

## 1.4. Sucesiones

### La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada

*The capacity and will to test two fundamental aspects in the testate succession)*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

**RESUMEN:** El testamento constituye un acto de la autonomía privada cuyo contenido se sustenta en la declaración de voluntad testamentaria libremente emitida sin vicios que la invaliden —libertad para testar—. Asimismo, sobre el principio *favor testamenti* se presume *iuris tantum* la capacidad plena para testar de toda persona mayor de catorce años y que se halle en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento. En todo caso, tratándose de testamentos notariales, el notario debe asegurarse de que el testador tiene la capacidad necesaria para testar. Por otra parte, si la sentencia de incapacidad no se ha negado la testamentificación activa del testador y con el juicio favorable de dos facultativos de la capacidad para testar, se puede otorgar testamento notarial en intervalo lúcido. Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la declaración de voluntad testamentaria y en la capacidad testamentaria y toda la problemática que se sustancia en torno a las mismas.

**ABSTRACT:** *The testament constitutes an act of the private autonomy which content is sustained in the declaration testamentary freely issued without vices that invalidate it. Likewise on the principle favor testamenti there is presumed iuris tantum the full aptitude to test of every fourteen year old major person and that is situated in his complete judgment in the moment to do testament. If the judgment of incapacitation does not deny to itself the possibility of doing testament. And with the positive judgment of two doctors on the aptitude to test. It is possible to do notarial testament. On such bases the present study is going to centre on the analysis of the declaration of will on testament and in the aptitude to do testament and everything I problematics that takes place on the same ones.*

**PALABRAS CLAVE:** Testamento. Capacidad para testar. Declaración de voluntad testamentaria. Vicios de la voluntad. Testamento en intervalo lúcido. Juicio capacidad notarial. Persona con capacidad modificada judicialmente.

**KEY WORDS:** *Testament. Capacity, declaration of will, vices. Judgment of the notary to capacity and incapacitated.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA. VICIOS DE LA VOLUNTAD.—III. LA CAPACIDAD DE TESTAR: 1. OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN INTERVALO LÚCIDO. 2. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En nuestro ordenamiento, se parte de una presunción de capacidad<sup>1</sup>; de forma que, solo por sentencia judicial (art. 199 CC) y cuando se den los requisitos establecidos el artículo 200 del citado cuerpo legal que: 1. Exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí misma, podrá incapacitarse a una persona<sup>2</sup>. Quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la incapacitación judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva<sup>3</sup>.

En consecuencia, para declarar a una persona incapacitada, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Por lo que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacitación, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial.

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela el citado artículo 200 del Código civil regula las causas de incapacitación atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas sino a los efectos que, la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que la padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria. Asimismo, corresponde al juez graduar la incapacidad del sujeto, atendiendo a su grado de discernimiento, lo que permitirá someterle a un régimen de sustitución (tutela y patria potestad prorrogada o rehabilitada) o a un régimen de asistencia (curatela). La curatela se relaciona con la incapacitación parcial, vinculado a los supuestos en que existe un grado aceptable de autogobierno en la persona que, padece una enfermedad o deficiencia incapacitante, pues, en caso de incapacidad total procedería el nombramiento de un tutor que, no asiste, sino que representa<sup>4</sup>. No obstante, es posible una curatela reforzada de forma que, se determine la asistencia para determinados actos, y para otros, cierta facultad de representación (arts. 223-4 y 223-6 del Código civil catalán —en adelante, CCC—; y art. 150 apartados 1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón —en adelante, CFA—).

Lo cierto es que, las causas de incapacitación, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 29 de abril de 2009 que cita la de 11 de octubre de 2012<sup>5</sup> están concebidas en nuestro derecho a partir de la mencionada reforma de 1983 como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurre en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 dispone que son «causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí mismo». Es evidente que, el artículo 322 del Código civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona cuando se prueba la concu-

rrencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente que, permite concluir que, aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias de 19 de mayo de 1998<sup>6</sup>, de 26 de julio de 1999<sup>7</sup>, de 20 de noviembre de 2002<sup>8</sup> y de 14 de julio de 2004<sup>9</sup> que señalan como afirma la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 28 de julio de 1998<sup>10</sup> «(...) para que se incapacite a una persona no es solo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...). Lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impide gobernarse a la afectada por sí misma»<sup>11</sup>.

Lo relevante es la limitación parcial o total de la capacidad de autogobierno que, constituye algo más que, un requisito, pues, se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación. La fórmula legal es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que, determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyos y protección de la persona que la produce, puede ser apreciada como causa de incapacitación y al mismo tiempo suministrar al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padezca discapacidad<sup>12</sup>.

El régimen de incapacitación o modificación de la capacidad se complementa con el artículo 760 de la LEC (sucesor del art. 210 CC) que, expresamente prevé la necesidad que, la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda al que debe estar sometida la persona incapacitada y también con el artículo 761 de la LEC que, prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación. En consecuencia, de darse los presupuestos descritos en el artículo 200 del Código civil se ha de proceder a la incapacitación de la persona, correspondiendo al juez determinar el régimen de tutela o guarda al que ha de quedar sometido.

En todo caso, la excepcionalidad de la incapacitación, limitada a lo declarado por sentencia y, por las causas previstas por la Ley, hay que ponerla en relación con el principio de dignidad de la persona (art. 10 de la CE) y con la exigencia del artículo 49 de dicho texto constitucional a los poderes públicos de ordenar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos otorgados a todos los ciudadanos.

Ahora bien, de forma novedosa, en cuanto a la capacidad de la persona en cuanto a la capacidad de la persona el CCC pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gradual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona (art. 211-3)<sup>13</sup>.

Por su parte, el CFA, al igual que el Código civil español, establece que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38.1). Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí

misma (art. 38.2). Existen en los términos reseñados en el párrafo anterior, una importante referencia a la prodigalidad como causa de incapacitación conforme a lo que dispone el artículo 38.3.

En este contexto, resulta esencial mencionar la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificado por España mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007. De tal forma que, conforme a lo previsto en el artículo 96 de la CE esta Convención forma parte de nuestro ordenamiento interno. En su artículo 1 fija como propósito de la misma «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiendo por personas con discapacidad «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (art. 1.2), protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada «como trasunto del principio de la dignidad de la persona»<sup>14</sup>. Asimismo, se fija como principio de la Convención «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas», y en su artículo 12.3 pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad y que cuando sea necesario se proporcione a estas personas el apoyo que, pudiera necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es por ello que, la Convención parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación y tutela o curatela por un «sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad y por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal; lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida (art. 12). Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que, se contiene en el artículo 223-6 del Código civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz<sup>15</sup>.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de abril de 2009<sup>16</sup>, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre<sup>17</sup>, ha establecido las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006 y lo dispuesto en el Código civil a partir de la reforma de 1983 disponiendo en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos un fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida

discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya facultades intelectivas y volitivas no le permite ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Sobre tales bases, lo que ha de tenerse en cuenta como principio fundamental es la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar que, le permiten hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que, tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier índole reconocidos en la Convención<sup>18</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de septiembre de 2009 que, reitera las sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 11 de septiembre de 2012, de 14 de octubre de 2015<sup>19</sup>, de 20 de octubre de 2015<sup>20</sup> y 4 de noviembre de 2015<sup>21</sup> establece que, «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambian para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determinan su forma de ejercicio. De aquí que, deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

Efectivamente, la incapacitación no es algo rígido sino flexible y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada lo que se plasma en la mencionada graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan diversa como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que requiere de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, en qué medida puede cuidarse por sí mismo o necesita de alguna ayuda; si puede actuar por sí mismo, o si precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje o trajes a medida es necesario que, el tribunal de instancia que, debe decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda<sup>22</sup>. Requiere, en esencia, un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, lo que exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que, le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que, sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapacitado, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que, presenta en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones<sup>23</sup>.

