



EL NOTARIO ANTE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE: CUESTIONES PRÁCTICAS

(Ponencia expuesta por Fernando Agustín Bonaga, notario de Calatayud, en la Facultad de Derecho de Zaragoza el 16 de marzo de 2023)

A.- EL NOTARIO ANTE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

1.- El notario traduce a Derecho la voluntad del causante

-La actividad notarial es de “construcción jurídica”:

Artículo 1 RN: Como profesionales del Derecho [los notarios] tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

-La voluntad del causante es la principal materia prima para esta labor. Además es el criterio fundamental para interpretar disposiciones de última voluntad.

Interpretación de testamentos (416-1): deberán entenderse según el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o de los testadores en el testamento mancomunado

2.- Los actos de última voluntad son personalísimos

Lo son -y por lo tanto, no cabe realizarlos mediante apoderado-:

.otorgar pactos sucesorios (379)

.otorgar testamento, si bien se puede encomendar a fiduciarios que ordenen la sucesión (407-1); y cabe el testamento mancomunado (406-3)

3.- Capacidad necesaria para emitir una voluntad sucesoria

-Menores

14 años (408-1), pero para el ológrafo hay que ser mayor de edad (408-2), lo mismo que para el pacto sucesorio (378)

-Discapacitados

Pendientes de reforma.

En la redacción actual, para testamentos se exige tener capacidad natural (408)

Sin perjuicio de las reformas que pueda plantearse el legislador, la regla actual tiene perfecto encaje en los principios de la Convención de Nueva York, a los que ya se ha adaptado el artículo 665 Cc.

Si el testador -mayor de edad y no incapacitado- careciese de capacidad natural, el testamento es anulable (423-2).

4.- Limitaciones sensoriales del declarante

Refundiendo las normas de los artículos 413 CDFA y 193 RN, cabe contemplar estas situaciones:

-Testador ciego: hacen falta testigos (413); será suficiente su conformidad a la lectura hecha por el notario (regla supletoria en 193 RN)

-Testador solamente sordo, o sordo mudo: debe leerlo por sí (193 RN); y testigos opcionales (413)

-Testador sordo que además es ciego o no sabe leer: hacen falta testigos, quienes deberán leer el testamento en presencia del notario y declarar que el testamento coincide con la voluntad manifestada por el otorgante (413)

5.- Idioma de la voluntad declarada

Regulación similar para pactos sucesorios (382) y testamentos (412):

Podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los otorgantes elijan.

Si el Notario no la conociera, el otorgamiento tendrá lugar en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los otorgantes y aceptado por el Notario, que deberá firmar el documento.

6.- Límites a la libertad de ordenar la propia sucesión

-El Derecho aragonés permite un alto grado de libertad civil:

318: en general

381: en particular para pactos sucesorios

405, 464: en particular para testamentos

-Pero hay límites imperativos a la libertad de testar.

Ahora bien, la imperatividad de estos límites no quiere decir que si no se respetan la disposición sea nula necesariamente, sino que simplemente las normas imperativas prevalecerán sobre la voluntad del causante.

Estos límites son fundamentalmente:

.Legítima

.Viudedad

- .Standum est chartae: pactos sucesorios
- .Consortio foral (373 y ss), en cuanto impide actos de disposición a quien no sea consorte o descendiente de consorte.

B.- CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE PACTOS SUCESORIOS

*Recordar aspectos generales:

- Deben otorgarse en escritura pública (377).
- Los otorgantes deben ser mayores de edad (378)
- Clases (380):
 - .de institución a favor de contratante; a su vez puede ser: de presente (con transmisión actual) o “para después de los días”
 - .de institución recíproca
 - .de disposición a favor de terceros
 - .de renuncia o transacción de un contratante a la herencia del otro
- Revocación o modificación:
 - .debe hacerse mediante pacto sucesorio o testamento mancomunado otorgado por las mismas personas (400)
 - .la revocación unilateral es excepcional (401), de modo que sólo cabe: por las causas pactadas, incumplimiento de cargas, incurrir en causas de indignidad o desheredación
 - .formalmente debe hacerse en escritura pública, que el notario notificará a los demás otorgantes en los 8 días hábiles siguientes (no es requisito de eficacia)

