

TRATADOS

Tratado de Derecho de Sucesiones

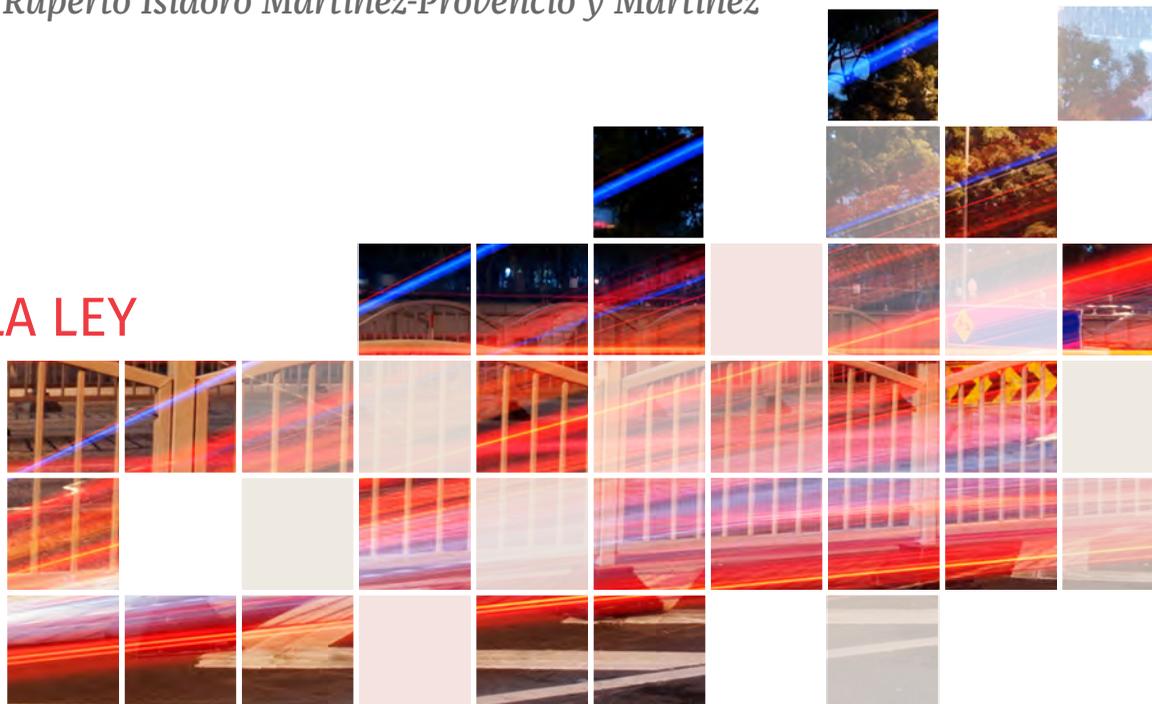
Común, foral, internacional y fiscal
(*Ab ovo usque ad mala*)

2.ª Edición

Tomo I

Ruperto Isidoro Martínez-Provencio y Martínez

■ LA LEY



Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo

TRATADOS

■ LA LEY

Tratado de Derecho de Sucesiones

Común, foral, internacional y fiscal
(*Ab ovo usque ad mala*)

2.ª Edición

Tomo I

Ruperto Isidoro Martínez-Provencio y Martínez

© **Ruperto Isidoro Martínez-Provencio y Martínez**, 2020
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Diciembre 2020

Depósito Legal: M-28956-2020
ISBN versión impresa Tomo I: 978-84-18349-80-5
ISBN versión electrónica: 978-84-18349-67-6
ISBN versión impresa obra completa: 978-84-18349-66-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, 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, Wolters Kluwer España, 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 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.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, 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.

INTRODUCCIÓN

Al opositor de Notarías

Lo primero, mi cariño y más profundo respeto al opositor de Notarías, a esa persona que toma la decisión de sacrificarse, de formarse, de renunciar a muchas cosas a cambio de dedicar mucho tiempo al noble estudio. Quiero ofrecerle mi ayuda en este libro.

Los «temas» se ajustan totalmente al programa de Notarías, pudiera pensarse que son demasiado «amplios», no obstante habrá que partir de dos premisas fundamentales:

1.^a Según la «capacidad» del opositor podrá decir más o menos.

2.^a Será el preparador o el propio opositor el que podrá ir «quitando», atendiendo a criterios puramente técnicos, personales y de tiempo.