Lo cierto es que la Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que, la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos que, pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno.

De ahí que, el juez al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustar a aquellos ámbitos en que estrictamente se requiere los apoyos<sup>24</sup>.

En este contexto, el sistema de apoyos a los que alude la Convención, está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras como la guarda de hecho y el defensor judicial que, también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en los últimos tiempos tras descartar que «el «procedimiento de modificación de capacidad» y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención<sup>25</sup>. La tutela es la forma de apoyos más intensa que, puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 del Código civil que, el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo que aquellos actos que pueden realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayuda a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)<sup>26</sup>. Ciertamente, la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales<sup>27</sup>; si bien, la jurisprudencia, salvo en supuesto de patente incapacidad total, se viene inclinando a la luz de la interpretación recogida en la Convención para la curatela en el entendimiento que en el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del Código civil podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de su enfermedad<sup>28</sup>. La curatela «es una institución flexible que, se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamado a prestar. Si bien, la regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permite creer o contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el presupuesto que lo provoca) si se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 del Código civil ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyos que se adapta a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código civil, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia

para el patrimonio de la persona con discapacidad que, son aquellas para las que el tutor necesita autorización judicial»<sup>29</sup>.

En este contexto, la capacidad de testar cuando se es mayor de catorce años y se está en su cabal juicio se debe relacionar con la presunción de capacidad de la persona y su capacidad natural de entender y querer, y con la voluntad de testar en el que opera la autonomía del individuo. Si bien, la libertad de testar tiene el límite de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima y la libertad para testar supone que el consentimiento se preste de forma libre y no viciado. Asimismo, resulta esencial potenciar al máximo la participación del discapacitado en la toma de decisiones en actos tan importantes como el matrimonio y el testamento en la línea con la Convención, sin perjuicio de acompañar tal actuación de las debidas cautelas como la intervención de fedatario público o la realización de los correspondientes dictámenes médicos, si bien, estos últimos cuando resulten estrictamente necesarios. Parece que esta forma de operar se enmarca en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad aprobado el 21 de septiembre de 2018 y habiendo recibido informe favorable del Consejo General del Poder Judicial el 29 de noviembre de 2018.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en analizar la problemática en torno a la capacidad y voluntad de testar y, las implicaciones prácticas que de las mismas se pueden derivar, entre las que se puede destacar la nulidad del testamento si se constata la falta de capacidad para testar en el momento de otorgamiento del testamento, máxime si se trata de testamentos otorgados por personas de edad avanzada —personas vulnerables— donde resulta más probable que, tenga lugar una falta de capacidad natural de entendimiento y comprensión del alcance del acto que representa el testamento —aunque la senilidad y senectud no determinan por sí solas la falta de capacidad de testar— y sea, asimismo, más fácil la captación de su voluntad, viciando la misma (dolo testamentario frente a un *dolus bonus*).

## II. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA. VICIOS DE LA VOLUNTAD

La sucesión testada representa uno de los modos de diferir la sucesión, concretamente, por voluntad del hombre manifestada en testamento (art. 658 CC). Se define el testamento en el artículo 667 del Código civil como «*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o partes de ello*». Para PÉREZ ÁLVAREZ testamento «es un negocio jurídico *mortis causa* determinado por la declaración de voluntad del testador que, tras su fallecimiento, pasará a ser “ley de la sucesión”»<sup>30</sup>. Por su parte JORDANO BAREA lo conceptualiza como «el negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no receptivo, formal o solemne, normalmente gratuito, que opera mediante la institución de heredero o legado»<sup>31</sup>. En todo caso, se sustenta sobre el principio de autonomía privada y la declaración de voluntad representa el elemento esencial del testamento y por ello, ha de constar con claridad la intención de testar, y, además, se requiere que la persona que lo otorga tenga la aptitud necesaria para su realización a la que se refiere el artículo 662 del Código civil —presunción de capacidad para testar que goza toda persona salvo las exclusiones expresas que la propia ley impone, de acuerdo con el principio de *favor testamenti*—. Ciertamente, el contenido del testamento se conforma sobre tal declaración de voluntad. Por otra parte, en el régimen del Código civil el testamento se caracteriza por

ser unipersonal y unilateral, personalísimo, formal y revocable. Es un negocio jurídico unipersonal por cuanto solo puede ser otorgado por una sola persona. Así lo establece el artículo 669 del Código civil al disponer que «*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*». Además, la declaración procede de una sola parte —el otorgante— de ahí que, estemos ante un negocio jurídico unilateral. Asimismo, el testamento reviste el carácter de personalísimo por cuanto debe responder de modo necesario a la voluntad de quien lo otorga. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 670, si bien dicha norma posibilita que pueda intervenir un tercero a efectos de designar porciones en las que hayan de suceder quienes no hubieran sido instituidos nominalmente. De ahí, la posibilidad que tiene el testador de encomendar a un tercero la distribución de cantidades a favor de clases de personas o grupos (art. 671 CC)<sup>32</sup>. Precisamente, en relación con el otorgamiento de testamento por persona con capacidad modificada judicialmente, al tratarse de un acto personalísimo, no puede realizarlo su representante legal ni la persona que le asiste ni con su aprobación (curador)<sup>33</sup>, en consecuencia, analizaremos también la posibilidad de otorgar testamento por quien se encuentre en esa situación y la sentencia de incapacitación no contenga ningún pronunciamiento sobre la capacidad de testar y se cumpla con la medida de control que, impone el artículo 665 del Código civil. A esta circunstancia se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018<sup>34</sup> de la que también haremos oportuna referencia en el presente estudio; asimismo, el testamento es un negocio eminentemente formal, pues para su validez se exige que la declaración de voluntad se exprese a través de algunos de los cauces testamentarios reconocidos por el Código civil y cumplimiento con las formalidades establecidas al efecto (arts. 687, 705 y 715 CC); y, en fin, es un negocio esencialmente revocable, pues, el otorgante puede modificar en todo o en parte la declaración de voluntad previamente emitida y dejar sin efecto el testamento anterior otorgando, incluso cuando hubiera manifestado su voluntad de no revocarlo (art. 737 CC).

En este contexto, la voluntad testamentaria constituye la base fundamental sobre la que se conforma el negocio jurídico testamentario sin perjuicio de las formalidades exigidas por el ordenamiento que, acompañan la elaboración del testamento —testamento notarial abierto y cerrado—. Una voluntad que ha de ser libre y consciente, sin vicios que lo invaliden, donde el testador determina como quiere distribuir el orden sucesorio de su patrimonio con el único límite del respeto a las legítimas —normativas de *ius cogens*—<sup>35</sup>. En principio, no debe confundirse la voluntad testamentaria con la capacidad de testar, aunque lo cierto es que ambas constituyen los pilares fundamentales sobre los que se determina la sucesión testada. Así es posible que, la voluntad testamentaria pueda ser libre y el testador incapaz de testar y viceversa. No obstante, en alguna ocasión la ineficacia del negocio jurídico testamentario puede provenir tanto de la falta de capacidad para testar como de la existencia de un vicio del consentimiento —sobre todo en personas vulnerables, por ejemplo personas de edad avanzada—<sup>36</sup>.

