

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Marzo

**CAPACIDAD PARA TESTAR: ESTUDIO DOCTRINAL Y
JURISPRUDENCIAL.**

Capacity to test: doctrinal and jurisprudential study.

Realizado por el alumno/a: D^a. Fabiola María Cáceres Ramos

Tutorizado por el Profesor/a: D^a. Estefanía Hernández Torres

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

Along the way, we will analyze the treatment of disabled and persons whose capacity to act has been amended judicially by judgment, in order to be able to exercise a right as personal as the right to dispose of their property *mortis causa*. To this end, we will study the work to be done by the public federated in order to provide the legal certainty required by a legal business such as the will, on the basis of the capacity required for this purpose under the provisions of the legislator, both state and foral. In addition, judgments of incapacitation which are pronounced or not on the ability to test the incapable will be examined, for which different decisions of our Provincial Hearings and, of course, the High Court will be taken as a starting point. Finally, we will refer to the possibility of challenging the will for lack of capacity in the testator and the possible liability arising from the notary's action before the challenge and nullity of the will.

Key Words: capacity, disability, will, fair judgment, notary.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

A lo largo del presente, analizaremos el tratamiento que reciben las personas discapacitadas y las personas cuya capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente en virtud de sentencia, a la hora de poder ejercer un derecho tan personalísimo como es el derecho a disponer de sus bienes *mortis causa*. A tal fin, estudiaremos la labor a realizar por los notarios en aras de aportar la seguridad jurídica que requiere un negocio jurídico como es el testamento, partiendo de la

capacidad requerida a tal efecto en virtud de lo dispuesto por el legislador, tanto estatal como foral. Asimismo, serán objeto de estudio las sentencias de incapacitación que se pronuncian o no acerca de la capacidad para testar del incapaz, para lo cual se tomarán como punto de partida diferentes resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales y, por supuesto, del Tribunal Supremo. Finalmente, haremos alusión a la posibilidad de impugnar el testamento por falta de capacidad del testador y a la posible responsabilidad derivada de la actuación del notario ante la impugnación y nulidad del testamento.

Palabras clave: capacidad, discapacidad, testamento, cabal juicio, notario.

Índice

1. Introducción
2. Capacidad para testar
 - 2.1 Capacidad para testar conforme al Código civil español
 - 2.2 Cabal juicio
 - 2.3 Presunción *iuris tantum*
3. Otorgamiento de testamento por personas discapacitadas con capacidad de obrar no modificada judicialmente
 - 3.1 Juicio notarial de la capacidad del testador
 - 3.2 Remisión al Derecho civil foral
4. Otorgamiento de testamento por personas con capacidad de obrar judicialmente modificada. Supuestos controvertidos:
 - 4.1 Sentencia de modificación de la capacidad de obrar con ausencia de pronunciamiento sobre la posibilidad de otorgar testamento
 - 4.2 Sentencia de modificación de la capacidad de obrar con exclusión de la posibilidad de otorgar testamento
 - 4.3 Sentencia de modificación de la capacidad de obrar con expreso mantenimiento de la capacidad para testar
5. Sentencia de incapacitación antes y después del otorgamiento de testamento
6. Impugnación del testamento
7. Conclusiones

Abreviaturas

Art.: Artículo

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CA: Comunidad Autónoma

CDPD: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

FJ: Fundamento Jurídico

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Ob.cit.: Obra citada

Pág.: página

Pp.: páginas

RJ: Repertorio de Jurisprudencia

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

Vol.: Volumen

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar las cuestiones relativas al tratamiento que en materia sucesoria y, más concretamente, en materia testamentaria, reciben las personas discapacitadas, tanto desde la perspectiva del legislador, como desde la doctrina y jurisprudencia.

Para ello, en primer lugar, se recurrirá a un análisis detallado de lo que constituye la capacidad para testar en sí misma y de quiénes, conforme a lo establecido por la ley, cuentan efectivamente con tal capacidad o podrían no contar con ella, siendo necesario a tal efecto la labor del notario en aras de la efectiva legalidad. En este sentido, será de vital importancia que, a partir de lo dispuesto por el legislador, se traigan a colación las diferentes posturas adoptadas por la doctrina y jurisprudencia en relación con las circunstancias concurrentes en la persona que, en uno u otro caso, pueden suponer o no que aquella no cumple con los requisitos inherentes a la misma que le permitirían, en todo caso, disponer de sus bienes *mortis causa*. De esta manera, se prestará especial atención a los padecimientos y enfermedades, tanto físicas como psíquicas, que, efectivamente, lleven aparejada una privación de la capacidad de la persona para poder otorgar testamento.

Asimismo, se atenderá, especialmente, a si la persona ha sido incapacitada judicialmente en virtud de sentencia y si esta última se pronuncia o no acerca de la extensión del alcance de dicha privación de la capacidad a la propia para testar. En este sentido, tendrá especial relevancia la compatibilidad o no entre las medidas legislativas y las resoluciones judiciales adoptadas por los poderes públicos en relación con la materia que aquí nos compete y la llamada Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad que habría sido ratificada por nuestro país.

Igualmente, se analizará brevemente el Derecho Civil Foral respecto de las peculiaridades que presentan determinadas autonomías en relación con determinadas cuestiones que son objeto de estudio a lo largo del trabajo.

Finalmente, se procederá a estudiar los supuestos en que, la impugnación del testamento es o no procedente en diferentes casos enjuiciados por nuestros Tribunales, tomando como causa de nulidad del mismo la posible falta de capacidad en el testador para otorgarlo, así como, la oportuna responsabilidad civil que pudiera derivar de la actuación del fedatario público.

2. Capacidad para testar

2.1 Capacidad para testar conforme al Código civil español

Nuestro Código civil español en su artículo 667 define al testamento como el acto en virtud del cual una persona dispone, para después de su muerte, de todos o parte de sus bienes. La legislación civil española, conforme al tenor literal del precepto citado, habla de acto -jurídico- pero, si bien, un sector de la doctrina española considera que el testamento no ha de ser concebido como un acto jurídico en sí mismo, sino como un negocio jurídico en concordancia con lo que ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de nuestros tribunales, de entre la que cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 1 de febrero de 2002 al destacar que *“la doctrina es unánime en calificar al testamento como un negocio jurídico formal o solemne, de modo que solo la declaración de voluntad mortis causa manifestada de la manera expresamente tipificada produce efectos jurídicos”*¹.

De acuerdo con esta puntualización, el negocio jurídico se define como toda manifestación de voluntad, de una o varias personas, dirigidas a obtener el fin práctico que persiguen y que se encuentra protegido por el ordenamiento

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 1 de febrero de 2002, FJ 1º (JUR 2002/112208).

jurídico². A tal efecto, el testamento constituye un negocio jurídico solemne, en tanto ha de revestir una forma determinada; personalísimo, pues nadie tiene capacidad para testar por otro ni para determinar quiénes han de ser llamados a heredar conforme al artículo 670 del Código civil; unilateral no recepticio, por cuanto su eficacia depende únicamente de la voluntad del testador; y esencialmente revocable ante la posibilidad de dejarse sin efecto con la emisión de una nueva declaración de voluntad en sentido contrario y con los mismos requisitos y formalidades exigidos para testar, de acuerdo con el artículo 738 del Código civil.

En concordancia con lo anterior, al constituir el testamento un negocio jurídico, este requiere de cierta capacidad para testar que será apreciada atendiendo únicamente al estado en que se halle el testador en el momento de su otorgamiento conforme al artículo 666 del Código civil. La regla general que establece el Código civil en su artículo 662 faculta para testar a todas aquellas personas a quienes por ley no se les haya prohibido expresamente. Es, por tanto, esta regla general la que nos lleva a hablar de una presunción de la capacidad para testar de acuerdo con el tradicional principio de *favor testamenti* que, si bien, para poder quedar destruida habrá de demostrarse de forma inequívoca y concluyente relegando la incapacidad a casos excepcionales. Así, tal y como ha puesto de manifiesto MESA MARRERO, la capacidad se configura como la regla, y la incapacidad como la excepción³. Por lo que a los supuestos legalmente establecidos de prohibición para testar respecta, debemos enumerar aquellos a que se refiere expresamente el artículo 663 del Código civil: por un lado, “*los menores de catorce años de uno y otro*

² ACEDO PENCO, A., *Introducción al derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 249.

³ MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pág.17.



sexo” y, por otro lado, “*el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”, pudiendo distinguir dentro de este último supuesto la circunstancia de que recaiga o no declaración judicial de modificación de la capacidad conforme a los artículos 665 y 663 2º del Código civil respectivamente. Es precisamente esta expresión tan ambigua de “*cabal juicio*” la principal causante del elevado número de litigios en relación a la nulidad de testamento por incapacidad para testar, aunque, si bien, parece lógico que el legislador establezca esta excepción, pues quien no se halla en su cabal juicio no emitirá consentimiento válido y, por ende, dará lugar a la nulidad del testamento al ser el consentimiento un elemento esencial para su validez.

2.2 Cabal juicio

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recalcado que la expresión “cabal juicio” implica que concurren en la persona “*las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de actitud mental*”⁴, de tal manera que, si una persona no está en su cabal juicio no implica que sufra cualquier tipo de padecimiento, sino que la falta de aquel alude únicamente a los padecimientos que “*afectan al estado mental con eficacia bastante para constituir entes privados de razón*”⁵.

De igual manera, la falta de cabal juicio no tiene por qué derivar de una enfermedad persistente y prolongada en el tiempo sino que tal circunstancia puede tener lugar ante “*cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y*

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1995, FJ 3º (RJ:1995/8717).

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1998, FJ 2º (RJ:1994/3723).



*privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo persigue*⁶. Si bien, el propio artículo 663 2º del Código civil dispone y detalla expresamente que la falta de cabal juicio puede darse tanto habitualmente como accidentalmente, de tal manera que lo relevante será que la persona se encuentre en tal estado al tiempo de otorgar testamento, ya que no es en otro caso sino en este cuando ha de acreditarse la concurrencia de capacidad en el testador. MESA MARRERO, por su parte, entiende que *“basta con que la persona padezca, habitual o accidentalmente, una enfermedad o trastorno suficientemente grave que afecte a sus facultades intelectuales y volitivas de forma que le impida, en el momento en que pretende testar, ordenar su sucesión de modo consciente y libre”*⁷.

