asesoramiento, evitación de influencias y constancia del deseo de testar, lo que solo posibilitaría recurrir al abierto».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

persona en situación de discapacidad pueda ejercer sus derechos y expresar su voluntad fundado conforme con sus preferencias y libre de cualquier influencia externa, incluida la que pudiera ejercer el propio apoyo. O sea, "la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos —la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada— no solo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores —Notarios, Registradores (…)"[50]. La propia *Guía notarial…* reconoce también que actúa como salvaguardias en un doble sentido "*positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida"*. Y entre sus recomendaciones establece que compete al notario —a mi juicio, como salvaguardia, más que como apoyo—, la "*comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce o retuerza la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, ante una actitud ausente y desentendida por parte de la que tiene discapacidad"*, el *"(c)ontrol (…) de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad se forme su propio consentimiento" "calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada"*.

Extremos todos —los apuntados anteriormente— que en perfecta sintonía son aplicables en sede testamentaria. Y que con especial énfasis también explica Alfaro Guillén — si bien en materia de testamento del anciano— al apuntar que compete al notario la "(v)igilancia de la supremacía de la autonomía de la voluntad: descartar las influencias captatorias por la proclividad a vicios en la manifestación de voluntad (…), mediante algunas alternativas de comprobación:

Vid. Amunategui Rodríguez, C. de, «Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas», en Amunátegui Rodríguez, C. de y Martínez Martínez, M.ª, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2020 (pp. 11-105), p. 61.

[50] Cuenca Gómez, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR* 10, diciembre 2012 (pp. 61-94), p. 81.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

a) la indagación profunda del notario para evitar discordancias inconscientes entre lo que dispone el compareciente y su querer interno, con especial atención en las motivaciones del autor del acto;

b) preguntas de confirmación;

c) énfasis en los efectos del clausulado como parte de la función asesora"[51].

Todo ello sí, pero sobre la base de ser el principal guardián de la libertad y legalidad del acto testamentario, en tanto "(s)u formación profesional le permite, además, verificar la única pauta que modula la actuación de la persona con discapacidad: la comprobación de su autonomía personal y la utilización precisa de los apoyos que sean menester"[52].

2. Formas testamentarias y discapacidad

Hoy día la diversidad de apoyos ha de ser un elemento que caracteriza a este sistema que favorece el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad. Como ha dicho el Comité de derechos de las personas con discapacidad en su Observación general n.º 1, *"el apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias"*. Nada priva que una persona con discapacidad pueda utilizar —según dispone el artículo 2 de la CDPD— cualquier medio de comunicación, lo que ha de entenderse que "*incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;*

"Por 'lenguaje' se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal". Se pretende así potenciar la comunicación de este sector poblacional como parte de

[51] Alfaro Guillén, Y., «El otorgamiento de testamento…», *cit*., pp. 1419-1420.
[52] *Ibidem*, p. 1422.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la sociedad, propiciándose y fortaleciéndose una nueva dimensión del concepto tradicional del lenguaje. Se trata también de potenciar los apoyos tecnológicos que pueden ser de suma ayuda o auxilio para la exteriorización de la voluntad de las personas en situación de discapacidad no solo sensorial sino también intelectual.

Hay que entender entonces el braille, o los medios y formatos aumentativos o alternativos, o el lenguaje de señas, como otros idiomas, como otra manera, distinta de comunicar pensamientos, ideas, sentimientos y de exteriorizar voluntades, pero no menos eficaz desde el ámbito jurídico. El lenguaje que importa para el Derecho por ser la manera de expresar o exteriorizar una voluntad y con ello, de concertar actos y negocios jurídicos, hoy hay que entenderlo con este enfoque inclusivo. Tan válido puede ser un acto jurídico que se concierta en un país hispanohablante en idioma inglés, como por ejemplo, un contrato o un testamento ológrafo, como aquel que se exterioriza a través del lenguaje de señas, o por medio del braille, siempre que se pueda identificar plenamente al autor de esa voluntad exteriorizada a través de las señas o del conjunto de signos lingüísticos expresados a través de los puntos a relieve, en el caso del braille, por los invidentes y que dicha voluntad haya sido expresada sin coacción o vicio alguno.

De ahí que códigos civiles como el peruano, hayan incorporado en la reforma de 2018, contenida en el Decreto Legislativo 1384, en el artículo 141, un concepto amplio y abarcador de lo que se entiende por manifestación expresa de voluntad, a saber: aquella que se realiza *"en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona"*, la que se ha tenido como referente en la reforma al artículo 50 del Código civil cubano. Fórmula con la que se pretende romper las barreras que tradicionalmente se han erigidos para impedir que personas con discapacidad visual o con discapacidades intelectuales puedan externalizar su voluntad, al insertar la posibilidad de utilización o empleos de dispositivos tecnológicos, aptos para facilitar la manifestación de voluntad de una persona.

Es dable apuntar que Perú a partir de 2012 se convirtió en el único país del continente que admitió el otorgamiento de testamentos ológrafo y cerrado en braille, por citar un ejemplo. Las personas invidentes a lo largo de la historia

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

les ha sido cercenada la posibilidad de otorgar cualquier otro testamento distinto al notarial[53]. Pero también los aditamentos electrónicos pueden ser una herramienta útil para el otorgamiento incluso de un testamento ológrafo[54], de ahí la importancia de la fórmula que se ha empleado en estas reformas legales referenciadas que dan cobertura jurídica desde el Derecho de sucesiones a las personas en situación de discapacidad.

Aunque la fórmula que se propone en el artículo 50 del Código civil cubano, inspirada en la reforma al Código civil peruano, contenida en el

[53] La Ley 29973 de 13 de diciembre de 2012, Ley general de la persona con discapacidad, de Perú, fue paso de avance muy significativo, al modificar en su momento los preceptos del Código civil, relativos a las formalidades del testamento cerrado y del ológrafo y permitir la posibilidad de que las personas con discapacidades visuales pudieran otorgar estos tipos testamentarios empleando el sistema de lectoescritura braille u otros medios o formatos alternativos de comunicación. De modo que, con esta modificación operada en el Código civil, Perú se convirtió en esa fecha en el único país iberoamericano que permitía en su regulación de Derecho civil la posibilidad de que las personas ciegas pudieran emplear, para disponer por causa de muerte, de tipos testamentarios dotados de más privacidad, hasta este momento inaccesibles para ellas en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Sobre el tema *vid*., Pérez Gallardo, L. B., «Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el Derecho peruano: Luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», *Revista Gaceta Civil y procesal civil, registral y notarial*, Lima, tomo 37, julio 2016, pp. 241-267.

[54] A modo de ejemplo, tómese en consideración el caso fallado por un tribunal italiano (Tribunal de Varese, Decreto de 12 marzo de 2012, juez tutelar: G. Buffone) respecto de una persona que tenía diagnosticada una esclerosis lateral amiotrófica desde el 2005, a quien el 17 de enero de 2012, a través del Decreto núm. 332/2012, se le estableció una administración de apoyo, según el Derecho italiano, designándose a tal efecto a su hermana, quien por tal razón le ayudaría en actividades administrativas y de gestión. En el año 2012, dicha persona se encontraba sujeta a respiración mecánica mediante traqueotomía y a nutrición enteral. No obstante, las investigaciones médicas arrojaron que dicha persona estaba perfectamente alerta, consciente y bien orientada. Sin embargo, presentaba tetraparesia grave, razón por la cual no podía usar sus extremidades. El 16 de febrero de 2011 es escuchado por el juez en su casa, lugar en el que se comprobó tenía un comunicador ocular que le permitía expresarse. En la ocasión declaró estar al tanto del procedimiento de apoyo que se estaba sustanciando y solicitó designar a su hermana como administradora, lo cual hace colegir que se trataba de una persona perfectamente capaz de comprender y querer y, gracias al apoyo de las nuevas tecnologías, también podía expresar su voluntad y comunicarla a terceros sin ningún problema. Por razón de su imposibilidad física, se veía impedido de otorgar testamento, por lo tanto, solicita que el beneficiario de sostén, en sustitución de él, pueda firmar su última voluntad a través del comunicador ocular, pero estando en sus deseos nombrar entre los herederos a su propia hermana, administradora de sostén, también propuso al juez evaluar la posible designación de un curador especial a tal fin. Petición a la que accede el Tribunal. Para un análisis más pormenorizado de este caso, *vid*., Barba, V., «Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno», *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 6, giugno 2012, pp. 436-447 y también Pérez Gallardo, L. B., «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núm. 782, año XCVI, noviembre-diciembre de 2020, pp. 3625-3671.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Decreto Legislativo 1384, no supone explícitamente la utilización de medios mecánicos o digitales para la redacción del testamento ológrafo, al estar contenido dicho precepto en el Libro I del Código con alcance general para todos los negocios y actos jurídicos civiles, pudiera representar un fuerte argumento para defender, tras la aprobación de dicha reforma, la validez del otorgamiento de un testamento ológrafo en braille o incluso en soporte digital. Máxime si el otorgante es una persona en situación de discapacidad, amparado en el artículo 89 de la Constitución de la República de 2019 que es el paraguas protector de los derechos de las personas en situación de discapacidad y en la aplicación de la CDPD, amén de lo previsto en el artículo 8 de la Carta Magna, según el cual *"Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional"*. No se olvide que de aplicarse directamente la CDPD habría que invocar su artículo 2, al cual ya se ha hecho referencia, que entre otros términos define de forma lata e innovadora qué incluye la comunicación y qué ha de entenderse por lenguaje.

3. Legítimas y discapacidad: ¿ha de sustentarse la protección legitimaria en una situación de discapacidad o en una de vulnerabilidad económica?

Como ya se ha insistido, el Derecho de sucesiones no solo se enfoca en las situaciones jurídicas patrimoniales, sino también en las de naturaleza existencial. La tradicional rigidez estructural de esta materia del Derecho no debe conllevar inexorablemente a igual rigidez funcional. Como se defiende desde la doctrina brasilera, "(s)e parte de la hipótesis de que el Derecho sucesorio no debe promover la transmisión de la herencia, indiferentemente, a personas aptas que le garanticen económicamente una vida digna, cuando hay personas vulnerables económicamente, o sea, personas con dependencia económica del *de cuius*, o que, dentro de los herederos legítimos, no puedan poseer su propio sustento"[55]. La legítima tiene que incardinar su cometido

[55] Cardoso Brasileiro Borges, R. y Marques Lima Dantas, R.,«Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos», *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, Belo Horizonte, jan./mar. 2017 (pp. 73-91), p. 74.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

hacia fines de naturaleza social. La función social de la sucesión por causa de muerte no debe limitarse al pago de impuestos por concepto de transmisión de herencias y legados, y a la participación del Estado como heredero *ab intestato*. Con independencia del Derecho previsional, de la asistencia y seguridad social, el Derecho de sucesiones, como prolongación del Derecho de las familias, debe establecer mecanismos que permitan asistir a personas en situación de vulnerabilidad económica.

Desde un enfoque de derechos humanos ha de partirse de la necesidad de protección de los grupos en situación de vulnerabilidad, protección que el Derecho de sucesiones perfila desde un fin tuitivo patrimonial. La vulnerabilidad es un concepto que ha atravesado el umbral del Derecho público para insertarse también en los distintos subsectores del Derecho privado. La vulnerabilidad ha pasado a ser vista como una condición humana que puede ser violada en el contacto entre personas; de ahí que se ha abandonado la antigua visión limitada de la vulnerabilidad como adjetivo para asumir un sentido sustantivo, constitutiva de la persona. El Derecho de sucesiones debe prever las herramientas útiles para combatir la situación en la que pueden sumergirse ciertas personas que forman parte del círculo familiar del causante, cuya muerte puede agravar su situación de vulnerabilidad patrimonial, ya sea por su edad, por motivo de discapacidad inhabilitante o por otras razones que le enerven su aptitud para autofinanciarse. Por eso es por lo que las normas jurídicas se deben alinear en la búsqueda de alternativas o paliativos que hagan dúctil la vida de dichas personas, sin que ello suponga tampoco cercenar a ultranza la libertad dispositiva de la persona, o limitar el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Si bien las personas en situación de discapacidad pueden devenir personas con vulnerabilidad económica, ambas categorías interactúan como círculos concéntricos. La vulnerabilidad económica es el género. No toda persona debido a su discapacidad necesita del financiamiento patrimonial de un tercero y en esto radica la vulnerabilidad, no en la escasez de recursos económicos del pretenso beneficiario por sí sola, sino la especial situación en que se encuentra la persona que le imposibilita obtenerlos, procurarlos *per se*. En la propia medida en que las personas en situación de discapacidad se integran social y económicamente, en ese mismo sentido su

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

situación patrimonial le permitirá atender sus más apremiantes necesidades. Proteger a las personas en situación de discapacidad por la sola razón de la discapacidad es tan discriminatorio como abstenerse de hacerlo.

Ciertamente, tras la entrada en vigor de la CDPD, las miradas hacia dichas personas han sido mucho más intensas. El enfoque de la discapacidad se hace desde los derechos humanos, con una proyección social hasta entonces no vista. El reconocimiento convencional del derecho de las personas en situación de discapacidad a heredar bienes (artículo 12.5) viene de la mano de la necesidad de reforzar la tutela en el orden sucesorio de este sector de la población, "de tal manera que asegure la superación de los riesgos que emanan del estado de discapacidad de las personas, ante la muerte de quien proveía a sus necesidades" . Y es que la legítima se convierte en institución jurídica idónea para canalizar tal protección, eso sí una legítima —como apunta Capparelli— tuitiva, en función de la necesidad[56]. Si la legítima se erige en un límite, obstáculo o restricción de la libertad de testar de las personas, en pos de proteger a los más propincuos parientes y al cónyuge o al compañero de hecho afectivo, nada más justo, racional y noble que la limitación hoy en día tenga una efectiva función social, como lo es darle un carácter asistencial o protector; la *pietas familiæ* se erige como un resorte, a nivel de principio, que hoy hace más razonable y proporcional la limitación a la libertad de testar de las personas, con un sentido más humano y a la vez social. No se trata de limitar, sin más, la libertad dispositiva por causa de muerte, sino que los derroteros de esta tengan una razón que justifique el propio sentido de la restricción, expresada a través de normas de *ius cogens*. Como afirma el profesor Córdoba: "Reconociendo naturaleza asistencial a la institución sucesoria, que se identifica con otras con las que se relaciona por su incumbencia en las vinculaciones familiares y las del grupo con el Estado, tal el caso de los derechos y deberes alimentarios, es que resulta conveniente y por tanto útil atender el reclamo vigente que sostiene la necesidad de crear normas jurídicas exigibles que atiendan a los discapacitados (*sic*) y las instituciones de protección de los mismos en todos los ámbitos y, va de suyo,

[56] Capparelli, J. C., «Colación y legítima en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial», MJ-DOC-5983-AR | MJD5983, 27 de diciembre de 2012, disponible en http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/09/27/colacion-y-legitima-en-el-proyecto-de-nuevo-codigo-civil-y-comercial/, consultado el 26 de mayo de 2015.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

también en el sucesorio, ya que han estado en gran parte olvidados"[57]. Claro está —y en ello disiento de la posición tomada por el legislador argentino—, siempre que la discapacidad esté asociada con una situación de vulnerabilidad patrimonial de la persona. Es la vulnerabilidad resultado de esa discapacidad; no siempre ambas situaciones vienen de la mano.

Tomar como referentes en el horizonte jurídico una perspectiva u otra pudiera desnaturalizar la finalidad asistencial de la legítima, esto es, si su propósito es asistir a los familiares del causante en situación de vulnerabilidad, o solo por motivo de discapacidad, cualquiera que sea la naturaleza y entidad de esta, se convierta o no en un hándicap para la persona, su inserción en el mercado laboral y con ello la posibilidad o no de satisfacer *per se* las necesidades de contenido patrimonial.

Resulta oportuno —desde una visión comparada en el Derecho latinoamericano— al menos de modo sintético, ofrecer un parangón entre estas dos alternativas sucesorias, que no se afilian a la *family provision* anglosajona, y que a su vez constituyen variantes de los modelos clásicos de legítimas. Para el legislador cubano del Código civil de 1987 siempre estuvo clara la permanencia de unos herederos forzosos, con una nueva visión, con un estilo distinto,[58] tomado de modelos de Europa del Este[59],

[57] Córdoba, M., «Utilidad social de la sucesión —asistencia— mejora específica», en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *El Derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, 2010, p. 156.

[58] Marcado esencialmente por la función social que tiene la legítima, catalogada como asistencial, precisamente debido a la protección que despliega hacia un cierto sector de la población, en esencia personas con vulnerabilidad económica.

[59] Como exponen Czachorski, W. y Stelmachowski, A., «Evolución del Derecho Civil en los países socialistas», disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/889/3.pdf, consultado el 2 de agosto de 2012, pp. 57 y 58, en Rusia y la ex Checoslovaquia eran llamadas a la sucesión del *de cuius* las personas que hubieran estado en dependencia económica con este por lo menos un año antes de su muerte.

El actual Código civil ruso mantiene esta dirección. En efecto, el artículo 1148 regula la sucesión por personas con discapacidad, dependientes del testador.

A su tenor: *«1. Los ciudadanos que se encuentran comprendidos entre los herederos legales, especificados en los artículos 1143-1145 del presente Código que se encuentran discapacitados en la fecha de apertura de la sucesión, pero que no están incluidos en la categoría de herederos llamados a la herencia, deben heredar, por ministerio de la ley, de conjunto y a partes iguales con los herederos de esa categoría, si eran dependientes del testador, al menos un año antes de su muerte, sin importar si residían o no con el testador.*

»2. Los herederos legales no deben ser incluidos en el círculo de herederos especificados en los artículos 1142-1145 del Código, salvo que fueren discapacitados en el momento de apertura de la

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pero que en esencia respondía a un límite a la libertad de testar, si bien por excepción, pero límite al fin. Nunca se pensó en suprimir esta cortapisa a la libertad de testar. Se pasó de la regulación de unos herederos apegados en su *nomen* y en su contenido a los previstos por el legislador español, a otros en los que mutaba su esencia más asistencial que parental, constituyendo ambos, igual freno a la libertad testamentaria, pero se buscaba en este nuevo ensayo normativo la protección de ciertos parientes o del cónyuge, debido a requerimientos a modo de *conditio iuris* que se iban agregando.

El Código civil de 1987 se caracterizó por el laconismo exacerbado de sus preceptos, el empleo de conceptos válvulas destinados a ser aplicados por jueces con una fértil "imaginación", a partir del empleo de los distintos métodos hermenéuticos, con los cuales develar el secreto de esos trazos de pintura abstracta de finales del siglo XX, cuya interpretación depende del perfil desde el cual se le mire. El legislador no completó la obra, la dejó en manos de los jueces y de los demás aplicadores del Derecho, en la que la doctrina científica ha desempeñado un rol significativo, tenida en cuenta incluso por el juzgador en algunas de sus sentencias relativas precisamente a este tema en las que se apoya en su argumentación jurídica[60].

sucesión, y que fueren dependientes del testador al menos por un año antes de su muerte, habiendo residido con él. Si existen otros herederos legales deben heredar a partes iguales con los herederos de la categoría llamada a la herencia.

»3. *Si no hay otros herederos legales, los discapacitados dependientes del testador deben heredar por derecho propio como herederos de la octava categoría*».

Esta modalidad de legítima está regulada también hoy en los Códigos civiles de Estonia, Lituania, Eslovenia y Polonia.

Según expresa Vaquer Aloy, A., «Reflexiones sobre una eventual reforma a la legítima», *InDret*, 3/2007, disponible en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf, consultada el 6 de agosto de 2012, en Estonia se prevé que *«si el causante en testamento o contrato sucesorio ha desheredado a un ascendiente, descendiente o a su cónyuge llamado a suceder abintestato que está incapacitado para el trabajo, o ha reducido su cuota hereditaria en comparación con la cuota que le correspondería abintestato, esos parientes y el cónyuge tienen derecho a suceder en la legítima»* (§ 104 de la Ley de Derecho de Sucesiones). En tanto, en Lituania los hijos, parientes y el cónyuge del causante tienen derecho a la legítima siempre que «*necesiten ser mantenidos*» en el momento del fallecimiento del causante, siendo la cuantía de la legítima la mitad de la cuota intestada. En Eslovenia, los abuelos y hermanos del causante solo adquieren derecho a la legítima si son incapaces para el trabajo y carecen de medios económicos para satisfacer sus necesidades. Expresa el citado autor que en el 2001 «la Ley de Sucesiones eslovena fue modificada, estableciéndose que el cónyuge o los herederos privados de medios económicos suficientes para la vida pueden solicitar del juez un incremento de sus cuotas a costa de los restantes herederos». También en Polonia la cuantía de la legítima se incrementa hasta los dos tercios de la herencia si los legitimarios son menores de edad o incapaces para el trabajo.

[60] *Vid*., entre otras, en la interpretación del artículo 493 del Código civil, Sentencia núm. 75 de 31 de marzo de 2009, segundo Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Cabe entonces sustentar que los denominados "herederos" especialmente protegidos nacen a la palestra legal, como sustitutivos de los "herederos" forzosos reconocidos en el artículo 807 del Código civil español, a la postre, abrogado para el Derecho cubano. Tienden a proteger a personas con dependencia económica, en situación de vulnerabilidad económica, entre las cuales pudieran situarse aquellas personas que en razón de su discapacidad han devenido en dicha situación, dentro de un círculo parental y conyugal que no se distancia en nada del enunciado en el mencionado artículo 807, pero al introducir el legislador cubano los dos requerimientos a modo de *conditio iuris*, que más de una vez ha provocado un verdadero quebradero de cabeza, a saber: la dependencia económica del causante y la falta de aptitud para trabajar, deja en manos de los operadores del Derecho su exégesis (esencialmente de los jueces), quienes tienen que seguir completando trazos, para culminar la obra inconclusa del legislador. De esta manera la figura de los "herederos" especialmente protegidos no es únicamente de contornos o perfiles legales, sino también de constitución jurisprudencial, con el sentido que suele darle la academia cubana a este término, que no supone *recta vía* lo que en esencia es la jurisprudencia[61]. No se está especialmente protegido solo por determinación legal, sino esencialmente por determinación judicial e incluso notarial. Las bases de esta determinación las da la ley, pero su contenido se colma por la labor de los intérpretes. Los requerimientos de la figura, a modo de *conditio iuris*, han sido perfilados por los jueces desde la vigencia del Código civil, con el aditamento, nada pueril, de la doctrina científica, nacida en esencia desde la cátedra universitaria, que ha puesto lienzo y pincel en una obra pictórica de hondo calado humano.

Algo diferente, pero con matiz también asistencial sin pasar a un régimen de alimentos *post mortem*, ha acontecido en el Código civil y comercial de Argentina. En efecto, de la mano del insigne jurista y maestro del Derecho del país suramericano, el profesor Marcos M. Córdoba, se introduce la

del Tribunal Supremo (ponente: Díaz Tenreiro) y en sede de preterición (artículo 495 del Código civil); la Sentencia núm. 317 de 12 de mayo del 2005, primer Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo (ponente: González García); Sentencia núm. 828 de 23 de noviembre del 2004, único Considerando; y Sentencia núm. 768 de 30 de noviembre del 2005, único Considerando, ambas de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo (ponente: Díaz Tenreiro). *Fuente*: Legajos de sentencias de la Sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo.

[61] *Rectius*, interpretación jurisprudencial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

mejora estricta a favor del heredero con discapacidad. Sin dudas, el ínclito profesor ha abrevado en las fuentes del Derecho español y del Derecho cubano —como, muy bien, por cierto, refleja Olmo en un libro monográfico sobre el tema, al escudriñar en los antecedentes de esta figura jurídica[62]—. Del Código civil español rescata la figura de la mejora, fórmula transaccional entre la legítima hispánica en sentido estricto y la parte de libre disposición, a cuyo tenor el testador puede beneficiar entre los descendientes (no necesariamente hijos), a aquel de los cuales podría atribuirle un tercio de los dos que la ley le obliga reservarles (o sea, extraer de la legítima amplia, que entre los descendientes es de dos tercios, uno de esos tercios para "mejorar" la participación de uno de ellos). Es decir, la mejora, si bien forma parte de la legítima en el Derecho español, comparte con la libre disposición el que su destinatario o beneficiario sea la persona escogida por el testador a su libre voluntad, con la diferencia que, para ser mejorado, necesariamente ha de ostentarse la condición de descendiente del testador, a diferencia del destinatario de la parte de libre disposición que lo puede ser cualquiera. Por otra parte, se toma del Derecho cubano —que a su vez abrevó en el Derecho ruso— el sentido asistencial o protector de la legítima, con las diferencias que el propio autor se encarga de reflejar en su obra. No obstante, tanto la legítima asistencial como la mejora estricta, que también tiene función asistencial, buscan la protección en el orden patrimonial-sucesorio de cierto sector de parientes del causante, ya sea en situación de vulnerabilidad, en el caso de la legítima asistencial cubana, o solo debido a la discapacidad, como acontece con la mejora estricta del Derecho argentino.

La mejora estricta a favor del heredero con discapacidad obedece —sin temor a equivocarme— a la aplicación de los dictados de la CDPD, que en materia sucesoria tiene su reflejo en el ya citado artículo 12.5. Discapacidad y sucesiones tienen su expresión en el Código civil y comercial de la nación en el artículo 2448, lo que si bien es loable no es suficiente, pues el legislador perdió la oportunidad de construir un Derecho sucesorio conforme con los dictados de la Convención, de manera que en materia sucesoria se lograra la autonomía y el desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, a tono con el modelo social y de derechos

[62] Olmo, J. P., *Herederos con discapacidad. Teoría y práctica de la mejora estricta*, Buenos Aires, Astrea, 2019, pp. 36-40.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

humanos que diseña la Convención, en un modelo de toma de decisiones y no de sustitución de voluntades[63].

La mejora estricta a favor de "herederos" con discapacidad es una medida que constituye un paliativo a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, en tanto que su existencia aminora la cuantía que les compete a los legitimarios sin discapacidad. El tercio de mejora estricta se detrae de la legítima, de hecho —y también de Derecho—, la mejora estricta es parte de la legítima. Por mi parte, soy del criterio de que la libre disposición es una parte distinta a la mejora, pues la mejora estricta es un contenido de la legítima, no así la parte de libre disposición; de ahí que la una y la otra puedan tener —a discreción del testador— distintos destinatarios. En buena medida, el destinatario de la mejora estricta es un legitimario con discapacidad, no un heredero con discapacidad, en tanto que esa mejora estricta puede ser atribuida a título de herencia, de legado, o a título de donación, o sea, el testador tiene distintas vías para atribuir la mejora estricta, elegidas *ad libitum* según el dictado del propio artículo 2448, cuando deja dicho que el testador puede utilizar a tal fin *"el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso"*.

La mejora estricta ofrece una riqueza de supuestos, en la medida en que el artículo 2448 del Código sea aplicado, a partir de los testamentos otorgados. La figura se ubica entre aquellas que tienen naturaleza asistencial. La facultad de mejorar o no puede ser ejercitada por el testador a su mero arbitrio. Compete al testador la decisión de mejorar o no entre los legitimarios, siempre que al menos uno de ellos sea una persona con discapacidad y, a su vez, ascendiente o descendiente del testador. No sucede así con el cónyuge que fue excluido de tal beneficio sobre la base de otros, también regulados en el Código pero que en nada contravienen la posibilidad de hacerse favorecer con la mejora. Los argumentos hasta ahora esgrimidos no

[63] De ahí que se eche de menos en las normas sucesorias argentinas otras posibilidades de actuación de las personas con discapacidad como el testamento en braille para testadores con discapacidad visual, o utilizando «*otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso»,* como preconiza el artículo 2 de la mencionada Convención, o la posibilidad de que personas con discapacidad intelectual o psíquica puedan otorgar testamento con apoyos, según el dictado del artículo 12.3 de la propia Convención, u otras normas que tiendan a reforzar la protección de estas personas desde el prisma del Derecho sucesorio, como por ejemplo, el que la mera falta de atención al causante de la sucesión, máxime cuando este haya sido una persona con discapacidad, sea una causa de exclusión para concurrir a la sucesión de aquel, como lamentablemente no se regula de manera explícita entre las causales de la mal llamada «indignidad» sucesoria, enunciadas en el artículo 2281 del Código.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

son convincentes. Que el cónyuge pueda ser atributario del derecho real de habitación o beneficiario de la vivienda de uso familiar, condice bien con su situación de persona con discapacidad y el beneficio de la mejora estricta. A fin de cuentas, hoy en día en el patrimonio que se transmite por causa de muerte está la contribución del consorte sobreviviente.

¿En qué consiste la asistencialidad de esta mejora?

La facultad de mejorar de la que se dota al testador *ex* artículo 2448 del Código civil y comercial de la Argentina puede ser concebida como una acción de discriminación positiva. Como dice Olmo, "se procura un beneficio de tinte asistencial"[64]; eso sí, no creo que sea necesariamente a favor de personas en situación de vulnerabilidad económica, en la manera en que se plantea por el artículo que le da vida. Y en esto la mejora estricta, que también tiene naturaleza asistencial, se distingue de la legítima asistencial cubana. En el Derecho argentino la variable empleada es persona con discapacidad; en el Derecho cubano, en cambio, se busca proteger —aunque explícitamente no se regule en el Código Civil (artículos 492 y 493)— a las personas en situación de vulnerabilidad económica. Para el Derecho argentino lo que prima es la condición de ser persona en situación de discapacidad; para el Derecho cubano cobra vida un juicio de razonabilidad, a los fines de precisar si la persona no apta para trabajar y dependiente económicamente del causante merece el beneficio de la especial protección legitimaria y con ello ser destinataria de la legítima asistencial. En el Derecho cubano las personas en situación de discapacidad pueden llegar a ser legitimarios asistenciales, pero el beneficio de la legítima asistencial les alcanza, en tanto personas en situación de vulnerabilidad económica, no en tanto personas en situación de discapacidad. En esto radica precisamente la crítica que puedo hacer al codificador argentino. La posibilidad de mejorar a un legitimario y con ello de reducir la participación del resto de los legitimarios en la legítima no debe radicar en la sola existencia de discapacidad, cualquier sea su naturaleza, en uno de los legitimarios. La sola discapacidad de un legitimario no justifica la facultad de mejorar, sino la vulnerabilidad económica. Sucede con la discapacidad lo que con la senectud. El solo hecho de ser persona adulta mayor no supone situación de vulnerabilidad en el orden económico, como tampoco la senectud es sinónimo de discapacidad. Es cierto que tanto las

[64] Olmo, J. P., *Herederos con…*, *cit.*, p. 10.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

personas adultas mayores como las personas en situación de discapacidad son sectores poblacionales con riesgo de vulnerabilidad o fragilidad económica, pero ello no es una ecuación matemática. Lo que justificaría —a mi juicio— la facultad de mejorar a un legitimario, rompiendo con el principio de participación igualitaria en la legítima, es su vulnerabilidad, no su discapacidad, probado, eso sí, casuísticamente. Afianzar este criterio sería a su vez asentar la discriminación de las personas debido a sus capacidades diferentes[65].

Sin duda, es dable tener en cuenta esta necesaria distinción entre situación de discapacidad y de vulnerabilidad económica para delimitar bien qué es lo que se pretende proteger con una legítima de corte asistencial. En países que como Chile hoy se redacta una nueva Constitución un autor de gran valía académica apoya la tesitura de una legítima asistencial (llamada por él alimenticia) destinada, eso sí, a proteger indistintamente a personas en situación de vulnerabilidad como pueden ser las personas menores de edad y a otras por razón de su discapacidad, sin otro motivo que atender. Nuevamente la situación de discapacidad de una persona se pretende erigir en razón suficiente para su protección legitimaria[66].

La mejora regulada por el Derecho argentino tiende a beneficiar en el orden patrimonial a uno o varios legitimarios. Ello es justo, pero no en razón tan solo de la discapacidad. Si la discapacidad en determinadas personas supone una aminoración de su rendimiento económico, una disminución de su potencialidad para el mercado laboral, entonces la facultad de mejorar

[65] El propio Olmo en su libro —aun cuando elogia la solución dada por el legislador en el artículo 2448 del Código civil y comercial— deja entrever las posiciones adversas que objetan el ámbito de aplicación del artículo, en tanto la discapacidad no implica necesariamente vulnerabilidad o dependencia, incluso económica, «Utilizar la discapacidad como variable de aplicación de la norma reafirma estereotipos basados en la condición de inferioridad en la que se encontrarían las personas incluidas, lo cual no sería ajustado a los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *Vid*. Olmo, J. P., *Herederos con…, cit.,* pp. 10 y 11.

[66] *Vid*. Barría Paredes, M., «Familia, discapacidad y sucesión por causa de muerte. Algunas ideas para la nueva Constitución de Chile», *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático, octubre 2021, pp. 143-181. Defiende el autor (p. 165) «que las asignaciones forzosas, especialmente la legítima y la mejora solo debieran estar reservadas para los integrantes de la familia que lo requieran, con lo cual se podría ampliar la libertad de disposición del causante, equilibrando esta citada libertad con la protección de la familia. Por ello, no solo los hijos menores requieren de la protección sucesoria a través de las asignaciones forzosas, sino que, también, se requiere tutelar con este mecanismo a aquellos hijos que, siendo mayores, sufran alguna discapacidad, protección que se debe extender por toda su vida de ser necesario, manifestándose la solidaridad intergeneracional».

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se justifica con respecto de estas personas, pero no por la causa que es la discapacidad, sino por la consecuencia que es la vulnerabilidad económica en razón de esa discapacidad. El nuevo Derecho de sucesiones debe ser cada día más dúctil, más flexible, menos rígido, más dinámico y ajustado a las necesidades de las personas; un Derecho que fortalezca la solidaridad familiar inter y transgeneracional, a partir de una protección reforzada de parientes o cónyuges, o compañeros permanentes, sean de igual o diferente sexo, siempre que en todo caso sean personas en situación de vulnerabilidad económica, una de cuyas causas pudiera ser la discapacidad; de esta manera la vulnerabilidad ha de ser la *ratio esendi* de la protección legitimaria, no la discapacidad *per se*. Por ello coincido con la posición defendida desde el Derecho brasilero, de que "(l)a libertad de testar en cuanto situación jurídica patrimonial apenas debe ser limitada en la medida de la realización de una función social o para asegurar condiciones existenciales"[67]. No se trata de forzar la protección de la familia sin más, sino de aquellos que dentro de la familia necesitan amparo patrimonial. Solo así la limitación sería coherente, pues tributaría a la protección de la dignidad de otras personas vinculadas afectiva y patrimonialmente con el causante de la sucesión. A esta función de la legítima se refiere también, desde el Derecho español, Roca Trías, para quien el hecho de que no exista un derecho moral a suceder a falta de designación expresa de la persona, luego devenida causante, no significa que la ley no pueda crear un derecho de ciertas personas a participar en la sucesión del causante, entre las cuales sitúa la doctrina moderna —al decir de la autora—, precisamente a las personas con necesidad —único supuesto con el que ella coincide— como beneficiarias de un derecho contra la herencia, manera de cumplir la exigencia constitucional prevista en el artículo 33 de la Constitución española, a saber: la función social de la herencia[68]; posición que ha defendido en su conferencia titulada "La libertad de testar: entre Constitución y familia", con la que inauguró el curso académico 2019-2020 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

[67] Cardoso Brasileiro Borges, R. y Marques Lima Dantas, R., «Direito das sucessões…», *cit.*, p. 90.

[68] Roca Trías, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», en «Legítimas y libertad de testar», en Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dirs.) y Oviedo Herrero, M. (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014 (pp. 1245-1266), pp. 1264 y 1265.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En la ocasión, la también catedrática de Derecho civil ha dejado dicho que uno de los factores para que la herencia cumpla su función social es la familia, aunque no necesariamente a través de la legítima, sino haciendo primar la necesidad sobre el parentesco, "atribuyendo bienes de la herencia a colectivos familiares especialmente protegibles"[69].

4. Cuidados, cuidadores y Derecho de sucesiones

Las estadísticas reflejan que en gran parte de Europa, Norteamérica y en algunos países de América Latina, amén de otros situados en otros lares de la geografía mundial, hay un incremento considerable de las personas adultas mayores[70], e incluso de personas mayores de 85 años, a lo cual también habría que adicionar el número de personas en situación de discapacidad, las que no necesariamente coinciden con aquellas que arriban a dicha franja etaria, si bien no puede dudarse de que la senectud es una de las causas que incrementa el número de personas con discapacidades, ya sean intelectuales, sensoriales o físico-motoras. No puede dejarse de tomar en cuenta tampoco el aumento de la cronicidad de las enfermedades, como las neurodegenerativas, que llevan a largos periodos de tiempo en que la persona las padece, dado incluso, en algunas ocasiones, su prematuro diagnóstico. Todos estos factores conducen al aumento de personas dependientes de cuidados[71], donde las mujeres son

[69] Disponible en https://www.uam.es/Derecho/VII-Conferencia-Tom%C3%A1s-y-Valiente/1446790497489.htm?language=es&pid=1234889427753&title=VII%20Conferencia%20Tom?s%20y%20Valiente, consultada el 8 de enero de 2020.