A los vicios del consentimiento se refiere el artículo 673 del Código civil que establece «la nulidad del testamento otorgado con violencia, dolo o fraude». Aunque el citado precepto solo se refiere a la violencia, la doctrina de forma mayoritaria afirma que se puede incluir también la intimidación<sup>37</sup>. En relación con el dolo, RODRÍGUEZ GUITIÁN señala que hay dolo testamentario cuando «existen maniobras y artes fraudulentas con las que se trata de influir en el ánimo del testador con el objeto de arrancarle una disposición que seguramente

no habría dictado de no haber sido engañado»<sup>38</sup>. Para PÉREZ ÁLVAREZ existe dolo o fraude cuando «con palabras o maquinaciones insidiosas el causante fue inducido a otorgar el testamento que en otro caso no hubiera hecho»<sup>39</sup>. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2014<sup>40</sup> define dolo testamentario como «la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias». Y añade que «el dolo debe ser: 1. Grave no bastando el llamado *«dolus bonus»* o lo que es lo mismo, el que con atenciones o cuidados especiales trata de dirigir a su favor la voluntad testamentaria; 2. Con relación de causalidad entre la maquinación y disposición testamentaria; 3. Se tiene que probar, pues no se presume; y 4. Puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, incluidas las presunciones».

Ahora bien, el concepto de maquinaciones insidiosas puede abarcar tanto una acción como una omisión u abstención, siempre teniendo como nexo común la influencia en la voluntad de la otra parte, induciéndole a error y obligando a emitir la declaración de voluntad en la forma querida por el causante del vicio<sup>41</sup>, y, además, en los términos indicados ha de existir una relación de causalidad entre tal conducta dolosa y la declaración testamentaria. En este contexto, es posible que la captación de la voluntad del testador tenga lugar mediante manifestaciones de afecto, atenciones y cuidados especiales con la única finalidad de lograr la atribución testamentaria a favor de la misma persona que, lleva a cabo tal captación o a favor de terceros que ella misma desea o quiere —lo que se conoce como *dolus bonus* que puede ser considerado como una modalidad de dolo—<sup>42</sup>.

En principio, las atribuciones testamentarias realizadas en consideración a estos cuidados o atenciones pueden ser válidas siempre que no vayan unidos a algún tipo de engaño, al igual que, los ruegos de una persona para ser instituida heredera o legataria, siempre que estos no disminuyan la libre voluntad de la persona, por lo que, el testador puede hacer caso o no de tales ruegos a la hora de distribuir su haber hereditario<sup>43</sup>.

En todo caso, para determinar si realmente los comportamientos dolosos de terceras personas han tenido influencia decisiva en la voluntad del testador habrá de analizarse si con tales engaños o maquinaciones insidiosas se ha inducido a realizar el testamento en el sentido querido por la persona que actúa bajo tal comportamiento doloso e influenciable; de forma que, la voluntad del testador deja de ser libre y las atribuciones testamentarias solo operan, precisamente, a favor de estas personas y no frente a quienes por ley o por la decisión del propio testador —tomada libremente— pudieran ser llamados legalmente a la sucesión. En consecuencia, se habrá de ponderar en cada caso todas las circunstancias concretas que rodean tal actuación del testador para poder determinar si la disposición testamentaria es fruto de una maniobra extraña con la consiguiente inefficacia del testamento o es libremente realizada por el testador. Lo cierto es que, el dolo o fraude es más fácilmente constatable en personas especialmente vulnerables, al ser su voluntad más fácilmente influenciable por sus propios parientes y cuidadores<sup>44</sup>. De todas formas, se defiende en la doctrina que, la anulación de un testamento por falta de capacidad del testador puede servir también para proteger la libertad de testar<sup>45</sup>.

Ahora bien, los vicios invalidatorios de la declaración de voluntad representan elementos fácticos dentro del proceso y por consiguiente, su fijación en sentencias compete a los tribunales de instancia, no revisables en casación salvo evidente error comprobado con idéntica certeza<sup>46</sup>.

En este contexto, como cualquier negocio jurídico, el testamento precisa de interpretación, esto es, determinar el sentido y alcance de la declaración de voluntad del testador, pues, el *animus testandi* es presupuesto de la validez de la declaración testamentaria (art. 667 CC). El artículo 675 párrafo 1 establece al respecto que «*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*». Por lo que sobre tal base legal resulta necesario atender en primer lugar a la voluntad efectiva del testador utilizando el criterio gramatical, siempre que el testamento no plantea dudas sobre la intención del otorgante<sup>47</sup>. Cuando no es posible emplear tal criterio, al no poder valiéndose del mismo, averiguar la voluntad real del testador por la oscuridad, ambigüedad de alguna de las cláusulas testamentarias, o resultar una contradicción evidente entre el tenor del testamento y la voluntad del testador se habrá de realizar un examen de conjunto de la totalidad del testamento<sup>48</sup>, acudiendo a los actos anteriores o posteriores al otorgamiento, a pruebas externas como la opinión del notario autorizante del testamento a efectos de determinar la voluntad real del testador —interpretación subjetiva—<sup>49</sup>.

En todo caso, la labor interpretativa de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que dicha calificación o interpretación resulte ilógica, absurda o contraria a norma legal<sup>50</sup>.

### III. LA CAPACIDAD DE TESTAR

A la capacidad de testar también llamada testamentificación activa se refiere el artículo 662 del Código civil que dispone «*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*». Cabe apreciar que, la norma, además de responder al principio de *favor testamenti*, establece una regla general de presunción *iuris tantum* de capacidad que ya resulta del artículo 10 de la Constitución española, artículo 322 del Código civil y artículo 760.1 de la LEC y que ha quedado reforzada por la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, todo ello en la línea de reconocimiento de la plena capacidad de obrar que, dispone cualquier individuo cumplida la mayoría de edad<sup>51</sup>. Se utiliza el término «expresamente» con ello se quiere poner de manifiesto que: 1. No cabe basar la capacidad para testar ni por analogía ni una interpretación extensiva de los preceptos; 2. Las normas sobre capacidad de las personas son de carácter imperativo y quedan fuera del ámbito de autonomía de la voluntad; 3. El incapaz para testar fallece intestado; de ahí la exigencia de procurar la validez del testamento ante la reticencia del legislador, precisamente, a la aplicación de las normas de sucesión intestada; 3. El carácter personalísimo del testamento impide la posibilidad de suplir la falta de capacidad con la intervención de terceras personas —representante legal o persona que le asista—; por ello, la opción por dotar del más amplio reconocimiento a la capacidad de testar; 4. La constatación de la capacidad de testar es una cuestión de hecho<sup>52</sup>.

Esta amplia capacidad para testar también se contiene en otros Derechos civiles autonómicos, así el artículo 421.3 del CCC, el artículo 408 del CFA y la Ley 184 del Fuero Nuevo de Navarra —en adelante, FNN— que, se refiere a los casos de incapacidad para testar que, coincide con los del artículo 663 del Código civil.

Ahora bien, esta presunción *iuris tantum* de capacidad para testar admite prueba en contrario, por lo que corresponde a la parte que impugna el testamento la carga de probar que, el testador carecía de capacidad para testar en el momento de otorgar el testamento<sup>53</sup>. Para la destrucción de esta presunción resulta necesario aportar pruebas inequívocas, concluyentes y completas que, constaten que el testador, precisamente, carecía de capacidad natural en el momento de otorgamiento del testamento, no bastando para ello apoyarla en meras presunciones, pruebas indicarias o aisladas o indirectas conjeturas<sup>54</sup>. Al respecto cabe cualquier medio de prueba, siendo de especial relevancia, los dictámenes de facultativos que, acrediten la existencia de una enfermedad de carácter físico o psíquico que, privan a la persona de su cabal juicio. La prueba pericial, no obstante, no tiene un carácter decisivo en cuanto ha de ser apreciada por el juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, sin quedar vinculado necesariamente por ella<sup>55</sup>. De todas formas, los actos coetáneos, anteriores o inmediatamente posteriores al otorgamiento pueden constituir un claro indicio junto con otros elementos probatorios que, permitan constatar en un análisis de conjunto que el testador carecía de capacidad en el momento de otorgar el testamento<sup>56</sup>.