Por su parte, doctrina y jurisprudencia coinciden en que *“basta con una incapacidad de hecho suficientemente demostrada”*⁸ y que la impugnación de un testamento por incapacidad del testador no precisa *“ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente”*⁹.

Si ponemos nuestra atención en la jurisprudencia relacionada con el ejercicio de la acción de nulidad por falta de capacidad en la persona que ha otorgado testamento, podemos llegar a la conclusión de que las principales causas

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982, FJ 3º (RJ:1982/5537).

⁷ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág.22.

⁸ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pp. 19-53.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1992, FJ 2º (RJ:1992/5460).

determinantes de la falta de cabal juicio son dos: enfermedades mentales y físicas, ambas graves.

Por lo que respecta a las enfermedades mentales, no existe un *numerus clausus* de las enfermedades que de ese tipo están vinculadas a la falta de cabal juicio a que se refiere expresamente el legislador. En este sentido, el Tribunal Supremo ha insistido en que *“la incapacidad o afección mental ha de ser grave, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas”* al mismo tiempo que la doctrina ha señalado que la enfermedad mental no sólo ha de presentarse en el momento del otorgamiento, sino que, además, ha de tener la gravedad suficiente para afectar al estado mental de la persona¹⁰.

En relación con las enfermedades físicas, generalmente éstas no justifican esa falta de cabal juicio. Sin embargo, no se excluyen las enfermedades de este tipo que privan del discernimiento necesario para la formalización y concreción en testamento de las últimas voluntades. De este modo, no tiene la consideración de incapaz quien padezca de cáncer, dificultades para expresarse, tome fármacos paliativos del dolor, entre otros, siempre y cuando no quede suficientemente probado que la enfermedad reviste tal gravedad que afecta a sus facultades intelectuales de forma tal que no pudiera otorgar testamento válido¹¹.

¹⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coord.); CAÑIZARES LASO, A. (dir.), DE PABLO CONTRERAS, P. (dir.), ORDUÑA MORENO, F.J. (dir.), LEGERÉN-MOLINA, A. (aut.), PÉREZ GARCÍA, M.J (aut.), “Comentario al art.663”, Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), Vol.2, 2011, pág.271.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de mayo de 2014, FJ 4º (JUR 2014/169329).



Tal y como puede apreciarse, basta con que el testador carezca de capacidad de obrar o natural suficiente en el momento de otorgamiento del testamento por no encontrarse en su cabal juicio sin que necesariamente haya recaído sentencia judicial de incapacitación. En el caso de los testamentos notariales, ya sean abiertos o cerrados, la circunstancia de que el testador no se encuentre en su cabal juicio ha de ser apreciada por el fedatario público, esto es el notario, y su apreciación no lleva consigo la imposibilidad de impugnar el testamento en cuestión en el caso de que se pruebe de forma concluyente la falta de capacidad del testador al momento del otorgamiento. Sin embargo, y a efectos prácticos, no resulta fácil precisar cuándo la persona se encuentra o no en su cabal juicio.

2.3 Presunción *iuris tantum*

La presunción de la capacidad para testar constituye una presunción *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario y, por tanto, puede quedar desvirtuada bien en el momento previo al otorgamiento del testamento tras el análisis del fedatario público en virtud del cual considere que la persona es incapaz para la formalización del acto, o bien en el caso de que terceros afectados por las disposiciones contenidas en el testamento aleguen posteriormente la incapacidad del testador en el momento del otorgamiento mediante el ejercicio de una acción de nulidad. Sin embargo, en este último caso y conforme al artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba corresponderá a quien alegue dicha incapacidad debiendo probar, por tanto, que en el momento del otorgamiento el testador carecía de la capacidad suficiente para hacerlo de conformidad con el artículo 666 del Código civil. Es por ello por lo que, en estas circunstancias, “*no basta con apoyarse en simples conjeturas o presunciones sino que es necesaria la*

demostración inequívoca y concluyente de la falta de raciocinio”¹². Tal es así que los medios de prueba admisibles pueden ser de todo tipo, teniendo especial relevancia la emisión de dictámenes médicos y periciales acerca del estado mental del testador en el momento del otorgamiento, al resultar medios de prueba claves para la demostración de la privación en la persona del testador del juicio necesario para testar¹³. En esta línea, RODRÍGUEZ GUITIÁN alude a la idea reflejada por la jurisprudencia de que tanto los Tribunales de instancia como el Tribunal Supremo estiman la nulidad ante la aportación de pruebas por la parte actora que destruyen la presunción *iuris tantum* de capacidad de testar, entre las que resaltan los certificados médicos presentados por dos doctores que atienden a la testadora durante la época anterior y coetánea al otorgamiento del testamento¹⁴.

En esta misma línea, cabe decir que es de vital importancia señalar que la jurisprudencia recalca en numerosas ocasiones que la sanidad de juicio del testador es una cuestión de hecho¹⁵ por lo que su valoración, tras el análisis de las pruebas aportadas por la parte que la niega, corresponde al órgano judicial de instancia según libre valoración y reglas de la sana crítica de conformidad con el artículo 348 LEC. Por tanto, esa valoración es “*inamovible en casación*”¹⁶ tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que el recurso de casación se desestima porque

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2008, FJ 3º (RJ:2008/2680).

¹³ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág.24.

¹⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La capacidad de testar: especial relevancia al Testador anciano*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 26-27.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2009, FJ 3º (RJ:2010/84).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2015, FJ 6º (RJ:2015/3578).

no se puede pretender una nueva valoración de lo que ya se ha probado por el Tribunal de instancia. En este sentido, solo si excepcionalmente se justifica que su resultado conduce a un resultado manifiestamente erróneo, podrá revisarse de nuevo. Es decir, si el Tribunal de instancia estima suficientemente probada la falta de cabal juicio y rota por tanto la presunción de capacidad, tal valoración no podrá ser motivo de recurso, pues el recurso de casación es de carácter extraordinario conforme al artículo 477.1 LEC.

3. Otorgamiento de testamento por personas discapacitadas con capacidad de obrar no modificada judicialmente

3.1 Juicio notarial de la capacidad del testador

El propio artículo 685 Cc, prevé, para el otorgamiento de testamento notarial por persona discapacitada y con capacidad de obrar no modificada judicialmente, que el fedatario público ha de constatar y asegurarse de la capacidad del otorgante realizando para ello un juicio de la misma en el propio acto de otorgamiento. De este modo, si el notario realiza un juicio de capacidad favorable, dejando constancia de ello en escritura pública, entra en juego aquí, de nuevo, la ya estudiada presunción *iuris tantum* de capacidad del testador para otorgar testamento.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, cabe decir que la presunción de la capacidad del testador se ve reforzada por el juicio o valoración del notario en tanto que, conforme al artículo 167 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, este último *“hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”*¹⁷.

¹⁷ Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.



En este sentido, debemos señalar que el juicio notarial de la capacidad de testamentifacción está asistido de cierta relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los notarios por lo que - tal y como ya hemos expuesto anteriormente- no conforma una presunción "*iuris de iure*", sino "*iuris tantum*", que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa, falta de capacidad a la que habrá de atenderse al tiempo de otorgar testamento, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial expuesta en STS de 26 de septiembre de 1988, de 13 de octubre de 1990, de 24 de julio de 1995 y de 27 de noviembre de 1995¹⁸. Y, así, es por lo anterior por lo que la referencia que el notario hace a la capacidad de testar supone un principio de incertidumbre propio del fedatario público y, dado el prestigio que este último tiene como tal, es preciso pasar por aquella, en tanto no se demuestre lo contrario debidamente y en vía judicial, tal y como ha expuesto la jurisprudencia.

La propia Sentencia del TS de 19 de septiembre de 1998, ya citada, se refiere a este juicio notarial como el "*juicio jurídico*" que ha de emitir el fedatario, que nunca podrá ser "*médico, psiquiátrico ni psicológico*", y "*que es exclusivamente propio y personal*" en aras de controlar debidamente las condiciones del testador, relacionándolas con la complejidad, mayor o menor, del contenido del testamento que pretende otorgarse, respondiendo esto último a la finalidad de que aquel se encuentre asistido de la pertinente legalidad que lo instaure como plenamente eficaz y válido. Asimismo, en virtud de este juicio, el notario hace constatación de que el testador cuenta con la capacidad legal necesaria, expresando su apreciación acerca de las condiciones del otorgante para poder testar conforme al artículo 695 del

¹⁸ Véase por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998, FJ 3º (RJ:1998/3570).



Código civil y, de esta manera, “*la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido*”¹⁹.

De este modo, entendemos que el juicio notarial de la capacidad del testador ha de ser resultado del “*contacto directo*” -que ha manifestado la jurisprudencia, tal y como veremos a continuación- con este último, dando fe de que el mismo tiene la capacidad requerida como requisito formal de la legalidad de ésta. A tal efecto, dicha valoración notarial constituye una presunción de veracidad de que el testador se encuentra en su cabal juicio y tiene eficacia plena. Sin embargo, ello no impide que dicho juicio notarial pueda ser revisado, como es lógico, en vía judicial a pesar de gozar, inicialmente, de esa cierta credibilidad y veracidad. En esta línea se pronuncia la Sentencia del TS de 21 de marzo de 1974 al disponer que cierto es que el notario ha de constatar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para testar, pero, sin embargo, “*dicha afirmación hecha por el notario no supone que necesariamente tenga que ser aceptada como verdad discutible, o sea, que dicha afirmación puede ser revisada por el Juez*”²⁰.

Por otro lado, también se estima pertinente la adopción de medidas de cautela por parte del notario ante situaciones difíciles, complejas o dudosas o, en otras palabras, cuando no está seguro de si el testador reúne las condiciones suficientes de capacidad para hacer testamento²¹. En este sentido, la obligatoriedad de adoptar medidas de cautela en aquellos supuestos dudosos

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1974, FJ 1º (RJ:1974/1058).