La misión de esta obra es dar suficientes conocimientos y abordar desde lo más completo y profundo posible, el derecho de sucesiones (como nos dice la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1920*, «El testamento es el acto más importante de la vida del hombre en relación con el Derecho privado»), que es materia capital en la digna y leal función del Notario.

Los artículos que están en letra grande, son imprescindibles decirlos lo más literalmente posible, LO RESTANTE del texto es personal y dependerá, como se ha dicho, de la capacidad y de otros factores (tiempo, ...). Se ha intentado hacer bastantes apartados dentro de cada pregunta para no dormirse en su lectura, yendo al grano, puesto que son de muy fácil lectura-comprensión y deberá servir de pieza clave en el dictamen. La letra grande es la columna vertebral y la letra pequeña más bien como curiosidad que no es necesaria.

Los opositores que tengan ya sus propios temas aprendidos de academias, preparadores, encontrarán en este libro una ayuda a la hora de comprender, ampliar y actualizar sus temas.

El primer ejercicio oral (que versa esencialmente sobre derecho civil) no puede ser una monotonía, el tema a exponer debe de girar —a mi entender— sobre tres puntos esenciales: orden en la exposición, literalidad en los artículos y nivel jurídico.

Utilizar temas de bajo nivel (que abundan desgraciadamente bastante), puede hacer ineficaz el tiempo que costosamente se ha dedicado a preparar la oposición. Por eso se ha procurado profundizar lo más posible. El conocimiento profundo del derecho civil será el salvavidas del opositor y del futuro Notario.

Por último quiero dar ánimo y suerte a los opositores de notarías y que no se desilusionen nunca frente a la adversidad que muchas veces se presentará como un lobo que te muerde el corazón, pero al que se le vence con serenidad, confianza en sí mismo y sacrificio.

Al profesional

Se ha pretendido que el derecho de sucesiones no sea una materia oscura, sino al contrario, clara, directa, profunda, tocando todas las cuestiones importantes y con apoyo directo en bastante jurisprudencia mayor y menor.

En Bilbao, a seis de noviembre del 2012, San Severo.

I. TESTAMENTO OLÓGRAFO: REQUISITOS, FORMA Y PROTOCOLIZACIÓN

Historia

En el Derecho romano, en la Novela 21, 2, 1, que es atribuida a los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III, del año 446, fue donde se admitió claramente como forma ordinaria y escrita de hacer testamento, y después como especial, el testamento *parentum inter liberos* de la Novela 107, Título VIII, capítulo I, de Justiniano.

En el *Líber Iudiciorum*, el testamento ológrafo es una de las formas normales de testar, así, Libro II, Título V, Ley XIII, de *Olographis scripturis*, y la Ley VIII, Título XVIII, Libro X, de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, sin olvidar la Ley VII, Título I, de la Partida VI. Actualmente, y con esta denominación, es recogida en el artículo 970 del Código civil francés, parágrafo 2231, núm. 2, del B.G.B. alemán; artículo 505 del Código civil suizo, y en el artículo 602 del Código civil italiano.

Concepto

Dentro de los testamentos comunes, enumera el código civil, en primer lugar, el ológrafo, que podemos definir, conforme a los arts. 678 y 688, como la disposición de última voluntad que el testador mayor de edad escribe y firma por sí mismo expresando el año, mes y día en que lo hace.

RUIZ VADILLO entendía que se llama testamento ológrafo al que se otorga, sin ninguna otra intervención, por una persona mayor de edad, escribiéndolo por sí mismo todo él y firmándolo con expresión del año, mes y día de su otorgamiento.

Se ha considerado al testamento ológrafo como la expresión misma de la facultad de testar o testamentifacción activa (ROCA SASTRE, PUIG FERRIOL y BADOSA).

Ventajas e inconvenientes

Es tradicional destacar las ventajas e inconvenientes de este tipo de testamento. Entre las ventajas para el testador podemos citar la sencillez de su otorgamiento en cualquier momento y lugar, el hecho de que no entraña gasto y que es secreto, ya que no precisa la presencia de persona alguna.