Por otra parte, esta presunción *iuris tantum* de capacidad queda reforzada con el juicio notarial de capacidad (arts. 685.1 *in fine*, 696 y 707.4 CC) por el que, el notario emite un juicio sobre la capacidad suficiente para testar —mayor de catorce años y que está en su cabal juicio— que, hace constar en el testamento —deber tanto material como formal—<sup>57</sup>. No se exige que tenga una certeza absoluta de tal capacidad, le basta al notario con constatar el hecho que, el otorgante tiene la capacidad suficiente para testar. Ciertamente el notario lleva a cabo una apreciación subjetiva de capacidad del testador; de ahí, el empleo del término «a su juicio» que se contiene en el artículo 685.1 del Código civil completado con los artículos 696 y 707.4 del citado texto legal. En todo caso, este juicio de capacidad emitido por el notario tiene el valor de presunción *iuris tantum* sobre la base del propio prestigio de la función notarial; lo que, además, exige que la parte que solicita la nulidad del testamento deba presentar prueba cualificada de la incapacidad del testador<sup>58</sup>.

Ahora bien, como excepciones a esta regla general de capacidad para testar, el artículo 663 del Código civil establece que «están incapacitados para testar: 1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo; 2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio». En cuanto a la edad, hay que señalar que representa una excepción a la regla de los dieciocho años —artículo 315 del Código civil— y que presenta una salvedad en los casos de otorgamiento de testamento ológrafo para el que se exige la mayoría de edad (art. 688.1 CC)<sup>59</sup>. La referencia a los menores de catorce años «de uno y otro sexo» responde al hecho que el Código civil abandona la regla fijada en el Derecho precedente conforme a la cual se permitía a las mujeres testar a partir de los doce años y a los hombres solo cumplidos los catorce. También fija dicha edad el artículo 421.4 del CCC y 408 del CFA. Por su parte, la Ley 184 del FNN solo menciona el término impúberes como sujetos sin capacidad para testar; pero la Ley 50 considera como púberes a los mayores de catorce años. Ahora bien, se ha planteado, frente a la exigencia legal de mayoría de edad, si los menores de edad emancipados pueden otorgar testamento ológrafo. La doctrina de forma mayoritaria se inclina por la negativa a tal posibilidad<sup>60</sup>.

En cuanto al cabal juicio, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1962<sup>61</sup> ha venido sosteniendo que «sin pretensión científica, pues con amplia comprensión práctica, aun cuando el término cabal es sinóni-

mo de completo, justo, acabado o exacto y en tal sentido, no parece que pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la Ley, en este caso, la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia, o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.<sup>a</sup>, de 22 de abril de 2003<sup>62</sup> interpreta la expresión cabal juicio «como aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar». Asimismo, en una interpretación vulgar del término la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2007<sup>63</sup> que tal expresión representa «la tenencia de capacidad suficiente para entender y querer lo que se dispone» o como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 1928 de «inteligencia indispensable para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente», debiendo apreciarse dicha capacidad atendiendo al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento como establece el artículo 666 del Código civil (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1959, y de 14 de abril de 1886). En fin, por cabal juicio la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2011<sup>64</sup> señala que, ha de entenderse como «completo, justo, acabado o exacto» en el sentido que se realice «con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo persigue» o como que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresiva de la aptitud mental (art. 664 CC), es decir, la falta de cabal juicio supone que el sujeto que la sufre se encuentre privado de sus facultades cognoscitivas, las que les posibilitan entender la realidad y trascendencia del acto jurídico testamentario (lo que ha venido a identificar con procesos patológicos graves: esquizofrenias con alteración de la personalidad, demencias avanzadas, amencis, etc., o con previas incapacitaciones judiciales; resaltándose que más que la enfermedad mental, lo primordial es la incidencia de la misma en su capacidad de entender y querer). Desde tal perspectiva, conviene hacer una serie de precisiones: 1. La edad avanzada, por sí sola, no es causa de incapacidad: la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 1928); tampoco el hecho que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1998); 2. Es principio general el de que la capacidad de las personas se presume siempre (principio *pro capacitate*, derivado del de *favor testameti*); de forma que, toda persona se reputa en su «cabal juicio» como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo<sup>65</sup>.

Para RODRÍGUEZ GUITIÁN para tener cabal juicio «no es suficiente con encontrarse en un estado de obnubilación que, no obstante, permita asentir o firmar; ni tampoco basta con tener una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen con claridad de juicio y libertad de decisión»<sup>66</sup>; y, por su parte, RUBIO GARRIDO considera que representa «una clara manifestación de la relevancia de la capacidad natural, esto es, de la real situación emocional, psíquica y volitiva de la persona, con total o gran independencia respecto de su

estado civil o de cualesquiera otras caracterizaciones formales o abstractas»<sup>67</sup>. En todo caso, como constata la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2007<sup>68</sup> la situación de no encontrarse en su cabal juicio «no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento o espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretenda 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 se persigue». En sentido negativo, para el Tribunal Supremo son circunstancias insuficientes por sí mismas para incurrir en incapacidad para testar: a) La edad senil o senectud que no conlleve demencia senil; b) El hecho que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos siempre que no afecten a su salud mental; c) Que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias<sup>69</sup>.

Sobre tales bases, la expresión «cabal juicio» no equivale a integridad absoluta de las facultades mentales. Ha de interpretarse en cuanto que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que, se estiman necesarias y expresivas de una aptitud mental, esto es, la suficiente capacidad natural de entender y querer<sup>70</sup>. Por lo que, dentro de la expresión «cabal juicio» se ha de incluir no solo a las personas incapacitadas judicialmente, sino también a los incapaces de hecho —el Código civil emplea el término «accidentalmente»—. Lo que viene ratificado por lo dispuesto en el artículo 664 del Código civil, pues, se considera válido el testamento hecho antes de la enajenación mental<sup>71</sup>. De todas formas, conviene precisar que, respecto al incapacitado judicial habrá que estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación y, en todo caso, podrá otorgar testamento en intervalo lúcido cumpliendo con los requisitos del artículo 665 como analizaremos. Asimismo, la posterior declaración judicial de incapacidad no supone *per se* que, el testador no se encontraba en su cabal juicio al tiempo de testar, al igual que, sucede con la enfermedad mental que tiene lugar después del otorgamiento del testamento —y antes de la enajenación mental— ; lo que ello no impide en ambos casos que, tales circunstancias puedan constituir un indicio de la falta de capacidad y servir de cumplida prueba para destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad. En todo caso, cabal juicio como atributo normal inherente a cualquier persona, opera sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad y, determina el mantenimiento de la declaración testamentaria en tanto no se acredite que, al tiempo de realizarla no tenía tal capacidad de entender y querer. Por otra parte, procede señalar que, la capacidad de testar es más amplia que la de contratar.