[70] En Cuba, aproximadamente el 18.3 % de la totalidad de sus habitantes tiene más de 60 años, según los datos reflejados en su trabajo por Hidalgo Martinola, D. R., Turtós Carbonell, L., Caballero Batista, A. y Martinola Meléndez, J. R., «Relaciones interpersonales entre cuidadores informales y adultos mayores», en *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, núm. 24, año XII, julio-diciembre 2016 (pp. 77-83), p. 78.

Se trata —según nos alerta la investigadora Alina Alfonso León— de lo que se ha dado en llamar «inversión de la pirámide de edades», donde aparece una cúspide más ancha (mayor proporción/porcentaje de personas de 60 años y más) y un estrechamiento de la base (disminución de la proporción/porcentaje de personas entre 0 y 14 años). *Vid*. Alfonso León, A., «Un estudio piloto sobre los cuidadores de ancianos», en *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, núm. 22, año XI, julio-diciembre 2015 (pp. 29-37), p. 36.

[71] Cabe puntualizar que «la persona dependiente es aquella que, debido a múltiples factores —en especial la edad avanzada— precisa de la ayuda de otras personas para llevar a cabo las actividades habituales y diarias, necesarias para tener una vida digna». *Vid*.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el principal soporte de dichos cuidados al resultar en una alta proporción las cuidadoras principales[72].

Si bien la dependencia no es un fenómeno nuevo en cuanto siempre han existido personas dependientes, la convergencia de diferentes factores como son, entre otros, el envejecimiento demográfico, el aumento de la esperanza de vida y los cambios en la estructura familiar, han propiciado que se convierta en un fenómeno que requiere respuestas urgentes y adecuadas para hacerle frente desde los ámbitos políticos, tecnológicos, sociales, sanitarios, psicológicos, familiares y económicos y por supuesto también jurídicos. La persona dependiente requiere recibir una asistencia por parte de otros durante un periodo prolongado. No se trata del cuidado de una enfermedad puntual, sino que la cronicidad propia del mal estado de salud limita la independencia de la persona. Todo ello implica la necesidad de asistencia para aquellas actividades que una persona realiza diariamente, al ser el cuidado de naturaleza prolongada. Estos cuidados, constantes y perdurables, durante un largo lapso han sido denominados cuidados de larga duración, los que suponen una provisión de la asistencia con una intensidad progresiva, en la medida misma en la que se incrementa el grado de dependencia de la persona receptora del cuidado.

No puede perderse de vista que las enfermedades crónicas y las discapacidades pueden ir acompañadas de limitaciones funcionales y cognitivas, que resultan en la imposibilidad de realizar o dificultades

Carretero Gómez, S., Garcés Ferrer, J. y Ródenas Rigla, F., «La sobrecarga de las cuidadoras de personas dependientes: análisis y propuestas de intervención psicosocial», Colección Políticas de Bienestar Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 28.

Desde una visión más jurídica se ha entendido la dependencia «como la situación de una persona que no puede valerse por sí misma y que necesita la ayuda de otras para la movilidad o para la realización de sus actividades cotidianas como el autocuidado o la vida doméstica». *Vid*. Delgado Vergara, T. y Pereira Pérez, J. «El envejecimiento: un fenómeno demográfico con repercusiones jurídicas», en *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, núm. 26, año XIII, julio-diciembre 2017 (pp. 24-39), p. 27.

[72] A tal punto que Carral Miera, Cristina, «Cuidadoras invisibles, derechos graciables. De cómo la redacción 'neutra' de las normas en una situación con amplia brecha de género perpetúa la desigualdad», *Tesis de doctorado*, bajo la dirección de Juan de Dios Izquierdo Collado y Alfredo Hidalgo Lavié, Departamento de Sociología, UNED, 2017, p. 350, disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:CiencPolSoc-Ccarral/CARRAL_MIERA_Cristina_Tesis.pdf, consultada el 7 de julio de 2020, llega a referirse a los cuidadores en género femenino, y así lo hace saber expresamente en nota (2), p. 26.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para realizar las actividades de la vida diaria[73], necesarias para el cuidado personal, o aquellas instrumentales, necesarias para una vida independiente.

El cuidado familiar generalmente incluye elementos asociados con aquellas actividades que proveen de atención y asistencia a terceras personas vinculadas en el orden familiar. Se ha definido como "el proceso de ayudar a otra persona que no es capaz de actuar por sí misma de una manera 'integral' (física, mental, emocional y social) […] facilitado por ciertos rasgos de carácter, emociones, habilidades, conocimientos, tiempo y una conexión emocional con la persona"[74]. La clave del cuidado familiar está en la disponibilidad física y emocional de una persona para dedicarse con regularidad a la atención de un familiar, llegando incluso a renunciar o disminuir sensiblemente sus capacidades productivas o laborables, en función de satisfacer los requerimientos o demanda del destinatario de sus servicios asistenciales.

Son muchos y variados los riesgos que asumen los cuidadores, sin dejar de perder de vista que las mujeres son en este orden, mayoría. Tal actividad les supone en el orden personal, una renuncia a desarrollar una vida adecuada o querida, conllevando no en pocas ocasiones angustia, estrés, depresión, ansiedad, así como el deterioro progresivo de su nivel de intimidad; en el orden social les implica un aislamiento, con el respectivo costo afectivo, pérdida de amistades y de proyección pública; y en el orden profesional, una renuncia a su capacidad productiva, el abandono total y en el mejor de los casos, parcial, de su proyecto de vida, de la profesión en la que se formó, con la pérdida además de habilidades y la desactualización de conocimientos técnicos. Y ni qué decir en el orden económico, por las erogaciones que muchas veces tiene que asumir y la pérdida de oportunidades laborales.

[73] Entre ellas cabe citar las demencias. Se calcula que 160 000 personas en Cuba padecen de demencia, número que se estima ascenderá para el 2030 a las 300 000 personas. De ellas, el 70 % padecen de Alzheimer. Después de los 65 años, las demencias afectan al 10 % del total de adultos mayores; a los 70 años al 20 %, a los 75 años al 30 % y después de los 90 años ese porcentaje supera el 50 %. *Vid*. García Quiñones, Rolando, «Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados», en *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, volumen 15, núm. 29, enero-junio 2019 (pp. 129-140), p. 138.

[74] Litwin y Attias-Donfut *cit. pos* Molero Jurado, M.ª M., Pérez-Fuentes, M.ª C. y Gázquez Linares, J. J., «Cuidadores familiares, no profesionales o informales: Revisión de la terminología en publicaciones científicas», *Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, UDES, Bucaramanga, vol. 3, núm. 1, enero-junio 2016 (pp. 68-76), p. 69.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

De ahí la necesidad de compensar tales pérdidas a través de —entre otras medidas de diversa naturaleza— incentivos sucesorios que además potencien el cuidado de las personas en situación de discapacidad, sean estas testadoras, o personas que el testador quiere dejar a buen recaudo al fallecimiento. Analicemos detenidamente tales incentivos, que tienen como denominador común garantizar el cuidado de la persona en situación de discapacidad, o de las personas adultas mayores. Entre ellos se propuso en la Argentina durante las XXII Jornadas de Derecho civil celebradas en 2009 en la Universidad Nacional de Córdoba, en la Comisión que conoció de los temas de Derecho de sucesiones que en las reformas al Código civil de Vélez Sarsfield se introdujera un precepto que flexibilizara las legítimas, permitiendo la posibilidad de mejorar al heredero en situación de discapacidad —al que se ha hecho referencia—, pero también a "aquellas personas que han visto restringida o limitada su capacidad productiva por haberse dedicado a la asistencia del causante, supuestos éstos en los que, con fundamento en la solidaridad, aun existiendo porciones forzosas, si éstas se vieran afectadas por el favor a personas en esas circunstancias, sus límites cedan flexibilizándose, provocando que el que esté en mejores condiciones tienda a equipararse con el que se encuentra en una situación de mayor necesidad, como consecuencia de discapacidad o por haber sacrificado su propio beneficio económico en procura del bienestar de quien luego, al fallecer, lo recompensa o repara"[75]; idea atribuible al profesor Marcos Córdoba[76], y que lamentablemente no fructificó en el Código civil y comercial, aprobado en el 2014.

[75] Córdoba, Marcos, M., «Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados», *La Ley*, 28/03/2011, 1, *La Ley* 2011-B, 872.

[76] Según lo refiere Millán, F., «El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad», *Derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, año IV, núm. 6, julio 2012, pp. 245 y ss., cita *online*: AR/DOC/2895/2012. Explica el autor citado que en oportunidad de realizarse la Sesión Plenaria de la Comisión Federal de Juristas, el nombrado profesor, ante la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina, propuso la creación de una norma que permitiera la mejora estricta a favor del heredero forzoso que se hallare en inferioridad de condiciones para afrontar las necesidades de la vida, como por ejemplo, las que les corresponden a las personas con discapacidad.

Sin embargo, a juicio de dicho autor, la institución propuesta por el Profesor Córdoba era más amplia que la que al final recepcionó, primero el Anteproyecto, y luego el Código civil y comercial de la nación, por cuanto la misma no solo proponía la mejora para el heredero forzoso con discapacidad, sino también establecía una mejora a favor de aquellos herederos forzosos que se hubieren dedicado

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La idea del profesor Córdoba se inserta en la proposición de una mejora (como parte de la legítima hereditaria) a favor del heredero forzoso cuidador informal, de modo que dicha propuesta prevé el único caso en que el cuidador es uno de los herederos forzosos del causante, a quien se dedicó en prodigarle cuidados como cuidador informal. Es decir, se trata de uno de los hijos o demás descendientes o ascendientes del causante, a quienes el Código civil y comercial reconoce como herederos forzosos. Reconocimiento que se hace extensivo al cónyuge (el de considerarlo heredero forzoso), empero, aun así, el artículo 2448 —como se analizó— no le atribuye la condición de beneficiario de la mejora asistencial.

No obstante, abrazado a esta posición, el profesor Córdoba ha seguido insistiendo en el Derecho argentino en la necesidad de reconocer una protección legitimaria especial a favor del heredero forzoso que ha renunciado a sus capacidades productivas, de modo que el testador pudiera beneficiarlo si así ejercitare su derecho, siempre que se trate de un familiar de los que he mencionado en el párrafo anterior, de manera que por esta vía serían excluidos otros familiares que no tributan a la condición de herederos forzosos, tal y como pudiera acontecer con aquellos hermanos y sobrinos que hubieren sido los cuidadores principales, aun habiéndole sobrevivido al causante herederos forzosos, o también aquellos parientes que aun siendo herederos forzosos, no tuvieren preferencia o prelación, de modo que el llamamiento como heredero forzoso no se actualiza a su favor con la muerte del testador, como pudieran ser los padres frente a los hijos. O sea, en la proposición de *lege ferenda* argentina, el padre o madre que se hubiere dedicado al cuidado de su hijo pudiera ser beneficiario de la parte de libre disposición (un tercio de la herencia), pero no mejorado por el testador si a su vez tuviere descendientes, pues serían estos los legitimarios a su muerte y no sus padres.

Aprobado el Código civil y comercial argentino y en vigor desde el 1 de agosto de 2015, tres años después, en marzo de 2018 se creó la Comisión para la modificación parcial de dicho texto legal, mediante el Decreto n.º

al cuidado y asistencia del causante y que, como consecuencia de ello, no hubieren logrado su propio desarrollo económico, supuesto este que al final no tuvo éxito.

En igual sentido, Maquieira, M. y Vanella, V. R., «La legítima hereditaria. Voluntad presumida por la ley voluntad testamentaria», *Derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, año V, núm. 11, diciembre 2013, pp. 111 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

182/18, que tuvo a su cargo la elevación al Poder ejecutivo nacional de un anteproyecto de ley en tal sentido. El 5 de julio de 2018, la Comisión recibió los aportes de los catedráticos Marcos M. Córdoba y Francisco A. M. Ferrer.

En la ocasión, la versión de reforma al artículo 2448 fue perfeccionada en el sentido de incorporarle al ya beneficio a los herederos con discapacidad de la posibilidad de ser mejorados por el testador, un segundo párrafo, destinado a incorporar también la mejora especial a favor del heredero forzoso que hubiere renunciado a sus capacidades productivas y profesionales para dedicarse a la asistencia del causante, siempre que acreditare tales presupuestos y, además, que otro interesado no probare que dicha asistencia ya hubiese sido compensada económicamente de modo equitativo, o sea, se pretende beneficiar con la mejora no a cualquier cuidador informal, sino a aquel que a su vez es heredero forzoso de la persona a la que cuida, que tiene además el perfil de cuidador principal y que respecto de él el resto de los herederos forzosos no puede probar con éxito que la asistencia brindada al causante fue compensada, pues de lo contrario, no tendría derecho a esta excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima que dispensa el legislador a su favor, en tanto el sentido de equilibrio y de solidaridad que la norma persigue. Esta facultad de mejorar, atribuida al testador, se erige pues con un sentido o finalidad compensatoria. Luego, de haber existido dicha compensación en vida del receptor de los cuidados, se esfumaría esta concreta posibilidad que pretende erigir en norma positiva la más docta doctrina sucesoria argentina. El 13 de septiembre de 2018, la Comisión elevó el Anteproyecto al ministro de Justicia y Derechos Humanos, insistiéndose en que la reforma propuesta al artículo 2448 del Código civil y comercial responde al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de la familia.

No deja de ser tampoco interesante como incentivo sucesorio a favor del cuidador principal informal la que propone la reforma al Código civil cubano —pendiente de aprobación por referéndum popular— el de atribuirle una participación en la herencia superior a la del resto de los coherederos, como vía de compensar el cuidado realizado al causante de la sucesión cuando este cuidado informal de un familiar le es exclusivamente imputable, o sea, no se ha sustentado en el sostenimiento económico del resto de los familiares

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

al causante o al propio cuidador. Así, la propuesta de redacción del artículo 511.2 del Código civil beneficia al heredero cuidador con el doble de la cuota de participación que corresponde al resto de los coherederos.

En este sentido, se hace referencia a los supuestos en los que el cuidador principal ha sido sin duda el principal sostén del cuidado del ya causante, con independencia de cierta ayuda que pudo haber recibido de otros familiares o cuidadores auxiliares temporarios.

La fórmula sucesoria, por tanto, exigirá probar la condición de cuidador principal, por cuya razón hubo renuncia de sus capacidades productivas para dedicarse a tiempo completo, con exclusividad al cuidado intenso y progresivo de su familiar cercano.

Se trataría, por tanto, de una atribución intestada preferencial a su favor, preferencia que estaría dada en la atribución de una participación mayor que la del resto de los herederos, expresado ello matemáticamente, en este caso el doble que los demás coherederos, ya se trate de uno de los herederos titulares del llamado (artículo 511.2) o incluso de un pariente ubicado en un llamado sucesorio posterior (*v. gr*., de ser una sobrina, aun cuando le sobrevivan al causante hijos o demás descendientes o el cónyuge), supuesto en el cual tendría la condición de heredero concurrente, pero con idéntica atribución patrimonial, o sea, igualmente el doble de la cuota o participación.

Téngase en consideración que se parte de supuestos diferentes, en el primero el cuidador principal es un heredero llamado por ley, que tiene derecho a una cuota del caudal hereditario (en el caso de que sean varios herederos), en el segundo de los supuestos, el cuidador principal, aunque familiar (*v. gr.,* hermana o sobrina del causante) no tiene prelación sucesoria, de manera que no se defiere a su favor ningún derecho sucesorio, de modo que el incentivo sucesorio, digamos "compensatorio", de sus cuidados al causante será distinto, en el primero, lo es aumentar la cuota de participación en comparación con el resto de los coherederos, mientras que en el segundo el incentivo tiene doble dimensión: tener al cuidador como heredero al incluirlo como concurrente en un llamado en el que otros son los titulares, e igualmente atribuirle el doble de participación en la herencia que a los titulares. La razón es muy sencilla: se premia a quien, sin tener un vínculo directo o más propincuo con el causante, le atendió en vida, procurándole asistencia y cuidado.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Como expone SIMMONS, a modo conclusivo de un interesante estudio, resulta de vital importancia tener en mira en la sucesión *ab intestato* el cumplimiento de los deberes familiares. Los costos asociados con la mayor incertidumbre por la posibilidad del incremento de disputas *post mortem* al tomarse en cuenta estos valores se compensan con las atribuciones hereditarias sustentadas precisamente en la conducta del heredero, sobre todo en el cuidado familiar, como una manera de recompensar la expresión de apoyo que recibió el causante en los últimos tiempos de su vida[77]. Se trata de desarrollar un Derecho sucesorio a partir de un modelo sustentado en el comportamiento o la conducta[78].

No menos interés concita también en la reforma al Código civil que introduce el Proyecto de Código de las familias de Cuba la posibilidad de incluir condiciones suspensivas o resolutorias relativas al cuidado y la asistencia del testador o de familiares cercanos a él a la institución de heredero o al legado.

La proximidad de las etapas más avanzadas de la vejez puede llevar a que se agudice la situación de dependencia. O, sin llegar a la vejez, el agravamiento de una situación de discapacidad también puede conducir a la persona a la misma situación. De ahí que la posibilidad de incluir un elemento accidental al negocio jurídico, tal cual pueden ser las condiciones, ya sean suspensivas o resolutorias, pudiera resultar una alternativa más para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad. Al condicionar la atribución de la herencia o del legado al cumplimiento del cuidado o la asistencia del testador o de familiares cercanos, se desarrolle este cuidado incluso después del fallecimiento del testador, de tratarse de un tercero la persona cuidada, se crea un mecanismo protector del testador que supedita la adquisición del derecho hereditario o del legado (en el caso de la condición suspensiva) o su extinción (en el supuesto de la resolutoria), al cumplimiento de una situación determinada, en el caso bien particular, tal

[77] SIMMONS, T. E., «A Chinese Inheritance», *Quinnipiac Probate Law Journal*, volume 30, Issue 2, 2017 (pp. 124-148), p. 148.

[78] Para un estudio más agudo sobre los modelos sucesorios basados en el comportamiento o la conducta de los herederos, *vid*. VAQUER ALOY, A., «Freedom of Testation, Compulsory Share and Disinheritance based on lack of Family Relationship», November 2010, Research Gate (pp. 1-20), pp. 6-10, disponible en https://www.researchgate.net/publication/228143184, consultado el 7 de julio de 2020.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

cual es el cuidado o la asistencia y que en el Derecho español ha llevado a la doctrina científica a desarrollar el arsenal dogmático que puede generarse con ella[79].

No obstante, amén de la urdimbre de configuraciones teóricas que puede generar la institución de heredero o la atribución de un legado supeditado al cumplimiento de una condición, la función social que puede desempeñar esta como un mecanismo tuitivo de naturaleza sucesoria, a la vez que incentivo del cuidado de personas en situación de vulnerabilidad, amerita sin dudas su funcionalidad, erigiéndose en una alternativa que debiera aconsejar el notario en su función asesora cuando las personas, sobre todo en situación dependencia o próximo a ella deciden otorgar testamento.

Cabría expresar que entre las ventajas que ofrece para el testador el imponer la condición de su cuidado o asistencia o de los familiares cercanos, se incluyen:

a) Potencia la autonomía privada, piedra angular en materia testamentaria, como parte de la libertad positiva, el testador puede aponer un elemento accidental al negocio testamentario, como determinación accesoria voluntaria. Sin duda, como arguye la profesora Heras Hernández, "la incorporación de los *accidentalia negotii* en los testamentos o accidentalidad testamentaria (…), supone no solo una clara manifestación de la libertad de disposición del testador para disponer de sus bienes *post mortem* (…), sino que la amplía y

[79] Sostiene la profesora Heras Hernández que entre las razones que motivan la ordenación de la institución de heredero o de la atribución de legados sujetos al cumplimiento de la condición de cuidado y asistencia cabe incluir: «el incremento de la esperanza de vida y el progresivo envejecimiento de la población española, junto al correlativo incremento de la demanda de cuidados de larga duración a los que se dota de una cobertura insuficiente a través del Sistema Público de la dependencia (…). Las graves dificultades para financiar los elevados costes de cuidados mediante el sistema público de pensiones; la escasez de nacimientos e insuficiente relevo generacional; las transformaciones en la estructura de la familia y sus valores y el cambio de rol desempeñado hasta hoy por las mujeres en el mundo occidental. Todo ello aboca a acudir a la iniciativa privada y concretamente a las distintas alternativas legales que ofrece el Derecho de sucesiones con la finalidad de posibilitar la compensación de la tarea de cuidados y del inestimable tiempo y dedicación que a ellos se dedica no siempre de manera desinteresada (…)». *Vid*. Heras Hernández, M.ª M.: «Designación de heredero bajo la condición de cuidar al testador ¿Una disposición testamentaria al alza?», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 22, abril-junio 2019, Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio, p. 4.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

excepciona la regla *semel heres, semper heres*, en virtud de la cual el heredero no puede dejar de serlo"[80].

b) Deja al heredero o legatario en cierto estado de incertidumbre respecto a su derecho sucesorio, lo que beneficia al testador, dado que las condiciones suspenden o extinguen los derechos sucesorios, de manera que la persona llamada a título de heredero o de legatario tendría que cumplir con el cuidado y la asistencia para adquirir el derecho hereditario o el legado atribuido, o caso de incumplirlo, lo pierden; este se convierte en el requerimiento necesario a cumplimentar para recibir el beneficio sucesorio o para no perderlo, lo que se extiende además a un cuidado y una asistencia que obedezca a los cánones que socialmente se exigen para ser calificados de satisfactorios.

c) Es un recurso útil para que el testador garantice una persona que sea su cuidador, dentro o fuera de su familia, dado que en la sucesión testamentaria es el testador el que hace al heredero y al legatario y con ello viabilice una vejez con cuidados —material y afectivamente asegurados—, o la de sus familiares más próximos que o bien con su enfermedad o tras su muerte pudieran resultar notoriamente afectados.

De ahí que, dado que el Proyecto de Código de las familias potencia la labor de cuidado, a la que incluso hace referencia al regular el papel que han desempeñados los abuelos y abuelas en la formación de generaciones (artículo 8), además de fijarle un estatuto jurídico a las personas que se dedican al cuidado familiar (artículos 409 al 416), es justo que se prevea la posibilidad de condicionar la delación testamentaria a título de herencia o de legado al cumplimiento de esta labor de cuidado no solo respecto del testador, sino también de familiares cercanos.

Sin duda, hay un marcado interés de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad que por razón de la edad, o de una situación de discapacidad necesitan de asistencia y cuidados. Por ese motivo, inspirado en el artículo 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia, de 2006[81], se propone adicionar

[80] *Ibidem*, p. 2.

[81] Región española en la que tales condiciones testamentarias están verdaderamente arraigadas. Sobre los aspectos no solo jurídicos, sino también sociológicos de tal arraigo, *vid*. RUEDA PÉREZ, J. M.ª,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

un apartado al artículo 481 (regulador de la institución de heredero), en el que, no obstante mantener la regla de la prohibición de las condiciones, la flexibilice admitiendo al menos la condición de cuidado y asistencia, ya sea del testador o de personas familiarmente cercanas, e igualmente en el artículo 498 (regulador de los legados) que remite a lo dispuesto en el artículo 481 en materia de institución de heredero respecto a la posibilidad del testador de imponer al legatario igual condición.

5. Conductas disvaliosas respecto de las personas en situación de discapacidad: la reacción del Derecho de sucesiones a través de las incapacidades sucesorias

El Derecho sucesorio es una de las materias jurídicas más sensibles a los problemas sociales pues toca las fibras humanas vinculadas con la transmisión intergeneracional de la herencia y con ello con la determinación de los sucesores, sustentado esencialmente en los vínculos familiares —aun hoy con el advenimiento de nuevas construcciones familiares—[82]. Cualquiera sea el modelo familiar y aun reformándose las normas sucesorias para acompasar la evolución operada en tiempos recientes por el Derecho familiar, la sucesión se ha de basar en una relación armónica y estructurada

«Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Ley 2/2006, de 14 de junio*, vol. I, Colegio Notarial de Galicia, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007 (pp. 203-298), pp. 205-207. Para Nieto Alonso, A., «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», en Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dirs.) y Herrero Oviedo, M. (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014 (pp. 1043-1066), p. 1052, la razón está motivada en que en Galicia se ha mantenido de manera insistente el interés de muchas personas por vincular las disposiciones testamentaria a la condición de cuidar al testador o a otras personas por él designadas, lo que se expresa en la frase «*facerlle testamento a quen mire polo testador*».

[82] *Vid*. Pérez Gallardo, L. B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?», en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año III, núm. 7, agosto del 2011 (pp. 163-175); «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión *ab intestato*… en pos de superar trazos hematológicos», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2019-I Sucesiones, II, Buenos Aires, Santa Fe, editorial Rubinzal-Culzoni, pp. 11-49; Vaquer Aloy, A. e Ibarz López, N., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4 (octubre-diciembre, 2017), Ensayos, pp. 211-235, disponible en: http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, consultada el 20 de octubre de 2021; Ferrer, F. A. M., «Algunos aspectos de la transmisión sucesoria en los nuevos tiempos», en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2019, pp. 87-142.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sobre la base de valores como el afecto, la lealtad, la gratitud, la probidad moral, el cuidado familiar, la solidaridad, la reciprocidad como sustento de la dignidad humana. Si la sucesión por causa de muerte se basa precisamente en la dignidad de la persona y la libertad de testar tiene sus raíces en el libre desarrollo de la personalidad[83], el Derecho debe establecer medidas que tiendan a potenciar esa libertad testamentaria, fuera de influencias indebidas y de presiones psicológicas de terceros, incluidos los familiares más propincuos y fortalecer los vínculos de solidaridad y fraternidad entre los miembros de la familia, buscando antídotos frente a conductas de violencia en el seno familiar y sobre todo de cara a paliar comportamientos que supongan maltrato —aún más leves— hacia las personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por razón del género, la edad o la situación de discapacidad. Se hace necesario una revisión de las causales de incapacidad para suceder, reconocidas también en el Derecho comparado como causales de indignidad sucesoria, con la crítica que respecto a dicho *nomen iuris* ya he hecho[84].

La actualización de las causales de incapacidad para suceder se ha hecho sentir desde la doctrina[85] y ha estado enfilada desde dos orientaciones: una

[83] *Vid*. Pérez Gallardo, L. B., «El libre desarrollo de la personalidad en la interpretación del Derecho de sucesiones», en Villabella Armengol, C. M. y Pérez Gallardo, L. B. (dirs.), *Claves para la interpretación de la Constitución cubana de 2019*, Santiago de Chile, Editorial Olejnik, 2021, pp. 223-259.

[84] *Vid*. *supra*, nota (18).

[85] La profesora Espada Mallorquín se ha explayado en este orden, reclamando que en Chile se hace «necesaria y conveniente una reforma legal en el ámbito de Derecho sucesorio destinada a mejorar la regulación de las exclusiones de la herencia, por un lado, haciéndolas más acorde con la realidad sociológica y familiar actual y, por otro, más coherentes con los cambios que en el ámbito de Derecho de familia se han llevado a cabo y que pueden repercutir de forma significativa en esta materia». *Vid*. Espada Mallorquín, S., «El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad», *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, núm. 2, diciembre 2015, (pp. 71-89) p. 78.

Por su parte, García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., «Capítulo 5. «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en Gete-Alonso, M.ª C. y Calera, G. (dirs.) y Solé Resina, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, tomo I, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 225-273 y p. 251 dejan claro —apoyándose en la literatura jurídica precedente— la defectuosa regulación de las causas de «indignidad» sucesoria en el Código civil español y su escasa adaptación a la realidad social actual, así como la falta de claridad en la respuesta a los problemas que la figura plantea. Todo ello implica —a juicio de las autoras— la necesidad de una reforma normativa en este orden a los fines de superar la escasa aplicabilidad práctica que tiene la «indignidad» codificada de lo cual da cuenta la escasa jurisprudencia recaída sobre esta materia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

estrictamente legal, a partir de reformas al Derecho vigente[86] y otra por conducto jurisprudencial desde una interpretación más abierta y flexible de las causas de incapacidad para suceder, o como ha acontecido en España con las causas de desheredación[87].

Desde el Derecho cubano, González Ferrer se ha hecho eco de esa preocupación. A su juicio se hace necesario «incluir como causas de incapacidad para suceder en el artículo 469: los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, el padre o madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental, la negativa injustificada a que los abuelos se comuniquen con los nietos, privándoles a estos del afecto y de la relación emocional con sus abuelos, de modo que en tal caso, a la muerte de los abuelos, el hijo o la hija que lo ha impedido pudiera ser declarado incapaz para suceder a su padre o madre, o a ambos (ello por los innumerables conflictos familiares que se han dado en la realidad cubana)». *Vid*. González Ferrer, Y., *Discriminación por estereotipos de género. Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 134.

[86] Como aconteció en Argentina a través del Código civil y comercial, de manera que —tal y como expresa el profesor Córdoba— «(l)a reforma ha ampliado los hechos que constituyen causales de indignidad, respecto de lo normado por el Código Civil derogado. Tal modificación responde a la producción doctrinaria nacional expuesta en los principales proyectos y anteproyectos legislativos de reforma del código civil y de aquellos que intentaron la unificación».

En consecuencia, «(l)a enunciación de las causales amplía los límites de las facultades interpretativas para la aplicación de las normas mediante el uso de fórmulas amplias y genéricas». *Vid*. Córdoba, M. M., «Introducción a nuevas normas del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial de la Nación», en *Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial*, noviembre 2014, 17/11/2014, 225, TR LALEY AR/DOC/3914/2014.

[87] Así, respecto a la inclusión del maltrato psicológico como un supuesto del maltrato de obra. A tal fin, *vid*. la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014\3900, ponente: Orduña Moreno) donde se señala que el hecho de que las causas de desheredación sean de enumeración taxativa sin posibilidad de analogía, *«no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo»*. Señala la referida sentencia que las causas de desheredación *«deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen»*. Y con la misma línea argumentativa la de 30 de enero de 2015 (*RJ* 2015\77522), del mismo ponente, donde expresamente se reitera la doctrina jurisprudencial anteriormente señalada al afirmar que "*los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación… que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se produce*".

Con similar orientación, la Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, núm. 104/2019, de 19 de febrero (ponente Baena Ruiz), propone una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme con la realidad social. Así, entre las iniciativas de revisión de la legítima, se tiende a la modernización de los casos legales de desheredación de los herederos forzosos, en el sentido de las situaciones de perdida de contacto entre progenitores e hijos. Deja dicho la Sentencia que *«la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales»*. Para un análisis crítico de esta, *vid*. Ribera Blanes, Begoña, «La falta

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Sucede que las causales de incapacidad para suceder quedaron retenidas en el tiempo y no han cubierto los sentidos vaivenes de la sociedad moderna, conductas que se han fomentado con el discurrir de los tiempos y que llevan aparejado los nuevos cánones de reglas éticas y morales junto al reproche social por comportamientos que distan de lo que la sociedad hoy reclama de las personas, además de suponer un vejamen para la dignidad del ser humano.

Se trata de desarrollar las bases de un Derecho sucesorio comportamental, o sea, basado en el comportamiento o la conducta de las personas, tanto para sancionar las conductas infractoras de la solidaridad familiar y los deberes jurídicos que nacen de las relaciones familiares, de manera que sea legalmente "un ejemplo o inducción a la corrección de la conducta provocada por el estímulo adverso consecuente de la pérdida de la vocación hereditaria"[88].

En el ámbito del Derecho comparado resalta la Ley n.º 1893/2018, de Colombia, por la cual se modifica el artículo 1025 del Código civil, adicionando entre las nuevas causales de "indignidad" para suceder al causante, una (la 8ª) dirigida al abandono del causante en situación de discapacidad, sin causa justa y a la no prestación de atenciones debidas, teniendo posibilidad para hacerlo, limitándose tan solo a tal circulo de personas y no a otras personas en situación de vulnerabilidad. El Código civil y comercial de Argentina en su artículo 2281 inciso b) entre las causales de "indignidad" regula, por su parte, el maltrato grave al causante[89], sin

de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 482-529.

[88] *Vid*. Ferrer, F. A. M., «Artículo 2281», en Ferrer, F. A. M., Santarelli, F. G. y Soto, A. M. (dirs.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, 3.ª edición, actualizada y aumentada, tomo XI (arts. 2277 a 2671), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2019, (pp. 137-148), p. 139.

[89] Y que puede consistir en un sentido lato —según la doctrina del país austral— «en una grave desatención de las necesidades afectivas o materiales del causante (…) en un enfrentamiento público, en un desplante; (…) puede configurarse por una conducta omisiva del heredero, por el hecho de negarle al causante la posibilidad de alquilar un inmueble desocupado propiedad del heredero, por excluirlo injustificadamente de una invitación general, por negarse a visitar al causante enfermo o privado de su libertad, por un abandono psicológico y emocional, o por las infinitas y más variadas situaciones que en la vida pueden presentarse». *Vid*. Mazzinghi, J. A. M., «Novedades acerca de las personas que pueden suceder, las causales de indignidad y la acción de petición de herencia», *Revista Código civil y comercial*, julio 2020, 01/07/2020, 87, TR LALEY AR/DOC/1296/2020,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

distinguir si se trata de un causante en estado de vulnerabilidad o no. Al calificar el maltrato como grave también se acorta el ámbito de aplicación de la norma, dado que quedarían ilesas conductas constitutivas de maltrato muchas veces psicológico o económico (también llamado financiero)[90] o incluso físico que sin ser graves conculcan la dignidad de la persona. La gravedad del maltrato se erige en un concepto jurídico indeterminado que quedará al albur de los jueces, quienes en cada caso determinarán la entidad del maltrato para considerarlo grave y en consecuencia excluir de la herencia al maltratador.

Más moderado ha sido el legislador puertorriqueño que ha incluido, tanto el abandono como el maltrato físico o psicológico al causante de la sucesión como primera causal de "indignidad" sucesoria en el artículo 1556 a) del Código civil, recientemente aprobado en 2020. A diferencia del argentino, no exige que sea grave, a la vez que distingue la conducta que supone un abandono de aquella que implica un maltrato, si bien ambas pueden ser manifestaciones de violencia intrafamiliar. Tampoco se alude al causante en situación de vulnerabilidad, ni se toma en cuenta las posibles discapacidades ni la edad. Empero, este entorno de la vulnerabilidad sin duda es el más propicio para protagonizar tanto el abandono como el maltrato físico y el psicológico.

Por su parte, la fórmula proyectada en el Derecho cubano[91], si bien no se dirige a todo causante en situación de vulnerabilidad, en comparación

disponible en: ttps://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/novedades-acerca-de-las-personas-que-pueden-suceder-las-causales-de-indignidad-y-la-accion-de-peticion-de-herencia/, consultada el 21 de noviembre de 2021.

[90] Sobre el maltrato financiero a las personas adultas mayores en el entorno cubano es dable consultar Alfonso Romero M., Ribot Reyes, V. C., Luis Gonzálvez, I. P. y Robert Vicet, J. G., «Maltrato financiero a los adultos mayores. Policlínico "Carlos Manuel Portuondo"», *Revista habanera de ciencias médicas*, vol. 20, núm. 1, 2021, disponible en: http://www.revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/2911, consultado el 17 de noviembre de 2021. En este estudio se identificó maltrato financiero en un 53.1 % de los adultos mayores que formaron parte del estudio descriptivo transversal. Entre estos, predominó el sexo femenino, las edades entre 70 y 79 años, el padecer al menos una enfermedad crónica no transmisible, los viudos y jubilados. Las principales manifestaciones de maltrato reportadas fueron los préstamos sin devolución, las compras no autorizadas, negación de acceso al dinero propio y la presión para realizar trámites legales. Fueron los hijos los señalados como maltratadores con más frecuencia. Imperó además el sexo femenino, las edades entre 40 y 59 años.

[91] Artículo 469. 1. «*Son incapaces para ser herederos o legatarios:*

a) *los que cometan presuntos hechos delictivos intencionales contra la vida y la integridad corporal, el honor, la indemnidad sexual, la libertad o los derechos patrimoniales del*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

con la colombiana, da una mayor cobertura porque no solo abarca a las personas en situación de discapacidad sino también a las personas adultas mayores. Responde esta causal al deber constitucional reconocido en el artículo 84, tercer párrafo, de la Carta Magna de 2019 que deja explícito el deber de los hijos de "*respetar, atender y proteger a sus madres, padres y otros parientes conforme con lo establecido en la ley*". Si bien la causal propuesta en el inciso d) se restringe al abandono físico y emocional, habría que interpretarla en relación con alguna de las otras propuestas que cubriría otras manifestaciones de la violencia como la violencia patrimonial o económica.

En efecto, el inciso d) del proyectado artículo 469 protege a estos grupos en situación de vulnerabilidad en el supuesto de abandono físico y emocional, en tanto que la violencia física y sexual quedarían cubierta en la proposición contenida en el inciso a) del mencionado artículo y el resto de las manifestaciones de violencia intrafamiliar, no comprendidas en estos dos incisos se cubrirían por la genérica formulación del inciso f)[92].

causante, sus descendientes, ascendientes, cónyuge, o pareja de hecho afectiva, hermanos, sobrinos y tíos, así como de hijos e hijas afines, padres y madres afines y otros parientes socioafectivos dentro del tercer grado de parentesco;

b) los que hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada;

c) los que hayan negado alimentos o atención al causante de la sucesión;

d) los que hayan propiciado el estado de abandono físico o emocional del causante de la sucesión, de tratarse de persona adulta mayor o en situación de discapacidad;

c) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

d) los que hayan incurrido en situación de violencia familiar o violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones, sobre el causante de la sucesión;

e) los hijos que, sin causa justificada, le hayan impedido al causante de la sucesión en su condición de abuelo, el ejercicio del derecho a comunicarse y relacionarse con sus nietos.

2. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que la persona que ha incurrido en tales circunstancias le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

3. La incapacidad cesa por el perdón expreso o tácito del causante».

[92] El artículo 469 del Código civil cubano quedaría redactado en estos términos, tras la aprobación de la reforma que se propone:

«Artículo 469.1. Son incapaces para ser herederos o legatarios:

a) los que cometan presuntos hechos delictivos intencionales contra la vida y la integridad corporal, el honor, la indemnidad sexual, la libertad o los derechos patrimoniales del causante, sus descendientes, ascendientes, cónyuge, o pareja de hecho afectiva, hermanos, sobrinos y tíos, así como de hijos e hijas afines, padres y madres afines y otros parientes socioafectivos dentro del tercer grado de parentesco;

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No cabe duda de que el legislador —sin pretender ser reiterativo— intenta cubrir cualquier flanco que viabilice resultar ileso un comportamiento de violencia en el entorno familiar. Hay, además, un especial énfasis en visibilizar las conductas asumidas por familiares que dejan en estado de abandono a personas adultas mayores o a personas en situación de discapacidad, grupos vulnerables especialmente protegidos por la Constitución cubana en sus artículos 88 y 89, respectivamente. Como expresa Pérez Nájera, el abandono es una de las formas de violencia sobre las personas adultas mayores[93], el cual tiene dos vertientes una que constituye el físico y que supone un continuo, perpetuo estado de desatención, desidia y que puede llevar a una situación calamitosa de la persona que afecta su apariencia personal y que incluso puede llevarle a un estado de enfermedad física y el emocional que incide subrepticiamente al suponer una prologada falta de comunicación y de vínculos afectivos con la persona, "implica la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada, es decir que sea 'conocida' y 'no esporádica', lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no sólo afectivos sino de contacto físico, que éstos sean 'notorios' para todos los de su entorno y que (…) el causante no haya sido la causa de este alejamiento"[94]. Tan dañino es el uno como el otro. El abandono emocional

b) los que hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada;

c) los que hayan negado alimentos o atención al causante de la sucesión;

d) los que hayan propiciado el estado de abandono físico o emocional del causante de la sucesión, de tratarse de persona adulta mayor o en situación de discapacidad;

e) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

f) los que hayan incurrido en situación de violencia familiar o violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones, sobre el causante de la sucesión;

g) los hijos que, sin causa justificada, le hayan impedido al causante de la sucesión en su condición de abuelo, el ejercicio del derecho a comunicarse y relacionarse con sus nietos.

2. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que la persona que ha incurrido en tales circunstancias le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

3. La incapacidad cesa por el perdón expreso o tácito del causante».

[93] Nájera Pérez, C., «Violencia familiar sobre los adultos mayores», *ReCrim*, Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2012, (pp. 119-147), p. 131 y 135, disponible en: http://www.uv.es/recrim/recrim12/recrim12a03.pdf, consultada el 14 de noviembre de 2021.

[94] *Vid*. Orlandi, O. E., «Alcance de las causales de indignidad. El maltrato emocional a personas mayores», en *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 16/12/2015, 70, TR LALEY AR/DOC/5526/20.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

lleva a la persona en situación de vulnerabilidad a un estado de soledad, de pérdida afectiva de seres queridos e incluso de culpabilidad —muy recurrente en personas adultas mayores—[95]. No supone necesariamente un abandono físico, pero puede tener consecuencias tan dañinas como aquel al desasistir a la persona en flagrante incumplimiento de los deberes parentales y en especial lo previsto en el artículo 417 del Proyecto de Código de las familias respecto de las personas adultas mayores que establece el deber de la familia de la *"atención de sus necesidades tanto en el orden afectivo como patrimonial"*, de modo tal que se conculca la protección que como miembro de la familia le corresponde a los fines de propiciar su *"pleno desarrollo y satisfacciones de sus necesidades afectivas y patrimoniales"* (artículo 427). E igualmente respecto de las personas en situación de discapacidad se vulnera el derecho que tienen a una vida familiar con dignidad lo cual supone su inclusión familiar, comunitaria y social (artículo 430).

Desde la doctrina española se ha apuntado que el abandono emocional "surge en aquellos casos en los que el testador, mayor, necesita cuidados, atención y/o afecto de sus descendientes. Se identificaría por tanto con la falta de relación afectiva y comunicación, existiendo un evidente desinterés por el mayor pese a encontrarse en una situación material de dependencia"[96], supone "una ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares cualificada pues implica que existe una hiriente desatención personal por el ascendiente"[97]. Ciertamente aunque en la norma proyectada no se establece para que prospere esta causal de incapacidad para suceder, ha de ser evidente ese abandono físico y emocional, lo cual ha de ser el resultado de una conducta prolongada en el tiempo para que afloren las huellas de este actuar ingrato no solo de los descendientes, pues tratándose de personas en situación de discapacidad puede manifestarse en padres y madres respecto de sus hijos o hermanos y sobrinos respecto de otros colaterales en relación con los cuales pretendan suceder.

[95] De ahí por qué se aboga por «(l)a inclusión del maltrato psicológico y maltrato emocional como una modalidad del maltrato de hecho —especialmente en adultos mayores— «, de modo que «debe ser tenido presente en el contexto de las normas permitiendo declarar como indignos a sus descendientes cuando el adulto mayor sea objeto del mismo». *Ibidem*.

[96] *Vid*. Algaba Ros, S., «Maltrato de obra y abandono emocional como causal de desheredación», en *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, núm. 2, abril 2015, p. 10, disponible en: https://www.raco.cat, consultado el 15 de noviembre de 2021.

[97] *Ibidem*, p. 16.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es importante destacar que, si bien la norma proyectada se puede incardinar en casos de personas abandonadas por sus familiares que luego pretenden ser sus herederos, recordemos que las causales de incapacidad para suceder se aplican en todo tipo de sucesión, de ahí que también opere respecto a extraños —familiarmente hablando—, pero que hayan sido instituidos herederos o se les haya atribuido un legado. Si su conducta respecto del causante de la sucesión ha propiciado el abandono físico o emocional y se trata de personas en las situaciones de vulnerabilidad a que hace referencia la norma que se proyecta, también cabría la posibilidad de ser excluidos de la sucesión, siempre a instancia de quienes estuvieren legitimados para ello[98], a saber: a) el resto de los coherederos concurrentes[99]; b) los herederos que supletoriamente concurrirían a la herencia de ser excluido el que propició el abandono del causante, tales como el sustituto vulgar si así fue previsto[100], o los presuntos herederos *ab intestato*, ya sean los del primer llamado en caso de que el excluido de la sucesión sea un heredero testamentario o un legatario[101], o los

[98] Respecto a la legitimación en el Derecho argentino, *vid*. Rolleri, G., «La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación», *Revista de Derecho de la familia y de las personas*, año VII, núm. 4, mayo 2015 (pp. 105-112), pp. 109-110; Arianna, C. A. y Ocampo, G. C., «La acción de indignidad», en *La Ley*, 17 de septiembre de 2020, 1, TR LALEY AR/DOC/2546/2020.

[99] Pues estaría latente un acrecimiento sucesorio, a menos que en la sucesión testamentaria se haya nombrado un sustituto vulgar (*vid*. artículo 471 en relación con el artículo 482, ambos del Código civil).

[100] Siempre que el testador no haya excluido expresamente el supuesto de incapacidad para suceder para el nombramiento del sustituto. Aunque el Código civil no lo dice en el artículo 482, si se nombra sustituto vulgar y no se expresa en qué supuestos tendrá eficacia la delación sustitutoria, ha de entenderse que están comprendidos todos los supuestos reconocidos en este artículo entre los cuales se incluye el no poder aceptar, en el que se entiende incluidas las incapacidades para suceder.

[101] Cuando se trate del único heredero instituido o de todos los instituidos y tampoco hubiere sustitutos vulgares nombrados, o habiéndose nombrado no pudieran o no quisieran suceder, ni tampoco operare el acrecimiento sucesorio a favor del resto de los coherederos o del resto de los colegatarios, de ser uno solo de ellos el excluido de la sucesión. En tales circunstancias, sería necesario abrir la sucesión *ab intestato* al amparo del artículo 509 c) del Código civil para proceder ulteriormente a la adjudicación de la herencia o del bien o derecho deferido a favor del fallido heredero o legatario y que ha quedado disponible por la incapacidad para suceder en la que está incurso este. Es dable aclarar que carecerían siempre de legitimación para invocar la causal de incapacidad sucesoria los que en su día fueron instituidos en virtud de un testamento anterior que ha quedado revocado por el subsiguiente en el que fue instituido el que ha devenido incapaz para suceder. Las incapacidades para suceder pueden provocar la inejecutabilidad de la última voluntad del causante, pero no su nulidad. Si, *v. gr.*, el único heredero instituido es incapaz para suceder, el testamento no se ejecuta en cuanto a las cláusulas de contenido patrimonial dispuestas a favor de dicha persona, pero en modo alguno es ineficaz *in totum*, ni nulo en ninguna de sus modalidades. El otorgamiento de ese testamento

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de los llamados subsiguientes si el heredero llamado por ley es el único de ese orden o llamamiento[102].

III. A MODO DE EPÍTOME: HACIA UN DERECHO DE SUCESIONES SUSTENTADO EN LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA

La aplicación de la CDPD, y con ello la consiguiente adaptación del Derecho interno a sus principios y dictados, es uno de los más importantes desafíos que tiene el Derecho latinoamericano. El Derecho civil, cuyo eje central es la persona humana, resulta necesariamente uno de los sectores vitales del Derecho que ha de exigir una relectura de sus normas jurídicas, de las que no escapan las reguladoras de las sucesiones por causa de muerte. Esa relectura debe estar enfilada a rescatar los más nobles y altos valores de las personas que enaltezcan su dignidad, con especial referencia de aquellas en situación de vulnerabilidad a favor de las cuales el Estado debe dictar normas de discriminación positiva enfiladas a propiciar su inclusión familiar, comunitaria y social. Si bien discapacidad y vulnerabilidad no tienen por qué ser situaciones homologas, ni tampoco las necesarias variables de una ecuación social, no puede negarse una realidad, a saber: que las situaciones de discapacidad pueden desembocar en situaciones de vulnerabilidad, aun cuando el estar en situación de discapacidad no lleva a la persona a tener una situación de vulnerabilidad económica y con ello a resultar merecedor de una atribución forzosa o legitimaria. La vulnerabilidad es un concepto que ha invadido el Derecho civil y con ello el sucesorio. La discapacidad en tanto suponga vulnerabilidad, merece que el legislador vuelva la mirada y refunde un Derecho civil cuya centralidad ha de ser la persona.

No es posible negar el valor de las situaciones jurídicas patrimoniales en el Derecho sucesorio, llamado a encauzar su destino tras la muerte de su titular. La acefalia ocasionada por aquella, genera el deber jurídico de

subsiguiente revoca al anterior *ex* artículo 479.2 del Código civil, a menos que el testador haya expresado su voluntad en sentido contrario.

[102] Si la causal de incapacidad para suceder opera respecto de una persona que hubiera sido llamada a título de herencia por las reglas de la sucesión *ab intestato*. Si con ella se agota el llamamiento, estarían legitimados para invocar la causal de incapacidad sucesoria quienes devendrían en defecto de él, herederos, a saber: los ubicados en el llamado subsiguiente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

determinar los herederos y en aras de la seguridad jurídica, precautelar el derecho de crédito constituido a favor de los acreedores del causante, así como la transmisión del acervo hereditario a favor de los más propincuos parientes y demás miembros de cada familia, afectivamente cercanos al *de cuius*. Pero el Derecho de sucesiones que se construye ha de ser un Derecho que potencie la protección de situaciones jurídicas existenciales que no son ajenas al fenómeno sucesorio. Las normas deben tener como brújula norteadora la inclusión de las personas, cualquiera sea su situación de discapacidad, fomentando el derecho de testar, la *testamentifactio* activa, el acceso a los distintos tipos testamentarios u otras fuentes negociales como los pactos sucesorios. Un Derecho sucesorio más personalista debe imponerse. Como apunta el profesor Barba —apoyado en la doctrina Perlingeriana— el testamento, figura clásica y negocio jurídico por excelencia del Derecho de sucesiones, ordenador del fenómeno sucesorio "es un acto que ciertamente (si bien) tiene trascendencia patrimonial, no se puede obviar que tiene implicaciones personales muy marcadas que lo diferencian de todos los demás negocios jurídicos puramente patrimoniales. Por ello, no dudaría en considerar el testamento como un acto más cercano a los que afectan a situaciones existenciales que a los de carácter puramente patrimonial, con todas las consecuencias que conlleva"[103].

El panorama del Derecho sucesorio que se extiende en la geografía latinoamericana no es nada prometedor. Se requiere un despertar de los legisladores nacionales, aferrados aún a la arquitectura decimonónica o de principios del siglo XX a la que se adscriben sus códigos civiles. En aquellos Estados en los que se dan los primeros pasos en pos de adaptar el Derecho interno al convencional, el foco de atención se centra en el artículo 12 de la Convención en lo que al ejercicio de la capacidad jurídica concierne, pero sin ir más allá desde una visión de sistema, dejando a un lado la coherencia del ordenamiento jurídico. El Derecho de sucesiones en Latinoamérica sigue siendo esencial y exclusivamente patrimonialista. La protección a las personas en situación de discapacidad en materia sucesoria no es tema priorizado en las agendas de los políticos que, no obstante y

[103] Barba, V., «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», en La Ley Derecho de familia, número temático dedicado a «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», núm. 31, julio-septiembre 2021, p. 5.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

para ser justos, desarrollan las normas legales desde los enfoques que el Derecho público exige. Es la doctrina científica, y en algunos casos la jurisprudencia, la puerta de entrada de aquellos atisbos de protección desde el Derecho de sucesiones a las personas en situación de discapacidad. Los aportes desde la doctrina argentina y la reforma cristalizada en el Código civil y comercial de la Nación de 2014, aunque parca y fragmentada en este orden, no dejan de soliviantar a la doctrina foránea. No menos interés puede brindar la reforma de las normas sucesorias al Código civil peruano y la que se proyecta al Código civil cubano. En ambos casos como expresión de cirugías de mínimo acceso por la que se pretenden reformar temas puntuales en materia de protección a las personas en situación de discapacidad. En este orden cabe destacar las reformas a los artículos 466 y 476 del Código civil de Cuba. Al primero de los artículos citados (o sea, el 466) al reformarse su primer apartado y dejar sentado en él que constituye —por demás— el pórtico de las normas del Libro IV, destinado al Derecho de sucesiones en el Código civil que este *"comprende el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio y de otras situaciones jurídicas existenciales del causante después de su muerte"*, en plena coherencia con el otro de los artículos citados (el 476) al que se le adiciona un segundo apartado que sitúa como contenido del testamento *"disposiciones no patrimoniales, relativas a situaciones sustentadas en la existencia y centralidad de la persona"*, en las que ocupan un sitial significativo aquellas que puedan tener por cometido la tuición de las personas en situación de discapacidad. De este modo, cabe decir que aunque los vientos de este lado del Atlántico no soplan con la misma intensidad en la construcción de un nuevo Derecho de sucesiones, algunas rachas llegan.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Acedo Penco, Á., *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Madrid, Dykinson, 2014.

Albaladejo García, M., *Curso de Derecho civil V*, Derecho de sucesiones, 7ª edición, Barcelona, Bosch, 1997.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Alderete, C. M., «El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios», *Infojus*, 14 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150503, www.infojus.gov.ar, consultado el 10 de mayo de 2020.

Alfonso Romero M., Ribot Reyes, V. C. Luis González, I. P. y Robert Vicet, J. G. «Maltrato financiero a los adultos mayores. Policlínico "Carlos Manuel Portuondo", en *Revista habanera de ciencias médicas*, vol. 20, núm. 1, 2021, disponible en: http://www.revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/2911, consultado el 17 de noviembre de 2021.

Amunategui Rodríguez, C. de, «Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas», en Amunátegui Rodríguez, C. de y Martínez Martínez, M.ª, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2020, pp. 11-105.

Alfaro Guillén, Y., «El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba», en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, Madrid, Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, 2019, pp. 1397-1431.

Alfonso León, A., «Un estudio piloto sobre los cuidadores de ancianos», en *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, núm. 22, año XI, julio-diciembre 2015, pp. 29-37.

Algaba Ros, S., «Maltrato de obra y abandono emocional como causal de desheredación», en *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, núm. 2, abril 2015, p. 10, disponible en: https://www.raco.cat, consultado el 15 de noviembre de 2021.

Álvarez Caperochipi, J. A., *Derecho de sucesiones*, Lima, Instituto Pacífico, 2018.

Amunátegui Rodríguez, C. de, «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2018, pp. 3-37.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Barba, Vincenzo, «Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno», *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 6, giugno 2012, pp. 436-447.

—, «Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà», *Rassegna di Diritto civile*, XXXVII, 2, 2016, pp. 345-371.

—, «Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni», *Diritto delle successioni e della familia*, IV 3, 2018, pp. 747-780.

—, «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», *La Ley Derecho de familia,* número temático dedicado a La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, núm. 31, julio-septiembre 2021.

Arianna, C. A. y Ocampo, G. C., «La acción de indignidad», en *La Ley*, 17 de septiembre de 2020, 1, TR LALEY AR/DOC/2546/2020.

Barría Paredes, M., «Familia, discapacidad y sucesión por causa de muerte. Algunas ideas para la nueva Constitución de Chile», *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático, octubre 202, pp. 143-181.

Barrio Gallardo, A., «Derecho a la herencia y sucesión forzosa en el art. 33 de la Constitución española», *Conpedi Law Review*, vol. 4, núm. 1, enero-junio 2018, Zaragoza, pp. 139-158.

Berrocal Lazarot, A. I., «La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 94, núm. 770, 2018, pp. 3339 a 3371.

Capparelli, J. C., «Colación y legítima en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial», MJ-DOC-5983-AR | MJD5983, 27 de diciembre de 2012, disponible en http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/09/27/colacion-y-legitima-en-el-proyecto-de-nuevo-codigo-civil-y-comercial/, consultado el 26 de mayo de 2015.

Cardoso Brasileiro Borges, R. y Marques Lima Dantas, R., «Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos», *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, Belo Horizonte, jan./mar. 2017, pp. 73-91.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Carol Rosés, F., «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, pp. 3242-3265.

Carral Miera, C., «Cuidadoras invisibles, derechos graciables. De cómo la redacción 'neutra' de las normas en una situación con amplia brecha de género perpetúa la desigualdad», *Tesis de doctorado*, bajo la dirección de Juan de Dios Izquierdo Collado y Alfredo Hidalgo Lavié, Departamento de Sociología, UNED, 2017, p. 350, disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:CiencPolSoc-Ccarral/CARRAL_MIERA_Cristina_Tesis.pdf, consultada el 7 de julio de 2020.

Carretero Gómez, S., Garcés Ferrer, J., Ródenas Rigla, F., «La sobrecarga de las cuidadoras de personas dependientes: análisis y propuestas de intervención psicosocial», Colección Políticas de Bienestar Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Cavallé Cruz, A., *El notario como garante de los derechos de las personas*, Lima, Jurista editores, 2012.

Cisterna Reyes, M.ª S., «Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global», *Anuario de Derechos humanos*, núm. 11, 2015, pp. 17-37.

Córdoba, M., «Utilidad social de la sucesión —asistencia— mejora específica», en Pérez Gallardo, L. (coord..), *El Derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, 2010.

—, «Introducción a nuevas normas del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial de la Nación», en *Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial*, noviembre 2014, 17/11/2014, 225, TR LALEY AR/DOC/3914/2014.

—, «Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados», *La Ley*, 28/03/2011, 1, *La Ley* 2011-B, 872.

Cuenca Gómez, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Disca-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

pacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR* 10, diciembre 201, pp. 61-94.

Czachorski, W. y Stelmachowski, A., «Evolución del Derecho Civil en los países socialistas», disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/889/3.pdf, consultado el 2 de agosto de 2012.

Delgado Echevarría, J., «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», en Diario *La Ley*, n.º 7675, Sección Tribuna, año XXXII, Editorial La Ley.

Delgado Vergara, T. y Pereira Pérez, J., «El envejecimiento: un fenómeno demográfico con repercusiones jurídicas», *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, núm. 26, año XIII, julio-diciembre 2017, pp. 24-39.

Díaz Alabart, S., *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Madrid, Reus, 2020.

Echevarría de Rada, M.ª T., «La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio», Pereña Vicente, M. y Heras Hernández, M.ª M. (dirs.) y Núñez Núñez, M.ª (coord..), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 521-554.

Espada Mallorquín, S., «El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad», en *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, núm. 2, diciembre 2015, pp. 71-89.

Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. V, Sucesiones, Editorial Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957.

Fernández Arce, C., *Manual de Derecho sucesorio*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

Ferrer, F. A. M., *Cuestiones de Derecho civil. Familia y sucesiones*, con la colaboración de Francisco A. M. Ferrer, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1979.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—, «Artículo 2281», en Ferrer, F. A. M., Santarelli, F. A. y Soto, A. M. (dirs.), y Alterini, I. E. (coord.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, actualizada y aumentada, tomo XI (arts. 2277 a 2671), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2019, pp. 137-148.

—, «Algunos aspectos de la transmisión sucesoria en los nuevos tiempos», en Pérez Gallardo, L. B. (coord.), *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2019, pp. 87-142.

García Quiñones, R., «Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados», en *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, vol. 15, núm. 29, enero-junio 2019, pp. 129-140.

García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., «Capítulo 5. «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en Gete-Alonso, M.ª C. y Calera, G. (dirs.), Solé Resina, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, tomo I, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 225-273.

González Ferrer, Y., *Discriminación por estereotipos de género. Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020.

Heras Hernández, M.ª M., «Designación de heredero bajo la condición de cuidar al testador ¿Una disposición testamentaria al alza?», *La Ley Derecho de familia*, núm. 22, abril-junio 2019. Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio.

Hidalgo Martinola, D. R., Turtós Carbonell, L., Caballero Batista, A., Martinola Meléndez, J. R., «Relaciones interpersonales entre cuidadores informales y adultos mayores», *Novedades en población*, CEDEM, Universidad de La Habana, núm. 24, año XII, julio-diciembre 2016, pp. 77-83.

Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil V, Sucesiones*, 4ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2009.

Lanatta, R. E., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 3ª edición, Lima, editorial Desarrollo, 1993.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., «La personalidad pretérita. No es lo mismo estar muerto que no haber vivido», *La Ley* 22/10/2018, 8 - LA LEY2018-E, 1114 - ADLA2018-12, 3, cita on line: AR/DOC/2014/2018.

LIMA GOMES, F., «O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização», Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, Fortaleza, 2015, p. 78, en http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/2381, consultada el 7 de septiembre de 2020.

LITWIN y ATTIAS-DONFUT *cit. pos* MOLERO JURADO, M.ª M., PÉREZ-FUENTES, M.ª C. GÁZQUEZ LINARES, J. J., «Cuidadores familiares, no profesionales o informales: Revisión de la terminología en publicaciones científicas», *Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, UDES, Bucaramanga, vol. 3, núm. 1, enero-junio 2016, pp. 68-76.

LÔBO, P., «Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar», *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e Felicidade* (pp. 35-46), p. 44, en https://www.ibdfam.org.br, consultada el 7 de septiembre de 2020.

MAZZINGHI, J. A. M., «Novedades acerca de las personas que pueden suceder, las causales de indignidad y la acción de petición de herencia», *Revista Código civil y comercial*, julio 2020, 01/07/2020, 87, TR LALEY AR/DOC/1296/2020, disponible en: ttps://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/novedades-acerca-de-las-personas-que-pueden-suceder-las--causales-de-indignidad-y-la-accion-de-peticion-de-herencia/, consultada el 21 de noviembre de 2021.

MAQUIEIRA, M. y VANELLA, V. R., «La legítima hereditaria. Voluntad presumida por la ley voluntad testamentaria», *Derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, año V, núm. 11, diciembre 2013, pp. 111 y ss.

MEJÍA ROSASCO, R., «La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú: La implementación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad», *Derechos e integración*,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Revista del Instituto de Derecho e integración, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, núm. 14, año X, 2019.

Millán, F., «El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad», *Derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, año IV, núm. 6, julio 2012, pp. 245 y ss. (cita *online*: AR/DOC/2895/2012).

Monje Balmaseda, Ó., «La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar», en Lledó Yagüe, F., Herrera Campos, R. (dirs.), Monje Balmaseda, O. (coord.), *Sistema de Derecho civil. Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 73-93.

Nájera Pérez, C., «Violencia familiar sobre los adultos mayores», *ReCrim*, Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2012 (pp. 119-147), pp. 131 y 135, disponible en: http://www.uv.es/recrim/recrim12/recrim12a03.pdf, consultada el 14 de noviembre de 2021.

Nieto Alonso, A., «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», en Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dirs.), Herrero Oviedo, M. (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1043-1066.

O'Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, tomo V-Derecho de sucesiones, 2ª edición, corregida y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, Edersa, 1987.

Olmo, J. P., *Herederos con discapacidad. Teoría y práctica de la mejora estricta*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

Orlandi, O., «Vulnerabilidad y Derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad», disponible en http://www.google.es/url?url=http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/56950/mod_folder/content/0/13.%2520LEGITIMA%2520/D%25202013-%2520Vulnerabilidad%2520y%2520derecho%2520sucesorio%2520%2520-ORLANDI.pdf%3Fforcedownload%3D1&rct=-j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=aXVkVYDZIsflsATChIOoDg&ved=0CBkQFjAB&sig2=_VKtsZglEd18NFtM52_l4Q&usg=AFQjCN-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

HYpuMo7-8o27hNAVecwKrM4dE8Yw, consultado el 26 de mayo de 2015.

—, «Alcance de las causales de indignidad. El maltrato emocional a personas mayores», *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 16/12/2015, 70 - TR LALEY AR/DOC/5526/20.

Palacios, A., «La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables», paper presentado en el Congreso internacional "Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos", A diez años de la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad 24 y 25 de mayo 2016, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, en www.madridsinbarreras.org, consultada el 14 de mayo de 2020.

Pérez Gallardo, L. B. (coord.), *El Derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, 2009.

—, «El notario: función de autoridad pública», en *Ensayos de Derecho Notarial*, Lima, Gaceta Notarial, 2011.

—, «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año III, núm. 7, agosto del 2011, pp. 163-175.

—, «Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el Derecho peruano: Luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», *Revista Gaceta Civil y procesal civil, registral y notarial*, Lima, tomo 37, julio 2016, pp. 241-267.

—, «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núm. 782, año XCVI, noviembre – diciembre de 2020, pp. 3625-3671.

—, «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestato… en pos de superar trazos hematológicos», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2019-I Sucesiones II, Buenos Aires-Santa Fe, editorial Rubinzal-Culzoni, pp. 11-49.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—, «El libre desarrollo de la personalidad en la interpretación del Derecho de sucesiones», en Villabella Armengol, C. M. y Pérez Gallardo, L. B. (dirs.), *Claves para la interpretación de la Constitución cubana de 2019*, Santiago de Chile, Editorial Olejnik, 2021, pp. 223-259.

Ribera Blanes, B., «La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 482-529.

Roca Trías, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», en «Legítimas y libertad de testar», Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dirs.), Oviedo Herrero, M. (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1245-1266.

Rodríguez Adrados, A., «El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad», *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, núm. CVII, enero-marzo, 1980, pp. 255-409.

Rolleri, G., «La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación», *Revista de Derecho de la familia y de las personas*, año VII, núm. 4, mayo 2015, pp. 105-112, pp. 109-110.

Romero Coloma, A. M.ª, «El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 85, núm. 713, 2009, pp. 1213-1234.

Rueda Pérez, J. M.ª, «Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Ley 2/2006, de 14 de junio*, vol. I, Colegio Notarial de Galicia, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 203-298.

Salomón, M. J., «La regulación de la legítima en el Código proyectado: Constitución Nacional, orden público y autonomía personal», *Revista Derecho Privado*, Año II, núm. 6, septiembre 2013, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 279-296.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SERRANO DE NICOLÁS, Á., *Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Chile, ediciones Olejnik, 2016.

SIMMONS, T. E., «A Chinese Inheritance», *Quinnipiac Probate Law Journal*, vol. 30, Issue 2, 2017, pp. 124-148.

SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 1996.

TANTALEÓN ODAR, R. M., «La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384», *Derecho y cambio social*, núm. 56, abril 2019.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Derecho de sucesión *mortis causa*, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1916.

VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una eventual reforma a la legítima», *InDret*, 3/2007, disponible en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf, consultada el 6 de agosto de 2012.

—, «La protección del testador vulnerable», en *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018 (pp. 127-156), pp. 130-131.

—, «Freedom of Testation, Compulsory Share and Disinheritance based on lack of Family Relationship», November 2010, Research Gate (pp. 1-20), pp. 6-10, disponible en https://www.researchgate.net/publication/228143184, consultado el 7 de julio de 2020.

VAQUER ALOY, A. y IBARZ LÓPEZ, N., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4 (octubre-diciembre, 2017), Ensayos, pp. 211-235, disponible en: http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, consultada el 20 de octubre de 2021.

VARSI-ROSPIGLIOSI, E. y TORRES MALDONADO, M. A., «El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código civil peruano», *Acta Bioethica*, núm. 25 (2), 2019, pp. 199-213.

VILLAFUERTE CLAROS, A., *Derecho de sucesiones*, tomo II-Parte especial, La Paz, Imprenta Riverijos Ltda, 1995.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4ª edición, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999.

ZÁRATE DEL PINO, J. B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Lima, Palestra editores, 1998.

Páginas webs:

https://www.uam.es/Derecho/VII-Conferencia-Tom%C3%A1s-y-Valiente/1446790497489.htm?language=es&pid=1234889427753&title=VII%20Conferencia%20Tom?s%20y%20Valiente, consultada el 8 de enero de 2020.

Fuentes legales

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, disponible en: https://www.un.org, consultada el 24 de abril de 2022.

Código Civil y Comercial de la República de Argentina, Ley núm. 26994 de 8 de octubre de 2014, disponible en: http://www.saij.gob.ar, consultado el 2 de mayo de 2022.

Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley núm. 12760, de 6 de agosto de 1975, edición de 1998.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A_2008-13533, consultada el 23 de octubre de 2021.

Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de Javier BARRIENTOS GRANDÓN, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2009.

Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, 3ª edición, Legis Editores, 1999; *Código Civil de la República de Costa Rica* de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Código Civil de la República de Cuba, Ley núm. 59, de 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo) ONBC, La Habana, 2019;

Código Civil de la República de Ecuador, con legislación conexa, concordancias y jurisprudencia, tomo I, actualizado a 1 de enero del 2007, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.

Código Civil de la República de El Salvador, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de abril de 1860, actualizado con sus reformas, Ricardo Mendoza Orantes, editor, Editorial Jurídica salvadoreña, 2006.

Código civil del Reino de España, Real Decreto de 24 de julio de 1889, actualizado con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, disponible en: https://www.boe.es/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf, consultada el 23 de octubre de 2021.

Código Civil de la República de Guatemala, sancionado por Decreto-Ley núm. 106, de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1 de julio de 1964, Ayala and Jiménez Editores, Guatemala, C. A., 1991.

Código Civil de la República de Honduras, sancionado por Decreto núm. 76, de 19 de enero de 1906, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.; *Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge Obregón Heredia (concordado), Porrúa, México, 1988.

Código Civil de la República de Nicaragua, 4ª edición, Editorial Jurídica, 1999; *Código Civil de la República de Paraguay*, Ley núm. 1183, en vigor desde el 1 de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, agosto de 1993.

Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo núm. 295, de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición actualizada, Jurista editores, Lima, 2011.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Código Civil de Puerto Rico. Ley núm. 55, de 1 de junio de 2020, disponible en: https://bvirtualogp.pr.gov, consultado el 02 de mayo de 2022.

Código Civil de la República Dominicana, 8ª edición, preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010.

Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, Editorial PANAPO, 1986.

Ley núm. 5, sobre discapacidad, promulgada el 15 de enero de 2013, de la República Dominicana, disponible en: https://repositorio.msp.gob.do/handle/123456789/1191, consultada el 2 de mayo de 2022.

Ley núm. 9379, de 18 de agosto de 2016, «Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad» de Costa Rica, disponible en: https://costarica.unfpa.org, consultada el 2 de mayo de 2022.

Ley núm. 1996, de 26 de agosto de 2019, «Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad», de Colombia, disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co, consultada el 2 de mayo de 2022.

Decreto núm. 672, de 26 de agosto de 2020, contentivo de la «Ley especial de inclusión de las personas con discapacidad» de El Salvador, disponible en: http://www.conaipd.gob.sv/, consultada el 2 de mayo de 2022.

Decreto Legislativo 1384, de 3 de septiembre de 2018, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, de la República del Perú, publicado en el Diario *El Peruano*, de 4 de septiembre de 2018, disponible en: https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/21984-publican-decreto-legislativo-1384-que-reconoce-plena-capacidad-juridica-en-las-personas-con-discapacidad-y-elimina-la-interdiccion, consultada el 2 de mayo de 2022.

Observación general núm. 1 (2014), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

abril de 2014, disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf, consultada el 03 de noviembre de 2021.

Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad, Comisión de derechos humanos de la Unión Internacional del Notariado. Disponible en: http://www.notariado.org, consultada el 31 de octubre de 2021.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

TESTAMENTOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SENSORIAL TRAS LA LEY 8/2021[1]

WILLS OF PEOPLE WITH SENSORY DISABILITIES AFTER LAW 8/2021

Francisca Ramón Fernández
Profesora titular de Derecho civil
Universitat Politècnica de València

Resumen: El otorgamiento de testamento por parte de las personas que sufren una discapacidad es una de las cuestiones que ha sido objeto de reforma en el ámbito del Derecho civil por la reciente Ley 8/2021. Las distintas formas testamentarias se han visto afectadas. Nos dedicamos en este trabajo a analizar los distintos problemas que se pueden plantear en relación con los testamentos, dedicando también nuestra atención a las personas con discapacidad antes y después de este cambio normativo, y durante el periodo de pandemia, precisamente en un tiempo en el que la tecnología todavía no se aplica en toda su amplitud en el ámbito sucesorio.

Palabras clave: testamento, requisitos, discapacidad, sucesiones, *mortis causa*.

Abstract: The granting of a will by people who suffer from a disability is one of the issues that has been subject to reform in the field of civil law by the recent Law 8/2021. We dedicate ourselves in this work to analyze the different problems that can arise in relation to wills, also dedicating our attention to people with disabilities before and after this regulatory change, and during the pandemic period, precisely at a time in the that the technology is not yet applied to its full extent in the area of inheritance.

Keywords: will, requirements, disability, succession, *mortis causa*.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i "Retos investigación" del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), Proyecto de I+D+i Retos MICINN PID2019-108710RB-I00 (2020-2022) y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law" (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL TESTAMENTO: ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES

III. LA CAPACIDAD PARA TESTAR: LA CAPACIDAD DE LOS DISCAPACITADOS Y DE LOS DISCAPACITADOS SENSORIALES

IV. TESTAMENTOS CON INTERVENCIÓN DE NOTARIO: TESTAMENTO ABIERTO Y CERRADO Y DISCAPACIDAD SENSORIAL

V. TESTAMENTOS SIN INTERVENCIÓN DE NOTARIO: TESTAMENTO OLÓGRAFO, EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE, EN CASO DE EPIDEMIA Y DISCAPACIDAD SENSORIAL

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[2], que entró en vigor el 3 de septiembre, ha adaptado a nuestro ordenamiento jurídico la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, hecha en Nueva York, y que fue ratificada por España en 2008[3]. En el texto internacional se proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida (art. 12), y que los Estados tomarán las medidas pertinentes y efectivas para garantizar su derecho, en iguales condiciones que el resto, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, y velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. Y uno de los aspectos más importantes es precisamente el ámbito sucesorio, es decir, cuál va a ser la voluntad de los sujetos para una vez abandonen este mundo, poder disponer de sus bienes. Ello conlleva que se deban adoptar las medidas oportunas para facilitar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este objetivo ha determinado que el CC se vea afectado, y por lo que a nosotros nos interesa, se hayan modificado distintos preceptos de la regulación de los testamentos.

[2] BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. Se puede consultar el Proyecto de Ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, n.º 27-1. Sobre el mismo se puede consultar el análisis de Castro-Girona Martínez, A., «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad jurídica», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 97, 2021, pp. 32-37; González Gutiérrez, J. y Perea González, A., «Un enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad civil*, n.º 4, 2021.

[3] BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La citada Convención se propone "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad"[4].

La Convención, en la letra e) del Preámbulo indica de forma muy clara que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[5], en su art. 21 establece el principio de no discriminación por razón de discapacidad y en el art. 26 incluye el principio de integración de las personas con discapacidad.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones por la que se establece la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras[6]. Su objetivo es posibilitar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de todos sus derechos, así como beneficiarse de su participación en la sociedad.