Entre los inconvenientes debemos mencionar que la circunstancia que lo otorgue sólo el testador conlleva, por una parte, que adolezca evidentemente de asesoramiento jurídico y, por otra, que no plasme su voluntad con la suficiente claridad. El hecho de que sea secreto, que no se conozca su existencia, hace que

resulte muy fácil su destrucción, extravió o su falta de presentación para su protocolización, por lo que no puede compararse con la garantía que para el testador representa un testamento otorgado ante notario, de cuya existencia se tiene constancia (en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007 se plantea el hecho del descubrimiento de un testamento ológrafo que atribuía a la demandante la propiedad de la finca de la que había sido desahuciada como precarista por sentencia firme. El descubrimiento posterior a la sentencia que dictó el desahucio de un testamento ológrafo llevó al Supremo a decantarse por la revisión de la sentencia impugnada en base a la obtención de un documento tan decisivo para el pleito como lo era dicho testamento, del cual no disponía la parte que resultaba favorecida por el mismo).

Los autores suelen distinguir dos períodos o momentos en la normativa que el Código civil dedica a la forma ológrafa: el de confección y el de protocolización.

Requisitos y forma

Artículo 688.

«El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.»

Requisitos esenciales para su protocolización

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 8 de febrero de 2012 (rec. 469/2011, Ponente: Ilmo. Sr. Don Mauricio Muñoz Fernández) nos resume muy bien dichos requisitos, así nos dice que:

«La protocolización de un testamento ológrafo exige la realización de las siguientes actividades:

— Presentación del testamento al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento (art. 689 CC),

— acreditarse el fallecimiento del testador,

— "estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue",

— el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas,

— y la comprobación de su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.»

Decía el art. 688, según rezaba la publicación de la Gaceta de Madrid número 316, de 11 de noviembre de 1888, que «El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacer en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador antes de poner su firma».

La firma manuscrita tradicional, para SANTAMARÍA, tiene por objeto estas misiones principales: 1) Identificar a una persona; 2) proporcionar certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto o documento firmado; 3) vincular a esa persona con el contenido del documento, y 4) expresar la voluntad de conformidad con lo contenido en el documento.

Estos requisitos, como dijo ya la Sentencia del **Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1956**, «*tienen el carácter de esenciales en el otorgamiento de testamentos ológrafos, siendo indispensable su concurrencia para la validez de los mismos*».

Hay que tener en cuenta que aunque el Código Civil no lo dice claramente, salvo la mención que hace en su art. 891 a la mano propia del testador, la escritura lógicamente deberá ser de puño y letra del testador, así también como la habitual del testador, que no tendrá ninguna alteración o deformación.

Entiende ROCA SASTRE que no podrá utilizarse en ningún caso la escritura a máquina ni otro medio mecánico, así como tampoco instrumento alguno de reproducción, aunque sea de la escritura de puño y letra del testador. El empleo de la estenografía u otros signos distintos del alfabeto latino se considera admisible siempre que el testador los soliera usar en el grado necesario para que los testigos de que habla el art. 691 del código civil puedan tener el conocimiento suficiente para la delación que este artículo exige.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN Muñoz

«En el segundo motivo de este recurso de casación se entra en el verdadero fondo del asunto; se formula al amparo del art. 1692, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los arts. 1281, párrafo 2.º y 1282 del Código Civil sobre el elemento intencional de la declaración de voluntad, respecto al penúltimo párrafo de la **carta de fecha 27 de mayo de 1982** de la causante de la demandada (doña Julia F. P.) y de su esposo (don Andrés B. del V.) que dice literalmente así: "*Como queremos acabar de una vez y que nadie pueda decir fuimos sin conciencia, si no te dejásemos heredero por más, entonces y para ello, ordenamos mediante la presente que por nuestros herederos te sea entregada en compensación de todo, a nuestra muerte la cantidad de 500.000 ptas. o si prefieres las fincas siguientes: la casa del pueblo, Las Zajurdas, el Valle de Cadalso, los Valverdes, el cercado del Ejido y la Viña y creemos que de esta forma quedas compensado de todo lo que te debíamos. Veremos si quedas así conforme de una vez*".

El Juzgado de 1.ª Instancia calificó esta disposición como testamentaria que había sido revocada por un testamento abierto posterior. La sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, niega rotundamente que sea disposición testamentaria y mantiene decididamente que se trata de un reconocimiento de deuda, con posposición de la obligación de cumplir, es decir, pagar 500.000 ptas. o hacer la entrega de las fincas (en propiedad, indudablemente) tras su muerte y, evidentemente, por su heredera, la demandada y

recurrente en casación; cuya obligación de pago es alternativa, siendo la concentración por elección atribuida al acreedor, el demandante, parte recurrida en casación. La demandada, parte recurrente, niega en este motivo del recurso que haya un reconocimiento de deuda, pues, según alega, nunca hubo deuda alguna que reconocer y parece que mantiene (no muy claramente) la calificación jurídica que había hecho el Juzgado de 1.^a Instancia.