Ahora bien, como establece, asimismo, la doctrina para la determinación de si una persona está o no en su cabal juicio se ha de atender a la sencillez o no del testamento. Por lo que resulta lógico que, a mayor complejidad del testamento se requiera un mayor grado de facultades volitivas e intelectivas<sup>72</sup>.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1998<sup>73</sup>, citada por la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 27 de junio de 2005<sup>74</sup> de forma acertada y contundente establece sobre la cuestión: «es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido: a) Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece con exclusión de la conciencia de sus propios actos (sentencia de 25 de abril de 1959); b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas

conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto de otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (sentencia de 25 de octubre de 1928), c) Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (sentencia de 18 de abril de 1916); d) Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1. La edad senil del testador, pues, «es insuficiente para considerarle incapaz de hecho» de tratarse de un anciano decretipito y achacoso... ni el Derecho ni la Medicina consienten que el solo hecho de llegar la senilidad equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerarlo demente, pues, la herencia a esta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situación de derecho (sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2. Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (sentencia de 25 de octubre de 1928); 3. No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el notario y los testigos (sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser (sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (sentencias de 8 de mayo de 1922 y de 3 de febrero de 1951), «muy cumplida y convincente» (sentencias de 10 de abril de 1944 y de 16 de febrero de 1945), «de fuerza inequívoca» (sentencia de 20 de febrero de 1975), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (sentencias de 23 de marzo de 1944, y de 1 de febrero de 1956); f) La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* (sentencias de 23 de marzo de 1913; de 10 de abril de 1944; de 16 de febrero de 1945), que revela el acto de otorgamiento en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario (sentencia de 23 de mayo de 1944); g) Restando por añadir que la intervención de facultativos ni es necesaria en supuesto de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz —lo que no implica que puedan intervenir especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (sentencia de 18 de abril de 1916 y de 16 de noviembre de 1918)— pues el artículo 665 del Código civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (sentencia de 27 de junio de 1908)».

En este contexto, para la apreciación de si el testador está o no en su cabal juicio, se atenderá al estado en que se halle el testador al tiempo de otorgar el testamento, tal como dispone el artículo 666 del Código civil, lo que completa lo dispuesto en el citado artículo 664<sup>75</sup>. De ahí que, la pérdida de juicio posterior que, puede dar lugar o no a la incapacitación judicial del testador no afecte, en principio, a la validez del testamento sobre la base de la mencionada presunción *iuris tantum* de capacidad que consagra el artículo 662 del citado cuerpo legal, ni viene a constituir prueba por sí sola de la incapacidad del testador en el momento de otorgamiento del testamento. Ello no prejuzga que, atendiendo las circunstancias anteriores o posteriores al otorgamiento de este, junto con las pruebas aportadas, puedan determinar, en un análisis de conjunto de todo ello, la nulidad del testamento<sup>76</sup>. En todo caso, la prueba en contrario que puede destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad ha de ser inequívoca, cumplida y convincente<sup>77</sup>.

En todo caso, la sentencia de incapacidad judicial posterior al otorgamiento del testamento aunque puede constituir un indicio de la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico del testador incapacitante en el momento de otorgamiento del testamento; debe ir acompañada de otras pruebas que, precisamente, acrediten la falta de capacidad del testador<sup>78</sup>. De todas formas, la sentencia de incapacidad que tiene carácter constitutivo, no tiene eficacia retroactiva —sin efectos *ex tunc*—, por lo que solo privará a la persona de su capacidad para testar en el futuro, si así lo manifiesta la sentencia<sup>79</sup>.

Sobre tales bases, como ha reiterado nuestra jurisprudencia, la sanidad de juicio del testar es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al órgano judicial de instancia, que debe valorar toda la prueba pericial aportada y, en particular los dictámenes periciales conforme al principio de libre valoración y sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, esto es, según la lógica y buen sentido<sup>80</sup>. Por lo que, esa valoración de la prueba razonada y completa que realiza el tribunal de instancia no es revisable en casación, pues, además de no representar una tercera instancia<sup>81</sup>, solo excepcionalmente resulta posible revisar la valoración de la prueba, si se justifica que esta conduce a un resultado manifiestamente erróneo, arbitrario o ilógico<sup>82</sup>. Ahora bien, para la doctrina hay diversas circunstancias de las que se puede deducir la falta de cabal juicio. Así se refieren a la ancianidad —si bien, no constituye por sí sola causa de incapacidad para testar, aunque se acompañe de patologías asociadas a la edad (artrosis, lentitud en los movimientos, pérdida auditiva y visual, entre otras)—<sup>83</sup>, enfermedad física y psíquica grave, demencia y, la depresión que puede derivar en suicidio. Respecto de la ancianidad, conviene precisar que, a la edad avanzada hay que asociar la existencia de enfermedades neurodegenerativas que, pueden conllevar una ausencia de cabal juicio, una alteración grave de la capacidad de entender y querer que, determinan la incapacidad para testar<sup>84</sup>; asimismo, las enfermedades físicas y psíquicas han de ser lo suficientemente graves para mermar las facultades mentales del testador<sup>85</sup>; y, en caso de demencia y otros deterioros cognitivos suelen ser de carácter progresivo y de una larga evolución. Al respecto precisa RODRÍGUEZ GUITIÁN «al ser las demencias de carácter progresivo, es complicado dar una regla general sobre su evolución en todos los casos, pero suelen distinguirse en las mismas tres fases, la inicial o leve, la intermedia o moderada y la avanzada o grave. Casi con toda probabilidad cabe sostener que muchas personas con demencias en estados iniciales mantienen una capacidad de tomar decisiones aceptables; por tanto, en la fase inicial existe una mínima capacidad para testar pero existe. En el extremo opuesto parece también indudable que en la fase avanzada, es decir, cuando se ha instaurado la enfermedad, la

incapacidad es evidente. La mayor dificultad se encuentra en la fase intermedia, donde la incapacidad puede darse o no»<sup>86</sup>. En fin, en caso de suicidio que puede provenir de una depresión existente, en principio, tal enfermedad mental no priva, en principio, al individuo de su plenitud de facultades mentales, si bien, como toda enfermedad dependerá del estadio en que se encuentre; en el hipotético caso que, se otorgue testamento y la persona del testador se suicide después, esto no afecta a la validez del testamento, si en el momento de otorgamiento era plenamente capaz, aunque puede ser un indicio probatorio de un estado patológico depresivo en fase avanzada<sup>87</sup>. En todos los supuestos descritos, la dificultad está en determinar en qué momento hay que entender que está afecto el estado mental de la persona —no se halla en su cabal juicio—.

Por otra parte, la falta de capacidad para testar determina la nulidad del testamento, pese al silencio del Código civil, como así se muestra partidaria la mayoría de la doctrina<sup>88</sup>. En cambio, sí se pronuncia expresamente sobre tal nulidad el artículo 422-1.1 del CCC y el artículo 423.2 del CFA. En todo caso, esta acción de nulidad del testamento por falta de capacidad solo puede ejercerse una vez fallecido el testador. Así se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2010<sup>89</sup> en un caso en que el tutor interpuso la demanda de nulidad del testamento en su condición de representante legal antes del fallecimiento del testador, en vida de este, así a juicio del Alto Tribunal el tutor carece de legitimación activa, máxime si se plantea la acción de nulidad antes que tenga lugar la apertura de la sucesión del testador, pues, «1. El testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante. Aunque este fuese incapaz, no se puede impugnar un testamento que no tiene la condición de acto eficaz hasta que adquiere dicha eficacia, es decir, en el momento de la muerte del testador; 2. El tutor debe actuar en beneficio del tutelado. La acción para pedir la nulidad del testamento no beneficia para nada los intereses del incapaz, porque el testamento no va a ser eficaz en vida y cuando fallece, va a beneficiar los llamados en el testamento, pero no al incapaz y los interesados tienen legitimación para ejercer aquellas acciones que crean conveniente para pedir la nulidad de un testamento (...). 3. El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz serán sus sucesores los que impugnarán el testamento caso de no haberlo revocado el testador. Por lo que no pudiendo el tutelado ejercer esta acción, tampoco estará legitimado el tutor». En contra, se muestra RUBIO GARRIDO alegando para ello: «1. Si en lugar de testamento, hablásemos de un seguro de vida, del que fuera tomador el pupilo y beneficiario su amante captador o captadora ¿entonces si habría legitimación activa del tutor? ¿qué motivo práctico o de justicia fundamentaría la diferencia?; 2. Si en lugar del testamento, habláramos de un contrato sucesorio, en los términos más o menos estrechos o anchos que cupiesen según la ley española territorial civil aplicable al testador ¿también diríamos que el tutor no tiene legitimación activa porque nos encontramos con un negocio jurídico *mortis causa*?; 3. Si los hechos relatados nos condujeran a la convicción o certeza de que el testamento del incapaz fue otorgado en circunstancias delictivas ¿no tendría legitimación activa el tutor para el ejercicio de la acción penal y de la civil derivada de esos hechos?; 4 (...) A la locución del «beneficio personal del tutelado» cree que hay que darle una lectura más objetivadora, capaz de superar aquella que se detuviese en una hipotética lectura desde la mente y volición del incapacitado, desde sus supuestos deseos y apariencia. Dicho beneficio personal del tutelado lo ha de perseguir el tutor dentro de los parámetros sociales de custodia, intentando