*Problemática práctica de los pactos sucesorios: cada vez son menos habituales

- Representan una abdicación a la libertad de revocar la última voluntad. En cada caso concreto hay que analizar si el pacto sucesorio es realmente la solución adecuada.
- Actualmente están lastrados por temas fiscales: 1’5 % de AJD en pactos para después de los días que afectan a inmuebles [a pesar de que están sujetos –aunque exentos- del impuesto de sucesiones].
- Caso más habitual: pacto a favor del contratante para después de los días, que tiene por objeto participaciones o acciones en empresas familiares (no sujetas a AJD, porque no son inscribibles).

C.- CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE TESTAMENTOS

1.- Testamento mancomunado

Cuestiones a tener en cuenta:

- Los testadores no tienen por qué ser cónyuges ni parientes (417-1)
- Pero en el 99% de los casos son cónyuges

-Los otorgantes tienen que ser necesariamente 2 (417-2 y 406-3)

En la práctica a veces se plantea por más de dos hermanos solteros hacer testamento en el que se instituyen herederos recíprocamente, con sustitución vulgar a favor de sobrinos comunes.

De lege ferenda, tal vez podría plantearse admitir el testamento mancomunado de más de dos personas en estos casos de personas sin legitimarios y con un proyecto sucesorio común.

-Para poder otorgar testamento mancomunado, basta con que uno de los dos testadores sea aragonés y el otro no lo tenga prohibido por su ley personal (417)

Así, por ejemplo, el Cc lo prohíbe (¿posible riesgo de captación de voluntad?)

Problema práctico: una inexacta declaración de los datos que determinan la vecindad civil, podría derivar en nulidad del testamento mancomunado, si bien valdría como testamento unipersonal del otro, ex art. 430-2. Ante la duda, lo más seguro es otorgar testamentos individuales.

-Disposiciones correspectivas (420):

Son las de uno y otro testador cuya eficacia estuviese recíprocamente condicionada, ya sea en beneficio propio o de tercero. La correspectividad no se presume.

No son habituales.

-Revocación o modificación unilaterales del testamento mancomunado:

.Es libre si afecta a disposiciones no correspectivas;

y si afecta a disposiciones correspectivas sólo procede por las causas que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios; y producirá la ineficacia de las correspectivas del otro

.En todo caso debe hacerse en testamento abierto ante notario; el notario notificará al otro otorgante en los 8 días hábiles siguientes (no es requisito de eficacia).

Problema práctico: el testador debe hacer saber al notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante.

2.-Fiducia

-Respecto del comitente:

.439 Todo aragonés capaz de testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente (si no se dice nada, llamamiento conjunto)

Pero sin poder modificar las disposiciones sucesorias del causante

.443 Forma de nombramiento e instrucciones: necesariamente en testamento o escritura pública

-Respecto del fiduciario:

.440 Debe ser mayor de edad

.Es cargo personalísimo

-Lo más habitual es que el fiduciario sea el cónyuge. Principales especialidades en tal caso:

.su nombramiento se entiende hecho de por vida (444-2), y no por el plazo general de caducidad de 3 años; si bien se extingue cuando el fiduciario contrae nuevas nupcias o vida marital estable, salvo otra disposición del comitente (462-e)

.salvo disposición contraria del causante, puede ejecutar la fiducia, no sólo por acto inter vivos, sino también por testamento

-Facultades de disposición del fiduciario (453 y 454)

Puede disponer a título oneroso en ciertos casos (autorización para ello del comitente; para pagar obligaciones de la herencia; cuando juzgue conveniente la enajenación de bienes para sustituirlos por otros). La contraprestación quedará subrogada

Siempre que haya legitimarios, la disposición de inmuebles, empresas, valores mobiliarios u objetos preciosos sólo será eficaz con la autorización de cualquiera de los legitimarios.

-Problemas prácticos:

1º.- Cuando un viudo fiduciario hace nuevo testamento y no especifica nada, ¿se entiende que sólo incluye los bienes propios, o también los bienes en fiducia?

[Lo más seguro es precisarlo, ya que la fiducia no forma parte de la propia sucesión]

2º ¿Cabe que el fiduciario disponga a título gratuito en favor de tercero, con la autorización de algún legitimario?