La calificación como disposición testamentaria es inaceptable: se trataría de un testamento ológrafo epistolar, pero como testamento sería nulo (art. 6.3 del Código Civil) por infringir la norma prohibitiva del art. 669 del Código Civil del testamento mancomunado pues dos personas —marido y mujer— testan a favor del demandante; como ológrafo, le faltaría el requisito de la autografía, que exigen los arts. 678 y 688 del Código Civil ya que el texto original se halla escrito a máquina».

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1961 declaró totalmente válido un testamento ológrafo escrito de puño y letra por el testador a base de copiar un modelo redactado por un tercero. *Esta sentencia reconoce y advierte del peligro que implica en general para la captación de la voluntad del testador.*

La doctrina ha discutido en qué materia debe estar escrito. Si bien algunos dicen que debe estar escrito sobre una materia que permita su protocolización, nada impide la utilización de otros soportes.

La sentencia del Supremo de 5 de enero de 1924 declaró que el testamento deberá hallarse escrito sobre una materia que permita la protocolización.

Hay que recordar que si bien el código civil requería que el testamento ológrafo estuviese escrito en papel sellado del año correspondiente a su otorgamiento, este requisito se suprimió fulminantemente por una ley de 21 de julio de 1904; la supresión del mencionado requisito se debió principalmente a razones estrictas de comprobación de la autenticidad de la fecha (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1900 y de 12 de julio de 1905), asimismo a que en la ley de presupuestos de 1930 se prescindió de la indicación del año en el papel sellado y en que había territorios, como las provincias vascongadas, en que no se utilizaba papel del timbre del Estado (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1901).

En el supuesto caso que se utilizara un medio extraño, entendemos que siempre sería posible y adecuado aportar una fotografía realizada con control notarial y, posteriormente, protocolizada. Evidentemente deberá valorarse si el medio utilizado está justificado o no, teniendo en cuenta principalmente las circunstancias concurrentes que disponía el testador al tiempo del otorgamiento (ejemplo clásico de un fraile que carece de papel en el monasterio y opta por escribir su testamento en la pared de su celda).

Evidentemente NO cabe admitir validez a una fotocopia de un supuesto testamento ológrafo, ya que no permitiría al juzgador asegurarse de la autenticidad de un documento de tanta trascendencia, así lo entendió correctamente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 30 de diciembre de 2002.

La *sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1918* (en el mismo papel se contenía otra declaración de voluntad y en la misma hoja de papel con fecha de 2 de octubre de 1915 se inscribió el famoso testamento ológrafo de Matildeno influyendo lo escrito sobre la declaración *mortis causa*) y la *sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1967* (el testador, en una esquina de papel donde

Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo
• Wolters Kluwer • Wolters Kluw
Kluwer • Wolters Kluwer • Wo



La 2.ª edición de este tratado pasa a llamarse de *sucesiones común, foral, internacional y fiscal* siendo la única obra de sucesiones que por primera vez aborda toda la dimensión del fenómeno sucesorio.

Esta nueva edición ha sido ampliada desde la perspectiva internacional dado que, hoy en día, el Notario debe tener en cuenta distintas nacionalidades en relación con la herencia del causante. Asimismo, es cada vez más importante el aspecto fiscal y su incidencia en la herencia. A lo largo del libro se traen a colación distintos regímenes sucesorios y matrimoniales de diferentes países y se analiza su conexión con el ordenamiento español.

Se desarrollan, en esta segunda edición, novedades tecnológicas como el testamento digital, cuestiones sociales como el patrimonio de los discapacitados, la regulación del derecho sucesorio en las parejas de hecho, la criogenización (hay 2.000 personas criogenizadas en el mundo. ¿Qué pasaría si despiertan?), el patrimonio sucesorio de la empresa y la incidencia de la sentencia del Tribunal Supremo del año 2020.

El Derecho foral de las Comunidades Autónomas se examina igualmente con espíritu crítico, como en el caso del derecho civil del País Vasco por su deficiente técnica jurídica. Del mismo modo, se dedica especial atención a la *nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria* y se profundiza en el análisis de las resoluciones y sentencias más destacadas.