²¹ ROMERO COLOMA, A.M., *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 176.

se correspondería más y mejor, con el valor tan extraordinario que la jurisprudencia, en la actualidad, otorga al juicio notarial. Un ejemplo de situación en la que sería conveniente la adopción de dichas medidas tiene lugar cuando el notario acude al domicilio del testador, o al domicilio de una persona que lo cuida y que resulta beneficiada en el testamento, y se encuentra al anciano postrado en una cama sin apenas poder hablar ni firmar y tan sólo puede gesticular algunas palabras o, más bien, balbucearlas. En este supuesto, bastante frecuente en la práctica, no cabe duda de que el fedatario debería tomar unas precauciones elementales, ya que la posibilidad de coacción sobre la persona del anciano será fácil, además del riesgo que supone hacer testamento en estas precarias condiciones²². Caso similar lo constituye el supuesto de complejidad del contenido del testamento o aquel en el que las disposiciones de este último declaren la voluntad de desheredar a parientes próximos o de beneficiar a aquellos que no resultarían como tal en caso de sucesión intestada²³.

De igual manera, ante supuestos de capacidad dudosa, la jurisprudencia ha venido indicando una serie de actuaciones a fin de emitir un juicio fundado, riguroso y serio de la misma, teniendo presente, asimismo, el deber profesional de asesorar al testador²⁴. En este sentido, cabe mencionar entre dichas actuaciones, “*el contacto directo y personal con el otorgante*”²⁵ a que se refiere el Tribunal Supremo. Sin embargo, a pesar de que se constituya como una formalidad el deber que pesa sobre el notario de asegurarse de la

²² ROMERO COLOMA, A.M., *Capacidad...*, ob. cit., pág.177.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de octubre de 2014, FJ 3º (AC 2014/2057).

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998, FJ 3º (RJ:1998/3570).

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004, FJ 2º (RJ:2004/1717).



capacidad para testar del sujeto y de su constancia en el propio testamento, el Tribunal Supremo prevé, de conformidad con la STS de 24 de abril de 1896 y a la que cita, que *“no es necesario que la manifestación del Notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando cualquier otro modo o con locución distinta expresa clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento”*²⁶. En este sentido, se establece cierta flexibilización en relación con las solemnidades testamentarias lo cual implica una aplicación del denominado principio *“favor testamenti”* y *“favor contractus”* en tanto que, constatadas la autenticidad de la declaración y el plano sustancial de la capacidad, prevalecerá la voluntad realmente querida del testador frente a la rigidez de aquellas solemnidades las cuales, tal y como dispone el Tribunal Supremo *“sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada”*²⁷. En este sentido, DE LA IGLESIA MONJE entiende, igualmente, que el testamento recoge la verdadera voluntad del testador y que, por tanto, la validez testamentaria se basa en la voluntad espontánea y libre de aquel, amparada por el principio *favor testamenti*²⁸.

Asimismo, es preciso destacar la discusión doctrinal que existe en relación con el choque entre las formalidades a las que queda sujeta la constatación de la capacidad para testar del incapaz y el principio de *favor testamenti*. Sobre

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013, FJ 2º (RJ:2013/7291).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de favor testamenti”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.742, 2014, pág. 611.

dicho debate se ha pronunciado el propio TS al disponer que es cierto que la exigencia formal del testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador, pero, sin embargo, aquella necesidad debe coordinarse con el citado principio, sobre todo en los casos en que concurre la intervención del notario²⁹. Tal es así que en el caso a que se refiere la citada resolución, se hizo constar por el notario autorizante del testamento que éste lo leyó en voz alta y que el testador se mostró conforme con él y, por tanto, no existen dudas respecto a que sus últimas voluntades fueron recogidas literalmente por el fedatario público en un testamento de contenido simple.

3.2 Remisión al Derecho Civil Foral

De acuerdo con lo anterior, si nos remitimos al Derecho Civil Foral, son constatables las peculiaridades que presentan unos y otros en relación con determinadas materias civiles, entre las que destaca el Derecho de Sucesiones. En el caso del Derecho Civil Foral de Cataluña, el artículo 421-4 del Código civil de la CA establece que “*Son incapaces para testar los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento*”, de tal manera que, a diferencia del legislador estatal, no alude al “cabal juicio” sino simplemente a la “capacidad natural”. De esta manera, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA entienden que será nulo el testamento de quienes carezcan de facultades mentales plenas y que, por tanto, no comprendan el alcance de sus actos y que, para valorar la capacidad natural del testador, habrá de atender exclusivamente al momento del otorgamiento. Añade, asimismo, que puede testar válidamente en intervalo lúcido quien está incapacitado judicialmente

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009, FJ 8º (RJ:2010/282).

si dos facultativos certifican la capacidad y lucidez del testador al tiempo de otorgar testamento³⁰. En este sentido, los citados autores se remiten, concretamente, al artículo 421-9, el cual prevé, para el caso en que el notario tenga dudas acerca de la capacidad del testador cuya capacidad de obrar no se encuentre modificada judicialmente, la posibilidad de solicitar la intervención de facultativos para que dictaminen sobre la capacidad y lucidez de aquel. De este modo, una vez emitido el pertinente dictamen por los facultativos mencionados, éste se hará constar en el propio testamento, además de la firma de aquellos junto con la del notario y, en su caso, de los testigos. Sin embargo, el legislador catalán no especifica si dicho dictamen tiene carácter vinculante para el fedatario, así como, tampoco prevé la circunstancia de que exista un dictamen discrepante de ambos facultativos. Es por esto último por lo que, atendiendo al artículo 421.7 del Código civil catalán, será el notario el que valore la capacidad en tanto que, si sólo a él compete la decisión de utilizar este recurso del dictamen de especialistas, sólo a él compete la decisión tras el dictamen de los facultativos³¹.

Por lo que respecta al Derecho Civil Foral de Aragón, el artículo 408 del Código del Derecho Foral de la CA establece que pueden otorgar testamento los mayores de catorce años y con capacidad natural. Es decir, el testador ha de tener la inteligencia suficiente para entender y querer precisamente las disposiciones que establece y para apreciar los motivos que tiene para hacerlas, lo que incapacita al sujeto con falta de discernimiento, tanto habitual como accidental, bastará para ello una situación de anomalía psíquica o

³⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones*, 3^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, p.72.

³¹ *Ibidem*.



trastorno patológico, aunque sea transitorio que impida al cabal juicio (sonambulismo, hipnosis, embriaguez, etc.)³².

De este modo, se entiende que la regla general es la capacidad para testar y la incapacidad es la excepción, tal y como ocurre en el Derecho Civil estatal y, de hecho, así lo ha puesto de manifiesto BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA al establecer que *“puesto que la capacidad condiciona la validez del testamento, tratándose de testamentos notariales, el notario debe asegurarse de que a su juicio el testador tiene la capacidad legal necesaria para ello dando fe de tal circunstancia. El juicio de capacidad que emite el notario, vale como presunción iuris tantum, de manera que quien alegue lo contrario tendrá que demostrarlo”*³³. Asimismo, la citada autora entiende que, para apreciar la capacidad del testador debe atender al tiempo del otorgamiento del testamento y sin que las alteraciones o variaciones anteriores afecten a la validez y eficacia de esa capacidad³⁴.

Igualmente, cabe precisar que nada dice la norma aragonesa acerca de los incapacitados por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad para testar. De esta manera, puede entenderse o bien, que no existe laguna legal y que es el notario, al igual que en el resto de casos, el competente para determinar que, a su juicio, el incapacitado tiene o no, capacidad natural en el momento del otorgamiento, o bien, aplicar supletoriamente el artículo 653 del Código civil que exige el dictamen de dos

³² BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “Título III. De la sucesión testamentaria” en DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Comentarios al Código del derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 602 y 603.)

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

facultativos que respondan de su capacidad para en el momento de otorgarse el testamento³⁵.

Caso diferente es el del Derecho Civil Foral de Galicia, en tanto que lleva a poner en duda una serie de cuestiones relacionadas con el otorgamiento de testamento notarial abierto. En este sentido, el artículo 184 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia hace referencia simplemente a la intervención de testigos en el acto, cuando el testador sea “demente en intervalo lúcido”. De este modo, del tenor literal del citado precepto, cabe inferir que, a la hora de hacer referencia al “demente en intervalo lúcido”, el legislador no especifica si la capacidad de obrar de aquel ha sido o no modificada judicialmente, al mismo tiempo que tampoco prevé el juicio de capacidad por parte del notario limitándose únicamente a exigir la concurrencia de testigos.

Por otro lado, el Código civil de Navarra establece en su artículo 184, último párrafo, que *“las personas cuya capacidad haya sido judicialmente modificada podrán otorgar testamento abierto siempre que dos facultativos designados por el notario respondan de su capacidad tras su reconocimiento a salvo aquellos supuestos en que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar”*³⁶. De esta manera, el legislador autonómico prevé la intervención de dos facultativos para el caso de que el testador haya visto modificada judicialmente su capacidad de obrar, pero, sin embargo, nada dispone en relación con el discapacitado cuya capacidad de obrar no ha sido modificada judicialmente.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.



Por último, cabe hacer referencia al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares, el cual en relación con la capacidad para testar únicamente establece en su artículo 17 2º que *“el otorgamiento de codicilos requerirá la misma capacidad y formalidades externas que los testamentos”*. De este modo, se infiere que, en todo lo demás, resultará aplicable lo dispuesto por el legislador estatal.

4. Otorgamiento de testamento por personas con capacidad de obrar judicialmente modificada. Supuestos controvertidos

Una vez analizada la materia que aquí nos interesa desde el punto de vista del Derecho Civil Foral, es conveniente pasar a estudiar los diferentes supuestos que se dan en el ámbito del Derecho Común en los casos en que existe una sentencia de modificación de la capacidad de obrar. Para ello, nos apoyaremos en la estructura empleada por CORVO LÓPEZ³⁷ distinguiendo entre si existe pronunciamiento en aquella sentencia acerca de la posibilidad de otorgar testamento -manteniéndola o, por el contrario, excluyéndola- o si, directamente, no existe pronunciamiento al respecto- en cuyo caso habrá que analizar la solución aportada por el propio legislador ante esta circunstancia-. En este sentido, tendrá vital importancia y ayudará a estudiar y analizar cada uno de los casos a que hemos hecho referencia, la jurisprudencia existente al efecto. De este modo, cabe citar como supuestos controvertidos en relación con la incidencia de la modificación de la capacidad de obrar en materia de otorgamiento de testamento los que se mencionan a continuación.