En dicho documento se indica que por accesibilidad se entiende el acceso de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que el resto de población, a las tecnologías de la información y comunicación, señalando que todavía existen barreras importantes en dicho ámbito. La accesibilidad es una condición previa a la participación en la sociedad, y la Comisión propone utilizar instrumentos legislativos y de otro tipo, como la normalización para optimizar la accesibilidad en consonancia con las iniciativas de la Agenda Digital y la Unión por la innovación, y que se estudiarán los beneficios de adoptar medidas legislativas que garanticen la accesibilidad de los productos y servicios.

[4] Sobre la Convención, se puede consultar el estudio de Torres Costas, M.ª E., *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

[5] DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

[6] COM (2010) 636 final, de 15 de noviembre de 2010.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

También hay que atender a lo indicado en la CE, el art. 14, que establece el principio de igualdad y no discriminación, así como el de la competencia de los poderes públicos de promover las condiciones para la misma, reales y efectivas, y la remoción de los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los sujetos en la vida política, económica, cultural y social, y el art. 49, que preceptúa que los poderes públicos tienen obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, a las que les prestarán atención especializada y les ampararán para disfrutar de los derechos y deberes fundamentales.

Es evidente que también debemos invocar el art. 10 CE en tanto en cuanto indica que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social[7]. En el caso de las personas con discapacidad el libre desarrollo de la personalidad y el principio de autonomía de la voluntad[8] se va a desplegar de una forma más efectiva con la aplicación de la Ley 8/2021.

[7] Martínez Sánchez, N., *El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad*, Almería, Universidad de Almería, 2020, p. 124, muy gráfico resulta lo que expresa la autora, apoyándose en la argumentación de Bieri, al que cita de forma expresa, "Como podemos apreciar el autor nos traslada al supuesto concreto en el que la persona tiene que decidir y, en caso, de hacerlo un tercero por ella, desoyendo sus mandatos o ignorando su voluntad, vemos las consecuencias que podría acarrear esa omisión. En este último escenario, cuando se omite el diagnóstico al paciente para que pueda vivir como hasta ahora sin preocuparse de su enfermedad, el autor nos muestra cómo esa omisión daña la dignidad del sujeto privándole de su derecho a estar informado, pero, sobre todo, de su derecho a decidir cómo vivir su vida el tiempo que le reste. Quizás le gustaría visitar por última vez su ciudad favorita, o ir a visitar a aquellos primos lejanos que guarda en algún rincón de su corazón o simplemente hacer un nuevo testamento, volver a casarse o donar sus últimos ahorros a una protectora de animales. Le están negando el derecho a despedirse cómo a él quisiera, incluso aunque su despedida consistiera en la depresión y el encierro. Pero se trata de su decisión y no de la de otro. Con sutil ironía refuerza este argumento en el siguiente párrafo al referirse a las «cosas importantes» que el individuo ha realizado gracias al desconocimiento de su enfermedad y que no hubiera podido llevar a cabo si hubiere estado informado sobre su salud, como sentarse en el Transiberiano".

[8] Martínez Sánchez, N., *El libre… op. cit.*, Almería, Universidad de Almería, 2020, p. 109. indica que "Autonomía de la voluntad, es una noción que se compone de dos términos fundamentales, cuanto menos imponentes de forma separada, y atrayentes en conjunto. La Real Academia Española nos define, en una de su acepción tercera, como la condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie. A este respecto la RAE contrapone literalmente dos conceptos: autonomía y dependencia. Quien no dependa será independiente, tendrá poder para regirse asimismo y, por tanto, será autónomo. Ésta es a priori una de las conclusiones posibles que podríamos extraer al leer dicho significado. Por tanto, una persona con la capacidad judicialmente modificada, es decir, que en algunas esferas de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La Carta de Derechos Digitales, en su apartado XI, respecto de la accesibilidad universal en el entorno digital, dispone que "se promoverán las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad universal de los entornos digitales, en particular a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista del diseño tecnológico como respecto de sus contenidos, asegurando especialmente que la información relativa a las condiciones legales del servicio resulte accesible y comprensible".

De hecho, en el Preámbulo de la Ley 8/2021 se sientan las bases de un nuevo sistema "basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad". La reforma que afecta al CC es muy extensa y afecta a distintas figuras jurídicas. Se indica que "no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse".

Nos encontramos, pues, ante un cambio de paradigma respecto de los sujetos y la idea sobre la que orbita la reforma es la de "apoyo"[9], entendido más bien como "soporte", que puede ser instrumental o no, para que la persona que sufra una discapacidad se encuentre en una situación de igualdad, y pueda suplirse esa carencia a la hora de realizar un negocio jurídico. Gira en torno a la persona y su decisión, y no a una sentencia, ya que los arts. 199 y ss. que integraban el Título IX "De la incapacitación" del Libro Primero CC, queda modificado quedando con la rúbrica "De la tutela y de la guarda de los menores".

Pues bien, en el ámbito sucesorio, vamos a ver cómo ese apoyo se va a plasmar a la hora de que una persona con discapacidad otorgue testamento, distinguiendo los distintos tipos de testamento, y analizando qué tipo de apoyo va a necesitar o precisar, dependiendo de cada caso con-

actuación necesita el apoyo de un tercero, ¿puede ser autónoma?, ¿es medianamente autónoma?, ¿es plausible hablar de autonomía con relación a estas personas? Si estas cuestiones hubiesen sido planteadas hace unos años, antes de la Convención de Naciones Unidas, la respuesta hubiera sido rotundamente no. Mas, tras la promulgación de la citada norma los procesos legislativos estatales tuvieron que dotar sus vías legales de un contenido más comprometido y acorde con lo establecido por Naciones Unidas".

[9] Petit Sánchez, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, pp. 265-313.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

creto. Como advierte el Preámbulo de la Ley 8/2021, "particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones (…), cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva".

Anteriormente a esta importante reforma, la legislación se había visto modificada en orden a la adaptación a la Convención internacional. Por ejemplo, interesa mencionar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[10]; el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[11]; la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP[12]; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria[13], posteriormente modifica por Ley 4/2017, de 28 de junio[14]; la LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones[15]; la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad[16]. Con fecha 31 de marzo de 2022 se ha publicado en el BOE la Ley 6/2022, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de

[10] BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011.
[11] BOE n.º 289, de 2 de diciembre de 2013.
[12] BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015.
[13] BOE n.º 158, de 3 de julio de 2015.
[14] BOE n.º 154, de 29 de junio de 2017.
[15] BOE n.º 303, de 14 de diciembre de 2017.
[16] BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018. También resulta de interés la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que nada nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, sobre aplicación de la modificación de la LO del Régimen Electoral General llevada a cabo por la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE n.º 69, de 21 de marzo de 2019).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

En este trabajo nos proponemos reflexionar sobre los cambios que afectan a los testamentos y las personas con discapacidad, analizando los principales aspectos de la reforma civil[17], centrados especialmente en las especialidades derivadas de la discapacidad sensorial, que plantea unas cuestiones y problemas diferentes de la intelectual, ya que no afecta al proceso de toma de decisiones, sino al proceso para la emisión de la voluntad.

II. EL TESTAMENTO: ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES

El testamento es un acto formal y solemne[18], que requiere de una serie de requisitos fijados por la norma[19], según sea aplicable, y su validez depende de la observancia de los mismos, además de precisar la intervención de testigos, con una serie de limitaciones también sobre las personas que pueden serlo. No obstante, hay una forma testamentaria que se puede realizar sin

[17] Sobre un primer análisis de esta norma se puede consultar: Vivas Tesón, I., «La reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad: ¿A partir de septiembre, qué?», *Hay Derecho*, 14 de junio de 2021; «Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español», en Marín Velarde, A, Cabezuelo Arenas, A. L. y Moreno Mozo, F. (dir.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, Reus, 2021, pp. 145-168; Velilla Antolín, N., «La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta», *Hay Derecho*, 23 de junio de 2021; Castro-Girona Martínez, A., «La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad», *Hay Derecho*, 30 de junio de 2021. Santos Urbaneja, F., «La ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad, una norma alentada por una revolución ética», *Hay Derecho*, 12 de julio de 2021.

[18] La regulación del testamento se establece desde las antiguas civilizaciones. Véase: Baró Pazos, J., «Notas acera del testamento en el derecho castellano bajomedieval y moderno», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Ed. Universidad de Cantabria, 2002, pp. 61-74.

[19] En el ámbito foral y autonómico, hay distintas peculiaridades respecto de las formas testamentarias. Como señala Ramón Fernández, F., «El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado. Externado de Colombia*, n.º 40, 2021, p. 420, "Esta modalidad permite a los sujetos de vecindad civil cuya regulación no les permite realizar el testamento en caso de epidemia, otorgar esta forma cuando se encuentren en dicha situación. Es el caso del artículo 421-5.3 de la Ley 10/2008, que no permite a las personas con vecindad civil catalana otorgar testamento exclusivamente ante testigos (como es el de en caso de epidemia), por lo que podrán otorgarlo, si no pueden hacerlo abierto o cerrado, en forma ológrafa".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la intervención de testigos, además de sin notario, y de forma gratuita, y es precisamente el testamento ológrafo.

Mediante el testamento (art. 667 CC) una persona dispone para después de su fallecimiento de todos o de parte de sus bienes, y lo puede hacer a título de herencia o de legado (art. 668 CC). Se trata de un acto de carácter personalísimo, por lo que no puede realizarse mediante la intervención de un tercero, ni tampoco por medio de comisario o mandatario (art. 670 CC). Regula el CC, en los arts. 676 y ss. el testamento común, que puede ser ológrafo (arts. 688 a 693 CC), abierto (arts. 694 a 705 CC) o cerrado (arts. 706-715 CC) y el especial que distingue el militar (arts. 716-721 CC), marítimo (arts. 722-731) y el hecho en país extranjero (arts. 732-736 CC).

III. LA CAPACIDAD PARA TESTAR: LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SENSORIAL

El anterior art. 663 CC, en su apartado 2, establecía que están incapacitados para testar, "el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio". Precisamente el testamento que otorguen personas con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada en la redacción del CC antes de la Ley 8/2021 ha sido objeto de amplio tratamiento doctrinal[20].

[20] Fernández Canales, C., «Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual», *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, n.º 137, 2018, pp. 38-51; Núñez Núñez, M., «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, en Díaz Pardo, G. y Núñez Núñez, M. (coord.), Pereña Vicente, M. (dir.), Madrid, Universidad Juan Carlos I, Editorial Dykinson, 2018, pp. 511-527; Vela Torres, P. J., «Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente», *Diario La Ley*, n.º 9220, 2018; Rodríguez Díaz, E., «El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: derecho romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario», en López-Rendo Rodríguez y García Sánchez, J. (coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, vol. 1, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo-Campus de Humanidades, 2020, pp. 613-646. También resulta de especial interés las aportaciones y la bibliografía allí citada de Aa.Vv., *Comentario del Código civil*, tomos I y II, Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Salvador Coderch, P. (dir.), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993; AA. VV., *Código civil comentado*. *Vol. 2: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609-1087)*, Cañizares

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Se ha considerado que tras los mencionados instrumentos internacionales hay una clara vocación de las personas que se encuentran en una situación de discapacidad, mediante la sustitución del modelo médico rehabilitador por el modelo social de discapacidad[21]. Por tanto, el planteamiento tradicional de que la discapacidad es sinónimo de enfermedad o ausencia de salud queda superado y se debe partir del principio de igualdad y no discriminación y la integración de este colectivo, debiendo adaptarse la legislación en aras de mejorar la situación social y jurídica de las personas que sufran una discapacidad.

El informe "Derechos Humanos y Discapacidad", elaborado en el año 2019 por la Delegación del Comité Español de representantes de personas con discapacidad (CERMI) para los Derechos Humanos y para la Convención de la ONU, que fue aprobado por el Comité Ejecutivo en el año 2020[22], consideró que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás, y también a que se defina un sistema de apoyo a la misma. Este sistema debe contemplar el respecto de sus derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que deberán adaptarse a las circunstancias subjetivas y sujetas al control judicial. Se les reconoce su derecho a heredar, a la propiedad, al acceso a créditos bancarios y a no ser privados de sus bienes de forma arbitraria. Es decir, no se puede negar una capacidad jurídica *per se* argumentando el sufrimiento de una discapacidad, ya que, además, no todas las discapacidades son iguales, ni todas merman la capacidad del individuo de una forma absoluta.

Incide el Comité en que el CC permite "privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad" y que "mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones", y se recomienda "que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reco-

Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J. y Valpuesta Fernández, R. (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

[21] Barrón Arniches, P., de, «Personas con discapacidad y libertad para testar», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 12, 2020, p. 451.

[22] Delegación del Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad (CERMI): *Informe "Derechos Humanos y Discapacidad"*, 2019.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

nozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad".

En la regulación del CC se diferencia[23] entre la discapacidad sensorial y discapacidad psíquica, exigiendo una serie de requisitos (testigos y facultativos), para el otorgamiento del testamento, dependiendo de la forma del mismo común (ológrafo, abierto o cerrado) o especial (militar, marítimo y el hecho en país extranjero). Destaca el testamento ológrafo que no requiere ni testigos ni notario, y que plantea el problema de la capacidad de testar de la persona con discapacidad sensorial o psíquica.

La discapacidad se puede conceptualizar como "el hecho que adolece una persona consistente en alguna deficiencia física, sensorial o mental, que pueda afectar en mayor o menor medida a su normal desenvolvimiento en las actividades de la vida diaria que al resto de personas no les puede resultar complicadas"[24].

Antes de analizar las cuestiones que nos ha suscitado la Ley 8/2021, nos vamos a referir a la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del CCC, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial[25], introduce distintos cambios que han sido el preludio de la modificación estatal por la Ley 8/2021.

Según la Exposición de Motivos, el propósito es "situar a las personas con discapacidad sensorial, sea temporal o permanente, en igualdad de condiciones respecto a las demás personas en lo que se refiere al ejercicio efectivo de sus derechos en el momento de otorgar un testamento ante notario y de poder intervenir en calidad de testigo en el acto de otorgamiento de testamento por otra persona".

---

[23] Barrón Arniches, P., de, «Personas con…», *op. cit*., *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 12, 2020, p. 453.

[24] Planas Ballvé, M., «Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio», *Revista de Derecho civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, p. 366.

[25] BOE n.º 264, de 2 de noviembre de 2019. Véase: Torres García, T. F., «Testamento ológrafo en Cataluña», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 20, 1989, pp. 379-386.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La finalidad de la norma es la eliminación de expresiones como "sordas", "ciegas" o "mudas" para evitar una estigmatización de dicha discapacidad, y situar a las personas con discapacidad sensorial en una posición de igualdad de condiciones que otras que no tengan dicha discapacidad[26].

La modificación que se opera por la Ley 8/2021, se orienta en eliminar el concepto de "incapacitación", ya que no aparece en la redacción de la modificación del precepto, ahora se indica "no pueden testar", más una prohibición que una falta de capacidad, y a que el sujeto no pueda conformar o expresar su voluntad, a pesar de que se le proporcione ayuda de medios o apoyos para que pueda realizarlo[27]. Es decir, se produce un cambio de régimen jurídico eliminando la antigua incapacitación por un sistema de ayudas y apoyos[28] en favor de la persona con discapacidad, de tal forma que se armoniza la autonomía de la voluntad y el interés de la persona. También es cierto que habrá que atender a la discapacidad que

[26] Planas Ballvé, M., «Igualdad de…», *op. cit., Revista de Derecho civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, p. 375.

[27] Véase sobre el Proyecto de Ley: Amunátegui Rodríguez, C., de, «Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 111, 2020, pp. 221-275; Sánchez Gómez, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, pp. 385-428. Indicar que en el Anteproyecto como señala García Rubio, M.ª P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 3, 2018, p. 175, "se impide testar a «la persona que en el momento del otorgamiento (del testamento) tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello». Con ello se subraya la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial ex ante para testar, de modo que dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer el testamento, usualmente por el notario y, en su caso, por los facultativos que este designe. Esta es ya la tesis que mantiene en alguna de sus últimas decisiones el Tribunal Supremo bajo la vigencia de la normativa actual, en un intento, creo que afortunado, de interpretación de esta según los dictados de la CDPD". También se puede consultar: Jato Díaz, P., *El derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica"*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2021.

[28] Gutiérrez Barrenengoa, A., «De la incapacitación de las personas a la provisión de los apoyos necesarios», *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda: de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 105-129.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sufra la persona, ya que no es lo mismo una discapacidad motriz que una discapacidad cognitiva[29].

Como precisa el Preámbulo de la Ley 8/2021, no estamos en presencia de un mero cambio de terminología que elimine los términos de "incapacidad" e "incapacitación" por otros términos que sean más precisos y respetuosos con la persona, sino que se realiza un nuevo y más acertado enfoque de la realidad. Se parte de la consideración de que "las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado, se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos". La concepción que hasta ahora se venía teniendo con unas visiones paternalistas deben ser en la actualidad, como dice el propio Preámbulo, "periclitadas".

Consideramos que hay un cambio de enorme calado, ya que se prioriza a la persona, y solo no podrá testar en el caso de que no pueda conformar o expresar su voluntad. No se especifica qué medios o apoyos se les va a proporcionar para ello, y que además se debe tener en cuenta el tipo de testamento.

La capacidad general se contempla en el art. 662 CC que se refiere a que pueden hacer testamento todas las personas a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, y que hay que poner en relación con los arts. 666, 688, 708 y 709 CC.

Respecto a la capacidad de testar, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma expresa. Una de las sentencias más interesantes es la STS de 15 de marzo de 2018[30] (TOL6. 548.076). Ponente: D.ª María de los Ángeles Parra Lucán. En este supuesto se trataba de una persona con discapacidad intelectual y la impugnación de dos testamentos notariales que había otor-

[29] Amunátegui Rodríguez, C., de, «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho privado*, n.º 102, 2018, pp. 3-37.

[30] Véase los comentarios a dicha sentencia realizados por García Herrera, V., «Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad civil*, n.º 12, 2018; Páramo y de Santiago, C., «Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 208, 2018, pp. 49-54.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

gado. El primer testamento antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero ya instado el procedimiento por el Ministerio Fiscal; y el segundo, una vez dictada la sentencia que le sometió a curatela para la realización de actos de disposición. Se indica en la citada sentencia que el art. 662 CC consagra el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción, por lo que no cabe basar la falta de capacidad para otorgar testamento ni por aplicación analógica ni por interpretación extensiva de otra incapacidad[31].

Consideró el Alto Tribunal que:

> "la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar (…). De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes".

El art. 665 CC se modifica también y se establece que la persona con discapacidad podrá testar 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 apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias[32].

[31] Sentencia citada por Ramón Fernández, F., «El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: Algunas reflexiones», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 10, 2, 2019, p. 357.

[32] Nótese que este precepto en su ya redacción finalmente aprobada difiere sustancialmente del texto del Anteproyecto, que señalaba: "Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

No se precisa cómo determinará el notario esa comprensión y manifestación de las disposiciones, ni tampoco cómo va a procurar que la persona desarrolle su propio proceso, ni el tipo de ayuda que le puede prestar para su comprensión y razonamiento, ni tampoco se establece qué tipo de ajustes van a ser necesarios.

Esta Ley 8/2021 ya ha sido referida en la reciente jurisprudencia, aunque no específicamente en casos en relación con el otorgamiento de la última voluntad. Sin ánimo exhaustivo podemos indicar la STS, Sala de lo Civil, 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, referido a la concesión de medidas de apoyo de carácter asistencial y la designación de un curador para el ejercicio de las indicadas medidas; la STS, Sala de lo Civil, 706/2021, de 19 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3770/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, en el que se resuelve un caso de curatela donde no se prescinde del criterio preferente de la voluntad de la demandada, siguiendo el sistema de apoyos que manifestó que era su deseo ante notario, no procediendo la imposición de otro sistema alternativo de curatela, como la institucional que solicitaba la recurrente o la mancomunada impuesta por la Audiencia; la STS, Sala de lo Civil, 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4003/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, sobre un caso de autocuratela, en el que prevalece la voluntad de la persona interesada respecto a la designación de la curadora, no dándose ninguna causa para prescindir de dicha manifestación de voluntad; y

situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud". Como aprecia Ramón Fernández, F., «El testamento…», *op. cit*., *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 10, 2, 2019, p. 359, "Consideramos, como también ha puesto de manifiesto la doctrina, que no se altera con dicha redacción la igualdad de condiciones respecto al ejercicio de la capacidad de testar, sino que en el supuesto de que el Notario dudara fundadamente de la aptitud de una persona, bien porque considere que no está comprendiendo la transcendencia del acto, bien porque albergue dudas sobre el entendimiento de lo que se le esté indicando, con las consecuencias y efectos que conlleva, acuda a expertos que le indiquen la capacidad cognitiva del testador. El dictamen no es vinculante, y será el Notario el que en última instancia decida si tiene aptitud o no el testador. Ello nos lleva a indicar que no es lo mismo un testamento que tenga pocas dificultades, bien por no disponer de excesivos bienes, o bien por ser clara la designación de herederos y legitimarios; que un testamento muy complejo, que puede ser más difícil determinar la aptitud o bien tener más dudas fundadas el Notario de la comprensión de lo que se le manifiesta al testador. Se convierte, pues, en figura de apoyo el Notario para orientar y asesorar al testador".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la STS, Sala de lo Civil, 899/2021, de 21 de diciembre de 2021 (ROJ: STS 4879/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, sobre un supuesto de curatela en el que se retrotraen las actuaciones a la Audiencia, para que los facultativos emitan dictamen, y que la nueva sentencia que se dicte deberá motivar las razones por las cuales se prescinde de la designación por parte del demandada, adaptando el pronunciamiento al régimen de la Ley 8/2021.

IV. TESTAMENTOS CON INTERVENCIÓN DE NOTARIO: TESTAMENTO ABIERTO Y CERRADO Y DISCAPACIDAD SENSORIAL

La indicación del testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial se contempla de forma específica en el art. 421.8 CCC. En estos casos, si en el momento del otorgamiento del testamento la persona tiene una discapacidad de este tipo, el notario debe aplicar lo que establece el CCC para ello. Debe ofrecer el notario al testador el apoyo y los medios necesarios para testar, pero sin que ello le pueda comportar ninguna carga económica adicional. Será el colegio profesional quien le proporcione al notario los medios precisos. También se aplica en el caso de que una persona que sufra una discapacidad sensorial tenga que actuar como testigo en el otorgamiento de un testamento notarial.

En el art. 421.14 respecto de la redacción del testamento cerrado se hace referencia a "otros medios técnicos", además de poderse redactar en forma autógrafa o en braille. En el caso de que el testamento se redacte en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida.

La disposición adicional se refiere al uso de medios para suplir la discapacidad sensorial e indica que "de conformidad con lo establecido por los arts. 421.8, 421.10 y 421.14 CCC, y a solicitud del otorgante, en el otorgamiento de testamentos y demás documentos notariales de naturaleza sucesoria, debe utilizarse el braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En el ámbito del Derecho común, el citado Preámbulo de la Ley 8/2021 se refiere al "apoyo"[33], indicando algunas formas de llevarlo a cabo: "desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad". Consideramos que habrá que atender a la persona en concreto, el tipo de discapacidad que tenga, y también el grado de la misma (se indica en la norma que es con independencia de si se ha reconocido administrativamente la misma), ya que las distintas formas indicadas diferencian los casos de una adaptación en los obstáculos, hasta la toma de decisión por parte de un tercero, en lugar de la persona con discapacidad, que entendemos que en determinados supuestos es más difícil que se pueda llevar a cabo, por considerarse el acto jurídico personalísimo, como es el caso del testamento.

La Ley 8/2021 modifica la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862[34], en su art. 23, letra a). Este precepto indica que los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran que conocen a las partes o que se han asegurado de su identidad por los medios supletorios que establecen las leyes y reglamentos. Es precisamente uno de los medios supletorios, en el caso de que el notario no conozca de forma personal a las partes, la que ha sido modificada al establecerse que se podrá identificar a la persona mediante "la afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquéllos responsables de la identificación".

El art. 25 también se modifica al añadirse un nuevo párrafo referente a la accesibilidad de las personas con discapacidad. Se indica que: "para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de

[33] Estas medidas de apoyo se recogen en el Título XI del Libro Primero del CC, que comprenden los arts. 249 a 299, contemplando las denominadas medidas voluntarias de apoyo. Se puede consultar sobre el análisis de la Ley 8/2021 la obra colectiva AA. VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero, C. (dir.), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021; AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

[34] *Gaceta de Madrid*, n.º 149, de 29 de mayo de 1862.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".

Como vemos, el precepto no especifica qué apoyos, instrumentos y ajustes se pueden utilizar[35], ya que apela a la razonabilidad y a la precisión, pero hubiera sido deseable que se indicaran de forma expresa. Aunque alude a sistemas informáticos, lenguajes específicos, no resulta muy loable que deje a una interpretación lo que se pueda entender por "sistemas de apoyo", u "otros dispositivos que permitan la comunicación", u "otro que resulte preciso". Es decir, no establece una taxonomía específica, ni una enumeración de *numerus clausus*, sino más bien de *numerus apertus* en relación con los dispositivos o sistemas que pueden ser utilizados. Ello también plantea cuestiones relacionadas con la privacidad y la protección de datos, por lo que habrá que atender a lo indicado en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)[36], y la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[37]. Aunque en realidad no es una consecuencia la consideración de la protección de datos de la modificación legislativa realizada por la Ley 8/2021, sí que consideramos que se debería haber contemplado en la redacción de los preceptos afectados la referencia a los medios de apoyos y los instrumentos y ajustes que pueden suponer una brecha en la seguridad de los datos.

[35] Sobre el otorgamiento con apoyos del testamento por parte de personas con discapacidad se puede consultar: Pérez Gallardo, L. B., «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista crítica de derecho privado*, n.º 17, 2020, pp. 1261-1310; «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 782, 2020, pp. 3625-3671.

[36] DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

[37] BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad[38], en cuyo art. 5, apartado 6 indica: "Los Estados deben elaborar estrategias para que los servicios de información y documentación sean accesibles a diferentes grupos de personas con discapacidad. A fin de proporcionar acceso a la información y la documentación escritas a las personas con deficiencias visuales, deben utilizarse el sistema Braille, grabaciones en cinta, tipos de imprenta grandes y otras tecnologías apropiadas. De igual modo, deben utilizarse tecnologías apropiadas para proporcionar acceso a la información oral a las personas con deficiencias auditivas o dificultades de comprensión".

La Ley 8/2021 modifica también el art. 695 CC, en sede de testamento abierto, y en el que se indica ya la posibilidad de que el testador pueda expresar su última voluntad al notario, no solamente de forma oral, sino escrita, y además "mediante cualquier medio técnico, material o humano". Insistimos en la falta de precisión del precepto, ya que no se concreta qué tipo de medios se puede utilizar. El resto del precepto mantiene la misma redacción que antes de la reforma, aunque se añade un último inciso en el que se remarca que en el caso de que el testador presente dificultades o le sea imposible la lectura del testamento o la escucha del mismo, en todos estos casos el fedatario público se asegurará, "utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad". No concreta tampoco qué tipo de medios se pueden utilizar, ya que parece ser admisibles cualquier tipo de medio informático o bien incluso la intervención de terceros mediante la traducción mediante un intérprete del lenguaje de signos, e incluso también se podría admitir a través de representaciones pictóricas o gráficas el contenido para la comprensión por parte del testador. En última instancia, se deja en manos del notario, a su juicio, determinar si tiene o no capacidad para el otorgamiento[39]. De hecho,

[38] Naciones Unidas, *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, A/RES/48/96, 20 de diciembre de 1993.

[39] Garrido Melero, M., «El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos», en Gete-Alonso Calera, M.ª del C. (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 91-118. Puede verse también: Sánchez Hernández, A., «Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Boliviana de Derecho,*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

el art. 696 CC, en sede de testamento abierto, no sufre ninguna modificación y allí se indica que "hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento".

En el acto de otorgamiento deben concurrir dos testigos idóneos en el caso del testamento abierto, pero la reforma modifica y elimina el segundo punto del art. 697 CC, por lo que ya no se precisa la concurrencia en los casos de que el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento, y en los casos en que el testador que no supiese leer fuera enteramente sordo, en el que los testigos leerán el testamento en presencia del notario, y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada, y solamente se aplicará en lo indicado en el caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, que coincide con la indicación del art. 695 CC y en el caso de que el testador o el notario lo soliciten.

El Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado[40], en su art. 193, último párrafo, y aunque se refiere a sede de escritura, se aplica de forma supletoria al ámbito del testamento (art. 143)[41], indica que: "Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario".

Los preceptos modificados suprimen la presencia de los facultativos (art. 665 CC) y los dos testigos (art. 695 CC, salvo el caso de que el testador de-

n.º 33, 2022, pp. 14-51; Ramón Fernández, F., «El otorgamiento de testamento por persona con discapacidad: reflexiones sobre las novedades introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», De Verda y Beamonte, J. R. (dir.). y Carrión Vidal, A. y Muñoz Rodrigo, G. (coord.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 935-951 (en prensa).

[40] BOE n.º 189, de 7 de julio de 1944.

[41] Este precepto dispone: "Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, teniendo ésta el carácter de norma supletoria de aquélla". Así, Bonete Satorre, B., «El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 53, 2021, p. 130.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

clara que no sabe o no puede firmar, o el testador o el notario lo soliciten). Se desvincula la discapacidad sensorial con la presencia de testigos[42], y se privilegian los medios materiales para complementar la capacidad de las personas ciegas o sordas. Si bien la referencia a "medios humanos" puede ser incluida la presencia de personas que intervengan como testigos, pero sin ser un requisito *sine qua non*, sino potestativo del notario que podrá determinar si intervienen testigos u otros mecanismos para la protección de la libertad de testar de las personas que no puedan ver u oír[43].

En cuanto al testamento cerrado, la Ley 8/2021 modifica el art. 706, párrafo tercero CC, estableciéndose que si este testamento "estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas las hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida".

Se ha de atender a lo indicado en la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza[44], y por la que se deroga la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica[45].

También se modifica el art. 708 CC de tal forma que las personas que no sepan o no puedan leer, no puede hacer testamento cerrado. En el caso de que tengan una discapacidad visual, podrán hacerlo, y podrán utilizar medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez que establece el CC.

---

[42] Barrón Arniches, P., de, «Personas con…», *op. cit*., *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 12, 2020, p. 463.

[43] Barrón Arniches, P., de, «Personas con…», *op. cit*., *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 12, 2020, p. 463.

[44] BOE n.º 298, de 12 de noviembre de 2020.

[45] BOE n.º 304, de 20 de diciembre de 2003. A pesar de que tiene el mismo valor la firma manuscrita y la firma electrónica cualificada, como indica el Reglamento (UE) 910/2014 se permite a los Estados miembros determinar los efectos de las otras firmas electrónicas y de los servicios electrónicos de confianza en general. Véase sobre ello: Ramón Fernández, F., «Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español», *Revista de Privacidad y Derecho digital*, n.º 14, 2019, p. 86, siguiendo la postura de Espino Bermell, C., «La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código Civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2016, pp. 7 y ss.; *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Madrid, Reus, 2017, p. 388 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Se elimina la referencia a "los ciegos" que establece el actual art. 708 CC, y se permite que las personas tengan una discapacidad visual (aunque no precisa qué grado de la misma) puedan otorgarlo, mediante la utilización de los medios mecánicos o tecnológicos, ya que actualmente tampoco se permitía que utilizaran estos medios.

El art. 709 CC se modifica en el inciso inicial, al sustituir "los que no" por "personas", y añadir un último párrafo en el que se indica que "las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas".

Como ha señalado la doctrina[46], ello supone un espaldarazo legislativo para el pleno reconocimiento de los derechos de las personas que sufran una discapacidad sensorial que puedan otorgar el testamento cerrado, y la introducción de las TIC en el ámbito sucesorio, que suponen un apoyo muy loable para suplir de forma eficaz y accesible las limitaciones que impedían en la actual legislación el otorgamiento de este testamento a las personas que tuvieran una discapacidad visual[47].

Se consideran personas con discapacidad sensorial, que puede ser temporal o permanente, las que sufren una disfunción o una discapacidad o un hándicap visual, auditivo o verbal, que les limita sus facultades de comunicación en la expresión y recepción del mensaje.

Interesa mencionar la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[48], que reconoce el derecho de libre opción de las personas sordas, con discapaci-

[46] Ramón Fernández, F., «El testamento…», *op. cit*., *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 10, 2, 2019, p. 361.

[47] En el mismo sentido, Bonete Satorre, B., «El testamento…», *op. cit*., *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 53, 2021, p. 131, "Como vemos, la limitación para el otorgamiento del testamento cerrado lo es actualmente para el ciego, si bien el sordo podrá otorgarlo siempre que sepa o pueda leer. De aprobarse la reforma antedicha del CC en relación con la protección de las personas con discapacidades, aquellas que tengan discapacidades visuales podrán otorgar testamento cerrado cuando se cumplan los demás requisitos previstos en ella, posibilidad que a día de hoy se encuentra vetada".

[48] BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2007.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

dad auditiva y sordociegas al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos, y a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral. Por medios de apoyo a la comunicación oral, el art. 4 de la citada norma considera que "son aquellos códigos y medios de comunicación, así como los recursos tecnológicos y ayudas técnicas usados por las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas que facilitan el acceso a la expresión verbal y escrita de la lengua oral, favoreciendo una comunicación con el entorno más plena".

En cuanto a los medios a los que alude el precepto del CC, al indicar mecánicos o tecnológicos, podríamos considerar, dado que no precisa de forma estricta qué medios quedarían amparados por el precepto, tanto las tecnologías de asistencia para la lectura (AT), que incluirían el texto-a-voz (TTS), o bien el reconocimiento óptico de caracteres (OCR). También podríamos considerar que se podría incluir la inteligencia artificial. Hay que tener en cuenta respecto a la utilización de la misma lo indicado en el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial-un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*[49] y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión[50]. La Propuesta indica que: "la Comisión y el Comité fomentarán y facilitarán la elaboración de códigos de conducta destinados a promover la aplicación voluntaria a sistemas de IA de los requisitos relativos, por ejemplo, a la sostenibilidad ambiental, la accesibilidad para personas con discapacidad, la participación de partes interesadas en el diseño y desarrollo de los sistemas de IA y la diversidad de los equipos de desarrollo, sobre la base de objetivos claros e indicadores clave de resultados para medir la consecución de dichos objetivos".

También se modifica el art. 742, segundo párrafo, CC que afecta a la revocación tácita del testamento cerrado, y en el que se sustituye "estado de demencia" por "alteraciones graves en su salud mental". Nos encontramos con otra imprecisión, ya que no se especifica qué se entiende por alteración grave, en distinción con una alteración leve o menos grave.

[49] COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020.
[50] COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD), de 21 de abril de 2021.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

V. TESTAMENTOS SIN INTERVENCIÓN DE NOTARIO: TESTAMENTO OLÓGRAFO, EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE, EN CASO DE EPIDEMIA Y DISCAPACIDAD SENSORIAL

El testamento ológrafo queda regulado en los arts. 688 a 693 CC, dentro de la sección cuarta, del Título III "De las sucesiones", del Libro Tercero "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", y precisa la mayoría de edad para su otorgamiento (una edad superior a la que se puede otorgar el resto de testamentos, catorce años), además de unos requisitos específicos[51].

El testamento ológrafo puede ser otorgado en cualquier momento por parte de una persona (también en caso de epidemia), y se trata de un testamento común, junto con el abierto y el cerrado, siendo testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (art. 677 CC). Se predica de este testamento que es económico, cómodo, sencillo, sin formalidades externas, y sin la presencia de nadie y sin gastos (aunque esto último no es del todo cierto, porque si bien es cierto que los gastos vendrán *postmortem*, con la adveración y protocolización, pero que ya no abona el otorgante)[52].

En la situación de crisis sanitaria, y durante el estado de alarma que se declaró en España por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19[53]. Posteriormente,

[51] En el ámbito internacional, se puede consultar: Carrascosa González, J., «El testamento ológrafo y el derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, n.º 3, 2008, pp. 183-201. Y respecto del Derecho civil autonómico, resulta de interés las aportaciones de Corvo López, F. M.ª, «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho civil*, vol. 6, n.º 4, 2019, pp. 135-170.

[52] Hornero Méndez, C., «El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre 2014 (RJ 2014, 6006)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonio*, n.º 37, 2015, p. 428. Cfr. Bañegil Espinosa, M. A., «Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 63, 2015, pp. 6-15; «Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral», en Barrio Del Olmo, C. P. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial: estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 599-632.

