

TEMAS

Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria

3.^a Edición

Julio Banacloche Palao



III LA LEY

TEMAS

Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria

3.^a Edición

Julio Banacloche Palao

© Julio Banacloche Palao, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.laley.es>

Tercera edición: octubre 2023

Depósito Legal: M-29720-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19905-01-7

ISBN versión electrónica: 978-84-19905-02-4

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

Printed in Spain

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

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

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

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

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

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

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

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

La Disposición final 1ª de la LJV modifica algunos otros preceptos del CC para sustituir la referencia a la autorización judicial, a la declaración de herederos o a las costas (arts. 1024 y 1033 CC), pero no modifica en esencia el nuevo procedimiento notarial que, en nuestra opinión, es más rápido y efectivo que el judicial previsto en la anterior legislación.

7. PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE PRESENTACIÓN, ADVERACIÓN, APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS

I. Para entender el funcionamiento de este procedimiento, es necesario previamente acercarnos a la normativa civil acerca del testamento a que hace referencia.

Es en el art. 680 CC donde se define qué se entiende por testamento cerrado: «*cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto*». Es un tipo de testamento común, según señala el art. 676 II CC, junto al ológrafo y al abierto. Por su parte, el art. 706 CC, primero de los dedicados a esta clase de testamentos, señala los requisitos para su validez: que sea escrito, que esté firmado (al final si es manuscrito o en cada hoja y al acabar si está escrito en forma mecánica o por un tercero), y que consten salvadas las enmiendas o tachaduras antes de la firma. Asimismo, se exige que el escrito se halle en cubierta cerrada y sellada, que se presente a un notario, que el interesado declare ante aquél que ahí se contiene su última voluntad, y que el notario le identifique claramente y admita su capacidad para testar. Posteriormente se levanta acta, a la que se incorpora el testamento, y firma el notario autorizante, el testador y si se considera necesario, dos testigos (art. 707 CC)⁽¹¹⁸⁾.

(118) A este respecto, sigue vigente lo dicho por una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1943, que declara nulo un testamento porque el notario no hizo constar que se habían cumplido *concretamente* las formalidades legales establecidas: «*el fedatario nada dice, en el pliego o plica de que se trata y según la transcripción que de ella se hace en el testimonio unido a los autos, de conocer al testador o haber cumplido los requisitos de los aludidos artículos, y adopta una expresión poco clara en cuanto a la dación de fe del cumplimiento de las formalidades legales del repetido artículo 707, pues no hace mención concreta y específica de algunas de las que dicho precepto detalla, entre ellas las fundamentalísimas de las reglas primera y cuarta, relativas, la una a poner el papel que contenga el testamento dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta, y la otra, a extender el Notario sobre la cubierta del testamento la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, ya que se limita el autorizante del testamento del señor N. M., con una fórmula genérica y en cierto modo equívoca, a expresar que da fe "de observar las formalidades legales y de todo lo demás contenido aquí"*».

A continuación, el notario entrega el testamento al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento (art. 710 CC). El testador puede hacer varias cosas: guardar él mismo el testamento, o dárselo a un tercero, o confiárselo al propio notario, en cuyo caso éste le dará un recibo y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota (art. 711 CC).

El procedimiento como tal se inicia, como es lógico, una vez producido el fallecimiento del testador. Se trata primero de disponer físicamente del testamento (presentación), comprobar que es efectivamente el realizado ante notario (adveración), leer cuál es el contenido de la voluntad del difunto (apertura), y archivar definitivamente dicho testamento para que conste en el futuro (protocolización).

Con anterioridad a la LJV, el art. 712 CC y los arts. 1956 y siguientes de la LEC de 1881 atribuían la competencia para conocer de todas estas actuaciones al «Juez competente»; a partir de ahora, será el notario —en exclusiva, sin compartir esta función con el Letrado de la Administración de Justicia— a quien corresponda realizar todas las operaciones de validación de un testamento cerrado.

II. El procedimiento que debe seguirse se enuncia en el art. 712 CC (que tiene nueva redacción contenida en la Disposición final 1ª de la LJV), y posteriormente se desarrolla con más detalle en los arts. 57 a 60 de la Ley del Notariado (todos ellos de nueva creación).

Comenzando con la fase de presentación del testamento cerrado, según el art. 712 CC hay que distinguir dos situaciones: que el testamento cerrado lo tenga una persona distinta del notario, en cuyo caso ésta «*deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador*» (apartado 1 del precepto); o que lo tenga como depositario el propio notario —lo que hemos señalado que resulta perfectamente posible, e incluso frecuente—, lo que implica que éste deba «*comunicar, en los diez días siguientes a que tenga conocimiento de su fallecimiento, la existencia del testamento 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*» (apartado 2 del precepto). Es decir, se comunica tal circunstancia a todos los que pueden tener interés en una sucesión abintestato, que no se va ya a producir.