no separar al tutelado de sus parientes y allegados, no permitiendo influencias nocivas o captaciones de interés». En base a todo ello, considera que, yerra el Tribunal Supremo en esta sentencia, pues, entiende que, sí tiene el tutor legitimación activa para pedir su nulidad por falta de capacidad, como la tiene para denunciar su nulidad por dolo y captación de voluntad<sup>90</sup>.

Nos parece más oportuna la posición de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2010 y considerar que, el tutor no tiene legitimación activa en este supuesto. No es necesario forzar la intervención del tutor, pues, con ello no se protege ni se beneficia al tutelado/testador, que es lo que constituye la propia esencia de la actuación del aquel y de su labor representativa, máxime, en un supuesto como este en el que, estamos ante un acto con eficacia *mortis causa*. En todo caso, la acción de nulidad del testamento por falta de capacidad del testador podría ejercitarse por el tutor, una vez fallecido este.

#### 1. OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN INTERVALO LÚCIDO

El artículo 665 del Código civil «*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 autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad*». Representa una manifestación del *favor testamenti* en cuanto posibilita el otorgamiento del testamento en intervalo lúcido. Se refiere a los incapacitados judicialmente, pero solo respecto de aquellos que la sentencia de incapacidad no diga nada acerca de su capacidad de testar y añade la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2018 que, aquella ha de ser firme<sup>91</sup>. Se debe haber incapacitado judicialmente antes del otorgamiento del testamento<sup>92</sup>; si bien, no se niega al incapacitado judicialmente la posibilidad de hacer testamento<sup>93</sup>. En consecuencia, se excluye del ámbito de aplicación del citado precepto a los no incapacitados, esto es, a los incapaces de hecho al operar la presunción de capacidad de testar de todas las personas no incapacitadas, siendo suficiente con el juicio de capacidad del notario, si el testamento es notarial<sup>94</sup>, y, también respecto de los que la sentencia de incapacidad se haya pronunciado sobre la capacidad de testar. Así aquella puede, por un lado, contener un pronunciamiento favorable a la capacidad de testar del incapacitado, lo que, posibilita el otorgamiento del testamento; si bien esto no impide que, el notario determine si tiene o no capacidad en el momento de otorgamiento; o, bien, negar expresamente la capacidad de testar. En este último caso, se puede acudir al instrumento de la sustitución ejemplar<sup>95</sup>, o que operen las normas de la sucesión intestada. De todas formas, atendiendo a los postulados de la Convención de Naciones Unidas resulta poco coherente con la misma que, se establezca en la sentencia de incapacidad de forma anticipada la falta de aptitud psíquica para testar del sujeto, si tenemos presente que, se puede testar en intervalo lúcido y, además que, la apreciación de la capacidad testamentaria ha de tener lugar precisamente, en el momento de otorgamiento de testamento no antes ni después<sup>96</sup>.

En todo caso, la posibilidad de testar en intervalo lúcido solo opera con la forma de testamento notarial abierto, excluyendo con ello la forma ológrafa y resultando más discutible el testamento notarial cerrado, aunque el juicio de capacidad del testador realizado por el notario en el instante mismo de la extensión del acta de otorgamiento del testamento (art. 707.4 CC) pueda determinar

su aplicabilidad, si bien, también se puede considerar que, el notario no puede conocer con certeza si el testador tenía cabal juicio en el momento que, redactó el documento, pues, ciertamente son dos los momentos que, en este tipo de testamentos cerrados el testador ha de encontrarse en intervalo lúcido tanto en el momento que redacta el testamento, como cuando el notario da fe en el acta que, a su juicio el testador tiene capacidad legal necesaria para otorgar testamento; lo que resulta difícil en el primer momento descrito<sup>97</sup>.

Ahora bien, el artículo 665 del Código civil exige, además de la intervención del notario autorizante, la de dos facultativos que reconozcan al testador. Tanto la designación de tales facultativos como la iniciativa de que intervengan en el acto de otorgamiento corresponde al notario autorizante<sup>98</sup>. Precisamente, esta intervención de los dos facultativos tiene como función, además de acreditar la capacidad de entender y querer del testador, asegurar la validez del testamento<sup>99</sup>. El límite mínimo es de dos facultativos —por imposición normativa—, aunque ello no impide que puedan ser consultados más de dos.

El reconocimiento de los dos facultativos debe ser anterior al otorgamiento del testamento, aunque la doctrina admite que se produzca en el mismo momento del otorgamiento (el artículo 698.2 del Código civil señala, precisamente, que al otorgamiento han de concurrir tales facultativos). En todo caso, no ha de recurrir un lapso temporal amplio entre el reconocimiento y otorgamiento por el principio de unidad de acto<sup>100</sup>.

No hace falta que sean especialistas en psiquiatría o enfermedades mentales, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 se destaca que en la sentencia recurrida se valoró, además, de la opinión profesional del notario, la de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años.

En todo caso, lo que han de dictaminar los facultativos es que el testador posee la capacidad suficiente de entender y querer exigible al acto mismo de testar<sup>101</sup>.

Si el informe es desfavorable, no puede el notario autorizar el testamento por imperativo del artículo 665 del Código civil. Ahora bien, si discrepa del informe favorable de los facultativos, debe prevalecer en todo caso la opinión del notario<sup>102</sup>. El testamento que se otorga en intervalo lúcido es válido y goza de la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador —informe favorable de los facultativos y asimismo, constatación de dicha capacidad por el notario autorizante—. Si bien, tal presunción puede destruirse por prueba en contrario, aunque las pruebas han de ser cumplidas y convincentes —pues la aseveración favorable de los facultativos y el acto de fe de capacidad del testador por parte del notario admiten prueba en contrario—<sup>103</sup>.

Ahora bien, si el incapacitado otorga testamento sin las formalidades del artículo 665 del Código civil o utilizando alguna forma testamentaria excluida del ámbito del precepto, el testamento es nulo<sup>104</sup>.

Por otra parte, la intervención de los facultativos también puede tener lugar, aplicando analógicamente el artículo 665 del Código civil, cuando se trate de incapaces de hecho, y el notario tenga dudas sobre su capacidad. En este caso, la intervención de los facultativos será voluntaria, porque así lo solicite el notario. Precisamente a ello se refiere el artículo 421-9.1 del CCC al señalar que, «si el testador no está incapacitado judicialmente el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo». La exigencia de la intervención de dos facultativos no es en este caso

preceptiva; y solo coadyuva en la fijación del juicio notarial de capacidad a la par que refuerza la presunción de capacidad de testar<sup>105</sup>.