[53] BOE n.º 67, de 14 de marzo de 2020. Se modificó por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (BOE n.º 73, de 18 de marzo de 2020). Fue prorrogado por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE n.º 101, de 11 de abril de 2020); Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE n.º 115, de 25 de abril de 2020); Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE n.º 129, de 9 de mayo de 2020); Real

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

se volvió a declarar por RD 900/2020, de 9 de octubre, para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2[54] y por RD 926/2020, de 25 de octubre, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2[55], además de la posibilidad de otorgar testamento en tiempo de epidemia, se encontraba la opción del testamento ológrafo, que no necesita desplazarse a la Notaría, ni presencia de testigos para ser otorgado, con lo que durante el estado de alarma, en el que la movilidad estaba restringida, y era difícil poder acudir al fedatario público, y también las dificultades de disponer de tres testigos que sean mayores de dieciséis años, por la distancia social y también por la restricciones de movilidad. Sin embargo, podemos plantearnos si el testamento ológrafo es una buena o mala opción, no ya en tiempo de epidemia, sino en cualquier otro momento, por los distintos problemas que puede plantear y que vamos a tratar a continuación. El testamento ológrafo ha sido objeto de actualidad lamentablemente por la crisis sanitaria, junto con el testamento en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia, que se regulan en los arts. 700 y 701 CC. Todos estos testamentos tienen un denominador común, que se pueden otorgar sin intervención de notario, pero en el testamento en caso de peligro inminente de muertes y en caso de epidemia se necesitan cinco testigos idóneos, en el primero, y tres testigos que sean mayores de dieciséis años, en el segundo. Se tratan, además, de testamentos que se han denominado como "efímeros", porque devienen ineficaces si pasan dos meses desde que el testador sale del peligro de muerte o cesa la epidemia[56], tal y como indica el art. 703 CC.

Decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE n.º 145, de 23 de mayo de 2020); Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE n.º 159, de 6 de junio de 2020).

[54] BOE n.º 268, de 9 de octubre de 2020.

[55] BOE n.º 282, de 25 de octubre de 2020. Fue prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre (BOE n.º 291, de 4 de noviembre de 2020).

[56] Precisamente la literatura científica sobre los testamentos en la situación de crisis sanitaria ha proliferado de forma considerable: Rivera Sabatés, V., «"En caso de epidemia": sentido y alcance de la peculiar locución del artículo 701 CC», *Revista de Derecho Privado*, vol. 91, n.º 5, 2007, pp. 81-92; Calaza López, C. A., «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"», *Diario La Ley*, n.º 9638, 2020; «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad»", *Diario La Ley*, n.º 9645, 2020; Castillo Parrilla, J. A., "Testamento en época de pandemia: Actualidad del artículo 701 del Código Civil y disposiciones testamentarias sobre datos personales relativos a la salud», en Rodríguez Ayudo, J. F. y Atienza Macías, E. (coord.), *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 281-297; Lázaro Guillamón, M.ª del C., «El testamento en caso de epidemia del artículo

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La benevolencia de esta forma de testar (el testamento ológrafo) en tiempo de pandemia es precisamente que no necesita desplazamiento a la Notaria, ni tampoco presencia de testigos (aunque puedan estar presentes, ya que el precepto no lo impide), y también su gratuidad, por lo que su utilización en la situación de crisis sanitaria en que la movilidad estaba tan restringida, puede haber sido una opción válida para muchas personas[57].

A causa de su desconocimiento, no es utilizado de forma más frecuente, además de estar sujeto este testamento a una serie de requisitos muy estrictos, como hemos indicado. No obstante, también hay que tener en cuenta que, al igual que todo testamento, como indica el art. 673 CC, será nulo si se otorga con violencia, dolo o fraude, y además como precisa el art. 674 CC, el que con dolo, fraude o violencia impida que una persona, de quien sea heredero *abintestato*, otorgue de forma libre su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de las responsabilidades penales correspondientes.

En el caso de tiempo de epidemia, la necesidad de otorgar testamento o bien modificar el que ya había sido otorgado, mediante su revocación, y ante la posibilidad de muerte por enfermedad, muchas personas habrían decidido testar. Incluso, muchas de ellas con la finalidad de desheredar a sus herederos forzosos, ante la falta de cuidado y abandono durante el coronavirus, alegando maltrato psicológico, y siguiendo la línea de la jurisprudencia ya marcada con las sentencias del TS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015[58], en el que se consideró que el abandono emocional de los hijos hacia los padres es un maltrato psicológico y entra dentro de la consideración de

701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno Siglo XXI», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 35, 2020; López-Galiacho Perona, J., «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 90, 2020, pp. 30-35; Vela Sánchez, A. J., «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales», *Diario La Ley*, n.º 9623, 2020; «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales», *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020; Ripoll Juan, A., «Testamentos en caso de epidemia y en peligro de muerte», *Notarios y Registradores*, 2020, pp. 1-18; Peñasco Velasco, R., «Del testamento ológrafo al testamento cibernético», *e-Legal History Review*, n.º 33, 2021.

[57] Más ampliamente, se puede consultar el estudio de Ramón Fernández, F., «Sin notario y sin testigos: el testamento ológrafo como forma testamentaria en tiempo de pandemia en el derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 71, n.º 280-2, 2021, pp. 453-472.

[58] Ramón Fernández, F., «El interés superior del mayor. Nuevas vías jurisprudenciales para las causas de desheredación», en Cervilla Garzón, M.ª J., Jover Ramírez, C. y Rodríguez

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

maltrato de obra tal y como indica el art. 853.2 CC, al indicar como justa causa para desheredar a los hijos y descendientes "haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".

La doctrina[59] se ha ocupado del testamento ológrafo dadas sus especiales características, y también la jurisprudencia ha resuelto numerosos casos en

---

Tirado, A. M.ª (coord.), *Jurisprudencia y doctrina: ¿un matrimonio de conveniencia?*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 363-376.

[59] Se pueden consultar las aportaciones de Ruiz Vadillo, E., «El testamento ológrafo», *Revista de Derecho Privado*, vol. 56, n.º 7, 1972, pp. 615-647; Hernández Gil, F., «Aspectos formales del requisito de la fecha en el testamento ológrafo», *Actualidad civil*, n.º 3, 1989; Torres García, T. F., *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977; García Rubio, M.ª P., «Testamento ológrafo», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 23, 1990, pp. 619-630; Domínguez Luelmo, A., «10 de febrero de 1994. Testamento ológrafo. Nulidad por falta de exactitud de la fecha; diferencias entre fecha falsa y erróneamente transcrita. Presunción de capacidad del testador mientras no se acredite fehacientemente la incapacidad. Principio de congruencia. Prueba pericial practicada para mejor proveer. Indefensión. Utilización del Derecho comparado como criterio de interpretación de las normas de Derecho interno», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 35, 1994, pp. 537-548; Marín López, J. J., «1 de marzo de 1995. Fundaciones. Carácter unipersonal o colegiado del Patronato. Fundación constituida por testamento ológrafo. Interpretación del testamento. Conflicto de jurisdicción en materia de fundaciones. Jurisdicción civil y jurisdicción contencioso-administrativa. Litisconsorcio pasivo necesario e intervención del protectorado», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 39, 1995, pp. 869-888; González Pacanowska, I., «14 de mayo de 1996. Testamento ológrafo. Adveración y protocolización a través de un juicio declarativo. Dolo. Revocación tácita del testamento anterior por otro posterior. Pluralidad de testamento», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 42, 1996, pp. 1019-1032; Peñasco Velasco, R., «Una interpretación creativa del testamento ológrafo», *Creatividad polivalente*, 1998, pp. 671-672; Ricart Martí, E., «Apuntes sobre el testamento ológrafo», en Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya. La familia i el seu patrimonio: actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 4-3 juny de 1999*, Barcelona, Associació Catalana d'História del Dret Jaume de Montjuic, 2000, pp. 195-214; Bosch Capdevila, E., «Sentencia de 12 de marzo de 2004: Sucesión intestada de los hijos de hermanos. Donación "mortis causa". Testamento ológrafo», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 66, 2004, pp. 1277-1290; López-Rendo Rodríguez, C., «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código civil español», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 69, 2009, pp. 173-224; Torres García, T. F., «Artículos 688 a 693: del testamento ológrafo», en Domínguez Luelmo, A. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 807-815; «Artículo 688. Otorgamiento de testamento ológrafo», en Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., Pablo Contreras, P., de y Orduña Moreno, F. J. (dir.), *Código civil comentado*, vol. 2, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 382-395; Torres García, T. F. y Solé Resina, J., «Otras formas testamentarias. El testamento ológrafo en el Código civil y en el Código civil de Cataluña», en Solé Resina, J. (coord.); Gete-Alonso Calera, M.ª C. (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 1, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, pp. 449-470; Moretón Sanz, M.ª F., «La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de "mano propia" como requisito de validez», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 727, 2011, pp. 2857-2882; «Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho Común, Foral catalán y navarro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 724, 2011, pp. 1118-1143; "Las memorias y cédulas testamentarias como

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

los que se planteaban distintos aspectos en relación a su validez. Por ejemplo, cabe citar SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) 237/2020 de 5 de junio (JUR\2020\221987), sobre la ausencia de la fecha; acerca de la suficiencia o insuficiencia de juicio, SAP de las Islas Baleares (Sección 3.ª) 316/2019 de 30 de julio (JUR\2019\263723); ausencia de palabras solemnes y utilización de lenguaje vulgar, SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) núm. 12/2016 de 12 enero (AC\2016\65); desorganización caligráfica y afectación motora, SAP de Asturias (Sección 5ª) n.º 27/2015 de 2 octubre (JUR\2015\249080); voluntad testamentaria de disponer de un bien inmueble como legado, STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 682/2014 de 25 noviembre (RJ\2014\6006); dudas sobre la veracidad de la escritura del testamento, SAP de Cantabria (Sección 2.ª) n.º 30/2014, de 22 de enero (JUR\2015\193197); ausencia de protocolización SAP de Málaga (Sección 5.ª) n.º 630/2013 de 12 diciembre (JUR\2014\75631); no se exige la habitualidad de la firma, la firma cumple el requisito *ad solemnitatem*, STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 322/2011, de 5 de mayo (RJ 2012\1101); capacidad y voluntad testamen-

testamento ológrafo complementario: sus presupuestos y requisitos según doctrina y jurisprudencia", en Cuena Casas, M., Anguita Villanueva, L. A., Ortega Doménech, J. (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 1753-1776; García Cantero, G., "Testamento ológrafo: ¿transformarse o morir?, en Monje Balmaseda, O., Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, P. y Torres Lana, J. A. (dir.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 235-264; Herrero Oviedo, M., «El testamento ológrafo en el anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: el final de una disfunción», en Herrero Oviedo, M., Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 635-656; Toral Lara, E., «Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo», en Herrero Oviedo, M., Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1381-1402; Carrión Vidal, A., «La validez del testamento ológrafo en el que se dispone de un piso como legado a favor de una determinada persona: comentario a la STS núm. 682/2014, de 25 de noviembre», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 3, 2015, pp. 577-594; Espino Bermell, C., «La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código Civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2016, pp. 7-54; AA.VV., *Derecho de sucesiones*, Alventosa del Río, J. y Cobas Cobiella, M.ª E. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; López Uría, P. M., «El testamento ológrafo», *Diario La Ley*, n.º 9279, 2018; Magro Servet, V., «Características para la validez del testamento ológrafo», *Actualidad civil*, n.º 1, 2018; Martínez Pertusa, P.: «El testamento como instrumento de protección de las personas con discapacidad», en Andreu Martínez, B., Leciñena Ibarra, A. y Martínez Moya, J. (coord.), Cobacho Gómez, J. A. y Legaz Cervantes, F. (dir.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 829-856; Páramo y de Santiago, C., «Testamento ológrafo: elementos necesarios para su validez», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 211-212, 2018.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

taria, STS (Sala de lo Civil), n.º 597/1994, de 18 de junio (RJ 1994\6022); el otorgamiento surge de la inserción de la fecha y firma, STS (Sala de lo Civil), n.º 87/1994, de 10 de febrero (RJ 1994\848); autenticidad o no, STS (Sala de lo Civil), de 14 de febrero de 1981(RJ 1981\526); irregularidades que no producen la invalidez del testamento, STS (Sala de lo Civil), de 26 de noviembre de 1968 (RJ 1968\5542).

Muchas de las cuestiones están relacionadas con el soporte del testamento ológrafo, ya que el art. 678 CC precisa que es ológrafo cuando el testador "lo escribe por sí mismo", y se remite al art. 688 CC, donde se establecen los requisitos específicos: ser mayor de edad, escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. En el caso de contener palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Se desprende de la lectura que la redacción debe ser manuscrita, de su puño y letra, con lo que se plantea si las personas que no pueden escribir, o las que pueden hacerlo por medios mecánicos pueden otorgar este testamento.

Precisamente al exigir la firma manuscrita, esta forma de testamento se aleja automáticamente de cualquier medio mecánico.

Las dificultades de poder verificar que la escritura y la firma del testamento es la auténtica, no ha sido falsificada e incluso el testamento no ha sido redactado bajo violencia o intimidación, por ejemplo, es uno de los aspectos a destacar en el caso de esta forma de testamento. Hay que tener en cuenta que la escritura y la firma tienen unos rasgos de la personalidad del sujeto[60], y deja el mismo la impronta en los trazos, que incluyen gestos inconscientes e involuntarios, y que provienen de las emociones y estados afectivos. Incluso en el caso de que se intente falsificar o fingir en el acto de la escritura, esos rasgos particulares surgen antes o después. En el escrito aparecen lo que se denomina "huellas" que demuestran el esfuerzo para reprimir el propio modo de escribir (presiones, desviaciones, interrupciones, rupturas, trazos indecisos, temblores). Ello puede estar relacionado con la

[60] Sigo la exposición de Blum, T., Sztern, A. y López de Luise, D., «Validación de firmas ológrafas», *Ciencia y Tecnología*, n.º 9, 2009, pp. 2 y ss.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

salud, o la edad, y también se puede observar en la escritura signos de cansancio, lentitud o temblor, e incluso puede deducirse la incapacidad total para expresar ideas por escrito.

Una de las principales dificultades que tiene esta forma testamentaria es precisamente el soporte en el que se va a manifestar la última voluntad del testador, además de la intención de testar, es decir, que dicho acto que realiza el sujeto sea con la determinación de otorgar un testamento, a pesar de que no se use la palabra "heredero", siempre que su voluntad esté clara respecto de este concepto (art. 669 CC)[61].

Al tratarse de un testamento en el que hay rigidez y dado que el testador no va a estar orientado por el notario, sea, quizás, la forma testamentaria que podemos considerar como "más íntima" y cuyos requisitos formales sean más complejos, y que para una persona profana en Derecho, puede ser difícil su redacción, dado que precisa que sea escrito todo él y firmado, indicando el año, mes y día en el que se haya realizado el otorgamiento (art. 688 CC)[62].

En el caso de que contenga la redacción palabras que estén tachadas, enmendadas, o entre renglones, el testador tendrá que salvarlas bajo la firma (como indica el art. 688 CC).

Por tanto, este testamento no se puede otorgar de forma oral, ya que la forma escrita es requisito imprescindible, por lo que el testador debe saber escribir, y tampoco lo pueden otorgar los menores de edad, y por analogía a lo dispuesto en los arts. 662 y 663 CC, tampoco puede ser otorgado por los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. Cuestión bastante controvertida, ya que al no otorgarse ante notario que pueda acreditar la capacidad del testador, será en las actuaciones posteriores las que

[61] Sobre ello, se puede consultar: Alonso Camina, G., «Sentencia de 19 de mayo de 2004: testamento ológrafo. Nulidad. Falta de institución de heredero. Encomienda de la aplicación de los bienes a fines que el instituido conoce y que le fueron previamente comunicados por la testadora a través de instrucciones reservadas», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 67, 2005, pp. 267-276; Arrimadas García, A., «Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo», *Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, vol. 1, Salamanca, Caja Duero, 2002, pp. 61-71.

[62] Véase: Almagro Nosete, J., «La firma del testamento ológrafo», *Diario La Ley*, n.º 7676, 2011; Calvo González, F. J., «La firma del testamento ológrafo», *Diario La Ley*, n.º 9487, 2019.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

puedan determinar si el testador otorgó testamento ológrafo encontrándote en su cabal juicio.

Estas son actuaciones posteriores que se precisan para la adveración y protocolización del testamento ológrafo, y además el plazo de caducidad para esta forma testamentaria que es de cinco años desde el fallecimiento del testador (art. 693 CC). Si pasa dicho plazo, el testamento pierde su eficacia, ya que se trata de un testamento que se otorga sin autorización de notario, y debe ser elevado a escritura pública y protocolizarse (art. 704 CC)[63].

El TS admitió ese texto como testamento ológrafo, dado que contenía todos los requisitos del mismo, además de estar escrito y firmado por la testadora, junto con la indicación del año, mes y día de su otorgamiento, y observarse de forma clara la voluntad testamentaria.

Hay que tener en cuenta que testamento ológrafo no es cualquier papel o documento que aparezca en el domicilio o fuera del mismo sobre la institución de heredero, mandas o legados que pueda hacer el testador, ya que estos serán nulos si no concurren en esa documentación los requisitos que se precisan para un testamento ológrafo (art. 672 CC).

La necesidad de que sea escrito por el testador plantea si debe ser escrito con la mano, o también en el caso de que la persona no pudiera hacerlo de esta forma, se admitiera que fuera escrito con la boca o con el pie, en el supuesto de que alguna persona careciera de extremidades, o bien no pudiera utilizarlas para la escritura[64].

También en los casos en que pueda ser redactado en braille, ya que no especifica el tipo de alfabeto que debe ser usado, aunque se advierte que este sistema no individualiza la escritura, es decir, que la peculiaridad en el testamento ológrafo es precisamente la caligrafía del testador, que no sería posible en el caso de la escritura braille, que no resulta personalizada por la impronta

[63] Ramón Fernández, F., «Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español», *Revista de Privacidad y Derecho digital*, n.º 14, abril-junio 2019, p. 82.

[64] Sobre esta cuestión me remito al estudio realizado por Peñasco Velasco, R., *El testamento ológrafo otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie*, Madrid, Dykinson, 2018.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

de la caligrafía[65]. Más discutido sería el caso de que la persona con discapacidad visual sepa y pueda escribir. Precisamente en este supuesto, es decir, si una persona con discapacidad visual pueda otorgar esta forma de testamento, va a depender de algunos factores que ha doctrina ha considerado[66]:

1. Los defectos físicos, las discapacidades sensoriales no son causa de restricción de la capacidad jurídica. De hecho, no existe una prohibición explícita en el texto legal para ello en el caso del testamento ológrafo, ya que requiere que sea escrito y firmado por el testador por sí mismo. Esa exigencia manuscrita elimina de la ecuación la escritura en braille, por la sencilla razón de que es un medio mecánico, y no se puede identificar una grafía personal del sujeto, ya que no hay rasgos personales y gestos escriturales.

2. En el caso de una persona con discapacidad visual (téngase en cuenta que puede ser permanente o temporal, por accidente, operación, etc., ya que el Código civil no precisa la duración de la discapacidad visual, e igual ocurriría con los discapacitados auditivos o los que no puedan hablar, que puede ser permanente o transitoria), que sepa y pueda escribir de tal forma que pueda expresar su escritura y la firma habitual, y que luego pueda ser reconocida, consideramos que no hay ningún problema en que pueda otorgar el testamento ológrafo, ya que estaría en un supuesto idéntico de una persona sin discapacidad visual, es decir, que puede y sabe escribir y firmar.

3. En el caso de los discapacitados auditivos y discapacitados auditivos que no puedan hablar que sepan escribir no existe óbice para que pueda otorgar testamento ológrafo. En los casos en que no sepan escribir, es obvio que no podrán hacerlo, pero precisamente porque se exige la redacción manuscrita, si se permitiera la redacción por medios mecánicos, no habría ningún obstáculo para que lo pudieran otorgar, ya que podría ser dictado el

[65] Otra postura interesante en el ámbito del Derecho comparado se puede consultar en: Jiménez París, T. A. y Jiménez París, J. M., «La escritura en el testamento ológrafo: particular referencia al Derecho francés», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 67, 2008, pp. 207-296; Pérez Gallardo, L. B., «Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», *Revista de Derecho Privado*, n.º 101, 2017, pp. 3-29.

[66] Espino Bermell, C., *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2016, p. 111 y sigs. Cfr. Orellana de Castro, J. F., «La prueba pericial caligráfica de testamentos ológrafos», *Diario La Ley*, n.º 7887, 2012.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

contenido (de forma verbal o mediante lenguaje de signos) y utilizar medios adecuados para que pudieran comprender el contenido.

4. En el caso de los discapacitados auditivos y visuales, consideramos que se aplicaría lo indicado anteriormente para las personas con discapacidad visual, por lo que si pueden y saben escribir sí que pueden otorgar el testamento ológrafo.

Tampoco podrá otorgar este testamento, ni ningún otro, tal y como hemos indicado en los casos que precisa el art. 663 CC. No obstante, el testamento que se haya realizado antes de la enajenación mental sí que sería válido (art. 664 CC).

Desde luego, en tiempo de pandemia esta forma testamentaria tenía las ventajas[67] de no precisar ni de testigos, ni de notario, ni tampoco estar sujeto al plazo de los dos meses que sí que se dispone para el testamento en tiempo de epidemia. El testamento ológrafo será válido mientras no se revoque por otro posterior, que puede ser igualmente ológrafo, o abierto o cerrado, o incluso el otorgado en tiempo de epidemia, pero que hay que tener en cuenta que los testamento que se otorguen sin la autorización de un notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan según establece la Ley de Enjuiciamiento civil.

Hay que tener en cuenta que en el caso de otorgarse un testamento ológrafo, y pretender revocarlo mediante un testamento en tiempo de epidemia, ante tres testigos mayores de dieciséis años, se puede hacer de forma escrita o no (art. 702 CC), y que si el testador fallece en dicho plazo, quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, bien se haya otorgado por escrito, o de forma verbal.

Entonces, en este supuesto, puede suceder que si no se acude dentro de dicho plazo, este testamento deviene ineficaz, y si el testador había otorgado

[67] Sobre las ventajas del testamento ológrafo se ha pronunciado de forma extensa: Romero Coloma, A. M.ª, *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencia*, Madrid, Dijusa, 2006; «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 94, 2015, pp. 61-74; «Ventajas e inconvenientes del testamento ológrafo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 907, 2015, p. 6.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

testamento ológrafo previamente, podría este tener validez, al estar sujeto a un plazo mayor, cinco años (art. 689 CC).

También se contienen peculiaridades en el caso del testamento marítimo, que es un tipo de testamento especial, y se otorgara de forma ológrafa, tal y como indica el art. 729 CC[68].

Otro de los problemas que se puede referir en esta forma de testamento es precisamente la capacidad del testador. No hay notario que haga constar que el testador se haya con la capacidad legal precisa para otorgar testamento (art. 696 CC), por lo que la persona que redacte un testamento ológrafo puede no tener dicha capacidad legal, con lo que el testamento no sería válido. Ello resulta especialmente interesante en el caso de las personas de edad avanzada que sufran algún tipo de enfermedad cognitiva, que puede aparecer una fecha en el testamento, pero luego haber sido redactado en una fecha diferente, en el que el estado psicológico no sea el mismo.

Parece desprenderse que el testamento ológrafo debe ser redactado sin solución de continuidad, es decir, en un mismo acto, al indicarse que se tiene que expresarse el año, mes y día en que se otorgue, por lo que no podría empezarse la redacción en un día y continuarse en tiempo posterior, ya que afectaría a su validez. Aunque la redacción del precepto (art. 688 CC) debería haber sido más precisa y clara en ese sentido.

Respecto a la adveración y protocolización hay que atender a lo indicado en los arts. 689 a 693 CC, modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se protocolizará ante notario, que extenderá el acta de protocolización, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador.

[68] Indica el precepto lo siguiente: "Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el comandante o capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el diario, y lo entregará a la autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino". Cfr. Rivas Martínez, J. J., «Artículo 729. Testamento ológrafo de fallecido», en Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., Pablo Contreras, P., de y Orduña Moreno, F. J. (dir.), *Código civil comentado*, vol. 2, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 555-557; «Artículo 678. Testamento ológrafo», en Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., Pablo Contreras, P., de y Orduña Moreno, F. J. (dir.), *Código civil comentado*, vol. 2, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 319-323.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo lo deberá presentar ante notario competente dentro del plazo de los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. En caso de que no cumpla esta indicación, será responsable de los daños y perjuicios que cause.

También puede ser presentado por cualquiera que tenga interés en el testamento, ya sea como heredero, legatario, albacea u en otro concepto.

Una vez presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, se procederá a su adveración. Una vez adverado el testamento y acreditada la identidad del autor, se procede a su protocolización. Si el notario considera acreditada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización, en la que hará constar las actuaciones realizadas, y las observaciones, en su caso.

En el caso de que el testamento no se advere porque no se acredite de forma suficiente la identidad del otorgante, se archivará el expediente, y no se protocolizará el testamento.

Autorizada o no la protocolización del testamento, los interesados que disientan, podrán ejercitar las acciones correspondientes.

También pueden surgir problemas en el caso de personas dependientes y personas de edad avanzada dependientes[69], teniendo en cuenta lo que indica el CC respecto a la capacidad de obrar para poder otorgar este testamento. Así, siguiendo lo indicado en el art. 665 CC surgen dudas de si la persona con discapacidad puede otorgar testamento ológrafo, ya que al no requerir la presencia de notario, no podrá determinarse si dispone o no de capacidad para testar. Hay que atender, claro está, al tipo de discapacidad y también al grado de la misma.

Por tanto, ya en los supuestos en que la persona tuviera el contagio, o bien tuviera miedo de contagiarse y con la limitación de los desplazamientos, esta modalidad sería la idónea, ya que si se encuentra enfermo, no podrá salir, y si tiene miedo por ser personal de riesgo o cualquier otro motivo, no

[69] Díaz Alabart, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Madrid, Reus, 2018.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

va a necesitar testigos, que también será difícil poder encontrarlos, ya que deben ser idóneos, y no puede ser testigo cualquier persona en el caso del testamento en tiempo de epidemia (mayores de dieciséis años, y según el art. 682 CC, siendo una modalidad de testamento abierto, ni los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad), y en el caso del testamento en peligro inminente de muerte, art. 700 CC, deben ser los testigos idóneos.

La reforma de la Ley 8/2021 omite cualquier modificación de este testamento, y consideramos que es una omisión que no debería haberse producido, ya que si la pretensión es que las personas que sufren una discapacidad puedan ayudarse por medios técnicos, se les está privando gratuitamente de esta forma testamentaria.

Como hemos visto, uno de los principales problemas que surgen en el caso del testamento ológrafo es el soporte y la utilización de medios informáticos para el otorgamiento del testamento ológrafo, ya que el precepto establece que debe ser escrito y firmado por el testador. Se discute si la escritura puede ser mecanizada o debe ser manuscrito, ya que el precepto no lo precisa, ni tampoco si es posible una firma digital, o debe ser una firma manuscrita por parte del testador[70]. No obstante, al indicar que debe ser escrito por sí mismo el art. 678 CC se interpreta que debe estar escrito "de su puño y letra".

La casuística del soporte del testamento ológrafo ha sido muy variada y nos hemos encontrado, además del caso "Pacicos" que era una carta, otros ejemplos como en una tarjeta de visita, materiales nobles como la madera, en telas. También podría realizarse en una pintura, en la pared, aunque la doctrina parece inclinarse por la utilización de papel, y sus derivados (ser-

[70] Gil Rodríguez, J., «Sentencia de 4 de noviembre de 2009: Testamento otorgado en peligro de muerte. Voluntad del finado de que valiera como testamento la que previamente manifestó a la oficial de la notaría. Invalidez. Testamento *per relationem*. El documento informático no constituye testamento ológrafo y la voluntad expresada *in articulo mortis* no alcanza a manifestar el contenido de una voluntad testamentaria», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 83, 2010, p. 1185 y sigs.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

villeta, pañuelo), etc.[71], por la posibilidad de que se pueda protocolizar[72], a pesar de que el precepto del Código civil no especifica dónde se puede escribir el testamento.

Precisamente ha sido el soporte y también la existencia o no de intención de testar la que ha determinado que muchos casos de testamentos ológrafos lleguen a los tribunales, para dilucidar su admisión o no como tal. En este sentido, podemos citar la sentencia del TS, Sala Primera, de 19 de diciembre de 2006 (ROJ: STS7802/2006), del supuesto de un testamento ológrafo en una tarjeta de visita, revocando un anterior testamento notarial[73].

No se admite el otorgamiento de esta forma testamentaria por cualquier medio audiovisual o fonográfico, precisamente por la forma escrita que requiere[74].

---

[71] Ramón Fernández, F., «El coronavirus…», *op. cit*., *Revista de Derecho Privado. Externado de Colombia*, n.º 40, 2021, p. 420. Véase también: Torres García, T. F., *El testamento…*, *op. cit*., p. 35 y sigs.

[72] A este respecto, indica Iurisprudente, «Idea general sobre el testamento ológrafo», 2016. que "Pueden existir soportes o superficies que, permitiendo una expresión manuscrita, sean de imposible presentación y protocolización, por razones materiales. Por ejemplo, quien escribe su testamento ológrafo en la pared de un edificio. Estos casos, aparte de ser excepcionales, han encontrado propuestas de solución, como la tramitación de un acta notarial de presencia, que reflejaría el contenido del testamento y es lo que se sujetaría al proceso de protocolización. No he encontrado, sin embargo, jurisprudencia que legitime este sistema". Cfr. San Segundo Manuel, T., «El testamento ológrafo. Exigencias de carácter formal. La importancia del medio utilizado como soporte material del testamento ológrafo y su relación con la intención de testar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 705, 2008, pp. 411-414; Páramo y de Santiago, C., «Elementos necesarios para la validez de un testamento ológrafo: voluntad de testar e interpretación de su contenido», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 181, 2016, pp. 185-190; Gallego Domínguez, I., «Testamento ológrafo. La necesaria intención de testar. Su apreciación por los tribunales de instancia. La interpretación y calificación de los negocios jurídicos hecha en la instancia no es revisable, salvo que resulte ilógica, absurda o contraria a norma legal: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018 (382/2018)», en Yzquierdo Tolsada, M. (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 479-498.

Angoitia Goristiaga, V., «Sentencia de 19 de diciembre de 2006: Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 75, 2007, pp. 1279-1292.

[73] Angoitia Goristiaga, V., «Sentencia de 19 de diciembre de 2006: Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 75, 2007, pp. 1279-1292.

[74] Ramón Fernández, F., «El coronavirus…», *op. cit*., *Revista de Derecho Privado. Externado de Colombia*, n.º 40, 2021, p. 420.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Actualmente, con las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) esta forma testamentaria se mantiene anclada en el tiempo, y no se ha adaptado, como tampoco el propio sistema sucesorio[75]. De hecho, no es posible su otorgamiento por medios electrónicos, ni interviniendo ningún apoyo o medio técnico[76].

La exigencia de la escritura de propia mano del testador y su firma elimina cualquier opción a que se pueda redactar por cualquier otro medio y tampoco que se pueda firmar mediante certificado electrónico según lo que establece la Ley 6/2020, anteriormente mencionada.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre los medios electrónicos para la redacción del testamento ológrafo. Por ejemplo, la SAP de Jaén, de 14 de septiembre de 2017 (ROJ: AAPJ 1339/2017)[77] indicó lo siguiente:

[75] Como ha puesto recientemente de relieve Serrano Chamorro, M.ª E., «Covid 19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n.º 4, 2020, p. 328, "Si nuestro alto tribunal ha admitido como testamento el escrito en el reverso de una carta de amor, o en una tarjeta de visita, ¿cómo es posible que no se adapte a los avances digitales y se permita el testamento a través de medios digitales?". Como señala Silverio Sandoval, J. S., "El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica", *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2222, 2019, p. 30, "la definición y características de la firma biométrica como firma propia del testamento ológrafo en soporte digital.

La firma biométrica es el medio de autentificación por el que se asocia un rasgo exclusivo e intransferible de una persona a una secuencia numérica que la identifica.

La firma biométrica incluye el reconocimiento por voz, el iris, la mano, la huella dactilar y el ADN, entre otros. Deriva de la combinación de los dos conceptos, *bios* (vida) y *metron* (medida), y es el resultado de la utilización de un equipo que identifique una característica del ser humano asociándolo a un código que permita su identificación.

Lo habitual es una secuencia numérica —por ello lo utilizamos en la definición—, si bien, excepcionalmente, se acepta una secuencia alfanumérica en la que podrían llegar a sustituirse las letras por códigos numéricos quedando finalmente identificada la persona por medio de un conjunto de cifras ordenadas.

Nos referiremos exclusivamente a aquella que permite la identificación de la persona mediante su firma en un dispositivo o tableta de firma manuscrita biométrica. Su desarrollo ha sido mucho más lento que el de otras clases de firma biométrica por su escasa utilización en origen. Si bien España es una excepción en este ámbito, con una utilización mucho mayor desde principios de siglo, a nivel mundial podemos afirmar que la falta de desarrollo se ha debido a su uso marginal".

[76] Barrio Gallardo, A., «El testamento ológrafo electrónico: una "contradictio in terminis"», en Galindo Ayuda, F. (coord.), ¿Cómo poner en práctica el gobierno abierto?, Madrid, Reus, 2019, pp. 153-172.

[77] Citada por Ramón Fernández, F., «Última voluntad…», *op. cit., Revista de Privacidad y Derecho digital*, n.º 14, 2019, p. 82.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "(…) no dando lugar tampoco a la protocolización del testamento ante el hecho de que la redacción del documento haya sido hecha con máquina de escribir o aparato semejante (ordenador) y solo al pie del documento consta, escueta, la firma del causante; "no es por tanto —decía esa resolución— un testamento autógrafo, ni en todo, ni en parte, es, todo lo más, un documento firmado por el supuesto testador, que no permite identificar la letra como indubitada porque no hay más letras de propia mano que las que corresponden a la firma; pero un testamento no es una firma, en todo caso, no sólo una firma, sino una manifestación de voluntad, y de lo que tiene que haber certeza es de esa manifestación de voluntad, por ello la Ley exige que se haga ante testigos, cualificados o no, o de propia mano. En consecuencia, la inexistencia del requisito esencial para la validez del testamento ológrafo, que es su autografía, impide la estimación del recurso", cuya pretensión no es otra que su protocolización".

La Asociación de Profesores de Derecho civil de España en aras de la necesaria adaptación de las instituciones de derecho sucesorio a la época actual, ha redactado una Propuesta de Código civil[78], que recoge su regulación en el Libro Cuarto "De los modos de adquirir la propiedad", en el Título VI "De las Sucesiones", en el Capítulo II "De la sucesión testamentaria", dentro de la Sección 4.ª, en los arts. 462-11 y 462-20 a 462-24 y 462-59 relativos a "Del testamento ológrafo".

Se mantiene la rigidez de su otorgamiento, ya que menciona de forma específica "cuando el testador lo manuscribe por sí mismo" (art. 462-11), y luego al precisar la forma y los requisitos, el art. 462-20 determina que sea "manuscrito todo él y firmado por el testador", con lo que despeja las dudas sobre la escritura de puño y letra, así como la salvación de las palabras enmendadas, tachadas o interlineadas bajo su firma, y no alude en ningún momento a que se pueda realizar por medios electrónicos o mecánicos, además de tampoco permitirse su otorgamiento de forma oral y su grabación por medios fonográficos o audiovisuales.

En cuanto a la capacidad para poderlo otorgar, indica a las personas mayores de edad y los menores emancipados. Se mantiene el plazo de cinco

[78] Asociación de Profesores de Derecho civil de España, *Propuesta de Código civil*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 551 y sigs.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

años para la protocolización ante notario desde el fallecimiento del testador, el cual extenderá el acta[79] de conformidad con lo indicado en la legislación notarial.

VI. CONCLUSIONES

1. A pesar de que la Ley 8/2021 ha introducido la utilización de medios electrónicos dentro de las formas testamentarias, en boga con las TICs, con la finalidad de que puedan ser aplicadas en el ámbito sucesorio, ha desaprovechado la oportunidad de que se modernice y se actualice el testamento ológrafo, con lo que se mantienen los mismos problemas de antaño respecto a la posibilidad de su redacción por personas que sufren determinadas discapacidades.

2. Es preciso distinguir lo que es el testamento otorgado con la ayuda de medios digitales del mal denominado testamento digital u online que no está regulado, es nulo, ni tampoco de testamento digital electrónico, ni de testamento audiovisual, ni la supresión del notario por un asistente virtual.

3. Es precisamente el testamento ológrafo el más complejo y que en el periodo de crisis sanitaria, junto con el testamento en inminente peligro de muerte y el de en caso de epidemia se ha podido utilizar, ya que no precisan la intervención del notario, aunque los dos últimos sí que necesitan testigos. Además, el testamento ológrafo no es un testamento "efímero" como sí que sucede con el testamento en peligro de muerte y en caso de epidemia, que están sujetos al plazo de dos meses. El testamento ológrafo es el gran desconocido y se trata de un testamento con un alto riesgo de no admitirse posteriormente, precisamente por la exigencia de una serie de requisitos para su otorgamiento, además de plantear disquisiciones en torno a la identidad, la intención o la caligrafía que se utiliza.