³⁷ CORVO LÓPEZ, F.M., “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, p.149.

4.1 Sentencia de modificación de la capacidad de obrar con ausencia de pronunciamiento sobre la posibilidad de otorgar testamento

En primer lugar, cabe decir que este supuesto hace referencia al artículo 665 Cc, conforme al cual podrá otorgar testamento cualquier persona sobre la que no recaiga pronunciamiento expreso acerca de la imposibilidad de hacerlo, quedando condicionado este último al examen del incapaz por parte de dos facultativos designados por el propio fedatario público. Dicho precepto dispone literalmente que *“siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.”* De este modo, tal y como podemos comprobar, si aquellos responden de la capacidad para testar de aquel, el notario podrá autorizar dicho acto de disposición. Sin embargo, de acuerdo con LACRUZ BERDEJO, por lo que respecta a estos casos hay que tener presente que toda persona que tenga modificada judicialmente su capacidad de obrar y dicha modificación no se pronuncie acerca de la capacidad de testamentifacción, sólo podrá otorgar testamento notarial quedando excluido de estos casos el conocido como testamento ológrafo³⁸. En este sentido, cabe precisar que nada se discute en relación con que la persona incapacitada en virtud de sentencia que no se pronuncie acerca de la capacidad que aquí nos interesa, pueda otorgar testamento abierto existiendo, sin embargo, una discusión respecto a la posibilidad de que personas en tal situación puedan otorgar testamento cerrado.

³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 163 y 164.



A la hora de estudiar este supuesto, nos remitiremos a la STS 146/2018 de 15 de marzo, en virtud de la cual se ejercita por parte de dos sobrinos la acción de impugnación de dos testamentos otorgados por persona, esto es, su tía, con capacidad modificada judicialmente en virtud de sentencia que le permitiría llevar a cabo actos de administración de sus bienes quedando, sin embargo, condicionada la disposición de los mismos a la asistencia de curador. En este sentido, el 28 de octubre de 1995 el Juzgado dictó sentencia de modificación de la capacidad de obrar en la que se declara que D.^a Eufrasia “*es totalmente incapaz para la administración de sus bienes, debiendo adoptarse como régimen protector el de la curatela*”³⁹. La sentencia aprecia en D.^a Eufrasia “*un retraso mental que si bien le permite desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacita totalmente para cuestiones de mayor complejidad, tales como la administración de sus bienes para lo cual la propia incapaz siempre delegó en otras personas*”⁴⁰. Esta sentencia fue aclarada por auto del Juzgado de 15 de noviembre de 1995 en el sentido de que “*se establece que la incapaz Sra. Eufrasia, lo es para los actos de disposición de sus bienes, y no de administración, tal y como erróneamente figura en el fallo, permaneciendo los demás pronunciamientos de la misma*”⁴¹. La sentencia de modificación de la capacidad de obrar fue confirmada por la Audiencia Provincial por sentencia de 17 de julio de 1996⁴². De acuerdo con lo anterior, ambos testamentos se habrían otorgado en lapso de tiempo bastante considerable, el primero en el año 1993 con anterioridad a la sentencia de incapacitación del

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, FJ. 1º (RJ:2018/1090).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

año 1995, y, el segundo en el año 2012. En el primer caso, el otorgante con discapacidad intelectual pero que, sin embargo, aún no había visto modificada judicialmente su capacidad, habría nombrado heredera universal a una prima, mientras que en el segundo habría nombrado, igualmente, heredera a aquella, pero incluyendo en él como legataria de una finca la hija de la heredera. De acuerdo con lo expuesto, el segundo testamento habría sido otorgado, en virtud de la sentencia de incapacitación, de acuerdo con lo previsto por el artículo 665 Cc, dado que dicha sentencia carecería de pronunciamiento acerca de la capacidad para testar del incapaz: La aquí testadora habría otorgado testamento abierto en el año 2012 en virtud del cual instituiría como heredera universal de sus bienes a su prima y legaría a la hija de esta última una finca, testamento en el que habrían intervenido dos facultativos que responderían de la capacidad para testar de aquella. Posteriormente, en el año 2013 los sobrinos de la testadora interponen demanda de nulidad de ambos testamentos por no tener capacidad suficiente para testar o, alternativamente, por no cumplir dichos testamentos las formalidades que les corresponden. En apoyo de su pretensión los demandantes sostienen que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual. Respecto del segundo de los testamentos añaden que, además, tenía modificada judicialmente su capacidad cuando lo otorgó⁴³. En este sentido, la sentencia del Juzgado estimaría la demanda promovida por ambos sobrinos, declarando la nulidad de ambos testamentos por carecer de capacidad bastante para otorgarlos. Fundamenta la nulidad del testamento otorgado el 15 de octubre de 2012 en que para entonces ya existía una sentencia de modificación de la capacidad

⁴³ *Ibidem.*



de obrar. Razona que en la modificación de la capacidad de obrar de D.^a Eufrasia para realizar actos de disposición de sus bienes se entiende incluida la incapacidad para poder testar, habida cuenta de que en la sentencia no se hacen distinciones entre los actos de disposición de bienes que se puedan realizar o no, y el testamento es un acto de disposición de bienes (artículo 667 Cc). Añade que la naturaleza de la enfermedad que padecía la testadora no permitía la existencia de intervalos lúcidos y que los facultativos que intervinieron en el otorgamiento no realizaron reconocimiento ni prueba alguna a la testadora de manera previa al otorgamiento que revelara cuál era su estado mental en ese preciso acto de testar.

En cuanto a la pretensión de nulidad del primer testamento otorgado el 29 de diciembre de 1993, el Juzgado considera que, si bien el testamento se otorgó antes de la sentencia por la que se declaró la falta de capacidad para realizar actos dispositivos, sin embargo, la dolencia que dio lugar a dicha declaración existía ya previamente, coincidiendo el otorgamiento del testamento con el tiempo del emplazamiento para contestar a la demanda de modificación de la capacidad de obrar promovida por el Ministerio Fiscal.

La sentencia presta atención especial a un informe psiquiátrico aportado por la parte demandante y elaborado el 11 de marzo de 2013 por el perito médico que concluyó que, a su juicio, con su capacidad intelectual, D.^a Eufrasia «*no tenía capacidad médico-legal en el momento de firmar el testamento de 29/12/1993 ni en el de 15/10/2012*». La sentencia resta trascendencia al hecho de que la testadora comprara en 1978 un piso porque, según dice, no se trata



de un acto de disposición y además contó para el otorgamiento del contrato con el apoyo de su madre y hermano⁴⁴.

Ante este hecho, las demandadas interponen recurso de apelación contra la sentencia estimatoria de la acción de nulidad, recurso que sería estimado por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la demanda. A tal efecto, la propia AP declara: *“Lo que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, que no son otras que su prima Isabel y la hija de ésta y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tenía ninguna relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ella hoy actores; voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron, por lo que dejamos sin efecto la declaración de nulidad de dicho testamento y también la del otorgado en el año 1993 que responde a la misma voluntad, de acuerdo con el propio informe de la demandada que señala que la capacidad de la finada debido a su enfermedad no experimentó cambios en el tiempo por lo que ha de deducirse que era la misma que en el año 2012, en aquella fecha, por todo lo cual se revoca la apelada y se desestima la demanda”*⁴⁵. Ante la revocación de la sentencia dictada, los actores iniciales interponen recurso de casación planteando como motivo

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

principal del mismo la cuestión de si puede otorgarse testamento conforme al artículo 665 Cc por una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. Dicho motivo es desestimado en virtud de los siguientes fundamentos:

1º) Por el principio de presunción de capacidad de las personas reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en virtud de la cual se proclama en su artículo 1 como propósito general “*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 y promover el respeto de dignidad inherente*”⁴⁶.

2º) En virtud del artículo 662 Cc que consagra como regla general la presunción de capacidad y como excepción la incapacidad. De este modo, la Audiencia Provincial mantiene la misma línea que el notario autorizante del testamento de 2012, en tanto que declara que la sentencia de incapacitación no privaría a la causante de la facultad de testar ni excluiría, por tanto, la posibilidad de otorgar testamento en los términos a que se refiere el artículo 665 Cc.

3º) Por no ser equiparables los actos de disposición de bienes *mortis causa* a los actos de disposición *inter vivos*, partiendo de que el testamento es un acto personalísimo conforme al artículo 670 Cc y que, por tanto, no puede

⁴⁶ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (núm. 96).

otorgarse por tutor o representante legal en lugar de la persona discapacitada, ni ser completada su capacidad por el curador cuando aquel sea otorgado por el propio incapaz. Asimismo, a ello habría que sumar la existencia de una regulación específica para el otorgamiento de testamento por personas con discapacidad mental o intelectual, esto es, el juicio notarial de capacidad y el examen de dos facultativos.

De acuerdo con lo anterior, cabe hacer referencia a los supuestos en que resoluciones judiciales como las SSTS de 24 de junio de 2013 o de 4 de noviembre de 2015 habrían modificado la capacidad de obrar, pero estableciendo, sin embargo, un régimen de curatela para la realización de actos de disposición *mortis causa*. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo en los años posteriores, ha señalado que no se puede extender esta limitación de la capacidad de la persona a la capacidad para testar en tanto que, como ya dijimos más arriba, el testamento constituye un acto personalísimo, de acuerdo con la sentencia 146/2018 del TS aquí comentada y con otras resoluciones del Alto Tribunal de entre las que cabe mencionar la STS 124/2018 de 7 de marzo que se pronunciaría en los mismos términos que aquella al disponer que *“No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, ni tampoco a la autorización para que el incapaz contraiga matrimonio”*⁴⁷.

4º) Por el tenor del artículo 666 Cc, conforme al cual ha de atenderse al estado en que el testador se encuentre al tiempo del otorgamiento de testamento, de

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018, FJ 3º (RJ:2018/934).



tal manera que el testamento anterior al estado de enajenación mental es válido de conformidad con el artículo 664 Cc y, asimismo, el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar de acuerdo con el artículo 685 Cc.