[La opinión dominante es que no, porque la ley contempla la subrogación de la contraprestación; y por lo tanto, parece presuponer esta última. Sin embargo, si cabría que el fiduciario asignase el bien a un legitimario y que después éste donase al tercero, ¿por qué no permitir un tracto más sencillo sin duplicar transmisiones?]

3º.- No cabe la actuación del fiduciario mediante poder; pero ¿valdría una mera nunciatura?

[En la práctica sí que se admite el poder específico que delimite perfectamente la operación]

3.- La disposición “instituyo a quien me cuide” (sin especificar persona)

-En principio no hay objeción a su validez, porque no vulnera ninguna de estas dos normas:

470: “Se tendrá por no puesta toda disposición paccionada o testamentaria en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta”.

Artículo 476. Condiciones válidas. Son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres.

-Pero plantea problemas prácticos:

Más que probable controversia entre el presunto cuidador y quienes heredarían en defecto de esta cláusula. Seguramente acabaría en el Juzgado, salvo improbable reconocimiento expreso por parte de los segundos.

Es más seguro nombrar a una persona determinada e imponerle condición. Ahora bien, no parece conforme con la voluntad del causante que impone esta condición:

- .ni exonerar totalmente de control y dar un “cheque en blanco” al cuidador
- .ni someterlo a una “prueba diabólica”

Tal vez lo mejor es instituir bajo esta condición (configurándola con la amplitud y concreción que se desee), y establecer que la condición se presumirá cumplida si en un plazo concreto contado desde el fallecimiento del causante, no consta en el Registro asiento contradictorio

4.- La administración ordenada por el causante

-En principio hay que estar a ella cuando afecte a menores:

Artículo 9-2 exceptúa de la administración parental los bienes cuya administración y disposición correspondan a la ...persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión, en cuyo caso se estará a lo ordenado por el disponente ...

También cuando afecte a no legitimarios.

-Ahora bien:

Esta disposición es muy habitual en los testamentos de los separados-divorciados, que no quieren que el otro progenitor administre los bienes heredados por los hijos, a veces incluso hasta edades posteriores a la mayoría de edad

Siempre que la administración impuesta por el causante afecte más allá de la mayoría de edad, y hay quien entiende que también cuando afecte a menores (jurisprudencia de Derecho común basada en la imperatividad de las normas sobre legítima y sobre capacidad y representación legal de las personas): puede entenderse que grava la legítima.

Recordar el artículo 498. Prohibición de gravámenes sobre la legítima:

1. El causante solo puede imponer gravámenes sobre los bienes relictos que atribuya a sus descendientes cuando el valor de los atribuidos libres de gravamen ... cubra el importe de la legítima colectiva.

2. Se entiende a estos efectos por gravamen toda carga, condición, término, modo, usufructo, obligación, prohibición o limitación ... que disminuya el valor de los bienes relictos o la plenitud de la titularidad o del conjunto de facultades que correspondían al causante...

-Podría entenderse que es un gravamen permitido:

Artículo 501. Gravámenes permitidos:

3.º Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente.

Artículo 502. Justa causa de gravamen

1. Solo es justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios.

3. La causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es.

5.- Previsiones de tutela respecto de los hijos

Muy frecuentes en la práctica:

-Artículo 110. Delación hecha por titulares de la autoridad familiar.

1. Las mismas disposiciones ... [designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares ... así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes...] podrán adoptar en instrumento público notarial, sea o no testamento, los titulares del ejercicio de la autoridad familiar ... respecto de la persona o bienes de los menores o incapacitados que sigan bajo su autoridad cuando llegue el día en el que ya no puedan ocuparse de ellos.

-Artículo 111. Publicidad.

Los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Problemas prácticos de esta comunicación:

.no disponibilidad de Avantius en todos los RRCC; por ejemplo, en la provincia de Zaragoza, sólo en: Zaragoza, Calatayud, Caspe, Ejea, Tarazona, Daroca, La Almunia

.conveniencia de hacer constar en el poder cuáles son el tomo y folio de la inscripción de nacimiento para facilitar la práctica de la indicación registral.