4. Las limitaciones de las personas con una discapacidad han procedido no tanto de ellas, sino de su entorno. Estas limitaciones han venido de-

[79] Como señala Ávila Álvarez, P., *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 129, es "el instrumento en que el Notario da fe de la recepción por él de un documento a los fines de su protocolización y manifiesta su voluntad de dejarlo incorporado al protocolo de su cargo a continuación de la matriz de dicha acta".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

terminadas por una barrera física, de comunicación, cognitivas, de actitud y también por parte de la legislación que ha limitado sus derechos, y también la posibilidad de ejercerlos de forma plena.

5. Esta reforma no tiene solo un sentido en el ámbito normativo, sino que debe también ser aplicado en el ámbito de la mentalidad de los sujetos, un cambio de actitud, en aras de considerar que las personas con discapacidad son personas y que necesitan apoyos y ayudas para poder ejercer sus derechos. Este cambio de perspectiva se tiene que predicar de todos los operadores jurídicos, que en lo que a nosotros nos interesa, la figura del notario resulta esencial para facilitar que las personas con discapacidad puedan otorgar testamento. No se trata de un "testamento adaptado", sino de que se adopten los medios y medidas necesarias para que se otorgue el testamento por parte de las personas que sufren una discapacidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Comentario del Código civil*, tomos I y II, Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Salvador Coderch, P. (dir.), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

AA. VV., *Código civil comentado. Vol. 2: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609-1087)*, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J. y Valpuesta Fernández, R. (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

AA. VV., *Derecho de sucesiones*, Alventosa del Río, J. y Cobas Cobiella, M.ª E. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

AA. VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Guilarte Martín-Calero, C. (dir.), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Almagro Nosete, J., «La firma del testamento ológrafo», *Diario La Ley*, n.º 7676, 2011.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Alonso Camina, G., «Sentencia de 19 de mayo de 2004: testamento ológrafo. Nulidad. Falta de institución de heredero. Encomienda de la aplicación de los bienes a fines que el instituido conoce y que le fueron previamente comunicados por la testadora a través de instrucciones reservadas», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 67, 2005, pp. 267-276.

Amunátegui Rodríguez, C., de, «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho privado*, n.º 102, 2018, pp. 3-37.

—, «Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 111, 2020, pp. 221-275.

Angoitia Goristiaga, V., «Sentencia de 19 de diciembre de 2006: Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 75, 2007, pp. 1279-1292.

Arrimadas García, A., «Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo», *Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, vol. 1, Salamanca, Caja Duero, 2002, pp. 61-71.

Asociación de Profesores de Derecho civil de España, *Propuesta de Código civil*, Madrid, Tecnos, 2018.

Ávila Álvarez, P., *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1990.

Baró Pazos, J., «Notas acera del testamento en el derecho castellano bajomedieval y moderno», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Ed. Universidad de Cantabria, 2002, pp. 61-74.

Bañegil Espinosa, M. A., «Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 63, 2015, pp. 6-15.

—, «Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral», en Barrio del Olmo, C. P. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial: estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Navegación Marítima, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 599-632.

Barrio Gallardo, A., «El testamento ológrafo electrónico: una "contradictio in terminis"», en Galindo Ayuda, F. (coord.), ¿Cómo poner en práctica el gobierno abierto?, Madrid, Reus, 2019, pp. 153-172.

Barrón Arniches, P., de, «Personas con discapacidad y libertad para testar», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 12, 2020, pp. 448-471.

Blum, T., Sztern, A. y López de Luise, D., «Validación de firmas ológrafas», *Ciencia y Tecnología*, n.º 9, 2009, pp. 1-11.

Bonete Satorre, B., «El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 53, 2021, pp. 121-146.

Bosch Capdevila, E., «Sentencia de 12 de marzo de 2004: Sucesión intestada de los hijos de hermanos. Donación «mortis causa». Testamento ológrafo», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 66, 2004, pp. 1277-1290.

Cámara Lapuente, S., «Las formalidades del testamento ológrafo en derecho catalán: apunte sobre un desacierto legislativo», *Revista La Notaría. 150 anys*, vol. 2, J. M. Bosch Editor y Colegi Notarial de Catalunya, Barcelona, 2008.

Calaza López, C. A.: «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"», *Diario La Ley*, n.º 9638, 2020.

—, «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"», *Diario La Ley*, n.º 9645, 2020.

Calvo González, F. J., «La firma del testamento ológrafo», *Diario La Ley*, n.º 9487, 2019.

Carrascosa González, J., «El testamento ológrafo y el derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, n.º 3, 2008, pp. 183-201.

Carrión Vidal, A., «La validez del testamento ológrafo en el que se dispone de un piso como legado a favor de una determinada persona: comen-

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tario a la STS núm. 682/2014, de 25 de noviembre», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 3, 2015, pp. 577-594.

Carta de Derechos Digitales, Madrid, 2021.

Castillo Parrilla, J. A., «Testamento en época de pandemia: Actualidad del artículo 701 del Código Civil y disposiciones testamentarias sobre datos personales relativos a la salud», en Rodríguez Ayudo, J. F. y Atienza Macías, E. (coord.), *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 281-297.

Castro-Girona Martínez, A., «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad jurídica», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 97, 2021, pp. 32-37.

—, «La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad», *Hay Derecho*, 30 de junio de 2021.

Corvo López, F. M.ª, «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho civil*, vol. 6, n.º 4, 2019, pp. 135-170.

Delegación del Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad (CERMI), *Informe «Derechos Humanos y Discapacidad»*, 2019.

Díaz Alabart, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, Madrid, 2018.

Domínguez Luelmo, A., «10 de febrero de 1994. Testamento ológrafo. Nulidad por falta de exactitud de la fecha; diferencias entre fecha falsa y erróneamente transcrita. Presunción de capacidad del testador mientras no se acredite fehacientemente la incapacidad. Principio de congruencia. Prueba pericial practicada para mejor proveer. Indefensión. Utilización del Derecho comparado como criterio de interpretación de las normas de Derecho interno», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 35, 1994, pp. 537-548.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Espino Bermell, C., *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2016.

—, «La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código Civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2016, pp. 7-54.

—, *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Madrid, Reus, 2017.

Fernández Canales, C., «Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual», *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, n.º 137, 2018, pp. 38-51.

Gallego Domínguez, I., «Testamento ológrafo. La necesaria intención de testar. Su apreciación por los tribunales de instancia. La interpretación y calificación de los negocios jurídicos hecha en la instancia no es revisable, salvo que resulte ilógica, absurda o contraria a norma legal: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018 (382/2018)», en Yzquierdo Tolsada, M. (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 10, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 479-498.

García Cantero, G., «Testamento ológrafo: ¿transformarse o morir?, en Monje Balmaseda, O., Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, P. y Torres Lana, J. A. (dir.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 235-264.

García Herrera, V., «Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad civil*, n.º 12, 2018.

García Rubio, M.ª P., «Testamento ológrafo», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 23, 1990, pp. 619-630.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

García Rubio, M.ª P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 3, 2018, pp. 173-197.

Garrido Melero, M., «El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos», en Gete-Alonso Calera, M.ª del C. (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 91-118.

Gil Rodríguez, J., «Sentencia de 4 de noviembre de 2009: Testamento otorgado en peligro de muerte. Voluntad del finado de que valiera como testamento la que previamente manifestó a la oficial de la notaría. Invalidez. Testamento *per relationem*. El documento informático no constituye testamento ológrafo y la voluntad expresada in articulo mortis no alcanza a manifestar el contenido de una voluntad testamentaria», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 83, 2010, pp. 1185-1202.

González Gutiérrez, J. y Perea González, A., «Un enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad civil*, n.º 4, 2021.

González Pacanowska, I., «14 de mayo de 1996. Testamento ológrafo. Adveración y protocolización a través de un juicio declarativo. Dolo. Revocación tácita del testamento anterior por otro posterior. Pluralidad de testamento», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 42, 1996, pp. 1019-1032.

Gutiérrez Barrenengoa, A., «De la incapacitación de las personas a la provisión de los apoyos necesarios», *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables* de lege lata *y* de lege ferenda*: de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 105-129.

Hernández Gil, F., «Aspectos formales del requisito de la fecha en el testamento ológrafo», *Actualidad civil*, n.º 3, 1989.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Herrero Oviedo, M., «El testamento ológrafo en el anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: el final de una disfunción», en Herrero Oviedo, M., Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 635-656.

Hornero Méndez, C., «El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre 2014 (RJ 2014, 6006)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonio,* n.º 37, 2015, pp. 417-434.

Iurisprudente, «Idea general sobre el testamento ológrafo», 2016.

Jato Díaz, P., *El derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica"*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2021.

Jiménez París, T. A. y Jiménez París, J. M., «La escritura en el testamento ológrafo: particular referencia al Derecho francés», *Revista Jurídica del Notariado,* n.º 67, 2008, pp. 207-296.

Lázaro Guillamón, M.ª del C., «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno Siglo XXI», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 35, 2020.

López-Galiacho Perona, J., «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 90, 2020, pp. 30-35.

López-Rendo Rodríguez, C., «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código civil español», *Revista Jurídica del Notariado,* n.º 69, 2009, pp. 173-224.

López Uría, P. M., «El testamento ológrafo», *Diario La Ley*, n.º 9279, 2018.

Magro Servet, V., «Características para la validez del testamento ológrafo», *Actualidad civil*, n.º 1, 2018.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Marín López, J. J., «1 de marzo de 1995. Fundaciones. Carácter unipersonal o colegiado del Patronato. Fundación constituida por testamento ológrafo. Interpretación del testamento. Conflicto de jurisdicción en materia de fundaciones. Jurisdicción civil y jurisdicción contencioso-administrativa. Litisconsorcio pasivo necesario e intervención del protectorado», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 39, 1995, pp. 869-888.

Martínez Pertusa, P., «El testamento como instrumento de protección de las personas con discapacidad», en Andreu Martínez, B., Leciñena Ibarra, A. y Martínez Moya, J. (coord.), Cobacho Gómez, J. A. y Legaz Cervantes, F. (dir.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 829-856.

Martínez Sánchez, N., *El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad, Almería*, Universidad de Almería, 2020.

Moretón Sanz, M.ª F., «La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de "mano propia" como requisito de validez», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 727, 2011, pp. 2857-2882.

—, «Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho Común, Foral catalán y navarro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 724, 2011, pp. 1118-1143.

—, «Las memorias y cédulas testamentarias como testamento ológrafo complementario: sus presupuestos y requisitos según doctrina y jurisprudencia», en Cuena Casas, M., Anguita Villanueva, L. A., Ortega Doménech, J. (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 1753-1776.

Naciones Unidas: *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, A/RES/48/96, 20 de diciembre de 1993.

Núñez Núñez, M., «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», Díaz Pardo, G. y Núñez Núñez, M. (coord.), Pereña Vicente, M. (dir.), *La voluntad de la per-*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

sona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias, Madrid, Universidad Juan Carlos I, Editorial Dykinson, 2018, pp. 511-527.

Orellana de Castro, J. F., «La prueba pericial caligráfica de testamentos ológrafos», *Diario La Ley*, n.º 7887, 2012.

Peñasco Velasco, R., *El testamento ológrafo otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie*, Madrid, Dykinson, 2018.

—, «Del testamento ológrafo al testamento cibernético», *e-Legal History Review*, n.º 33, 2021.

Pérez Gallardo, L. B., «Testamentos ológrafo y cerrado en braille en el derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», *Revista de Derecho Privado*, n.º 101, 2017, pp. 3-29.

Páramo y de Santiago, C., «Elementos necesarios para la validez de un testamento ológrafo: voluntad de testar e interpretación de su contenido», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 181, 2016, pp. 185-190.

—, «Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018), *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 208, 2018, pp. 49-54.

—, «Testamento ológrafo: elementos necesarios para su validez», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 211-212, 2018.

Peñasco Velasco, R., «Una interpretación creativa del testamento ológrafo», *Creatividad polivalente*, 1998, pp. 671-672.

Pérez Gallardo, L. B., «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista crítica de derecho privado*, n.º 17, 2020, pp. 1261-1310.

—, «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 782, 2020, pp. 3625-3671.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

PETIT SÁNCHEZ, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, pp. 265-313.

PLANAS BALLVÉ, M., «Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio», *Revista de Derecho civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, pp. 365-384.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español», *Revista de Privacidad y Derecho digital*, n.º 14, 2019, pp. 77-121.

—, «El interés superior del mayor. Nuevas vías jurisprudenciales para las causas de desheredación», en CERVILLA GARZÓN, M.ª J., JOVER RAMÍREZ, C. y RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.ª (coord.), *Jurisprudencia y doctrina: ¿un matrimonio de conveniencia?*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 363-376.

—, «El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado. Externado de Colombia*, n.º 40, 2021, pp. 395-435.

—, «El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: Algunas reflexiones», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 10,2, 2019, pp. 346-373.

—, «Sin notario y sin testigos: el testamento ológrafo como forma testamentaria en tiempo de pandemia en el derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 71, nº 280-2, 2021, pp. 453-472.

—, «El otorgamiento de testamento por persona con discapacidad: reflexiones sobre las novedades introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.). y CARRIÓN VIDAL, A. y MUÑOZ RODRIGO, G. (coord.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 935-951 (en prensa).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ricart Martí, E., «Apuntes sobre el testamento ológrafo», en Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya. La familia i el seu patrimonio: actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 4-3 juny de 1999*, Barcelona, Associació Catalana d´História del Dret Jaume de Montjuic, 2000, pp. 195-214.

Ripoll Juan, A., «Testamentos en caso de epidemia y en peligro de muerte», *Notarios y Registradores*, 2020, pp. 1-18.

Rivas Martínez, J. J., «Artículo 729. Testamento ológrafo de fallecido», en Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., Pablo Contreras, P., de y Orduña Moreno, F. J. (dir.), *Código civil comentado*, vol. 2, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 555-557.

—, «Artículo 678. Testamento ológrafo», en Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., Pablo Contreras, P., de y Orduña Moreno, F. J. (dir.), *Código civil comentado*, vol. 2, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 319-323.

Rivera Sabatés, V., «"En caso de epidemia": sentido y alcance de la peculiar locución del artículo 701 CC», *Revista de Derecho Privado*, vol. 91, n.º 5, 2007, pp. 81-92.

Rodríguez Díaz, E., «El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: derecho romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario», en López-Rendo Rodríguez y García Sánchez, J. (coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, vol. 1, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo-Campus de Humanidades, 2020, pp. 613-646.

Romero Coloma, A. M.ª, *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencia*, Madrid, Dijusa, 2006.

—, «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 94, 2015, pp. 61-74.

—, «Ventajas e inconvenientes del testamento ológrafo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 907, 2015, p. 6.

Ruiz Vadillo, E., «El testamento ológrafo», *Revista de Derecho Privado*, vol. 56, n.º 7, 1972, pp. 615-647.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

San Segundo Manuel, T., «El testamento ológrafo. Exigencias de carácter formal. La importancia del medio utilizado como soporte material del testamento ológrafo y su relación con la intención de testar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 705, 2008, pp. 411-414.

Sánchez Gómez, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n.º 5, 2020, pp. 385-428.

Sánchez Hernández, A., «Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 33, 2022, pp. 14-51.

Santos Urbaneja, F., «La ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad, una norma alentada por una revolución ética», *Hay Derecho*, 12 de julio de 2021.

Serrano Chamorro, M.ª E., «Covid 19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n.º 4, 2020, pp. 287-330.

Silverio Sandoval, J. S., «El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2222, 2019, pp. 1-60.

Toral Lara, E., «Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo», en Herrero Oviedo, M., Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.ª P. (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1381-1402.

Torres Costas, M.ª E., *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD)*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2020.

Torres García, T. F., *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977.

—, «Testamento ológrafo en Cataluña», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 20, 1989, pp. 379-386.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

—, «Artículos 688 a 693: del testamento ológrafo», en Domínguez Luelmo, A. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 807-815.

—, «Artículo 688. Otorgamiento de testamento ológrafo», en Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., Pablo Contreras, P. De y Orduña Moreno, F. J. (dir.), *Código civil comentado*, vol. 2, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 382-395.

Torres García, T. F. y Solé Resina, J., «Otras formas testamentarias. El testamento ológrafo en el Código civil y en el Código civil de Cataluña», en Solé Resina, J. (coord.); Gete-Alonso Calera, M.ª C. (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 1, Navarra Thomson Reuters, 2011, pp. 449-470.

Vela Sánchez, A. J., «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales», *Diario La Ley*, núm. 9623, 2020.

—, «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales», *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020.

Vela Torres, P. J., «Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente», *Diario La Ley*, n.º 9220, 2018.

Velilla Antolín, N., «La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta», *Hay Derecho*, 23 de junio de 2021.

Vivas Tesón, I., «La reforma civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad: ¿A partir de septiembre, qué?», *Hay Derecho*, 14 de junio de 2021.

—, «Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español», en Marín Velarde, A, Cabezuelo Arenas, A. L. y Moreno Mozo, F. (dir.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, Reus, 2021, pp. 145-168.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

COMENTARIO PRÁCTICO DEL ART. 1005 DEL CÓDIGO CIVIL

PRACTICAL COMMENTARY ON ART. 1005 OF THE CIVIL CODE

Carlos Jiménez Gallego
Notario de Palma de Mallorca
y miembro de la R.A. de Jurisprudencia y Legislación de Baleares

Resumen: Este comentario, tras resaltar las diferencias entre la norma vigente y la versión de ésta anterior a la ley 15/2015, da respuesta a las múltiples dudas que aparecen al aplicar el artículo 1005 del Código civil, en especial las siguientes: competencia notarial en casos internacionales, legitimación del requirente, la cualidad de heredero del requerido, la forma de realizar la notificación, el plazo de contestación, el requerimiento por medio de un segundo notario, y las posibles contestaciones del requerido y sus efectos. Todo ello, con base en la práctica del propio autor.

Palabras clave: *interpellatio in jure*, requerimiento, aceptación pura y simple, silencio positivo.

Abstract: This commentary, after highlighting the differences between the current regulation and its version prior to Law 15/2015, responds to the multiple doubts that appear when applying article 1005 of the Civil Code, especially the following: notarial competence in international cases, legitimacy of the applicant, the quality of heir of the applicant, the way to make the notification, the response period, the requirement by means of a second notary, and the possible responses of the applicant and their effects. All this, based on the author's own practice.

Keywords: *interpellatio in jure* (interruption in law), request, pure and simple acceptance, positive silence.

SUMARIO

I. COMPARACIÓN ENTRE LA VERSIÓN VIGENTE Y LA ANTIGUA

II. LA COMPETENCIA FUNCIONAL Y TERRITORIAL

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

III. EL REQUIRENTE

IV. EL REQUERIDO

V. REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO

VI. FORMA DE PRACTICAR EL REQUERIMIENTO

VII. CONTESTACIÓN DEL REQUERIDO

VIII. EFECTOS DEL REQUERIMIENTO

IX. NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

I. COMPARACIÓN ENTRE LA VERSIÓN VIGENTE Y LA ANTIGUA

El artículo 1005 CC, tras la redacción que le dio la LJV (Ley 15/2015, de 2 de julio) dispone:

"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".

La redacción anterior disponía: "Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a este un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada".

Hay diferencias en el sujeto requirente

La expresión "tercer interesado" ha sido sustituida por "cualquier interesado". El interesado ya no tiene que ser un "tercero". De todas formas, el significado de "tercero" era algo muy discutido antes de la Ley 15/2015.

Se mantiene, sin embargo, la exigencia de que el requirente ha de tener "interés". Tanto en la versión antigua como la vigente.

En la nueva se exige expresamente que lo acredite. No obstante, la versión antigua debía interpretarse en este mismo sentido.

Hay diferencia en el funcionario que debe practicar el requerimiento

En la norma vigente no se hace mención del juez y sí del notario.

Hay diferencias en el plazo de contestación

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En la norma vigente se precisa expresamente que el plazo es de "treinta días naturales". La diferencia es solo formal, para mayor seguridad, ya que el plazo fijado por la norma antigua era igualmente un plazo civil, en el que se computan los días inhábiles (art. 5.2 CC).

Y el plazo, que antes era un plazo máximo, ahora es un plazo fijo.

Hay diferencias en la manera de contemplar la contestación del requerido

La norma vigente enuncia de forma expresa tres declaraciones posibles del requerido (aceptar pura y simplemente, aceptar a beneficio de inventario o repudiar), mientras la norma antigua se limitaba a referirse a "su declaración".

Y hay diferencias en cuanto a los efectos del silencio del requerido

Antes, era posible la aceptación a beneficio de inventario en caso de silencio si no se hubiesen excedido los plazos legales para hacerla. Ahora, la aceptación es pura y simple (más adelante va a hacerse alguna matización a esto).

II. LA COMPETENCIA FUNCIONAL Y TERRITORIAL

1. La competencia funcional

La redacción literal de la ley permite que quien vaya a requerir acuda a un notario. En tal caso, la actuación de este es obligatoria (art. 3 RN).

¿Hay que entender que se sigue permitiendo el requerimiento a través del juez?

La respuesta tiene que ser negativa. La palabra "podrá" se refiere a la posibilidad de realizar el requerimiento, no al funcionario que lo tenga que realizar. Además, la norma no permite, ni se puede deducir de ella, que el interesado tenga una facultad de elección del funcionario al que acudir.

Por tanto, la competencia ha pasado a ser exclusiva notarial. No es posible que la interpelación se realice por el juez en herencias que se rigen por el Código civil.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El cambio es importante y está en sintonía con el propósito de los autores de la LJV de quitar tareas a los juzgados y encomendarlas a otros funcionarios. Antes de la reforma de 2015, la actuación judicial era necesaria. Ahora es necesaria la actuación notarial.

¿Y si la herencia se rige por un Derecho extranjero?

Si la *lex successionis* no prevé nada especialmente sobre la forma de realizar este requerimiento, se podrá hacer ante notario, pero no podrá hacerse ante un juez. O dicho de otra forma: solo puede hacerse ante notario.

¿Por qué? Porque se trata simplemente de aplicar las normas generales sobre actuación de funcionarios públicos en España, según las cuales un requerimiento fuera de un proceso es competencia de los notarios y no de los jueces.

Si la ley sucesoria no regula los efectos de este requerimiento, no podrán producirse los efectos del art. 1005 CC, esto es, el silencio del requerido no puede tener la consecuencia de que se entienda aceptada la herencia, y menos aún pura y simplemente. El silencio tendrá que ser valorado según las reglas generales de la prueba.

En cualquier caso, ante el silencio de la ley sucesoria, el requirente puede plantear al requerido que manifieste si acepta pura y simplemente, o con beneficio de inventario, o si repudia la herencia, y puede darle el plazo de treinta naturales o cualquier otro plazo mayor o menor para que se pronuncie. Pero no podrá fijar las consecuencias de su respuesta ni de su silencio.

¿Y si el Derecho extranjero aplicable regula una *interpellatio* y exige que se realice por medio de un juez?

Esta pregunta es más difícil de contestar.

Debe partirse de una regla que, creemos, es inderogable: las normas procesales y, en general, las normas que regulan la actuación de autoridades y funcionarios son las del foro. No habría problema si el Derecho español siguiera permitiendo que la *interpellatio* también se pudiera seguir realizando por medio de los jueces, pero no es así. Y las normas que regulaban esa actuación judicial están derogadas. Por ello, hay que entender que un juez

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

español no puede aplicar un Derecho derogado para cumplir "la forma" de un requisito exigido por la ley extranjera. Decimos "la forma" porque, en lo que no sea forma, el requisito se cumple igualmente, aunque lo realice otro funcionario. Al igual que un juez podría requerir a un heredero llamado para que acepte o repudie, le puede requerir un notario. La ley extranjera, al aplicarse fuera de su propio país, tiene que verse modificada en lo que se refiere —y solo en esto— a la actuación de autoridades y funcionarios del foro. No puede un juez español aplicar normas derogadas o inventarse un *modus operandi* para realizar una actuación prevista por un Derecho extranjero que no tenga una regulación española en cuento a competencia, procedimiento, plazos, recursos, etc.

Entonces, la respuesta es la siguiente: la *interpellatio* se debe realizar por medio de notario, único funcionario competente según el Derecho español, pero en todo lo demás tiene que aplicarse el Derecho extranjero que rija la sucesión.

Por ejemplo, si una norma extranjera dispone que la *interpellatio* se realizará por medio del juez y el interesado tiene un plazo de diez días para contestar —imaginemos que este plazo se fija como norma imperativa, sin que el requirente lo pueda ampliar— y que, pasado este plazo, se entenderá repudiada la herencia, el notario español deberá dar al requerido un plazo de diez días y advertirle de esta consecuencia de su silencio.

¿Y si en lugar de un Derecho extranjero se debe aplicar un Derecho civil autonómico que exija la actuación judicial? ¿*Quid* si fija plazos o efectos distintos del art. 1005 CC?

De entrada, no cabe mantener que la Ley (estatal) 15/2015 ha derogado normas civiles autonómicas promulgadas en el ámbito de la competencia autonómica.

También hay que tener en cuenta que el Derecho procesal es competencia exclusiva estatal (art. 149.1.6 de la Constitución) pero "sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas".

La conclusión más defendible, a la vista de todo ello, será: si la Comunidad Autónoma de que se trate ha regulado normas procesales para realizar la

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

interpellatio, y ese Derecho civil autonómico regula la *interpellatio* (o sea, esa Comunidad Autónoma tiene competencia para regular la *interpellatio*), esas normas procesales autonómicas deberán aplicarse. Si esas normas procesales autonómicas imponen o permiten la competencia del juez, el requerimiento se deberá —o podrá, según el caso— realizar por medio del juez.

En todo caso, las normas procesales autonómicas solo obligan a las autoridades que ejercen en el territorio de esa C.A. No pueden obligar a autoridades que ejercen en otras CC. AA., porque la eficacia de las normas procesales es meramente territorial. Por tanto, fuera de esa C.A. el requerimiento solo podrá realizarse por medio de notario, como si esa norma procesal autonómica fuera Derecho extranjero. No obstante, el notario deberá aplicar el Derecho civil autonómico (no procesal) correspondiente. Así, si este fija un plazo distinto del establecido por el art. 1005 CC o consecuencias distintas al silencio del requerido, habrá que estar a lo que disponga el Derecho autonómico y no el CC.

¿Y si la C.A. con normas propias sobre la *interpellatio* no ha regulado normas procesales para su práctica, pero dispone que el requerimiento se realice por medio del juez?

En este caso, contra lo que dispone la ley autonómica, solo el notario será competente para practicar el requerimiento. Por las mismas razones dichas al tratar del Derecho extranjero, *mutatis mutandis.*

2. Competencia territorial

No hay reglas especiales sobre competencia territorial.

El requerimiento puede realizarse, por tanto, ante cualquier notario, con independencia del lugar de residencia última del causante, o del lugar del fallecimiento, o del lugar donde se encuentren todo o parte de los bienes.

Si el domicilio del requerido se encuentra en lugar en que el notario no tiene competencia territorial, debe hacerse acudiendo al auxilio del notario competente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En este caso se plantea la cuestión de cuál de los dos notarios tiene que controlar el plazo de los treinta días o, más en general, cuál es la actuación que debe realizar cada notario.

Nos referimos a esto más adelante.

III. EL REQUIRENTE

La reforma de 2015 ha ampliado la legitimación subjetiva para requerir. Antes, tenía que ser un "tercero", por lo cual parece que quedaba descartado —al menos en una interpretación literal— un coheredero. Si esto era así, el único requerimiento que podía instarse por un coheredero era un requerimiento "ordinario", con los requisitos y efectos previstos en la legislación notarial; es decir, sin efectos sustantivos en cuanto a la aceptación o repudiación de la herencia.

No obstante, esta interpretación era discutida. El magistrado Villagómez Rodil escribió que en el concepto de terceros "ha de comprenderse a los demás coherederos, legatarios, acreedores de la herencia y del propio heredero, sustitutos sucesores y, en general, a cualquier persona que acredite tener interés legítimo en que se determine de forma definitiva la persona del sucesor" (1). En el mismo sentido, Lucía Costas Rodal: "la palabra tercero no se utiliza en un sentido técnico restrictivo, por lo que no deben quedar excluidos del ámbito del artículo 1005 CC cuantos traigan causa del difunto por título universal" (2). En realidad, la interpretación defendida por estos dos autores era la mayoritaria.

Pero era una interpretación muy discutible, por forzada.

La Ley de 2015 es de alabar en cuanto ha creado un paso para zanjar esa discusión doctrinal y permitir, sin duda alguna, que la *interpellatio* pueda realizarse por un coheredero, lo que permite, asimismo, y esto es otro éxito de la reforma de 2015, la partición de la herencia en contra la voluntad de un heredero sin tener que acudir a un procedimiento judicial. Pues el art. 1005 CC se completa con el expediente creado para el nombramiento de contador partidor dativo por la propia Ley 15/2015, cuya tramitación se encomendó también a los notarios (en exclusiva).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La tramitación del expediente de nombramiento de contador partidor requiere la acreditación de la aceptación o repudiación por todos los herederos. Por lo tanto, para poder iniciarlo habrá que realizar, en su caso, la *interpellatio* del art. 1005 CC. Así ocurrirá en los casos en que un coheredero no se haya pronunciado expresamente, ni haya visos de que lo haga, y en los casos en que resulte difícil probar una aceptación tácita.

Del art. 1005 CC resulta que puede instar el requerimiento cualquier persona que tenga interés. Hay que sobreentender que el interés debe ser legítimo. La legitimidad queda sujeta al control notarial, como en toda acta, y el notario así lo debe hacer constar en el texto del requerimiento, si bien no es necesario que exprese la razón si esta se deduce con claridad. Por ejemplo, si requiere un coheredero, la legitimidad no necesita más justificación, dado el interés en que se realice la partición o, sin ir tan lejos, el interés en saber con quién hay que contar para realizar actos de administración del caudal.

Por tanto, pueden requerir, sin ánimo de exclusividad: un coheredero, aunque haya aceptado a beneficio de inventario, un legatario de parte alícuota, un legitimario (para saber a quién tiene que reclamar el pago de la legítima), un legatario (para saber a quién tiene que reclamar la entrega del legado), un acreedor de la herencia, un acreedor particular de un heredero, el beneficiario de un modo que grave al heredero a quien se requiere, o el albacea, sea o no contador partidor de la herencia, o quien vaya a ser heredero intestado si el requerido repudiara la herencia, o el sujeto a cuyo favor opere alguna sustitución si el requerido repudia.

Un heredero sujeto a condición suspensiva no puede requerir mientras no se haya cumplido la condición.

El sustituto de un heredero no puede requerir en tanto no haya operado la sustitución de que se trate (vulgar, fideicomisaria, etc.).

Como es obvio, puede requerir el heredero menor de edad no emancipado o el heredero discapacitado, siempre que estén debidamente representados o completada su capacidad o prestado el apoyo suficiente.

¿Cabe admitir el requerimiento por mandatario verbal?

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Nuestro compañero notario Javier Feás lo niega: "por la gravedad de los efectos de la *interpellatio*, no debe admitirse el requerimiento por quien dice ser mandatario verbal o representante verbal del interesado" (3).

De entrada, estamos de acuerdo.

¿Cabe matizar esa postura?

La intimación para aceptar o repudiar es un acto de administración, y este tipo de actos puede hacerse por alguien que alegue mandato, aunque no acredite tener poder. Incluso pueden hacerse por alguien sin mandato, ya que el CC admite la gestión de negocio ajeno.

Además, los efectos que se van a producir en la esfera jurídica del "representado" dependen de la conducta del requerido (efectos que, por otro lado, son indirectos, no directos) no de la cualidad —a salvo el interés legítimo— ni de la actuación de quien comparezca ante el notario a requerir.

Esto debe llevar a examinar la cualidad de cada requirente.

Si quien requiere es un acreedor, no se ve inconveniente en admitir el mandato verbal. Intentar cobrar es un acto en interés del acreedor y no hay inconveniente en que lo haga un gestor sin mandato siempre que la titularidad del crédito pueda justificarla. Ello no quiere decir que se pueda actuar a la ligera por el notario. El notario, como regla, debe pedir el poder, aunque solo sea para evitar que el requerido alegue falta de legitimación de quien comparece a requerir. A la vista de las circunstancias, podrá aceptarse un mandato verbal, con las advertencias que procedan.

Lo mismo cabe defender si quien requiere es el beneficiario de un modo.

Si quien requiere es un heredero, hay que tener en cuenta que la realización de este requerimiento implica una aceptación de la herencia. Sería una imprudencia por parte del notario crear una apariencia de que el heredero representado verbalmente ha aceptado la herencia. Decimos "crear una apariencia" porque la actuación del mandatario verbal no tiene efectos en la esfera jurídica del requirente mientras este no haya ratificado. Pero la apariencia es algo que debe respetar el notario; no solo para verse libre de reclamaciones (más o menos infundadas).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por ello, podría admitirse el requerimiento solicitado por un abogado, o un gestor, aunque no tengan poder, siempre que alegue tener mandato (verbal) y una cierta urgencia o bien la imposibilidad o grave inconveniencia del heredero que pretende requerir. Esto no quiere decir que pueda admitirse un gestor sin mandato, sino que cabe deducir el mandato de las circunstancias del caso, aunque no resulte acreditado en forma documental (ni pública ni privada).

En todo caso, la no exhibición de un poder debe quedar para casos excepcionales en los que, además de lo dicho, se haya demostrado de manera suficiente que el heredero interesado en requerir ha aceptado la herencia. Esto debe entenderse sin perjuicio de lo que se dirá en seguida acerca de menores y discapacitados.

Será bastante un poder general para pleitos, especialmente si contiene facultad expresa para realizar requerimientos notariales (será raro que no esté incluida esta facultad). Será también bastante un poder para realizar actos de administración, aunque no contenga facultades para intervenir en herencias. Será bastante un poder para aceptar o para repudiar herencias, aunque no contenga facultad de realizar la partición. Será bastante un poder para realizar la partición, aunque no contenga la facultad de aceptar ni de repudiar herencias, pues la *interpellatio* es un trámite para poder realizar la partición, ya que es necesario, y previo, identificar a los sujetos que la deben realizar.

En el caso de legados, habrá que distinguir el tipo de legado. Si es de cosa cierta y determinada, que se entiende aceptado salvo que se renuncie, podría aceptarse un mandato verbal. Lo mismo si se trata de reclamar un pago de cantidad al heredero, o de que este dé carta de pago de una deuda; en estos dos casos, el legatario no queda condicionado por lo realizado por el mandatario verbal, ya que siempre puede desistir de reclamar el pago o de que se dé carta de pago por el requerido.

Si la aceptación del legado puede tener consecuencias que el legatario no puede evitar o retroceder, entonces debe mantenerse lo mismo que hemos dicho para el heredero.

Por todo lo dicho, conviene que se aporte siempre un poder bastante por el compareciente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Por otro lado, la realización de la *interpellatio* del art. 1005 CC implica aceptación de la herencia por parte del requirente que sea heredero. No nos cabe duda de que se trata de un acto que no hay derecho a ejecutar, sino con la cualidad de heredero (art. 999 CC).

Por ello, no es necesario que el heredero requirente justifique que ha aceptado previamente la herencia. Tampoco hace falta que lo declare en el momento del requerimiento, sin perjuicio de que esto puede hacerse constar; incluso conviene que así sea. Tal constancia debe realizarse de la manera apropiada a un acta (no a una escritura); esto es, no diciendo que el heredero acepta la herencia (en ese momento del requerimiento), sino declarando que ha aceptado la herencia (previamente al requerimiento).

Como tal aceptación tácita es una aceptación pura y simple, porque en los actos tácitos —valga la expresión— no caben matizaciones.

Por ello, si va a requerir un heredero menor o discapacitado, deberá evitarse la aceptación tácita. Deberá acreditar que ha aceptado expresamente a beneficio de inventario o que ha obtenido la autorización judicial para aceptar pura y simplemente. En este último caso, una vez aportada la autorización, no hace falta una declaración expresa de aceptación por parte del interesado que requiere al notario (si puede hacerla por sí mismo) o del tutor o curador; aunque nada lo impide.

El requerimiento formulado por un interesado que no sea llamado a ser heredero también implica aceptación de su condición de legatario (en los casos en que la aceptación no es *ex lege*) o de beneficiario de un modo. Pero en tal situación no se plantean los problemas que aparecen para el heredero.

IV. EL REQUERIDO

El requerido es, según el tenor del art. 1005 CC, un heredero.

La terminología no es muy ortodoxa, al igual que tampoco lo era en la redacción anterior del art. 1005 CC, pues no se es heredero hasta que no se ha aceptado. Es más bien un llamado a la herencia.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Y el llamamiento tiene que ser actual. No basta la vocación. Es necesaria la delación. La delación tiene que haberse producido, porque solo en tal caso se puede aceptar o repudiar. Por tanto, no puede requerirse a un heredero instituido bajo condición suspensiva mientras no se haya cumplido la condición, ni a un sustituto hasta que no haya operado la sustitución de que se trate.