También añade el apartado 3 del precepto que, si en ambos supuestos, «se desconoce la identidad o domicilio de estas personas, o si se ignorase su existencia, el Notario deberá dar la publicidad que determine la legislación notarial» (que se establece en el art. 57.4 de la Ley del Notariado). Por supuesto, el incumplimiento tanto del deber de comunicación como del deber de presentación del testamento cerrado por quien lo tenga en su poder como por el notario, «le hará responsable de los daños y perjuicios causados». Pero este último caso además le puede suponer al tercero la pérdida de todo derecho a la herencia, tanto si lo tuviere como heredero abintestato o si fuera como heredero o legatario por testamento, siempre que se pruebe que ha actuado dolosamente (art. 713 CC).

El art. 57.1 de la Ley del Notariado completa la referencia a quién es el «Notario competente» a que alude el art. 712.1 CC: «la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente». Es decir, que no tiene que conocer de este procedimiento necesariamente el notario que autorizó el testamento cerrado (como se pone de relieve claramente con la referencia contenida en el art. 58.1 de la Ley del Notariado), ni siquiera quien lo tiene depositado, sino el del lugar del último domicilio del causante o donde tenga todo su patrimonio.

En cuanto a la legitimación para la promoción del procedimiento, el apartado 2 del art. 57 de la Ley del Notariado se lo permite a todo aquel que crea tener un interés en el testamento, incluso aunque no sea familiar del testador (pero puede ser un heredero o legatario). De ahí que, si transcurridos diez días desde el fallecimiento del otorgante, el testamento no fuera presentado conforme a lo previsto en el Código Civil, «cualquier interesado podrá solicitar al Notario que requiera a la persona que tenga en su poder un testamento cerrado para que lo presente ante él. Deberán acreditarse los datos identificativos del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias. Si fuese extraño a la familia del fallecido, además, deberá expresar y acreditar en la solicitud la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento».

Pero el apartado 3 también plantea un caso distinto: el del mero depositario del testamento cerrado, que lo presenta y entrega al notario, como le exige la ley, pero no quiere continuar asumiendo las demás fases del procedimiento (adveración, apertura y protocolización). Entonces el notario ha de requerir *«a quienes pudieran tener interés en la herencia, de acuerdo con lo manifestado por el compareciente, y, 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. Cuando cualesquiera de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, el Notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial»*.

Cuando se desconozca la identidad o el domicilio de estas personas, el notario debe publicitar el procedimiento *«en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes»* (art. 57.4 de la Ley del Notariado). Si transcurren tres meses desde los requerimientos o desde la última exposición del anuncio y nadie ha promovido el expediente, éste se archiva, sin perjuicio de reanularlo a solicitud de cualquier interesado (art. 57.5 de la Ley del Notariado).

III. Finalizada la fase de presentación, y suponiendo que alguien se haya personado ante el notario para promover el expediente (el propio sujeto que presenta el testamento u otro interesado), se pasa a la etapa de la adveración, que consiste, según el art. 58.1 de la Ley del Notariado, en que el notario competente: 1) acredite el fallecimiento del testador; 2) cite para la fecha más próxima posible al notario autorizante del testamento (si fuera distinto al que está conociendo del procedimiento); y 3) cite, en su caso, a los testigos instrumentales que hubieran intervenido en el otorgamiento (que, como ya señalamos, no son siempre necesarios).

La finalidad de la citación es que los testigos comparezcan en la Notaría para examinar el pliego cerrado y declarar, bajo juramento o promesa, *«si reconocen como legítimas la firma y rúbrica que con su nombre aparecen en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma»* (art. 58.2 de la Ley del Notariado). Si no compareciere algún citado y se considerara necesario comprobar sus firmas, el notario puede ordenar el cotejo de



El libro que ahora tienen en sus manos desarrolla el régimen jurídico-procesal de la jurisdicción voluntaria en España, establecido en la Ley 15/2015, de 2 de julio. En él se abordan tanto las cuestiones relativas a la doctrina general sobre esta institución —haciendo especial hincapié en el procedimiento genérico por el que se tramitan la mayor parte de los expedientes—, como al estudio de los distintos procedimientos que allí se regulan bien de forma directa (en su texto propio) o indirectamente (incorporados a otros textos, como el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria). También se explican los procedimientos notariales contenidos en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. De esta manera, encontramos en la obra el análisis de la nueva normativa sobre, entre otros, los expedientes de adopción, nombramiento de tutor o defensor judicial, adveración de testamentos, declaración de herederos abintestato, disolución judicial de sociedades, expedientes de dominio y otros procedimientos relacionados con actuaciones registrales y notariales.

A esta tercera edición se ha añadido el estudio de los expedientes recientemente incluidos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria: los relativos a la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, el de cambio registral de sexo, y el que versa sobre las declaraciones judiciales sobre hechos pasados. Además, como en anteriores ediciones, se incluye el análisis de las principales resoluciones judiciales dictadas sobre cuestiones de jurisdicción voluntaria en estos años de vigencia de la Ley.

En definitiva, al hacer uso o manejar estos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria —Jueces, Letrados de la Administración de Justicia, Notarios, Registradores, Abogados y, en general, cualquier estudioso del Derecho procesal— conocerán, de manera accesible y ordenada, la teoría y la práctica que caracteriza a dicha institución en la actualidad

ISBN: 978-84-19905-01-7



9 788419 905017



ER-0280/2005



GA-2005/0100