En este contexto, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 se analiza la validez del testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente, que se sometió a curatela para la realización de actos de disposición, no pronunciándose la sentencia expresamente sobre su capacidad para hacer testamento. Por lo que es aplicable a este supuesto el artículo 665 del Código civil. Partiendo del principio general de capacidad de las personas, y en especial en los casos de incapacitación de la presunción de capacidad para testar, de la necesidad de modular o graduar la incapacitación y la importancia de atender y aplicar los postulados de la Convención de la ONU. Dicha sentencia establece como doctrina jurisprudencial que: en primer lugar, «(...) esta Sala no observa ninguna vulneración evidente o manifiesta en la valoración de la capacidad para otorgar testamento. La sentencia recurrida parte de que no existe pronunciamiento previo en la sentencia de incapacitación y de que corresponde al notario asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar, lo que en el caso hizo contando con el juicio favorable de dos facultativos. La sentencia recurrida valoró, además, junto a la opinión profesional del notario y de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años, otro tipo de pruebas, como lo manifestado por la testadora en el previo procedimiento de modificación de su capacidad, la realización de otros actos jurídicos antes y después de la modificación judicial de la capacidad, o la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quien confiaba». A continuación sostiene que «(...) la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el artículo 665 del Código civil ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar». Como consecuencia de todo ello desestima el segundo motivo de casación.

En cuanto al primer motivo del recurso de casación se indica que, versa sobre si puede otorgar testamento conforme al artículo 665 del Código civil 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. La Sala desestima también el motivo por las siguientes razones: «1. El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de 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 así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1); 2. De manera específica para el testamento, el artículo 662 del Código civil establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad; 3. Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de

disposición *inter vivos* y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual; 4. Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento; 5. Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la “enajenación mental” es válido (art. 664). Y también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC); 6. Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el artículo 665 del Código civil impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta Sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes».

En aplicación al caso de la doctrina expuesta, concluye que «acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el artículo 665 del Código civil y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar precisamente mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

Puesto que, en el caso, la sentencia de la Audiencia Provincial, mediante la valoración de todas las pruebas, no ha considerado probado que la testadora careciera de capacidad para testar, debe ser confirmada».

En esta resolución se observa los postulados expuestos sobre la regla general de capacidad para testar, que, se mantiene, incluso en los supuestos de personas con la capacidad modificada judicialmente, pues, la Convención de la ONU de personas con discapacidad sienta como principio general el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, y que las medidas de apoyo han de adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad que, serán proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, de ahí en la necesidad de graduar o modular cualquier incapacitación y la importancia del papel del notario en la determinación del juicio de capacidad que, ha de ser apreciado en el mismo momento del otorgamiento del testamento y que, igualmente, estará vinculado por los postulados de la Convención. Este juicio de capacidad en caso de sentencia de incapacidad sin pronunciamiento sobre la capacidad de testar debe ser completado por dos facultativos como establece el artículo 665 del Código civil. Sobre tales bases, la incapacidad para testar debe ser la excepción, pues, se debe partir de un amplio reconocimiento de la capacidad de testar como una manifestación del *favor testamenti* y, además, la disposición de los bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos*, pues, además del carácter personalísimo del testamento que impide que su falta de capacidad pueda ser integrada con la intervención del tutor, curador o con autorización judicial, asimismo, de la presunción *iuris tantum* de capacidad para testar —si hay informe favorable de dos facultativos y así lo estima el notario—,

hay que señalar que de no resultar válido el testamento por falta de capacidad del testador, este no resulta perjudicado en su posición jurídica, y, en consecuencia, operarán las reglas de la sucesión intestada, a las que recordemos el legislador mira con cierto recelo, dando por ello el máximo valor a la voluntad testamentaria. Lo cierto es que, sin perjuicio de la complejidad que puede entrañar la elaboración de cualquier disposición testamentaria, nuestro legislador ha optado por un tratamiento más flexible y laxo en la ejecución de actos de disposición *mortis causa* mediante la regla específica del artículo 665 del Código civil frente a lo dispuesto con carácter general en el artículo 1263.2 de citado cuerpo legal para los actos de disposición *inter vivos* y sin regla equivalente.

En esta línea también de fomentar la capacidad de testar y, ampliar al máximo su operatividad, y solo en caso de duda manifiesta y de forma excepcional, solicitar por el notario la intervención de dos facultativos que, dictaminen sobre la aptitud del testador, se contiene en la nueva redacción del artículo 665 del Código civil dada por el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, redactándose del siguiente modo «*si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al notario de su aptitud para otorgarlos, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que, previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud*»<sup>106</sup>. Se suprime también la necesidad de sentencia de incapacitación previa en la que no conste nada sobre la capacidad para testar, o se le otorgue tal capacidad —lo que claramente opera como señalamos, en la línea de la Convención reforzando la autonomía y toma de decisiones del individuo discapacitado en todos los actos que le afecten, siendo el sistema de apoyo convenido simplemente una ayuda cuando resulte necesario—. En la misma línea, en sede de matrimonio a la hora de determinar la capacidad matrimonial de los contrayentes se pronuncia el artículo 56 apartado segundo del Código civil —reformado por la Ley 15, 2015, 2 de julio de en vigor a partir del 30 de junio de 2020— dispone que «*solo en caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*». De nuevo para ambos actos —testamento y matrimonio— se potencia la autonomía y capacidad del individuo. Y solo excepcionalmente se acude a la intervención de facultativos, pues, se opta por reforzar la presunción *ius tantum* de capacidad.

## 2. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR

Con la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991 el artículo 685.1 del Código civil establece que solo corresponde al notario identificar al testador y apreciar su capacidad. El citado precepto tiene su homólogo en el artículo 696 del citado texto legal para el testamento abierto y el 707.4 para los cerrados. Por lo que se aplica a todas las formas testamentarias menos la ológrafo. Por el contrario, el párrafo 2 del citado artículo 685 para los testamentos otorgados solo ante testigos —en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia— corresponde a los testigos asegurarse de la capacidad del testador. La apreciación por el notario de la capacidad del testador se manifiesta en dos planos de actuación: uno, sustutivo o material que, coincide con la comprobación de la capacidad del testador por parte de aquél; y, el otro formal, que consiste en la plasmación documental de tal capacidad apreciada por el notario, esto es, su

constancia en el testamento<sup>107</sup>. No hace falta emplear expresiones formalistas o protocolarias ni utilizar las mismas palabras que se contienen en el artículo 696 del Código civil, basta con que quede constancia que, el notario considera al testador con suficiente capacidad de obrar<sup>108</sup>.

La aseveración notarial de la capacidad del testador no significa que tenga que constatarlo con una certeza absoluta pese a la expresión del artículo 685 del Código civil «deberá asegurarse» que, parece que dota de cierta imperatividad a su actuación, pues, queda atenuada la misma por otra expresión «a su juicio» contenida en este mismo precepto a continuación de la otra indicada. El notario deberá emplear los medios que tiene a su alcance para llegar al convencimiento que, el testador es una persona capaz para disponer de sus bienes en testamento comprobando su grado de discernimiento<sup>109</sup>. En todo caso, el juicio del notario es exclusivamente propio y personal —apreciación subjetiva— que, no se apoya en la colaboración de especialista como ocurre con el supuesto de artículo 665 del Código civil<sup>110</sup>.