5º) Por la garantía adicional y especial impuesta por el artículo 665 Cc, que alude a la emisión de un juicio favorable a la capacidad para testar por parte de dos facultativos a fin de asegurar y garantizar la suficiencia mental del otorgante con capacidad modificada judicialmente.

Finalmente, la propia STS de 15 de marzo declara el acierto por parte de la sentencia de la AP recurrida al afirmar que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la propia sentencia, que lleva aparejada como exigencia la intervención de curador para los actos de disposición, no puede interpretarse en el sentido de privación de la capacidad para otorgar testamento. Asimismo, la AP no habría considerado probado el hecho de que la testadora careciera de capacidad para testar tras la valoración de todas las pruebas, en tanto que no habría quedado desvirtuado el juicio de capacidad notarial favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

Asimismo, desde un punto de vista doctrinal, MESA MARRERO entiende que ante estos supuestos lo más conveniente sería *“hacer una lectura restrictiva de las limitaciones y, aplicando el principio del favor testamenti, entender que la sentencia no contiene un pronunciamiento expreso sobre la*

*facultad de testar y, en consecuencia, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 665 Cc*⁴⁸.

Asimismo, por otro lado, podemos traer a colación la SAP 61/2015 de León en virtud de la cual se interpuso recurso de casación frente a sentencia desestimatoria de acción de nulidad de testamento otorgado por testadora en un lapso de tiempo en el que ya existía sentencia de incapacitación sobre la misma, sentencia que carecía de pronunciamiento acerca de la capacidad para testar. De esta manera, la parte actora solicita la nulidad del testamento por carecer de los requisitos esenciales y no constar el reconocimiento de dos facultativos previo al otorgamiento invocando, asimismo, en los fundamentos de derecho, la infracción de los artículos 662, 663 y 665 Cc. De acuerdo con esto, el TS entiende que el artículo 665 Cc constituye una norma imperativa de control formal para garantizar la validez del testamento, por lo que su contravención conlleva la nulidad del acto de otorgamiento. Así, la norma contenida en el artículo 665 del Cc, no es un mero requisito de forma porque no tiene como finalidad la documentación de un acto sino su efectiva realización: si el testador está incapacitado por sentencia firme el notario no puede autorizar el testamento si previamente no emiten dictamen dos facultativos sobre su capacidad para testar. No se trata de privar de la capacidad de testar al incapaz sino de garantizar que el testamento se otorgue cumpliendo unos determinados requisitos. Es un mandato dirigido al notario para el otorgamiento solemne de un acto jurídico sujeto a unos requisitos formales y de control previstos legalmente y que, como se ha indicado, no se refieren a la mera documentación sino a la viabilidad del otorgamiento⁴⁹. De

⁴⁸ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., págs. 111 y 112.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de marzo de 2015, FJ 2º (AC 2015/613).



este modo, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora, al entender que “*pese a estar declarada judicialmente incapaz la otorgante del testamento, y no contener pronunciamiento sobre su capacidad para testar, no se observaron las formalidades prevista en el art. 665 del C.Civil para comprobar tal capacidad para testar*”⁵⁰.

En el mismo sentido que la sentencia anterior se pronuncia la SAP 175/2006 de Salamanca, en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto en tanto que, a pesar de estar declarada judicialmente incapaz la testadora, y carecer la sentencia de pronunciamiento sobre la capacidad para testar, no se observaron las formalidades previstas para la constatación de tal capacidad. Así, entiende la AP que la inobservancia de la formalidad legal, determinada preceptiva e imperativamente, supone el desconocimiento de si la otorgante tenía la capacidad necesaria para testar, de lo que depende la validez y eficacia de su acto dispositivo *mortis causa*⁵¹.

Por tanto, el testamento otorgado por persona con capacidad modificada judicialmente en virtud de sentencia que carezca de pronunciamiento acerca de la capacidad para testar, es válido siempre y cuando se esté en cumplimiento de las formalidades exigidas a tal efecto por el artículo 665 del Código civil. Es decir, será válido siempre y cuando el juicio de capacidad emitido por el notario -de acuerdo con el examen de los facultativos a que se refiere el citado precepto- no quede manifiestamente desvirtuado. Así, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 665 Cc, se encontraría la solución

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de marzo de 2015, FJ 3º (AC 2015/613).

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 12 de mayo de 2006, FJ 4º (AC 2006/1789).



más adecuada en derecho ante supuestos de resoluciones que limitan genéricamente la capacidad para realizar actos de disposición, pero en las que se hace omisión de un pronunciamiento acerca de la capacidad de testamentifacción, llevando a poner en tela de juicio si dicha limitación de la capacidad se extiende o no al ejercicio de la capacidad para disponer *mortis causa*.

4.2 Sentencia de modificación de la capacidad de obrar con exclusión de la posibilidad de otorgar testamento

A la hora de hacer referencia a este supuesto, nos cuestionamos si es posible o no que las resoluciones judiciales que declaren la incapacitación de una persona la extiendan a todo tipo de actos y negocios jurídicos patrimoniales, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, no adaptándose, por tanto, a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a que hicimos referencia anteriormente. Antes de entrar en el análisis de lo expuesto, debemos centrarnos en la finalidad que cumple la citada Convención. Así, la CDPD constituye un instrumento jurídico que vendría a destacar la visibilidad de este grupo de personas dentro del sistema de protección de derechos humanos y es una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de dichas personas. Dicha Convención fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la ciudad de Nueva York, resultado de un largo proceso del que fueron partícipes los propios Estados miembros de la ONU, Observadores y Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, el Relator Especial sobre Discapacidad, las instituciones de derechos humanos nacionales y las Organizaciones no gubernamentales entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad

y sus familias, con relevante presencia española⁵². La principal finalidad a cumplir por la Convención radica en la introducción de una nueva concepción acerca de la discapacidad basada en los principios de no discriminación, de dignidad humana, de aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad, de igualdad de oportunidades y de accesibilidad, entre otros, constituyendo, así, su objetivo esencial la implantación del derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos⁵³. Así, tal y como ha puesto de manifiesto TORRES GARCÍA, la CDPD implicaría una consideración de la persona con discapacidad como *“sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones que los demás”*⁵⁴.

De acuerdo con lo anterior, la CDPD instaría y vincularía a los Estados parte a la adopción de todos los cauces y medidas necesarios y pertinentes para proporcionar el apoyo de que precisan las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad de obrar y jurídica, respetando en todo caso los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. A tal efecto, la citada Convención dispone en los apartados segundo y tercero de su artículo 12 respectivamente que *“los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”* y que *“los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con*

⁵² <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

(fecha de última consulta: jueves 11 de marzo de 2021)

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, FJ 3º (RJ:2009/2901).

⁵⁴ TORRES GARCÍA, T. y GARCÍA RUBIO, Mª P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pág. 76.

discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”⁵⁵. En este sentido, la CDPD habría sido ratificada por el estado español en noviembre de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado en abril del año siguiente, que no entraría en vigor hasta el 3 de mayo de 2008. Como ya vimos en el apartado precedente, el artículo 665 Cc dispone literalmente que *“siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”*. Sin embargo, el hecho de que el precepto establezca *“por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar”* ha generado numerosas interpretaciones y dudas dentro del sector doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, se ha entendido y admitido como regla general que la sentencia pueda contener un pronunciamiento favorable al ejercicio de la capacidad para otorgar testamento, pero no así respecto a que, en sentido contrario, pueda excluirse totalmente dicha capacidad. Tal es así que la STS 479/1994 de 20 de mayo declarararía haber lugar al recurso de casación interpuesto, tras haberse dictado sentencia de incapacitación por Juzgado de Primera Instancia en el año 1990; sentencia confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial un año más tarde. La propia sentencia del TS en su fundamento cuarto se remite al mismo fundamento de la sentencia de primera instancia que confirmaría la sentencia recurrida y que formaría parte integrante del fallo, y se manifestaría, conforme al informe forense, que la incapacitada *“no tiene capacidad para testar en ninguna de*

⁵⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (núm. 96).



las formas legalmente establecidas". A tal efecto, el TS entiende que esta incapacidad de testar que define el artículo 663 n° 2° del Código civil ha de interpretarse, no como lo hace la representación de la recurrente, en un sentido absoluto, sino siempre conforme a todos los artículos conexos en obligada interpretación sistemática, y a la integración normativa que, en relación con el caso supone, entre otros, el artículo 665, respecto de los requisitos especiales del testamento en intervalos lúcidos. Por lo que, para evitar cualquier confusión y el alcance general de la expresión "*ninguna de las formas legalmente establecidas*", se accede a la casación parcial de la sentencia en este punto y, con ello, se acoge parcialmente el motivo examinado⁵⁶. De este modo, el TS anularía parcialmente la sentencia dictada en grado de apelación al fallar "*que debe mantenerse en todos sus extremos salvo en el particular que estima incapaz a la recurrente para otorgar cualquier forma de testamento, ya que siempre tendrá a su alcance la forma prevista para estos casos en el artículo 665 del Código civil.*"

Sin embargo, a pesar de existir resoluciones en el sentido de la anterior, han sido numerosas otras tantas en sentido opuesto, que han llevado a que, a diferencia de lo que ocurre en países de nuestro alrededor, en nuestro ordenamiento jurídico no se hayan aprobado aún las oportunas modificaciones legislativas que adapten las pautas establecidas por la citada Convención en lo que se refiere al procedimiento y alcance de la incapacitación. Tal es así que, a día de hoy, son constatables numerosas resoluciones de nuestros Juzgados y Tribunales en las que se establece un régimen de incapacitación plena que llega a extenderse a actos y negocios jurídicos de administración y disposición de bienes, derechos e intereses

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994, FJ 4° (RJ:1994/3723).



jurídicos y patrimoniales de la persona, o en las que se declara su total incapacitación para gobernarse por sí mismo, así como, para administrar y disponer de sus bienes, quedando sometida a un régimen de tutela. Todo lo anterior incluso a pesar de que algunas de dichas resoluciones no contengan un pronunciamiento expreso acerca de la capacidad para testar, entendiéndose que al hablar de incapacitación plena la propia extensión de la misma privaría de la capacidad para testar aun cumpliendo los requisitos del artículo 665 Cc, es decir, en los supuestos a que hicimos referencia en el apartado anterior. Sin embargo, dicha privación de la capacidad para testar resulta profundamente cuestionable teniendo en cuenta que España, de conformidad con las Directivas Comunitarias aprobadas al efecto en lo que a esta materia se refiere, aprobó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, sumándose a ello en los años posteriores la aprobación de la CDPD que habría sido, igualmente, ratificada por nuestro país. A tal efecto, cierto es que España, tras la CDPD, promulgaría la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la misma, pero, sin embargo, un importe sector doctrinal considera que, a pesar del establecimiento de regímenes de tutelares acordes con el articulado internacional, determinadas cuestiones continúan precisando de adaptación y modificación al respecto.