Es discutible el caso de que la condición suspensiva sea puramente potestativa para el llamado. Antes de la reforma de 2015, hay quien defendió que se podía requerir por la vía del art. 1005 CC para que el llamado cumpliera o no la condición, y hay quien entendió que el requerimiento solo era posible si la condición era una conducta de abstención, como Costas Rodal (4). Nuestra respuesta es que cabe requerir para que manifieste si va o no a cumplir, tanto si la condición puramente potestativa es positiva como negativa, pues el supuesto queda asimilado a la inexistencia de condición. En nuestra opinión, si el cumplimiento de la condición es un acto "enteramente voluntario y libre" (expresión del art. 988 CC) no debe equipararse, a efectos de aplicar o no el art. 1005 CC, a una condición, sino a una ausencia de condición.

La práctica está tendiendo a una interpretación extensiva de la norma, comprensiva de supuestos que no están en su tenor literal como, por ejemplo, legitimarios (no herederos) e incluso, que sepamos, a veces, legatarios no legitimarios.

El compañero Javier Feás rechazó esta posibilidad. Para él, "la legitimación pasiva de la *interpellatio* se restringe a quien está llamado a la herencia a título de heredero" (5).

En su opinión, el legatario solo puede ser interpelado *ex* art. 1005 en dos casos: si toda la herencia se ha distribuido en legados o si el testador ha dispuesto la aplicación del art. 1005 CC a ese legatario, a salvo siempre la legítima.

Estamos de acuerdo con esta opinión. La norma dice "heredero", no legatario. Además, en el caso de los legados: si es de cosa cierta y determinada, se entiende *ex lege* aceptado mientras no conste la renuncia (art. 882 CC); y en los otros casos, no puede sancionarse al legatario con

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

la aceptación del legado contra su voluntad si una norma no lo permite expresamente. La palabra "heredero" del art. 1005 CC no puede interpretarse como "sucesor", de forma que incluya al legatario, pues la situación no es la misma, lo que excluye la analogía. La interpelación a un heredero para que acepte o repudie tiene sentido porque el heredero responde de las deudas, porque hay que contar con él para la partición, para la entrega de legados, para el pago de la legítima, etc. Nada de esto ocurre con un legatario. Salvo que estuviere gravado por algún sublegado o alguna carga. Pero es que el art. 1005 está situado en la sección de la aceptación y repudiación de la herencia. La regulación de los legados se encuentra en otro lugar del Código. La ley no ha previsto interpelación al legatario. Sería excesivo que el intérprete la cree. No por el requerimiento en sí, sino por sus efectos.

No obstante, en la práctica puede haber casos en que sí interese interpelar a un legatario (si hay sublegado, carga, etc.). Pero se tratará de requerimientos ordinarios, en los que el requirente puede sin duda fijar el mismo plazo para responder que el art. 1005 CC, pero en los que no puede fijar unilateralmente el efecto del silencio ni, en general, las consecuencias de la contestación del requerido.

¿Qué ocurre en caso de un legitimario con legítima *pars bonorum*?

Para responder hay que tener en cuenta:

Por un lado, que el legitimario es copropietario de los bienes relictos, y que es imprescindible el consentimiento del legitimario para realizar la partición.

Por otro lado, que el legitimario no es, por su condición de tal, heredero.

Tras la reforma del art. 1005 CC por la Ley 15/2015, nuestra opinión es que el legitimario titular de una *pars bonorum hereditatis* puede ser requerido por la vía del art. 1005 CC con objeto de saber si acepta su legítima o la renuncia. La finalidad del art. 1005 no es solamente (o principalmente, según el ámbito de legitimación pasiva que se defienda) la protección del interés de "terceros", como lo era antes de la Ley 15/2015, sino también el interés en la partición. Diríamos que el interés en utilizar hoy el art. 1005 CC es, primordialmente (aunque no exclusivamente), la realización o facilitación de la partición. La práctica es así. Por tanto, la posibilidad de dirigir contra el

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

legitimario (cotitular de una cuota del activo neto) la *interpellatio* está en la finalidad de la norma. No se trata de interpretar "extensivamente" la norma, lo que sería algo técnicamente incorrecto; se trata de que la interpretación finalista lleva a la conclusión de que la norma dice menos de lo que permite su tenor literal ("heredero").

¿Y si hay autorización para pagar la legítima en dinero?

Si el legitimario titular de una *pars bonorum* tiene que soportar el pago en dinero, la respuesta no puede ser la misma mientras la facultad de pago en dinero de la legítima se mantenga. Ese mantenimiento es provisional en la regulación del CC, pues la reserva de *pars bonorum* sigue latente, pero es definitivo en otros Derechos civiles, como el Derecho de Mallorca y Menorca (art. 48 de la Compilación). En tal caso, no hay que contar con el legitimario para realizar la partición y no tiene sentido la *interpellatio*.

V. REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO

El art. 1005 CC no regula apenas nada del requerimiento. A falta de normas en el CC hay que acudir a las normas de la legislación notarial, constituidas en esta materia por los artículos 202 a 206 RN.

No puede usarse el procedimiento del art. 201, porque la actuación notarial en él regulada se limita a la constancia del envío. Por ello, solo cabe acudir a este artículo cuando no proceda contestación del requerido. Por ejemplo, para notificar la convocatoria de una junta general de sociedad. El art. 1005 CC exige una constancia no solo del envío, sino de una eventual contestación del requerido.

En la comparecencia deben aplicarse los requisitos generales. Y lo mismo en lo referido a la identificación. Debe realizarse el control de la legitimación y el juicio de capacidad prescindiendo de la desafortunada regla del art. 198 RN, que permite prescindir de ello.

El control de legitimación es necesario en los términos reseñados más arriba. No realizar el juicio de capacidad es un sinsentido en cualquier actuación notarial.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es necesario verificar con rigor el derecho del requirente; es decir, su condición de coheredero, acreedor, etc.

Si es coheredero, que hoy es casi el único supuesto práctico, debe aportarse el certificado de defunción, el del registro de actos de última voluntad y copia autorizada del testamento o, en su caso, del acta de herederos intestados. Todos estos documentos deben exhibirse en original al notario y no debe aceptarse el requerimiento con base en una copia simple del título sucesorio. La certeza de la condición de heredero del requirente es algo exigido por la seriedad de la actuación notarial y por el interés del requerido en contestar solo a quien sea realmente heredero, no a otra persona.

Un testimonio de todos estos documentos debe quedar protocolizado, ya que el requerido debe poder comprobar el derecho del requirente.

El contenido típico del requerimiento es muy breve. Tras una parte expositiva en que se justifique la condición de heredero (o de acreedor, etc.) del requirente, este debe pedir al requerido que se pronuncie, en el plazo de treinta días naturales desde la práctica de la notificación, para aceptar la herencia pura y simplemente, o para aceptarla a beneficio de inventario, o para repudiarla.

El art. 1005 CC añade una advertencia que debe hacerse al requerido, si bien corresponde hacerla al notario: si el requerido no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.

Una manera "ortodoxa" de cumplir la norma es poner esta advertencia después del "Acepto" del requerimiento por el notario.

En realidad, no hay problema en que el requirente manifieste también esto. No hay por qué "podar" esta frase de un texto que venga redactado según minuta o que se redacte así en la propia notaría. Es superflua, pero no daña.

Es imprescindible que la mención de las tres opciones concedidas al contenido aparezca íntegra y en los mismos términos que en el art. 1005 CC.

¿Puede modificarse?

Las tres opciones de la ley no pueden modificarse ni matizarse.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Tampoco puede modificarse la consecuencia del silencio del requerido. El requirente no puede, por ejemplo, disponer que la falta de contestación del requerido equivale a una repudiación.

La norma del art. 1005 CC es imperativa en cuanto al contenido del requerimiento. Se deduce no solo de su tenor literal, sino también de su finalidad, ya que los efectos de la actitud del requerido se van a producir no solo frente a este, sino también frente a terceros.

1. El plazo de los treinta días

Es discutible si puede ampliarse el plazo de los treinta días. De entrada, cabría responder que sí, pues una ampliación del plazo no perjudica al requirente, ya que es éste quien fija el plazo.

Javier Feás ha admitido esta posibilidad, distinguiendo el caso del testador y el caso del interesado en requerir. En su opinión, el testador puede ampliar o reducir el plazo legal, aunque la ampliación no podrá perjudicar a terceros. Y, en defecto de previsión por el testador, los interesados que insten la actuación notarial no podrán reducir el plazo, pero cree que sí pueden ampliarlo si no es en perjuicio de terceros (6).

Sin embargo, la respuesta negativa debe prevalecer. La posibilidad de perjudicar a terceros puede darse, aunque la existencia de esos terceros (por ejemplo, acreedores) se desconozca por el requirente. El plazo siempre puede ser en interés de otras personas: coherederos, otros interesados en la herencia (legatarios, beneficiarios de modos) y terceros (acreedores). Siempre puede haber terceros perjudicados, aunque se desconozcan. Y los terceros tienen derecho a que el plazo legal no se alargue por la sola voluntad del coheredero que requiere o por la del testador (aunque este último supuesto no lo hemos visto nunca en la práctica).

Antes de la reforma de 2015 había opiniones que defendían la ampliación del plazo. Sin embargo, antes era el juez quien fijaba el plazo y ahora es un notario. Creemos que el notario no está autorizado, ni debe atreverse, a forzar tanto el texto de la ley.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Dada la eventual existencia de terceros de los que el notario, y a veces incluso el propio heredero requirente, no pueden tener noticia, el plazo no puede alargarse ni aun en el caso de que quien requiera sea uno de los dos únicos herederos y resulte del título sucesorio que no hay legatarios ni ningún otro interesado en la herencia.

El plazo de los treinta días es un plazo civil, por lo cual se incluyen en el cómputo los días festivos.

El requirente no puede disponer que el plazo de treinta días naturales sea un plazo de treinta días hábiles, ya que ello implica un alargamiento del plazo.

No cabe admitir que el requirente fije un plazo inferior a los treinta días naturales, ya que este plazo es en interés del requerido. La ley ha querido fijar un tiempo bastante para que el requerido reflexione y no puede irse contra ese criterio.

2. ¿Pueden introducirse otros requerimientos?

El requerimiento del art. 1005 CC es una norma especial respecto de otros requerimientos posibles, y tiene sus propios requisitos y efectos. El plazo es mucho más largo que el previsto en la legislación notarial, y la falta de contestación del requerido tiene una consecuencia importante en la esfera jurídica de este.

Por ello, este requerimiento no debe mezclarse con otros.

No procede, por ejemplo, añadir a la *interpellatio* del art. 1005 CC, en la misma acta, una propuesta de reparto de la herencia, o de valoración de algún bien, o de manifestación de inventario. Ello implicaría una gran confusión en perjuicio del requerido, y posiblemente de todos los herederos. Incluso en el caso de que el requirente fijara el mismo plazo de treinta días naturales para contestar. El notario debe cuidar las apariencias y evitar que el efecto legal previsto para la falta de contestación parezca que tiene consecuencias respecto de la partición propuesta por el requirente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Si el requirente quiere introducir otro/s requerimientos, lo procedente es hacerlo en acta separada, aunque se notifiquen conjuntamente. Pero en la notificación el notario debe dejar al requirente que se trata de dos pretensiones distintas, cada una con requisitos (especialmente, el plazo de contestación) y efectos distintos.

3. ¿Desde cuándo o hasta cuándo se puede requerir?

El requerimiento no puede ser realizado por el notario hasta "transcurridos nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate", pues según el art. 1004 CC hasta tal momento "no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie".

Esta norma, no obstante, es letra muerta, pues durante ese plazo de nueve días el requirente heredero (o legatario, legitimario, etc.) no puede obtenerse el certificado del Registro de actos de última voluntad, por lo que no puede justificar su derecho. Recordamos que la solicitud de ese certificado no puede realizarse hasta pasados 15 días desde el fallecimiento (art. 5.3 del Anexo II del RN) y, como el plazo se refiere a una actuación administrativa, hay que entender, como hace la práctica, que se trata de 15 días hábiles, no de 15 días naturales. Y si se trata de un acreedor, es muy difícil que antes de los nueve días se haya enterado del fallecimiento.

En el caso extremo de que se pretendiera por alguien instar el requerimiento, entendemos que el acta no puede autorizarse hasta que haya transcurrido el plazo de nueve días. No parece correcto que el término se refiera a la práctica de la notificación por el notario. El art. 1004 CC se refiere al requirente, no al notario.

No hay plazo máximo para solicitar el requerimiento. El requirente podrá hacerlo mientras pueda acreditar su derecho para requerir como heredero, acreedor, etc.

4. Forma documental

La única forma adecuada para la *interpellatio* del art. 1005 CC es un acta.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Ahora bien, el requerimiento ¿puede ir en otros documentos?

Por ejemplo, en una escritura de aceptación de herencia (sin adjudicación de bienes). No se ve inconveniente, aunque es mejor no hacerlo así. Téngase en cuenta que no se podrá expedir copia de la escritura hasta tanto no haya transcurrido el plazo de los treinta días sin hacer mención de que está pendiente el plazo de contestación.

En una escritura de repudiación de herencia no cabe añadir la *interpellatio*, porque la repudiación produce, en quien va a interpelar, la pérdida del interés para requerir.

VI. FORMA DE PRACTICAR EL REQUERIMIENTO

Se aplican las reglas generales de la actuación notarial, con alguna importante especialidad que se deriva de la regulación sustantiva, que pasamos a comentar.

El requerimiento debe hacerse, en principio, personalmente por el notario.

Si el requerido se niega a recoger la cédula, se le tendrá por notificado, según dispone el art. 203 RN. Adviértase que este artículo, por su carácter reglamentario, no puede tener ningún efecto sustantivo. No puede deducirse de él qué efectos, según el Derecho civil, tiene el hecho de que la notificación se tenga por realizada. Eso solo puede fijarse conforme a la norma civil aplicable.

Si fueran de aplicación las normas generales sobre actas, el requerido que no ha querido recoger la cédula no tiene derecho a contestar y, por tanto, no habría que esperar al transcurso del plazo de contestación para cerrar el acta y expedir copia para el requirente.

Sin embargo, nuestra opinión es que en el requerimiento del art. 1005 CC la respuesta tiene que ser diferente. La razón está en que la norma del 1005 CC da un efecto sustantivo al silencio, pero solo una vez transcurrido el plazo que la propia norma fija. En consecuencia, tanto si el requerimiento se ha realizado mediante la entrega de cédula como si se tiene por realizado por rehúse de esta, el plazo tiene que transcurrir.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es un supuesto análogo, en cuanto a esta cuestión, al del expediente notarial de reclamación de deuda dineraria no contradicha. En la regulación de la actuación notarial contenida en la LN se dispone que el requerimiento se tendrá por realizado si el deudor rechaza recibir la documentación que el notario pretende entregarle, y que tal documentación quedará a su disposición en la notaría (art. 70 LN). La Ley 15/2015 debiera haber creado una regulación en la LN del requerimiento del art. 1005 CC, pero desafortunadamente no lo hizo. Pero de esto no se deduce que el notario deba actuar como en un acta de requerimiento ordinaria.

Por tanto, el efecto del rechazo a recibir la cédula provoca que comience a correr el plazo de treinta días. Por eso, conviene que el notario, ante la negativa del requerido, insista en explicarle el objeto del requerimiento y las consecuencias de no responder en plazo, y deje constancia de todo ello en la diligencia que redacte.

El notario tiene que conservar la cédula en la notaría a disposición del requerido durante los treinta días naturales siguientes al de la notificación rechazada.

El requerido puede comparecer en la notaría y ser notificado, a pesar de su negativa inicial. Esta conclusión se basa en que el plazo de los treinta días no se ha interrumpido, por lo cual el requerido no puede ser "obligado" a aceptar la herencia pura y simplemente, lo que ocurriría si el plazo transcurre y no se le permite realizar una contestación en otro sentido.

El requerido puede contestar en ese mismo acto o posteriormente, pero siempre dentro del plazo de 30 días. La contestación tiene que realizarse siempre previa entrega de la cédula que en su día el requerido no quiso recibir. Si el requerido quiere contestar "sobre la marcha" conviene que el notario haga constar en la diligencia de contestación que el requerido contesta a pesar de que ha recibido la cédula en ese mismo momento y tiene más plazo para formalizar su contestación.

Por supuesto, el plazo de los treinta días no empieza de nuevo con esta entrega de la cédula al deudor que no la aceptó en su día. De forma que la contestación solo podrá formalizarse antes de que concluya ese plazo iniciado el día que el requerido rehusó la cédula. Si la cédula se entrega el

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

último día de ese plazo, el deudor solo podrá contestar ese mismo día. En ningún caso se aplica en ese momento el plazo de dos días para contestar a que se refiere el art. 204 RN.

En todo caso, el plazo de los treinta días naturales fijado por el art. 1005 CC empieza a contar desde el día en que se realiza efectivamente la notificación al requerido (en su caso, desde el día en que la notificación se tiene por hecha), no desde el día del requerimiento.

¿Y si el notario no encuentra al requerido?

Según la legislación notarial, el notario, siempre que no pueda hacer entrega de la cédula, deberá (no "podrá") enviar la cédula por correo certificado con aviso de recibo (art. 202 RN). Por el contrario, según el art. 70 LN, con relación al expediente de reclamación de deudas impagadas, la imposibilidad de entrega en persona por el notario —sea al requerido o a algún empleado, familiar o conviviente— de la cédula hace fracasar el expediente, sin que el notario pueda recurrir al envío por correo.

En el caso del art. 1005 CC, ningún inconveniente puede haber en entregar la cédula a "cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad". Lo permiten las reglas generales de la actuación notarial (art. 202 RN) y no parece que el art. 1005 CC exija una actuación tan personalísima que la interpelación fracase por falta de entrega al persona al requerido. Ni siquiera en el expediente de reclamación de deuda dineraria no contradicha se llega a exigir esto, aun basándose toda su eficacia en el silencio del requerido y en la información sobre sus efectos recibida del notario (*vid*. 71.3 LN).

¿Puede enviarse la cédula por correo?

Nuestra respuesta es afirmativa, siempre que el notario no encuentre a nadie en el domicilio señalado por el requirente. Pero solo si el notario aprecia indicios de que el requerido se encuentra allí y lo hace constar en la diligencia (por ejemplo, su nombre aparece en la puerta, o en el buzón, o algún vecino declara que el requerido vive allí, etc.). De cualquier manera, siempre es recomendable, aunque ninguna norma lo exija, hacer algún otro intento de notificación personal; y los notarios así lo solemos hacer.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En tal caso, el plazo de los 30 días comenzará desde el día que el requerido recoja la carta enviada por el notario.

El envío por correo tiene un "riesgo". Si Correos devuelve la carta porque el requerido la ha rehusado o no la ido a recoger o por cualquier otra razón, la interpelación habrá fracasado. En todos los casos, porque el destinatario no ha quedado informado del contenido del requerimiento ni de las consecuencias de su silencio. No es lo mismo el rechazo de la cédula al notario que el rechazo a recibir la carta que entrega el empleado de Correos.

El notario no puede en ningún caso enviar la cédula por correo al requerido si este rechazó ser notificado. Ello iría contra lo dispuesto en el art. 202 RN, que permite el envío por correo de la cédula solo cuando el notario "no pueda hacer entrega de la cédula"; no cuando el destinatario la rehúsa.

¿Cabe admitir el requerimiento si el requirente declara que no conoce el domicilio del requerido?

Y lo mismo cabe preguntar en caso de que haya fracasado un requerimiento previo por resultar que ni el requerido ni nadie ha sido encontrado en el domicilio designado.

Esto implicaría "notificar" por medio de la publicación en un periódico oficial (principalmente, el *BOE*).

Nuestra respuesta es negativa.

Una actuación así no está prevista ni se deduce del art. 1005 CC ni de la legislación notarial. La publicación de anuncios en periódicos, oficiales y privados, y/o en tablones de anuncios es posible en diversos expedientes de jurisdicción notarial que se tramitan por los notarios, incluso, en nuestra opinión, en el de nombramiento de contador-partidor dativo. Y pueden hacerse de oficio por el notario. Sin embargo, no hay identidad de razón con la interpelación para aceptar o repudiar la herencia. En este caso se trata de intimar a una persona concreta para que adopte una postura que va a tener importantes consecuencias en su patrimonio. El caso más parecido es el del expediente de reclamación de deuda dineraria no contradicha y en este expediente no se permite una notificación no realizada en el domicilio del requerido. Lo mismo tiene que ser en el caso de la interpelación del 1005 CC.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Y es que la publicación en periódicos oficiales no es una auténtica notificación, sino una ficción para dar por cumplido un trámite. Y no debe aceptarse cuando es más (mucho más) que dar noticia de la existencia de un expediente.

Se puede criticar a nuestra postura que impide la aplicación del art. 1005 CC en algunos casos, que precisamente pueden ser casos en que interesa especialmente, siendo así que el art. 1005 CC pretende tener una aplicación a cualquier herencia, sin que pueda depender tal aplicación de la conducta de los herederos.

Pero no se olvide que el art. 1005 regula un requerimiento, y que la ley no ha previsto un medio sustitutorio de este. Tampoco se olvide que la designación de contador-partidor dativo no se ve imposibilitada por el desconocimiento del paradero de algún coheredero (aunque esto es cuestión que aquí no corresponde tratar).

1. Auxilio notarial

Si el requerimiento debe realizarse en municipio en que el notario no puede actuar, el notario que ha aceptado el requerimiento tiene que solicitar el auxilio de notario con competencia territorial. El plazo de los treinta días comenzará desde el momento en que este segundo notario realice la notificación (o se tenga por hecha, en caso de rechazo del destinatario a recibir la cédula).

El segundo notario no debe cerrar el acta a los dos días hábiles de haber practicado el requerimiento y devolverla al primer notario. Tampoco debe cerrar el acta si el requerido rehúsa recibir la cédula. El requerido tiene derecho a contestar ante el notario que ha ido a requerirle, tanto si acepta la entrega de la cédula como si la rechaza, tal como hemos mantenido más arriba. No se le puede imponer que conteste ante otro notario. Por supuesto, puede contestar ante el primer notario o ante cualquier otro.

Por ello, el segundo notario debe esperar al transcurso de los treinta días naturales para cerrar el acta. Y es muy conveniente, para que no haya dudas de que, pasado ese plazo, si el requerido no ha formalizado contestación,

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

extienda una diligencia para hacerlo constar. Una vez extendida esta diligencia, tiene que enviar el acta al primer notario.

Por consiguiente, no consideramos correcta la práctica consistente en el cierre del acta por el segundo notario pasados dos días hábiles tras la notificación. Menos aún, inmediatamente de haber realizado la notificación. Se puede decir que el segundo notario no tiene por qué tener conocimiento de la respuesta del requerido, pues este puede comparecer ante el notario que quiera. Esto es cierto, pero no se olvide que la actuación del segundo notario le coloca en una posición, respecto del requerido, especial y distinta a la de los demás notarios. Precisamente porque ha practicado el requerimiento, el requerido puede tener un interés especial en formalizar su contestación ante él. No solo por el motivo práctico de facilitar el trabajo, sino sobre todo porque la actuación del segundo notario queda reflejada en el "expediente", de forma que la contestación ante él siempre aparecerá vinculada al mismo y, por tanto, quedará constancia en las copias que se expidan.

Conviene, si bien no hay norma que lo exija, que el primer notario también extienda una diligencia para hacer constar que no ha habido contestación ante él.

Decimos que el requerido puede comparecer y contestar ante el primer notario. Esto se realizaré mediante diligencia que quedará unida al acta inicial. Si ello no es materialmente posible, por estar ya numerado el protocolo, puede hacerse mediante un acta separada. En este caso, habrá que poner en el acta inicial una nota de relación, para que siempre quede noticia.

Como acabamos de decir, el requerido puede comparecer ante notario que no sea ni el que recogió el requerimiento ni el que lo practicó. Nada lo impide. O mejor, nada obliga al requerido a contestar ante el mismo notario. Lo que ocurre es que esa contestación irá desvinculada de las actas autorizadas tanto por el primer como por el segundo notario.

No obstante, conviene —aunque no hay norma que lo exija— que el notario que recoja esa declaración del requerido, si no ha pasado el plazo de los treinta días, lo comunique a uno cualquiera de los otros dos notarios (si llega a tener conocimiento de que hubo ese requerimiento), preferentemente al primer notario, con la finalidad de su entrega al requirente.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Creemos que, en tal caso, el primer notario debe poner una nota de relación en la matriz del requerimiento, pues favorece la seguridad jurídica, siempre que la declaración se hubiera formalizado dentro del plazo de los treinta días.

VII. CONTESTACIÓN DEL REQUERIDO

El requerido tiene que atenerse a lo que se le pregunta.

En este sentido, debe pronunciarse por una de las tres opciones: aceptar pura y simplemente, aceptar a beneficio de inventario —si está dentro de plazo— o repudiar.

Una vez formalizada esta contestación, no hace falta esperar a que finalice el plazo de los treinta días y el notario puede cerrar el acta. El requerido no puede volver a manifestar nada dentro del acta.

La razón no es solo porque la contestación tiene que hacerse de una sola vez (art. 204 RN), sino, principalmente, porque la aceptación o repudiación, una vez hechas, son irrevocables (art. 997 CC).

El requerido puede manifestar más cosas. El límite de lo "manifestable" es la imposibilidad de introducir un nuevo requerimiento. Por ejemplo: el requerido puede manifestar que acepta pura y simplemente la herencia y explicar las razones por las que lo hace o las razones por las que ha descartado las otras opciones, pero no puede añadir una propuesta para realizar la partición.

¿Puede contestar sin pronunciarse sobre ninguna de las tres opciones?

Esto no aparece previsto por el art. 1005 CC y no resulta fácil contestar.

Si la respuesta tiene relación con el requerimiento entendemos que debe aceptarse la contestación. Pero deberá advertirse expresamente por el notario, dejando constancia escrita en la diligencia, que esa contestación equivale a un silencio, a efectos del art. 1005 CC. En tal caso, entendemos que el plazo no se interrumpe el plazo de los treinta días y el requerido podrá volver a contestar, pero solo para dejar constancia de la opción que ejercita: aceptar pura y simplemente, o aceptar a beneficio de inventario o repudiar.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La razón de no aplicar la prohibición de contestar más de una vez (art. 204 RN) está en que el plazo de los 30 días está vigente mientras el requerido no haya respondido a lo que se le pregunta. Y precisamente por una y otra norma, reglamentaria y legal, respectivamente, solo podrá contestar para responder a la interpelación del art. 1005 CC.

La aceptación o repudiación ¿tienen que hacerse en la propia acta o en escritura separada?

Estas materias no son propias de un acta, pues son declaraciones de voluntad y la forma "notarial" adecuada para recogerlas es una escritura. Es cierto que, en el caso de repudiación, la forma exigida por el art. 1280 CC queda cumplida también con un acta, ya que es igualmente un documento público. Pero no todo documento público es adecuado para recoger ciertos contratos o negocios. Es decir, es mejor y más correcto recoger la declaración del requerido en una escritura.

Pero… así quedaría desvinculada la declaración del requerido de la propia acta.

Para evitar eso, debe ponerse en el acta una diligencia que dé noticia de la escritura de aceptación o repudiación. Esta diligencia basta que se firme solo por el notario.

Si el requerido acepta a beneficio de inventario ¿tiene que requerir para la formación de inventario?

Esto es ajeno al acta y queda sujeto a la responsabilidad del requerido. Si no requiere la formación del inventario dentro de los plazos legales (arts. 1013 a 1016 CC) la declaración de beneficio de inventario no producirá efecto, por lo que se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.

¿Tiene el notario que controlar si ha transcurrido o no el plazo para aceptar a beneficio de inventario para aceptar esta declaración del requerido en el acta?

Para el cómputo del plazo hay elementos que escapan al control notarial, como la posesión de los bienes hereditarios. Pero el notario debe verificar cuanto esté en su mano para que el cumplimiento del plazo por el requerido sea "creíble".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿Y si el requerido es menor o discapacitado y quiere repudiar o aceptar pura y simplemente?

En el plazo de un mes no hay tiempo para obtener la autorización judicial. Por ello, consideramos aceptable como contestación que se declare por el requerido —o quien le represente, o con el apoyo que proceda— que quiere formular tal declaración, pero no la puede hacer válidamente hasta obtener la autorización judicial.

En tal caso, entendemos que la autorización judicial debe solicitarse dentro del plazo de los treinta días. ¿Por qué? Porque si transcurre este plazo la herencia se entenderá aceptada. La norma dice "pura y simplemente", pero en el caso de menores o discapacitados, la aceptación solo puede ser a beneficio de inventario (salvo autorización judicial). Por tanto, si el requerido quiere evitar la aceptación (aunque sea a beneficio de inventario), tiene que actuar antes de que se produzca.

De todas formas, la aceptación a beneficio de inventario es "reversible". No hay inconveniente en que el requerido que haya declarado que acepta a beneficio de inventario, y después haya obtenido autorización para aceptar pura y simplemente, así lo haga constar, fuera ya del plazo de los treinta días. No hay perjuicio para nadie. Y la finalidad del art. 1005 CC ya se ha cumplido, porque lo que pretende es la certeza para avanzar en la partición, y hay certeza desde el momento en que la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque después se convierta en una aceptación pura y simple. Esto vale también para quien no es menor ni discapacitado.

El notario hará bien, si bien no lo impone ninguna norma, en pedir que se le justifique tal solicitud al juzgado. El notario extenderá, por sí solo, una diligencia, dentro o fuera del plazo de 30 días, para hacer constar que ha tenido a la vista la solicitud, presentada en el juzgado competente, o su admisión a trámite. Basta la presentación.

¿Qué ocurre una vez recaída la resolución judicial?

Si es denegatoria de lo solicitado, la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario y no será necesario acreditar nada si bien será conveniente hacerlo constar. La forma adecuada será un acta de

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

protocolización de un testimonio de la resolución judicial, con una nota de relación en el acta de requerimiento inicial.

Si la resolución autoriza la aceptación pura y simple o la repudiación y el requerido no formaliza su declaración, en opinión de Javier Feás, "debería hacerse una nueva *interpellatio* del art. 1105, ahora, para que se haga uso de la autorización del juez" (7).

Estamos de acuerdo, ya que el primer requerimiento no pudo quedar completo por falta de un requisito legal. Pues la autorización judicial no condiciona la respuesta del requerido. Puede aceptar a beneficio de inventario a pesar de haber solicitado autorización para aceptar pura y simplemente.

¿Cabe contestar que se usa el derecho de deliberar?

Sí, pues es un derecho concedido a todo heredero, vinculado a la aceptación a beneficio de inventario. Pero solo puede usarse este derecho si se declara dentro del plazo para pedir la aceptación a beneficio de inventario.

Antes de la reforma de 2015 se entendía que sí era posible. Puede decirse que la redacción de la norma cambió el 2015 a un texto más restrictivo, pues antes decía "haga su declaración" y ahora la norma enuncia tres respuestas posibles. Sin embargo, la vinculación del derecho a deliberar con el beneficio de inventario, debe llevar a permitir aquel.

VIII. EFECTOS DEL REQUERIMIENTO

Si el requerido contesta, se producirán para él los efectos de su correspondiente declaración.

Si el requerido no contesta, la sanción legal es clara: el requerido ha aceptado pura y simplemente.

¿Por qué no se permite la aceptación a beneficio de inventario? Si no han pasado los plazos para usar de este derecho, se produce una contradicción, que no se daba antes de la reforma de 2015, entre los artículos 1010 y ss. CC y el art. 1005 CC. Pues todo heredero puede aceptar pura y simplemente o a beneficio de inventario, según las reglas generales, pero el art. 1005 vendría a prohibir el beneficio de inventario en caso de silencio al requerimiento del art. 1005.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

¿Es esto así?

Nos parece criticable, pero no cabe forzar tanto el tenor de la norma.

La reforma de 2015, al pretender dar seguridad jurídica, se ha excedido en esta materia.

La aceptación pura y simple vale en el ámbito extrajudicial. Esto lo decimos sin perjuicio de que no queda limitado el derecho del requerido para probar que no pudo contestar (enfermedad, viaje, etc.); pero necesitará una sentencia para deshacer la apariencia creada.

No obstante, hay que tener en cuenta:

La repudiación exige una escritura pública, por lo que siempre puede desvirtuarse, en el tráfico extrajudicial, la sanción legal por no contestar el requerimiento presentando la escritura. Pero como la buena fe impone no crear falsas apariencias, en tal caso, el requerido responderá de daños y perjuicios a los otros herederos derivados de su silencio.

El beneficio de inventario exige, salvo quizá en los supuestos de beneficio legal de inventario (no toca aquí entrar en esto) una actuación notarial, por lo que siempre se podrá demostrar (en el ámbito extrajudicial), si se hizo, que el silencio que se deduce del acta de *interpellatio* no tuvo como consecuencia una aceptación pura y simple. Con la misma consecuencia de responsabilidad por haberse violado la buena fe, como hemos dicho en el párrafo anterior.

Y la aceptación pura y simple no puede darse en el caso de que la ley imponga que la aceptación sea a beneficio de inventario (salvo, en su caso, autorización judicial).

Si el requerido es menor o discapacitado sujeto a curatela representativa, cabe discutir los efectos del silencio del representante. ¿Hay que imputar al llamado las consecuencias jurídicas de la inactividad de su representante? Cabe sostener que no, y que la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario. O cabe sostener que no se producirá ningún efecto. O que la herencia se entiende provisionalmente aceptada a beneficio de inventario pero que el menor o discapacitado puede todavía repudiar al alcanzar la mayor edad o si desaparece la causa de discapacidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

En nuestra opinión, solo la primera respuesta es aceptable. Es la que se ajusta al tenor de la norma y no limita la posibilidad de exigir responsabilidades al representante. Las demás fuerzan demasiado la norma y provocan, además, una gran inseguridad, que es lo que el art. 1005 CC trata de evitar.

Por otro lado, como dice nuestro compañero Feás, la declaración de tenerse la herencia por aceptada pura y simplemente no debe declararse por el notario al cerrar el acta. Es un efecto legal (8). No compartimos, por tanto, al igual que él tampoco comparte, la indicación contraria del Consejo General del Notariado en su *Guía resumen de la LJV*, de 18 de julio de 2015, porque si lo dice la ley, no tiene que venir el notario a repetirlo. Y esa declaración notarial podría resultar contradicha por una declaración del requerido formalizada fuera del acta, incluso ante otro notario.

Para concluir este comentario, recordamos que los efectos del silencio del requerido como, en general, los del requerimiento, dependen siempre, y solo, de la ley que regule la sucesión.

IX. NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

1. Villagómez Rodil, Alfonso, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 2000, p. 419.

2. Costas Rodal, Lucía, en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch y Consejo General del Notariado, 2013, vol. 5, p. 7252.

3. Feás Costilla, Javier, "Aceptación y repudiación de la herencia" en *Jurisdicción voluntaria notarial*, Colegio Notarial de Madrid y Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, p. 827.

4. Costas Rodal, Lucía, *op. cit.*, p. 7253.

5. Feás Costilla, Javier, *op. cit.*, pp. 827 y 828.

6. Feás Costilla, Javier, *op. cit.*, p. 833.

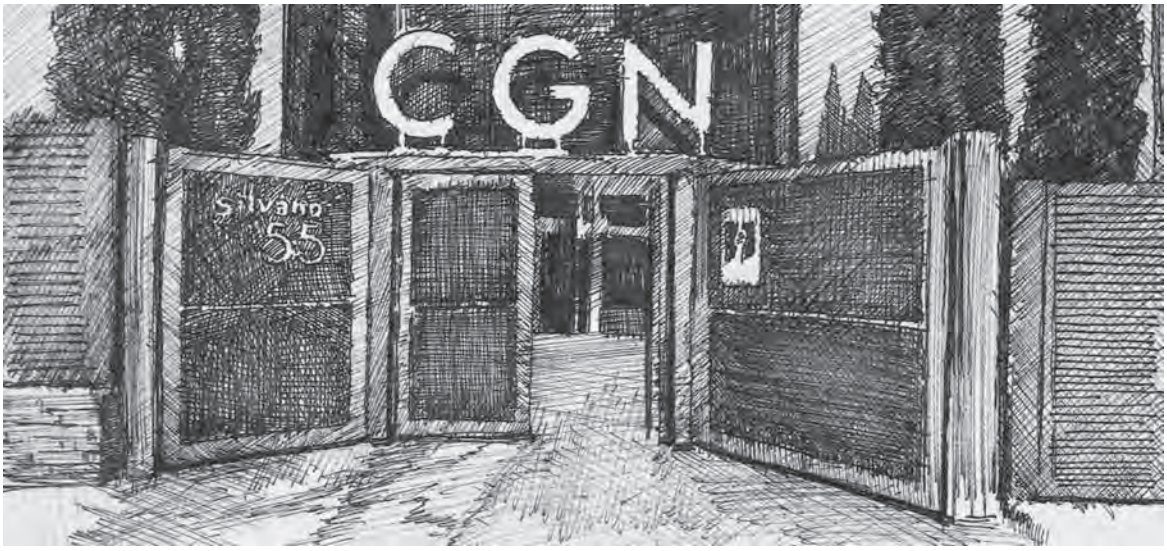
7. Feás Costilla, Javier, *op. cit.*, p. 835.

8. Feás Costilla, Javier, *op. cit.*, p. 836.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Derecho civil autonómico



Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

HACIA UNA NUEVA VECINDAD CIVIL. COMPUTACIÓN, IMPUTACIÓN Y COLACIÓN EN EL CC *VERSUS* EL CCCAT

TOWARDS A NEW CIVIL NEIGHBORHOOD COMPUTATION, ALLOCATION AND READBACK IN THE CC *VERSUS* THE CCCAT

Pedro Albiol Marés
Notario de Mataró

Resumen: El presente artículo pretende demostrar que, si bien los derechos especiales/forales son de matriz territorial, su aplicación no se rige por el Estatuto real, sino por su Estatuto personal, lo que crea graves distorsiones en la unidad del proceso sucesorio.

Palabras clave: derechos especiales, derecho común, proceso sucesorio, colación, Código Civil, Código Civil Catalán, colación.

Abstract: This article aims to demonstrate that, although special/foral rights are territorial, their application is not governed by the Royal Statute, but by their personal Statute, which creates serious distortions in the unity of the succession process.

Keywords: special rights, common law, inheritance process, collation, Civil Code, Catalan Civil Code, collation.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

El presente artículo no pretende ser un estudio en profundidad de las figuras jurídicas enunciadas en el título, sino solo pretende demostrar que, si bien los derechos especiales/forales son de matriz territorial, su aplicación no es por el Estatuto real, sino por su Estatuto personal, lo que crea graves distorsiones en la unidad del proceso sucesorio.

Desde siempre ha habido movilidad entre los diversos territorios del Estado español, baste recordar los años 1955 en adelante, por razones principalmente de carácter económico y social. En los tiempos actuales la movilidad se ha visto incrementada por dos razones:

1. Esta movilidad no solo es entre ciudadanos de los distintos territorios españoles, sino también entre ciudadanos de otros países; a título de ejemplo decir que se ha tenido que dictar el Reglamento Sucesorio Europeo para hacer frente a estas situaciones.

2. Tras la Constitución de 1978, y por virtud de su artículo 149.1.8, en una interpretación extensiva del mismo, el número de los derechos sucesorios especiales y el volumen de su normativa ha aumentado de manera exponencial, así como sus diferentes y, en ocasiones, contrarias normas jurídicas. Todo esto provoca una clara distorsión en la unidad del proceso sucesorio.

Ejemplo de lo anterior, en el ámbito del Derecho internacional privado, pero con alcance en el Derecho interregional, son las Resoluciones de la DGSyFP de 10 agosto 2020 y 20 enero 2022, que declaran no aplicable los derechos territoriales derivados de la vecindad civil a los extranjeros residentes en esos territorios.

Con ello se rompe la intención manifestada por el legislador europeo, esto es, que los extranjeros residentes en un país tengan la misma posición jurídica que los nacionales residentes en ese país; pues esta es la única manera de garantizar la libre circulación de las personas y las mercancías.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Volviendo al supuesto propuesto en el título, lo abordaré por vía de ejemplo: Antonio de vecindad común dona a su hija Paula y a su otro hijo Pedro bienes por un valor a cada uno de 3. Con el tiempo Antonio tiene otro hijo, Víctor; todos ellos se trasladan a vivir a Cataluña, donde Antonio fallece cuando llevaba residiendo en Cataluña más de 20 años; por lo que al tiempo de su muerte era de vecindad civil catalana (art. 14.5 del CC). Por ello su sucesión se regirá por el CCCAT (art. 9.8 del CC). Antonio fallece intestado y viudo, por lo que serán herederos sus tres hijos: Paula, Pedro y Víctor.

Como Antonio había hecho donaciones a sus hijos Paula y Pedro, y ellos dos y su hermano Víctor son herederos intestados y a la vez legitimarios, corresponde determinar la oficiosidad o no de las donaciones.

Para ver la distorsión que se produce en la unidad del proceso sucesorio procederé seguidamente a analizar todas estas operaciones distinguiendo dos supuestos: un supuesto en que Antonio no hubiese salido del territorio de Derecho común, y otro supuesto, que es el que sucedió, en que Antonio pasó a residir en Cataluña donde falleció.

Empezando por la sucesión de Antonio desde el CC:

Lo primero que nos encontramos es que las donaciones a Paula y Pedro son donaciones puras, pues no se han hecho ni en pago, ni imputables a la legítima, o con dispensa de colacionar.

En la doctrina se viene distinguiendo dos tipos de donaciones: aquellas en las que no se hace mención alguna a la legítima, y aquellas en las que sí se hace.

Para un primer sector de la doctrina las donaciones en pago o imputables a la legítima son donaciones sujetas a la condición resolutoria tácita que, a la muerte del donante/causante, el donatario legitimario lo sea. Esto los lleva a decir que, si el legitimario es desheredado o declarado indigno e incluso si renuncia a la legítima, la donación tendría que revocarse vía art. 647 del CC o, en todo caso, resoluble vía art. 1123 del CC; por lo que el bien donado pasará a integrar el caudal relicto de la herencia, por lo que no habrá operación alguna de computación e imputación.

A mi juicio esto no es así, en las donaciones puras a los hijos el CC presume que son donaciones en pago a la legítima, ya que, según el art.815

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

del CC, la legítima puede atribuirse por cualquier título inter vivos o mortis causa; luego también por donación. Por ello, y de conformidad con el art. 636 del CC, nadie puede recibir por donación más de lo que puede recibir por testamento.

Consecuencia de lo anterior, el art. 654 del CC obliga a la reducción de las donaciones por inoficiosas (arts. 819 y 820 del CC).

Luego, en términos del CC a efectos de computación, es indiferente que la donación sea pura o en pago o imputable a la legítima, pues si nada se dice se imputa a la legítima; y por el contrario, si la donación es imputable a la legítima, por haberlo así manifestado el donante, solo quedará por saber el orden que con cargo a los tercios de legítima tocará imputar; pues las donaciones pueden cubrir cualquiera de los tercios, según lo ordenado por el donante, y si este nada dijere el orden sería: primero al tercio de legítima estricta, después al tercio de libre disposición y finalmente al tercio de mejora, así resulta de los arts. 819 y 825 del CC (no haré referencia en este artículo a la conocida cuestión de si es posible la mejora tácita en las donaciones y por tanto su imputación).

Visto que para el CC no es de interés el diferenciar entre estos dos tipos de donaciones, hay que decir que no sucede lo mismo en el CCCAT.

En este, el art. 451-5 letra b) diferencia entre dos tipos de donaciones:

- Aquellas que se han efectuado en los 10 años precedentes a la muerte del causante, que considera computables, por tanto, no las que sean anteriores.
- Y aquellas donaciones imputables a la legítima, que aparecen en el art. 458-8 del CCCAT, señalando como tales las donaciones en las que se hace mención expresa que lo son en pago o a cuenta de la legítima; o las donaciones hechas a los hijos para adquirir la vivienda; o para emprender una actividad profesional, industrial o mercantil, entre otras.

De todo lo expuesto resulta una primera conclusión: mientras en el CC todas las donaciones son computables, imputables y en su caso colacionables; en Derecho catalán no toda donación lo será, como después veremos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Es aquí donde se produce la primera distorsión en el proceso sucesorio. Cuando Antonio hizo donación a sus hijos Paula y Pedro estaba sujeto a Derecho común, y al tener que ser el proceso sucesorio unitario estas donaciones entraban dentro del ámbito de los arts. 636 y 634 del CC; por lo que de haber fallecido Antonio bajo vecindad común le serían de aplicación los arts. 819 del CC para la imputación, los arts. 820 y 821 para la reducción y art. 1035 del CC para la colación.

La unidad del proceso sucesorio que resulta de estos preceptos quiebra al morir Antonio siendo de vecindad civil catalana, ya que será aplicable a su sucesión el CCCAT.

Para ver esta distorsión de una manera práctica haré una simple demostración numérica de lo visto hasta ahora: imaginamos que Antonio fallece sujeto a vecindad civil común, fallece con tres hijos, Paula, Pedro y Víctor; a Paula le había hecho una donación por valor 3 y a Pedro lo mismo; añadiremos que al tiempo de la muerte de Antonio los bienes hereditarios suman 3.

No haré referencia en este artículo a la conocida disputa en el CC sobre si el valor de los bienes donados, a efectos de computación e imputación, es el valor de los bienes a la muerte del causante —art. 654 y 818 del CC— o, por el contrario, el valor a tener en cuenta es el valor al tiempo de hacer la liquidación y partición —art. 1045 del CC—. Y menos en Derecho catalán, donde el valor de los bienes donados a estos efectos es el valor que tengan al tiempo de la muerte del causante —arts.451-5 letra c) y 451-7—, y en iguales términos para la colación.

Hecha esta salvedad, procede efectuar las operaciones de computación e imputación: para entender estas operaciones es preciso partir de la idea que se trata solo de una operación contable para determinar la oficiosidad o no de las donaciones a Paula y Pedro. No estaremos en una operación de reparto ni de adjudicación de la legítima.

En este caso concreto tenemos que son tres los hijos, pero solo Paula y Pedro han recibido donaciones de su padre Antonio; estas donaciones se imputan, primero al tercio de legítima estricta, después al tercio de libre disposición, y, después, al tercio de mejora. Por lo que resulta que son oficiosas y por tanto no corresponde realizar reducción alguna.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Seguidamente habrá de procederse de forma ordinaria, se otorgará la correspondiente Acta de declaración de herederos, de la que resultan ser los únicos herederos por partes iguales, Paula, Pedro y Víctor; a quienes corresponderá aceptar la herencia y la consiguiente partición.

Ahora bien, los tres hijos son legitimarios, y dos de ellos, Paula y Pedro han recibido donaciones, por lo que procede colacionar las mismas a la herencia, de conformidad con los arts. 1035 y ss. del CC.

Veíamos que el caudal relicto tenía un valor de 3 y el valor de la donación a Paula también lo era de 3 y a Pedro también de 3; por tanto, el importe total a partir y colacionar son 9. Al ser tres los hijos y herederos por partes iguales, corresponden a Paula 3, a Pedro 3 y a Víctor otros 3.

Ahora bien, de conformidad con el art. 1047 del CC el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido; por tanto, a Paula y Pedro no les corresponderá adjudicárseles nada, correspondiendo a Víctor los únicos bienes hereditarios existentes por un valor de 3.

Lo anterior demuestra que la colación presupone que las donaciones hechas por los ascendientes a los descendientes son en pago de la porción hereditaria, no de la legitima.

Veamos que sucede si Antonio hubiese fallecido, como es el caso, con vecindad catalana, y por tanto su sucesión, de conformidad con el art. 9.8 del CC, está sujeta al CCCAT.

Las donaciones a Paula Y Pedro se hicieron por Antonio cuando era de vecindad civil común (art. 10.7 del CC), sin embargo, Antonio fallece siendo de vecindad civil catalana, por lo que corresponde computar e imputar con arreglo al CCCAT.

Antes hemos visto que del juego de los arts. 451-5 y 451-8 del CCCAT no corresponde computar, y por tanto imputar y consiguientemente tampoco colacionar (art. 464-17 del CCAT), aquellas donaciones puras que excedan de 10 años. Por lo que la única operación pendiente que quedará será la partición hereditaria entre los tres hermanos, que tendrán que repartirse por partes iguales los bienes hereditarios, que al tener un valor de 3, corresponde 1 a cada uno de los tres hermanos.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Así resulta, que mientras que en Derecho común Víctor habría recibido 3, que constituye el único caudal relicto y Paula y Pedro nada, pues ya recibieron sus donaciones por valor de 3 cada uno de ellos; por el contrario, y por el cambio de vecindad civil de Antonio, Víctor recibirá un valor de 1, Pedro un valor de 1 y Paula también un valor de 1 en los bienes relictos; por lo que al final Paula y Pedro reciben un total de 4 cada uno de ellos y Víctor solo 1 en total.

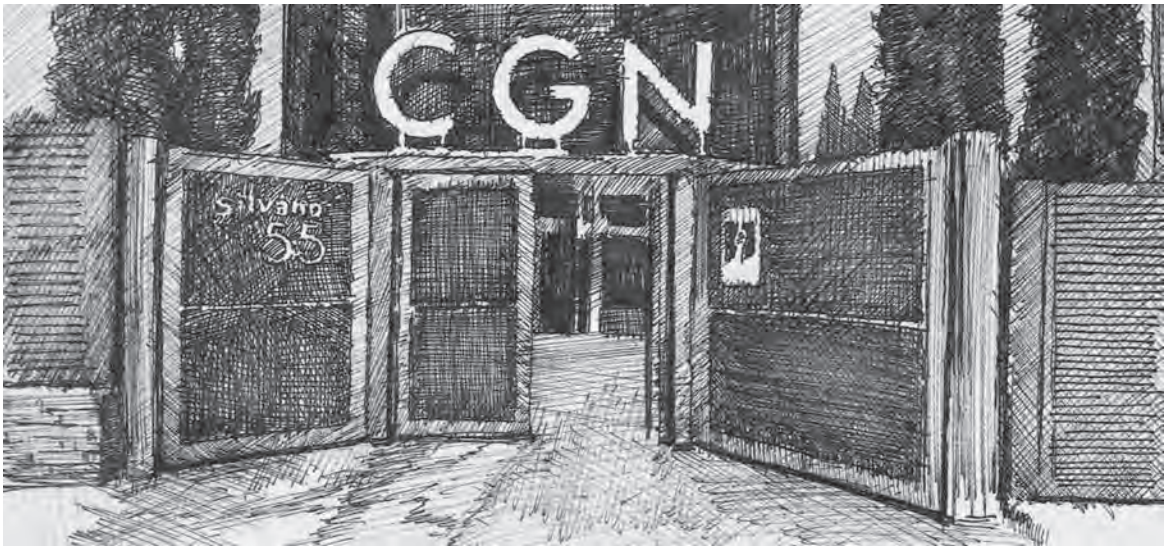
Con este ejemplo es evidente la distorsión que produce el cambio de vecindad civil en la unidad del proceso sucesorio, pues difícilmente es explicable que estuviera en la voluntad del donante que Paula y Pedro recibieran 4 veces más que Víctor.

A mi modo de ver, lo anterior obliga a un replanteamiento del juego de la vecindad civil en relación a los derechos especiales o forales. Y es que la primera causa que produce esta distorsión viene motivada porque, si bien las normas de Derecho interregional son las mimas que las de Derecho internacional privado (art. 16 del CC), sin embargo, la vecindad civil no se adquiere del mismo modo que se adquiere la nacionalidad, y de manera especial, no se contempla en la nacionalidad el supuesto de adquisición automática de vecindad civil por residencia continuada de 10 años, a la que se refiere el art. 14.5 2º del CC.

Dado el desarrollo del estado autonómico y las competencias dadas a las Comunidades Autónomas, de conformidad con el art. 149.1.8 de la CE, no parece posible abordar un cambio en las reglas de adquisición de la vecindad civil; por lo que para corregir las distorsiones que se producen sea más fácil cambiar los puntos de conexión y hacerlo de la misma manera que en los RUE; adoptando como punto de conexión la residencia habitual y permitiendo, en los casos de Derecho sucesorio, la professio iuris. O lo que es lo mismo, modificar el art. 9.8 del CC tal como se ha hecho con el art. 9.4 del CC para la filiación y la patria potestad; o en el art. 9.6 del CC para las personas con discapacidad.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Derecho fiscal



Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

EL VALOR DE REFERENCIA ¿NO EXISTÍA OTRA SOLUCIÓN LEGAL?

THE REFERENCE VALUE WAS THERE NOT ANOTHER LEGAL SOLUTION?

Antonio Martínez Lafuente
Abogado del Estado
Doctor en Derecho

Resumen: Análisis y comentario a las modificaciones introducidas en la normativa de los impuestos patrimoniales por efecto de la Ley 11/2021, de 9 de julio por la cual se modificó en la base imponible del tributo el conocido como "valor real" por "valor de referencia".

Palabras clave: Impuestos patrimoniales; Valor de referencia; Valor real; Valor de mercado.

Abstract: Analysis and commentary on the modifications introduced in the regulations on property taxes as a result of Law 11/2021, of July 9, by which the tax base of the tax was modified to what was known as "real value" for "reference value".

Keywords: Property taxes; Reference value; Real value; Market value.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

1. Son conocidos por los diversos aplicadores del Derecho, y sin duda por los lectores de esta breve nota, las modificaciones introducidas en la normativa de los impuestos patrimoniales por medio de la **Ley 11/2021, de 9 de julio**, al modificarse la base imponible del tributo que procede del conocido y reiterado en diversas normas "valor real"[1] sustituyéndose por el "valor de mercado".

El Preámbulo de la Ley recuerda que:

"*El Tribunal Supremo ha manifestado que no existe un valor real, entendido éste como un carácter o predicado ontológico de las cosas, y ha establecido como doctrina jurisprudencial que, cuando exista un mercado de los bienes de que se trate, el valor real coincide con el valor de mercado*".

Y conforme a ello se modifican las Leyes reguladoras del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de Patrimonio y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al objeto de sustituir la expresión "valor real", por el nuevo concepto que procede de la normativa reguladora del Catastro Inmobiliario[2] y que se introdujo por la **Ley 6/2018, de 3 de julio,** de Presupuestos Generales del Estado para dicho año.

2. En el mismo Preámbulo se mencionan las razones determinantes de la conflictividad existente en la comprobación de valores de los impuestos patrimoniales al exponer con referencia al parecer del Tribunal Supremo que:

[1] La expresión trasciende del ámbito de lo fiscal, y, así, Gómez de la Serna, comentando el artículo noveno de la primera Ley Hipotecaria, expuso: "No ha usado la Ley la palabra precio sino la de valor", en sus *Comentarios* a la citada Ley. Imprenta de la Revista de Legislación. Volumen I (1862).

[2] Su regulación se encuentra en el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por *Real Decreto Legislativo, 1/2004 de 5 de marzo*; véase "La nueva configuración legal de la base imponible en los impuestos patrimoniales. El valor de referencia", de Lasarte López, en la *Revista Tributos Locales*, nº 153 (2021).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "*Por otra parte, este mismo órgano, en recientes pronunciamientos, entre ellos la Sentencia 843/2018, de 23 de mayo de 2018, ha determinado que el método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes*[3], *que recoge la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complemente con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo, lo que dificulta en gran medida la facultad comprobadora de la Administración Tributaria; esta dificultad se añade a la ya existente respecto de otros medios de comprobación de valores, como es el caso de la que se realiza mediante dictamen de peritos, sobre la que el Tribunal Supremo exige una comprobación in situ*[4], *con visita del inmueble en cuestión, requisito exigido en diversas Sentencias, entre las que cabe citar la 5306/2015, de 26 de noviembre de 2015*".

3. De acuerdo con ello se modifica la regulación de la base imponible en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pasando a tener el artículo décimo del *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*, aprobatorio del Texto Refundido del Impuesto la siguiente redacción:

> "1. La base imponible está constituida por el *valor* del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda; únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca; a efectos de este impuesto, salvo que resulte de aplicación alguna de las reglas contenidas en los apartados siguientes de este artículo o en los artículos siguientes, *se con-*

[3] Me remito al autorizado parecer de la Profesora Pérez-Piaya Moreno, en "La determinación del valor de un bien inmueble mediante el valor catastral multiplicado por un coeficiente; comentarios tras la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de *23 de mayo, 5, 13 y 19 de junio de 2018*", en la revista *Quincena Fiscal*, nº 15 (2018).

[4] Véase lo expuesto por Huesca Boadilla, en "A vueltas con la necesaria comprobación personal y directa por el perito de la Administración cuando se utiliza el medio de comprobación del artículo 57.1.e) de la Ley General Tributaria", en la revista *Boletín de información Tributaria*, nº 254 (2020).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> *siderará valor de los bienes y derechos su valor de mercado*; no obstante, si el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o ambos *son superiores* al valor de mercado, la mayor de esas magnitudes se tomará como base imponible; se entenderá *por valor de mercado el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas*.
>
> 2. En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el *valor de referencia* previsto en la normativa reguladora del Catastro Inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto; no obstante, si el valor del bien inmueble declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada, o ambos *son superiores a su valor de referencia, se tomará como base imponible la mayor de estas magnitudes*".

Dos preceptos han sido objeto de la nueva regulación en coordinación con lo ya expuesto; y así se da nueva redacción al artículo compresivo de la base imponible, en la modalidad gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados que también han sido objeto de abundante y conocida conflictividad[5], siendo la nueva regulación la siguiente:

> "Cuando la base imponible se determine en función del *valor de bienes inmuebles*, el valor de estos no podrá ser inferior al determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de este Texto Refundido".

Además, se da nueva redacción al artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores, Texto Refundido aprobado por *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre*, relativo a aquellos supuestos en que la trasmisión de valores[6] tributa como transmisión de bienes inmuebles a cuyo tenor:

> "En el caso de *bienes inmuebles*, los valores netos contables se sustituirán por los valores que deban operar como base imponible del impuesto en cada caso, conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Do-

[5] Me he ocupado de ello en "Tributación de los documentos notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados", en la revista *Boletín de Información Tributaria*, nº 260 (2021).

[6] Me referí a ello en "Tributación de la trasmisión de valores. Últimas precisiones jurisprudenciales", en la revista *Notarios y Registradores*, (2021).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> cumentados, aprobado por el *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*".

3. Por último, la tradicional comprobación de valores queda reducida a aquellos supuestos en que no sea de aplicación el "valor de referencia" del mercado, al indicarse en la nueva regulación del art. 46 del Texto Refundido que:

> "La Administración *podrá comprobar* el valor de los bienes y derechos transmitidos o, en su caso, de la operación societaria o del acto jurídico documentado, *salvo* que, en el caso de *inmuebles*, la base imponible sea su *valor de referencia* o magnitud superior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de este Texto Refundido".

4. El nuevo sistema de fijación de la base imponible en el tributo que se examina goza de relevante complejidad y es previsible que la conflictividad no mengüe[7], si bien ahora no nos corresponde realizar juicios proféticos aunque del todo punto previsibles, sino atender a las palabras con las que se titula este breve comentario, y ocuparnos de si no había otras alternativas al respecto.

5. Ante todo, procede descender a la realidad y tener a la vista que toda la nueva regulación guarda relación directa con la transmisión de inmuebles a título de compraventa, apareciendo dos modalidades contractuales, a saber la que guarda relación con la venta procedente del promotor y la que se lleva a cabo entre particulares; si se puede descender aún más hablaríamos de vivienda -nueva, y de vivienda usada o de segunda mano.

Pues bien, y con relación a lo expuesto, tenemos que recordar que la primera venta de edificaciones procedente del promotor inmobiliario, se encuentra no sujeta al Impuesto, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 7, apartado quinto, del Texto Refundido del Impuesto, que en la redacción procedente de la *Ley 11/ 2021, de 9 de julio*, dispone que:

[7] Véase "La impugnación del valor de referencia" de Marín-Barnuevo y Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros, en la *Revista Técnica Tributaria*, nº 134 (2021) y "Análisis constitucional e impugnación del valor de referencia", del Profesor Varona Alabern, en *Quincena Fiscal*, nº 9 (2022).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> "*No estarán sujetas* al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» regulado en el presente título las operaciones enumeradas anteriormente cuando, con independencia de la condición del adquirente, *los transmitentes sean empresarios o profesionales* en el ejercicio de su actividad económica y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetos a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de un patrimonio empresarial o profesional, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido".

Ello significa que por estas operaciones de venta, la tributación se producirá por el Impuesto sobre el Valor Añadido, quedando la base imponible referida al importe total de la contraprestación, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 78 de la *Ley 37/1992, de 28 de diciembre*, Reguladora de dicho Impuesto[8], a menos que, claro está, no sea de aplicación el supuesto de exención al que se refiere el artículo 20. Uno.22 de la ley, en el último lugar citado referente a la segunda y ulteriores entregas de edificaciones, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación, con las precisiones legales en torno a lo que se entiende como "primera entrega", y de la denominada, "renuncia a la exención" a que se refiere el apartado Dos del art. 20 de la Ley Reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido al objeto de mantener la tributación por dicho gravamen.

Es decir, que existe un importante volumen de operaciones inmobiliarias que *no toman como base imponible el valor de la referencia* en el mercado sino la contraprestación o precio de la compraventa, conclusión que se extiende al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, que se proyecta so-

[8] Ello ya fue anticipado por la normativa del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, pue así se desprende de la *Ley 41/1980, de 5 de julio*, de Medidas Urgentes de apoyo a la vivienda.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

bre las primeras ventas sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, según se desprenden del artículo 30 del *Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993*.

6. Pero al margen de ello, en la segunda venta de edificaciones o si se prefiere y en lenguaje coloquial en la venta de pisos "de segunda mano", habrá supuestos en que tampoco será considerada base imponible el "valor de referencia", porque como ya se ha expuesto en las líneas precedentes y ahora se reitera, que en la nueva normativa, y con remisión a lo ya regulado[9] con anterioridad se expone que:

> "No obstante, si el valor declarado por los interesados, el *precio o contraprestación pactada o ambos son superiores* al valor de mercado, la mayor de esas magnitudes se tomará como *base imponible*".

O sea, que de un régimen objetivo de estimación de la base imponible, se pasa a un sistema de estimación directa cuando el precio o contraprestación es superior al ya citado "valor de referencia".

7. La desconfianza con el precio declarado en las escrituras públicas de compraventa, indujo a la introducción en el Ordenamiento Tributario de una ficción de donación[10] derivada de la comprobación valores; esta expresión, acuñada por un destacado Tributarista[11] se aplicó a un supuesto singular conocido con coloquial referencia como "ley de tasas"; en efecto la Disposición Adicional Cuarta de la *Ley 8/1989, de 13 de abril,* de Tasas y Precios Públicos, expuso:

> "Cuando en las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos, el valor comprobado a efectos de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de este y dicho exceso sea superior a *2.000.000 pts.,* este último sin perjuicio de la tributación que corresponda por la modalidad expresada, tendrá para el transmitente

[9] Me remito a lo que he dejado expuesto en mi *Manual del Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Editorial Marcial Pons, quinta Edición (1997).

[10] Sigo mi monografía "Los actos y negocios gratuitos ante el Sistema Tributario", revista *Impuestos,* Volumen II (2009).

[11] Me refiero al Profesor Pérez de Ayala, y a su conocida monografía *La ficción en el Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero (1970).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

> y para el adquirente *las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo*[12].

El precepto vino, por tanto, a establecer una presunción *iuris et de iure* de defraudación en aquellos casos en los que las partes habían declarado un valor inferior en más de un 20 por 100 al comprobado por la Administración Tributaria como valor real, otorgando, en consecuencia, un mismo tratamiento a comportamientos de muy diversa naturaleza; es decir, y para evitar el fraude fiscal que se produce o podría producirse en uno de los tributos que gravan las transmisiones onerosas *inter vivos*, la ley se limitó a establecer un tope a partir del cual las diferencias entre el valor comprobado y el declarado, amén de las consecuencias tributarias previstas con carácter general en el Ordenamiento Tributario para tales negocios jurídicos, llevarán aparejada un agravamiento fiscal; la norma ni estableció excepciones, ni tuvo en consideración las razones por las que existían las diferencias de valor.

Por otra parte, el precepto estableció la *ficción* de la existencia de un acto de liberalidad; en efecto, por el solo hecho de que se hubiera consignado un valor en el documento que reflejaba la transmisión sensiblemente inferior al valor comprobado por la Administración Tributaria, fingía sin admitir prueba en contrario, que el transmitente había donado al adquirente una cantidad equivalente al exceso comprobado y, en consecuencia, gravaba dicha operación como si de una transmisión a título lucrativo se tratase; esto es, establecía la *ficción* de que cuando en la transmisión onerosa de un bien o derecho se declaraba un valor inferior en cierta cantidad al valor real, se había producido la donación de parte del bien transmitido, y, además, gravaba esa diferencia entre el valor declarado por las partes y el comprobado por la Administración Tributaria, no solo como una transmisión a título lucrativo, sino también como transmisión a título oneroso; es decir, *gravaba una misma adquisición o, más exactamente, un tramo de la misma, el equivalente al exceso comprobado, como una donación y como una compraventa*".

[12] El precepto fue incorporado al art. 14 (7) del *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*, por el que se aprobó el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, refiriéndose también al mismo el art. 44 (6) de la *Ley 18/1991, de 6 de junio*, Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La doctrina y la Jurisprudencia ya habían expuesto su parecer contrario a dicha norma, hasta que el Tribunal Constitucional en Sentencia *194/2000, de 19 de julio*, anuló el precepto, indicando entre otras cosas que:

> "Pero carece de toda justificación razonable y resulta por tanto arbitrario fingir que una misma transmisión de una porción de bien o derecho, la correspondiente a la diferencia entre el valor declarado y el comprobado, ha tenido lugar simultáneamente de forma onerosa y gratuita. Dicho de otro modo, es del todo imposible que haya existido a la vez más de una transmisión y, por tanto, más de una riqueza imponible, o bien ha tenido lugar una donación de parte del bien o derecho transmitido, en cuyo caso puede hacerse tributar al adquirente conforme a las transmisiones lucrativas, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para las personas físicas e Impuesto sobre Sociedades para las personas jurídicas, o bien ha tenido lugar una compraventa, permuta, o cualquier otro negocio oneroso, en cuyo caso podrá exigírsele el gravamen correspondiente a las transmisiones onerosas por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. *Fingiendo* a efectos tributarios que han existido simultáneamente dos transmisiones distintas, es evidente que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos *está gravando,* junto a una manifestación real de riqueza, la que se ha evidenciado con el verdadero negocio jurídico realizado, compraventa u otra transmisión a título oneroso, *una riqueza inexistente,* ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del principio de capacidad económica constitucionalmente reconocido".

En consecuencia, la ficción de donación está en contra del principio constitucional de capacidad económica[13], y ello condujo a declarar nulo e inaplicable el precepto por ser contrario a la Constitución[14].

[13] Sobre el citado principio, véase la monografía del Profesor Herrera Molina, Capacidad económica y Sistema fiscal. Análisis del Ordenamiento español a la luz del Derecho alemán, Editorial Marcial Pons (1998).

[14] En cambio sí se admiten las "rentas potenciales"; así lo entiende la Sentencia del Tribunal Constitucional *295/2006, de 11 de octubre*, que expuso: "Ya en este punto es de señalar que los rendimientos de los inmuebles urbanos que contempla el precepto cuestionado integran la manifestación de una capacidad económica que si bien no deriva de una renta real no hay un ingreso efectivamente producido, sí conecta con una *renta potencial*, cabe razonablemente entender que, en la medida en que tales inmuebles son susceptibles de generar un rendimiento al que renuncia su titular el que podría obtener mediante su arrendamiento; estamos ante una *renta potencial susceptible de ser sometida*

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

8. La actual aplicación del "valor de referencia" que sustituye, si es superior a la contraprestación pactada, responde a las técnicas de superación de la desconfianza; pero ello no tiene excesivo sentido puesto que en la propia *Ley 11/2021, de 9 de julio*, se modifica la normativa reguladora del Catastro Inmobiliario, contenida en el *Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo*, quedando su Disposición Final Tercera, redactada en los siguientes términos:

> "La Dirección General del Catastro determinará de forma objetiva y con el límite del valor de mercado, a partir de los datos obrantes en el Catastro, el valor de referencia, resultante del análisis de los *precios comunicados por los fedatarios públicos* en las compraventas inmobiliarias efectuadas"[15].

Luego, si se cuenta con la información proporcionada por los fedatarios públicos para determinar el "valor de referencia", ¿por qué se acude a un complicado procedimiento para llegar a dicho valor, cuando los Notarios proporcionan los datos relativos a las contraprestaciones obtenidas para llegar a tal fin?

Debe recordarse, además, y es obvio para los destinatarios del presente apunte, que el artículo 24 de la venerable *Ley de 28 de mayo de 1862*, en la redacción procedente de la *Ley 11/2021, de 9 de julio*, dispone que: "En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles *se identificarán*, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, *los medios de pago empleados por las partes*. A

a imposición por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de la misma manera que en relación con el impuesto andaluz de tierras infrautilizadas hemos afirmado que la renuncia a obtener el rendimiento óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial, Sentencia del Tribunal Constitucional *37/1987, de 26 de marzo*".

[15] La Orden Ministerial *HFP /1104/2021, de 7 de octubre,* por la que se aprueba el factor de minoración aplicable para la determinación de los valores de referencia de los inmuebles; índice que: "El valor de referencia es el determinado por la Dirección General del Catastro como resultado del análisis de los precios de todas las compraventas inmobiliarias que se realizan ante fedatario. Así, el valor de referencia de los inmuebles se determinará, anualmente, por aplicación de módulos de valor medio, basados en los precios de todas las compraventas de inmuebles efectivamente realizadas ante fedatario y obtenidos en el marco de informes anuales del mercado inmobiliario, en función de las características catastrales de cada inmueble".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario *deberá incorporar la declaración previa del movimiento* de los medios de pago aportados por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado"[16].

9. De todo lo expuesto se desprende a mi entender una conclusión, y es que el "valor de referencia" no mejora, sino que complica, la gestión tributaria; podría haberse regulado que *en todo caso* la base imponible en las transmisiones onerosas de bienes inmuebles ya se trate de ventas procedentes de promotores o entre particulares vendría configurada por el *precio o contraprestación* lo que igualaría todos los supuestos de transmisión; solo se excluirán las transmisiones patrimoniales a título de herencia o donación, pues en las mismas no existe una relación con el mercado[17]; en estos supuestos, bien podría la base imponible configurarse con referencia al valor catastral con aplicación de los coeficientes que procedan, una vez superadas las objeciones de la Jurisprudencia Suprema ya conocidas.

[16] Téngase en cuenta, además, que la *Ley 11/2021, de 9 de julio*, ha modificado la *Ley 7/2012, de 29 de octubre*, que a partir de ahora dispone que: "No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a *1.000 euros*, o su contravalor en moneda extranjera. No obstante, el citado importe será de *10.000 euros*, o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional".

[17] Recuérdese que el actual artículo décimo del Texto Refundido del Impuesto dispone que: "Se entenderá por *valor de mercado*, el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas".

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE LOS TRABAJOS DE LA RJN

- Los trabajos remitidos a REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO (en adelante, RJN) para su publicación habrán de ser **originales** e **inéditos**.
- **Envío**: los trabajos serán enviados a revistajuridica@notariado.org, debiéndose indicar, junto al nombre completo del autor, NIF y domicilio fiscal del mismo.

  Los trabajos han de cumplir con los **siguientes criterios**:

  a) **Extensión de los trabajos:** Se premiará ante todo la calidad y el interés del texto, pero con carácter orientativo se indica que como máximo los estudios doctrinales tendrán una extensión de unas 40 páginas, y los artículos de práctica jurídica de 15 páginas.

  b) **Formato del archivo:** Word.

  c) **Fuente y párrafo:**

  - Tipo de letra: Times New Roman.
  - Estilo: sin negritas ni subrayados.
  - Tamaño de letra: 12 (texto principal) y 10 (notas).
  - Interlineado: sencillo.

  d) **Estructura**. Todos los trabajos enviados para su publicación habrán de contener, al inicio de los mismos, los siguientes datos en el orden que a continuación se relaciona:

  i. **Título** del trabajo (en español y en inglés).

  ii. **Autoría**: nombre y apellidos del autor/es y grado académico o situación profesional.

  iii. **Resumen** del artículo en castellano (entre seis y ocho líneas).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

iv. **Resumen** del artículo en inglés (*abstract*).

v. **Palabras clave** en castellano (de 5 a 10 palabras).

vi. **Palabras clave** en inglés (*keywords*).

vii. **Sumario**, según la siguiente numeración y fuente:

I. (en mayúscula y negrita)

1. (en minúscula y negrita)

1.1. (en minúscula y negrita)

1.1.1. (en minúscula y negrita)

El último apartado será la **Bibliografía**, que deberá contener las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente por el primer apellido del autor y según la forma establecida en el apartado siguiente.

e) Las **notas** se situarán a pie de página, debiendo atenderse, en las **referencias bibliográficas**, los siguientes criterios:

Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), *T*ítulo *de la obra (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año.

Capítulo de Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "Título del capítulo" (entre comillas), en: apellidos e inicial del nombre (ed./dir./coord.), *título del libro (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año, pp. inicial y final.

Artículo:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "Título del artículo" (entre comillas), en: *título de la revista (en cursiva)*, número de la revista, año, pp. inicial y final.

Documento electrónico:

A lo indicado en los puntos anteriores (según sea libro, capítulo de libro o revista), deberá indicarse: [consultado el (fecha de la consulta)], dispone en (dirección URL).

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

El Consejo Editorial de la RJN rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación indicadas.

- **Selección y valoración**: Los trabajos recibidos son sometidos a un proceso de evaluación y selección anónimo y llevado a cabo por dos especialistas en la materia, externos al Consejo Editorial y de Redacción, quienes elaborarán un informe, redactado en el idioma en que lo esté el original, sobre su contenido.

  El informe de los evaluadores será motivado y recomendará la aceptación, la revisión o el rechazo del trabajo. En caso de discrepancia, el Consejo Editorial de la revista procederá a consultar a un tercer evaluador experto, quien emitirá un tercer informe decisorio.

  Los informes de los evaluadores serán remitidos a los autores a fin de que éstos procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

  La decisión final sobre la publicación de los trabajos corresponde al Comité Editorial, una vez vistos los informes de los evaluadores.

- **Cesión de derechos**: El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la RJN en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org

Con licencia para Jorge Muñoz a 11/12/2024. Correo electrónico: soportetecnico@fundacionnotariado.org