De este modo y de acuerdo con lo expuesto, cabe entender que dichos pronunciamientos resultarían incompatibles con la citada CDPD y, por tanto, inadmisibles en tanto que si de acuerdo con el artículo 666 Cc la capacidad ha de apreciarse en el momento mismo en que se produce el otorgamiento del testamento, no debe privarse de tal posibilidad *ex ante* en el preciso momento en que se dicta la sentencia de modificación de la capacidad sin contemplar la posibilidad de que el sujeto en cuestión pueda recobrar la lucidez pues, con

tales pronunciamientos, si el sujeto se encontrara en un intervalo de lucidez mental, no cabría acudir a la regla contenida en el artículo 665 del Código civil⁵⁷. En este mismo sentido se pronuncian BERROCAL LANZAROT, GÓMEZ LAPLAZA o DÍAZ ALABART al insistir en que “*el incapacitado puede encontrarse, en el momento de hacer testamento, en un intervalo lúcido y eso no puede preverlo la sentencia de incapacitación*”⁵⁸.

No obstante, y a pesar de lo anterior, cabe decir que en los últimos años ha podido apreciarse un cambio jurisprudencial en este sentido, pudiendo remitirnos a resoluciones en las que se declara la modificación parcial de la capacidad de obrar, pero manteniendo y conservando su plena capacidad únicamente para la realización de determinados actos entre los que destacan los de disposición *mortis causa*. Así, por ejemplo, la sentencia 133/2018 de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de abril, declara expresamente dejar sin efecto el pronunciamiento judicial que impide al discapacitado testar, en aplicación de la doctrina sentada por la ya citada STS 936/2018, de 15 de marzo, del Pleno, que lo considera como acto personalísimo sometido al control notarial de capacidad⁵⁹. De este modo, el fallo de la citada sentencia dispone literalmente que: “*Revisamos el régimen de modificación de la capacidad al que estaba sometido D. Eulalio, dejando sin efecto el de tutela fijado en sentencia de 16 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia*

⁵⁷MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pp.109 y ss.

⁵⁸BERROCAL LANZAROT, A. I., “La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018, p.3359. GÓMEZ LAPLAZA, M. y DÍAZ ALABART, S., “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M. P., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 536.

⁵⁹Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de abril de 2018, FJ 2º (JUR: 2018/152194).



nº 10 de A Coruña, que sustituimos por el de la curatela, que será desempeñado por la FUNGA, bajo las siguientes medidas de apoyo:

C) Se deja sin efecto, la privación de la capacidad de testar, y por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 665 CC, con atribución al Notario del juicio de capacidad.”

En conclusión, cabe decir que, abundantes han sido las resoluciones de los Tribunales españoles en las que se ha extendido la modificación y privación de la capacidad de obrar a la capacidad para otorgar testamento, hecho que resulta un tanto cuestionable teniendo en cuenta que España ratificó la citada CDPD y ha aprobado una serie de disposiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, tal y como hemos podido comprobar, ha sido el propio TS el que ha recurrido parcialmente muchas resoluciones de modificación de la capacidad de obrar, manteniendo dicha modificación y dejando, sin embargo, exenta a la capacidad para testar. Asimismo, y, a pesar de lo anterior, es de resaltar el mencionado cambio jurisprudencial que ha acontecido en los últimos tiempos, teniendo presente que ya no sólo el propio TS sino que, incluso, Audiencias Provinciales, declaran, en numerosos casos, haber lugar a dejar sin efecto concretos pronunciamientos judiciales que impiden testar al incapacitado.

4.3 Sentencia de modificación de la capacidad de obrar con expreso mantenimiento de la capacidad para testar

En este caso, no es preciso adoptar las cautelas indicadas en el artículo 665 del Código civil para asegurar la aptitud para testar, a menos que así lo exija la resolución. A falta de tal exigencia, podría otorgar incluso testamento

ológrafo⁶⁰, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de que concurra sentencia de incapacitación sin pronunciamiento acerca de la capacidad para testar, tal y como vimos en epígrafes anteriores..

5. Sentencia de incapacitación antes y después del otorgamiento de testamento

En primer lugar, cabe recordar que las sentencias que ponen fin a los procesos de incapacitación no son ejecutables provisionalmente en virtud del artículo 525.1 1º LEC y, de este modo, cabe partir de la idea de que la privación de la capacidad testamentaria en virtud de sentencia sólo producirá efectos desde la firmeza de la declaración judicial⁶¹. En esta misma línea se mantiene la jurisprudencia al reiterar lo expuesto por el sector doctrinal: *“mientras no gane firmeza la sentencia que declara la incapacitación de una persona, se presume siempre que tiene capacidad mental, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario”*⁶². Asimismo, el propio TS ha declarado que la sentencia de incapacitación no surtirá efectos *erga omnes* hasta su inscripción o anotación en el Registro Civil⁶³. A tal efecto, se entiende que, conforme a lo expuesto al principio de este apartado/epígrafe, la incapacitación sólo alcanzaría su eficacia una vez firme la sentencia que la

⁶⁰ CORVO LÓPEZ, F. M., “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, p.149.

⁶¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 de marzo 2018 (RJ 2018, 1090)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 108, Murcia, 2018, pp. 297-325.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018, FJ 1º (RJ:2018/4071).

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018, FJ 2º (RJ:2018/4071).

declare, de tal manera que la capacidad para testar de la persona en el momento del otorgamiento del testamento y, con ello el testamento otorgado, serán, en un principio, válidos. No obstante, cierto es que, en este tipo de casos, cabría pensar que la falta o ausencia de capacidad en el otorgante ya era concurrente al tiempo de ejercer su capacidad testamentaria al existir un margen temporal tan próximo entre el otorgamiento del testamento y la declaración de incapacitación. Sin embargo, a pesar de existir diversos criterios al respecto, la doctrina y, concretamente, GARCÍA RIPOLL, viene entendiendo que habrá de acreditarse esa falta de capacidad al tiempo de otorgar testamento, sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior a aquel momento, sea prueba determinante por sí sola de la falta de aquella capacidad, dado que, tal y como han dispuesto doctrina y jurisprudencia, la sentencia de incapacitación posee carácter constitutivo y no produce efectos *ex tunc*, sino *ex nunc*: “esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte”⁶⁴.

Por tanto, para poder acreditar la falta de capacidad para testar al tiempo de otorgar testamento por una persona que, posteriormente, habría sido declarada incapaz en virtud de sentencia, habrán de concurrir los elementos y medios de prueba que, de manera inequívoca y contundente -esto es, desprovistos de duda-, desvirtúen la presunción de la capacidad para testar en virtud del principio *favor testamenti*.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 28 de septiembre de 2018, FJ 1º (RJ:2018/4071).

En segundo lugar, debemos hacer referencia a los supuestos en que una persona incapacitada en virtud de sentencia firme otorga testamento. Por lo que a estos casos respecta, debemos remitirnos a los diferentes supuestos analizados en el apartado anterior, es decir, a si la sentencia contiene un pronunciamiento expreso acerca de la capacidad o no capacidad para testar o si, directamente, no se pronuncia en dicho sentido. De este modo, sea uno u otro supuesto el concurrente, se entenderá que el testamento otorgado por persona declarada incapacitada judicialmente, será válido en tanto cumpla con todas las formalidades exigidas al respecto y, sobre todo, no se pruebe de manera evidente, completa y muy cumplida y convincente⁶⁵ que el testador carecía de capacidad para testar al tiempo del otorgamiento.

6. Impugnación del testamento

A la hora de hablar de la impugnación del testamento debemos hacer referencia a las diferentes causas de nulidad del mismo. En este sentido, se entiende, conforme a la legislación civil española, que el testamento será nulo en los siguientes casos:

1º) Por falta de capacidad del testador en virtud del ya citado artículo 663 del Código civil que dispone: *“se encuentran incapacitados para testar los menores de catorce años y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”*

2º) Por dolo, fraude o violencia conforme al artículo 673 del Código civil que establece que: *“Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.”*

3º) Por incumplimiento de los requisitos y formalidades exigidas para cada tipo de testamento. Por lo que respecta a esta causa de nulidad del testamento,

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1998, FJ 2º (RJ:1998/3570).



la jurisprudencia del TS ha dispuesto en su sentencia de 21 de junio de 1986 que, para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad el cumplimiento riguroso de las solemnidades esenciales y de los requisitos establecidos en el artículo 695 Cc en relación con la validez del testamento abierto y la inobservancia de las formalidades que, conforme al artículo 687 Cc, determina la nulidad de la disposición testamentaria. En este sentido, se han pronunciado otras sentencias de la misma Sala -RJ 1965/4747, RJ 1968/5163, entre otras- que han declarado que *“el incumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior”*⁶⁶.

Asimismo, cabe tener presente que la nulidad del testamento por una u otra de las causas a que hemos hecho referencia podrá ser total o parcial. Así, será total cuando dicha nulidad afecta al testamento en su conjunto, esto es, a todas las disposiciones contenidas en él. Y parcial, ante la falta de eficacia de algunas de las cláusulas o disposiciones en él contenidas. De este modo, en el primer caso el testamento sería nulo en su totalidad, mientras que, en el segundo, la nulidad afectaría únicamente a la disposición testamentaria en cuestión siendo, sin embargo, válido el resto del testamento.

De acuerdo con lo anterior, por lo que respecta a la materia que aquí nos compete y conforme a lo expuesto, la ineficacia o nulidad del testamento podrá venir originada por la falta de capacidad para testar, falta que habrá de ser probada y demostrada por quien la alegue, entendiéndose que se presumirá dicha capacidad en tanto no se demuestre lo contrario. De este modo, tal y como hemos analizado en epígrafes anteriores, entra aquí en juego, una vez más, la presunción de la capacidad para testar que, como bien ya sabemos,

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1986, FJ 3º (RJ:1986/3789).

constituye una presunción *iuris tantum* de acuerdo con el principio de *favor testamenti*. A tal efecto, para poder impugnar la validez de un testamento basada en la causa de nulidad referente a la falta de capacidad del testador al tiempo de otorgar testamento, habrán de emplearse aquellos elementos y medios probatorios que -conforme a la ya citada Sentencia de 12 de mayo de 1998- de manera evidente, completa y muy cumplida y convincente permitan constatar la ausencia de capacidad en el otorgante. De entre esos medios probatorios, cabe reiterar los ya citados anteriormente, de entre los que destacan los informes médicos, periciales y testificales. Un caso que se podría tomar como ejemplo a este respecto es el de la STS 20/2015 de 22 de enero, en virtud de la cual se habría interpuesto por dos hermanos demanda de nulidad de dos testamentos por falta de capacidad, al tiempo de sus otorgamientos, de la testadora, que padecería una demencia de carácter mixto-vascular y Alzheimer, contra un tercer hijo que habría resultado especialmente favorecido en virtud de aquellos. Dicha demanda habría sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y, posteriormente, confirmada y ratificada por la AP de Palma de Mallorca en resolución en grado de apelación, que habría sido recurrida por el demandado por infracción, a juicio del recurrente, de los artículos 662, 663 y 666 del Código civil.

A tal efecto, la citada sentencia considera que lo esencial es determinar si la enfermedad que padecía la testadora al tiempo de otorgar ambos testamentos presentaba la suficiente magnitud que incapacitara a aquella para testar. De este modo, el Tribunal pasa a valorar las pruebas practicadas por las partes y, de ellas, debemos hacer especial hincapié en las propuestas a favor de la incapacidad de la testadora:

1º) Pericial-testifical de neurólogo que habría reconocido a la testadora el mismo día en que se otorgó el primer testamento y que habría manifestado en el juicio oral que aquella se encontraba en un estado de deterioro brutal y en franca demencia y que requería de la asistencia de una persona que se dedicara a sus finanzas. A juicio del Tribunal, esta prueba tendría una gran relevancia por ser muy categórica en sus conclusiones, por la proximidad con la fecha del primer testamento y por cuanto en el mismo se fundan gran parte de las periciales acordes con las tesis mantenidas por la parte actora⁶⁷.

2º) Pericial-testifical de otro neurólogo que habría asistido a la testadora durante 17 años. Para el Tribunal esta prueba tiene una gran relevancia al tratarse de un médico que trataba los problemas derivados de la afectación cerebral consecuencia de los problemas cardiacos y su progresión en el tiempo, destacando que, no obstante, la última visita fue un año antes del testamento otorgado, si bien en la parte pericial de su informe se manifiesta con rotundidad⁶⁸.

3º) Informe de perito judicial que se manifiesta con rotundidad a favor de la incapacidad de la causante y que, por ser perito judicial, nunca habría examinado a la paciente y, por ello, basaría y fundaría su informe en el dictamen emitido por los dos neurólogos. Asimismo, en el juicio oral, previo examen de los dos testamentos, llega a la conclusión de que la causante con las lesiones cerebrales que presentaba es imposible que pudiera entender el contenido de los mismos.

4º) Informe de un segundo perito judicial, médico psiquiatra, que demuestra su rotundidad respecto de la incapacidad de la causante y que, en el juicio

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2015, FJ 1º (RJ:2015/465).

⁶⁸ *Ibidem*.

oral, habría manifestado que la testadora no estaba en condiciones de gobernarse por sí misma y que tenía alteradas y restringidas sus capacidades en áreas como hacer testamento.

De este modo y, a pesar de las pruebas aportadas a favor de la capacidad de la testadora, el Alto Tribunal llega a la conclusión de que, de conformidad con la ya citada STS de 19 de septiembre de 1998, a pesar de que el juicio notarial de la capacidad para testar está asistido de certidumbre en virtud del prestigio y de la confianza social que merecen los fedatarios públicos, ello no constituye una presunción que no admita prueba en contrario, sino, como bien sabemos, una presunción *iuris tantum* que, a juicio del TS, en este caso habría quedado desvirtuada por la prueba aquí valorada. Finalmente, el Tribunal desestima el recurso interpuesto al entender que *“la sentencia recurrida no infringe la doctrina de la Sala sobre la materia que, entre otras, señala la sentencia de 29 de marzo de 2004, y que más recientemente se recoge en la de 26 de abril de 2008. A saber: a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia”*⁶⁹.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2015, FJ 6º (RJ:2015/465).



En conclusión, el caso aquí analizado constituiría un claro ejemplo de lo expuesto a lo largo del trabajo en relación con la presunción de la capacidad para testar que, si bien, admite prueba en contrario y que, de ser dicha prueba clara, contundente e inequívoca, podrá ser valorada a juicio del Tribunal de que se trate, como medio para desvirtuar dicha presunción y, por consiguiente, declarar la nulidad de un testamento.

Igualmente, entiende la doctrina que será relevante, a la hora de apreciar la falta de capacidad al tiempo del otorgamiento, el contenido y la complejidad de las disposiciones testamentarias, tal y como ha puesto de manifiesto MESA MARRERO⁷⁰. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al disponer que *“la reforma operada por Ley de 20 diciembre 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido”*⁷¹. Tal es así, que la citada resolución del Alto Tribunal, desestimaría el recurso interpuesto por la parte inicialmente demandada, al declarar la nulidad del testamento en cuestión, ante la complejidad del contenido del mismo para la cual el otorgante habría precisado contar con una capacidad a la que la propia resolución califica como

⁷⁰ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág. 42

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998, FJ 3º (RJ:1998/6399).

de “*más que suficiente y equilibrada*”⁷². Es decir, dadas las circunstancias personales concurrentes en la testadora, para que dicho testamento fuera válido no bastaba con que en ella concurriera una capacidad natural media, sino que, en atención al grado de complejidad de aquel, dicha capacidad habría de haber sido calificada de la manera en que ha expresado el Supremo. Asimismo, son también numerosas las resoluciones que se pronuncian en sentido contrario. Así, cabe destacar una resolución del TS de fecha más reciente que la anterior en la que la testadora contaría con un cierto grado de deterioro físico y su estado mental no era, en ocasiones y en términos del Supremo, suficientemente completo en orden a su memoria. A tal efecto, entiende el Alto Tribunal que no puede afirmarse, con la determinación y la eficiencia que se exige para declarar la nulidad por falta de capacidad, que la prestadora no la tuviese en el momento en que otorgó el testamento. Cabe añadir que, si bien, efectivamente este testamento modificaba de forma importante los beneficios económicos de su hija en el anterior testamento, incluidos los legados de que dispuso, era un testamento sencillo, que pocas dudas planteaba respecto a su contenido⁷³. Por tanto, tal y como puede constatarse, en este caso y a diferencia del anterior, al tratarse de un testamento sencillo y desprovisto de complejidad, el Supremo entendería que la testadora contaría con esa capacidad natural suficiente y requerida al caso y, por consiguiente, no habría lugar a la declaración de nulidad del testamento en cuestión.

Otra cuestión que estimamos pertinente traer a colación de lo que se refiere a la nulidad de un testamento, es la relativa a la responsabilidad del notario ante

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016, FJ 1º (RJ:2016/3157).

la falta de certeza de que concurre capacidad suficiente en el testador en base al juicio notarial realizado por aquel. Es decir, nos referimos a los casos en que siendo dudosa la concurrencia de la capacidad para testar en la persona desde un punto de vista objetivo, la falta de observancia por el notario a tal efecto podría llevar aparejada, a consecuencia de la posterior impugnación y declaración de nulidad del testamento, una responsabilidad por parte del fedatario público. Esta responsabilidad ha sido analizada por RODRÍGUEZ GUTIÁN entiendo por tal aquella responsabilidad civil derivada del artículo 1902 Cc, conforme al cual *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”* Asimismo, el artículo 146 del Reglamento Notarial se refiere a ella al disponer que *“el Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados”*. De acuerdo con lo anterior, a lo que este tipo de responsabilidad extracontractual respecta, cabe decir que es preciso que concurren los siguientes presupuestos: comportamiento activo u omisivo, nexo causal entre dicho comportamiento y el daño producido y el denominado criterio de imputación. Y, así, en lo que se refiere a la responsabilidad civil extracontractual del fedatario público, cabe precisar:

1º) Que dicho comportamiento ha de entenderse como omisivo, en el sentido de que el notario no haya constatado, con total certeza y tomando las medidas oportunas al efecto, que la persona, al tiempo de otorgar testamento, poseía capacidad para testar.

2º) Que dicho comportamiento omisivo haya dado lugar, efectivamente, a la consecuente impugnación y nulidad del testamento. Es decir, será preciso que se constate el daño producido a consecuencia de aquel comportamiento, esto es, un nexo causal entre uno y otro, para lo cual dicho daño ha de ser cierto, real y resarcible.

3º) Que la responsabilidad extracontractual surja por no haber actuado en base a lo que, de conformidad con el ejercicio de las funciones que le son inherentes, le era exigible. Es decir, que, aun teniendo dudas acerca de la capacidad para testar del otorgante, no tomó las medidas pertinentes al efecto. Por tanto, y de acuerdo con lo anterior, de entre las diferentes causas de nulidad del testamento, cabe mencionar la relativa a la falta de capacidad del testador entendiéndose que carecerá de capacidad para testar, conforme al artículo 663 Cc, *“el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”* A tal efecto, se entiende que habrá de atenderse a la presunción de la capacidad para testar en tanto no se demuestre de manera inequívoca e indubitada que el testador carecía de dicha capacidad, en cuyo caso se podrá impugnar el testamento en cuestión haciendo uso de los medios válidos en derecho, de entre los que destacan los informes periciales, médicos y testificales. De este modo, la presunción de la capacidad para testar podrá valorarse a juicio del Tribunal de que se trate y desvirtuada en virtud de prueba clara, contundente e inequívoca, y, por consiguiente, declararse la nulidad de un testamento.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil del fedatario público, concluimos que se trata de una responsabilidad extracontractual derivada de una actitud omisiva en relación con la constatación por aquel de que en el testador concurría capacidad para testar y que, consecuente y efectivamente,



dicha omisión haya dado lugar a la respectiva impugnación y declaración de nulidad de las disposiciones testamentarias.

7. Conclusiones

Llegados hasta este punto, es de vital importancia destacar las cuestiones que, a nuestro juicio, constituyen las ideas claves del trabajo aquí desarrollado.

-En primer lugar, cabe partir de la regla general de que todas las personas están facultadas para testar salvo que la ley se los haya prohibido expresamente. Es esto lo que, por tanto, nos lleva a hablar de una presunción de la capacidad para testar en virtud del denominado principio de *favor testamenti* que, no obstante, puede ser desvirtuada por prueba en contrario al constituir una presunción *iuris tantum*. De este modo, entendemos, de acuerdo con la doctrina, que la regla general es la de la capacidad y la incapacidad constituye la excepción.

-En segundo lugar, que cuando el legislador en su artículo 663 2º del Código civil, dispone que están incapacitados los que habitual o accidentalmente no se hallaren “*en su cabal juicio*”, alude a aquel que padezca “*cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo persigue*”⁷⁴, no siendo preciso que haya recaído sentencia judicial de incapacidad originada

⁷⁴ Sentencia de 4 de octubre de 1982 del Tribunal Supremo, FJ 3º (RJ:1982/5537).

por la falta de juicio cabal, sino que “*basta con una incapacidad de hecho suficientemente demostrada*”⁷⁵.

-En cuanto al juicio a realizar por el fedatario público acerca de la capacidad para testar, es preciso destacar que, en el ejercicio de sus funciones, el notario habrá de constatar y asegurarse de que el testador cuenta con la capacidad natural y suficiente para disponer de sus bienes mortis causa, todo ello resultado del contacto directo entre el fedatario y el otorgante. De tal manera que, si el juicio notarial resulta favorable, entrará en juego la mencionada presunción de la capacidad del testador en virtud de la cual el testador se encuentra, de acuerdo con los términos en que dispone el legislador, en su cabal juicio.

-En relación con el derecho civil foral, son destacables las peculiaridades que presentan unos y otros en torno a la intervención o no de dos facultativos que emitan un dictamen acerca de la capacidad y lucidez del otorgante.

-Son igualmente destacables las diferentes situaciones a las que puede responder el hecho de que exista una sentencia de modificación de la capacidad de una persona. Así, hemos podido concluir que:

- En el caso de que exista una sentencia de incapacitación que carezca de pronunciamiento acerca de la capacidad para testar, la solución a tal respecto la ofrece el propio artículo 665 del Código civil con la designación previa de dos facultativos que reconozcan a la persona y, sólo cuando éstos respondan de la capacidad de la misma, el notario procederá a autorizar dicho testamento.
- Por otro lado, que abundantes han sido las resoluciones de modificación y privación de la capacidad de obrar de nuestros Tribunales, extendiéndola a la propia para testar, lo cual resulta un

⁷⁵ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pp. 19-53.

tanto cuestionable teniendo en cuenta que España ratificó la citada CDPD y ha aprobado una serie de disposiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, tal y como hemos podido comprobar, ha sido el propio TS el que ha recurrido parcialmente muchas resoluciones de modificación de la capacidad de obrar, manteniendo dicha modificación y dejando, sin embargo, exenta a la capacidad para testar. Asimismo, y, a pesar de lo anterior, es de resaltar el mencionado cambio jurisprudencial que ha acontecido en los últimos tiempos, teniendo presente que ya no sólo el propio TS, sino que, incluso, Audiencias Provinciales, declaran, en numerosos casos, haber lugar a dejar sin efecto concretos pronunciamientos judiciales que impiden testar al incapacitado.

- En relación al supuesto en que exista sentencia con expreso mantenimiento de la capacidad para testar, entendemos que no será necesario estar a lo dispuesto en el artículo 665 del Código civil.
- En lo que se refiere a los supuestos en que recaiga sentencia acerca de la modificación de la capacidad de la persona, hemos podido diferenciar los casos en que el testamento sea otorgado antes de que recaiga sentencia de incapacitación o, por el contrario, después de dicha resolución: en el primer caso, la privación de la capacidad testamentaria en virtud de sentencia sólo producirá efectos desde la firmeza de la declaración judicial; en el segundo caso, debemos remitirnos a los diferentes supuestos analizados en el apartado anterior, es decir, a si la sentencia contiene un pronunciamiento expreso acerca de la capacidad o no capacidad



para testar o si, directamente, no se pronuncia en dicho sentido. De este modo, sea uno u otro supuesto el concurrente, se entenderá que el testamento otorgado por persona declarada incapacitada judicialmente, será válido en tanto se cumplan con todas las formalidades exigidas al respecto y, sobre todo, no se pruebe de manera evidente, completa y muy cumplida y convincente⁷⁶ que el testador carecía de capacidad para testar al tiempo del otorgamiento.

-Finalmente, en lo relativo a la impugnación del testamento debemos concluir que la ineficacia o nulidad del testamento podrá venir originada de la falta de capacidad para testar, falta que, si bien, habrá de ser probada y demostrada por quien la alegue, entendiéndose que se presumirá dicha capacidad en tanto no se demuestre lo contrario., Para ello, habrán de emplearse aquellos elementos y medios probatorios que de manera evidente, completa y muy cumplida y convincente permitan constatar la ausencia de capacidad en el otorgante (ya sean informes médicos, periciales, testificales,...). Igualmente, podrá atenderse a la complejidad del contenido del testamento a la hora de valorar el grado de capacidad que se requiere en la persona para poder testar. Por último y no menos importante, a la hora de hacer referencia a la impugnación del testamento hemos querido hacer alusión a la responsabilidad civil derivada de la actuación notarial ante la falta de certeza de que concurre capacidad suficiente en el testador en base al juicio notarial realizado por el fedatario público Así, la falta de observancia por el notario a tal efecto podría llevar aparejada, a consecuencia de la posterior impugnación y declaración de nulidad del testamento, una responsabilidad por parte del fedatario público,

⁷⁶ Sentencia de 12 de mayo de 1998 del Tribunal Supremo, FJ 2º (RJ:1998/3570).

responsabilidad civil que no es otra que la llamada responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 Cc.

8. Bibliografía

• Manuales

- **ACEDO PENCO, Á.**, *Introducción al derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2013.
- **DELGADO ECHEVARRÍA, J.**, *Comentarios al Código del derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015.
- **BOSCH CAPDEVILA, E.**, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.
- **DELGADO ECHEVARRÍA, J.**, *Comentarios al Código del derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015.
- **AA.VV., DEL POZO CARRASCOSA, P.**, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.
- **AA.VV., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.**, *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014.
- **MESA MARRERO, C.**, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- **ROMERO COLOMA, A. M.**, *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Editorial Reus, Madrid, 2013.
- **TORRES GARCÍA, T. F.**, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la*

- personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- **LACRUZ BERDEJO, J. L.**, *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.
 - **RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.**, en Valpuesta Fernández, R. (coord.); Cañizares Laso, A. (dir.), de Pablo Contreras, P. (dir.), Orduña Moreno, F.J. (dir.), Legerén-Molina A. (aut.), Pérez García, M.J (aut.), “Comentario al art.663” *Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087)*. Vol. II, 2011.
 - **Artículos de revista**
 - **BERROCAL LANZAROT, A. I.**, “La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018.
 - **CORVO LÓPEZ, F. M.**, “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI.
 - **DE LA IGLESIA MONJE, M. I.**, “Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de favor testamenti”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 742, 2014.
 - **GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.**, “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 de marzo 2018 (RJ 2018, 1090)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 108, Murcia, 2018.
 - **Recursos en la web:**
 - <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

Jurisprudencia

➤ **Sentencias del Tribunal Supremo**

- STS (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 1974 (RJ:1974/1058)
- STS (Sala de lo Civil) de 4 de octubre de 1982 (RJ:1982/5537)
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio de 1986 (RJ:1986/3789)
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de junio de 1992 (RJ:1992/5460)
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1994 (RJ:1994/3723)
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de noviembre de 1995 (RJ:1995/8717)
- STS (Sala de lo Civil) de 12 de mayo de 1998 (RJ:1998/3570)

- STS (Sala de lo Civil) de 19 de septiembre de 1998 (RJ:1998/6399)
- STS (Sala de lo Civil) de 31 de marzo de 2004 (RJ:2004/1717)
- STS (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2008 (RJ:2008/2680)
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2009 (RJ:2009/2901)
- STS (Sala de lo Civil) de 5 de noviembre de 2009 (RJ:2010/84)
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2009 (RJ:2010/282)
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2013 (RJ:2013/7291)
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 2015 (RJ:2015/465)
- STS (Sala de lo Civil) de 26 de junio de 2015 (RJ:2015/3578)
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 2016 (RJ:2016/ 3157)
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de marzo de 2018 (RJ:2018/934)
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2018 (RJ:2018/1090)
- STS (Sala de lo Civil) de 28 de septiembre de 2018 (RJ:2018/4071)

➤ **Sentencias de Audiencias Provinciales**

- SAP Burgos número 56/2002, de 1 de febrero (JUR 2002/112208)
- SAP Salamanca número 224/2006, de 12 de mayo (AC 2006/1789)
- SAP Murcia número 195/2014, de 6 de mayo (JUR 2014/169329)

- SAP Barcelona número 453/2014, de 14 de octubre (AC 2014/2057)
- SAP León número 61/2015, de 27 de marzo (AC 2015/613)
- SAP A Coruña número 133/2018, de 11 de abril (JUR: 2018/152194)