Ahora bien, la manifestación del notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquiere una especial relevancia, constituyendo una energética presunción *iuris tantum* de aptitud que, solo puede destruirse mediante prueba en contrario. Prueba que no deberá dejar margen racional de duda, ha de ser cumplida y convincente, esto es, demostrativa que, en el momento de testar no se hallaba el testador en su cabal juicio, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre —aunque no deviene inatacable—<sup>111</sup>. Al respecto precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.<sup>a</sup>, de 24 de enero de 2002<sup>112</sup> que «este juicio emitido por el Notario como tal y en cumplimiento de un encargo legal y expresado en testamento, genera una «verdad oficial» según la cual el testador es tenido como capaz a efectos de disponer su última voluntad «verdad oficial» que tiene claramente el valor de presunción *iuris tantum* y que, por consiguiente, puede desvirtuarse en el correspondiente proceso declarativo, probando que al tiempo de otorgar el testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio». Ciertamente, el juicio de capacidad que realiza el notario aunque constituye una «verdad oficial» no es una verdad inamovible, en cuando representa una presunción *iuris tantum* «reforzada» que, puede destruirse mediante prueba en contrario inequívoca, cumplida y convincente, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas<sup>113</sup> y que se hará valer en el correspondiente procedimiento declarativo<sup>114</sup>. En todo caso, la apreciación de la falta de capacidad del testador determina la nulidad del testamento.

En fin, no podemos finalizar este apartado sin señalar que, la intervención notarial no se limita solo a dar fe de la capacidad del testador, lo que representa un refuerzo importante a la voluntad del testador y, por ende, a autorizar el testamento ni a procurar la redacción del mismo, sino que como también, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 1998 «el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos que, se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de la de asesorar o más bien, pone el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad». Por lo

que, asimismo, el notario, en su labor de fedatario público, cumple una función de asesoramiento y de acomodo de la última voluntad del testador, precisamente, a la legalidad vigente.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2015). *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de sucesiones, undécima edición, Madrid: Edisofer.
- COBACHO GÓMEZ, J.A. (2014). Sobre la intervención notarial respecto de la capacidad legal para testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dirs.), *Estudio de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid: La Ley.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. En: A. Domínguez Luelmo y M.ª Paz García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid: La Ley.
- JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario al artículo 667 del Código civil, *Comentario del Código civil, T.I*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Barcelona: Bosch.
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad?, *La Ley 9 de septiembre*.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). El testamento. En: M. Á. Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de sucesiones*, reimpresión de la primera edición, Madrid: Edisofer.
- PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 662 del Código civil, *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Navarra: Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículo 662 a 666 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 80, de julio-agosto.

- VARQUER ALOY, A. (2015). La protección del testador vulnerable, *Anuario de Derecho Civil, Fasc. II*.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La nulidad del testamento derivada de vicios de la voluntad en su otorgamiento. En: Fco. Lledó Yagüe, M.<sup>a</sup> P. Ferrer Vanrell y J.Á. Torres Lana (dirs.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson.

#### V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 10 de abril de 1944.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1956.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1962.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 1962.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de diciembre de 1970.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2018.
- RDGRN, núm. 7104, 10 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2018.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de mayo de 2014.
- SAP Pontevedra, secc. 4.<sup>a</sup>, 24 de enero de 2002.
- SAP Barcelona, secc. 18<sup>a</sup>, 11 de mayo de 2004.
- SAP Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de marzo de 2005
- SAP Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de noviembre de 2006.
- SAP La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 13 de marzo de 2007.
- SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 13 de junio de 2012.
- SAP Pontevedra, secc. 6.<sup>a</sup>, 2 de diciembre de 2013.
- SAP Madrid, secc. 25.<sup>a</sup>, 30 de diciembre de 2015.
- SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 9 de mayo de 2017.
- SAP Barcelona, secc. 1<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2018.

#### NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6938) en la que pone de manifiesto que, «implicando la incapacidad la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de dignidad de

la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial»; y, 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204); y, las SAP Alicante, 22 de febrero de 1995 (*AC* 1995, 333); SAP León, secc. 2.<sup>a</sup>, 19 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 2073); SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 284); SAP Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 701); y, SAP Barcelona, secc. 15.<sup>a</sup>, 8 de julio de 2004 (*AC* 2004, 1244).

<sup>2</sup> *Vid.*, las STS, Sala de lo Civil, 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4428) en un caso de demencia senil, enfermedad que se considera de carácter permanente e irreversible; lo que determina su incapacidad para autogobernarse; y, las SAP Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 15 de mayo de 1995 (*AC* 1995, 1665); SAP Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2001 (*JUR* 2002, 29095); SAP A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 226196); de la SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 284); SAP Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2004, 701); SAP Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 178887); SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 197860); 11 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 189807); y, 15 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 218155); SAP Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 566); SAP Castellón, secc. 3.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201); SAP Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de noviembre de 2006 (*AC* 2006, 2317); y, SAP La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 13 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 1068).

<sup>3</sup> La SAP Cantabria, 11 de enero de 1994 (*AC* 1994, 19) señala que «(...) la imposibilidad para el autogobierno debe referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial; y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho, debiendo centrarse la actuación del juez en precisar dos extremos: 1. Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide, es la conducta del presunto incapaz. 2. Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o algunos de ambos extremos, debiendo tenerse en cuenta el contenido del artículo 210 del Código civil». Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 408); y, 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 7845); y, las SAP Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, 4 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1773); y, SAP Málaga, secc. 5.<sup>a</sup>, 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 30510).

<sup>4</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6938).

<sup>5</sup> *RJ* 2012, 9713.

<sup>6</sup> *RJ* 1998, 3378.

<sup>7</sup> *RJ* 1999, 7845.

<sup>8</sup> *RJ* 2002, 10266.

<sup>9</sup> *RJ* 2004, 4297.

<sup>10</sup> *RJ* 1998, 6134. Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3948); 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755); y, 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138).

<sup>11</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520) persistencia «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9438); 31 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 8004); y, 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204) donde se señala que autogobierno significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales, y, por ende, la guarda de la propia persona» o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico, se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las

necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). En el informe emitido por el médico forense contiene las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona».

<sup>12</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

<sup>13</sup> Artículo 211-3 dispone que: «*1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural.*

<sup>14</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5726).

<sup>15</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, *La Ley 9 de septiembre*, 10.

<sup>16</sup> *RJ* 2009, 2901.

<sup>17</sup> *RTC* 2002, 174.

<sup>18</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755).

<sup>19</sup> *RJ* 2015, 4755.

<sup>20</sup> *RJ* 2015, 4900.

<sup>21</sup> *RJ* 2015, 5138.

<sup>22</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); y, 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

<sup>23</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2023); 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1505); y 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062).

<sup>24</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

<sup>25</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3020).

<sup>26</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207); 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449).

<sup>27</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518).

<sup>28</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

<sup>29</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913).

<sup>30</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). El testamento. En: M. Á. Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. V Derecho de sucesiones, reimpresión de la primera edición, Madrid: Edisofer, 101.

<sup>31</sup> JORDANO BAREA, J.B. (1991). «Comentario al artículo 667 del Código civil», *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1679.

<sup>32</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 166-167; AL-BALADEJO GARCÍA M. (2015). *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de sucesiones, undécima edición, Madrid: Edisofer, 213-214.

<sup>33</sup> *Vid.*, las SAP Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 15 de enero de 1996 (*AC* 1996, 105); y, SAP Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 277021).

<sup>34</sup> *RJ* 2018, 1090.

<sup>35</sup> En esta línea, MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Barcelona: Bosch, 56.

<sup>36</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de abril de 1959 (*RJ* 1959, 1552); y, 5 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 84).

<sup>37</sup> *Vid.*, por todos, VERDERA IZQUIERDO B. (2014). «La nulidad del testamento derivada de vicios de la voluntad en su otorgamiento». En: Fco. Lledó Yagüe, M.<sup>a</sup> P. Ferrer Vanrell y J.A. Torres Lana (dirs.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson, 632. Se incluye tanto la violencia física (*vis absoluta*) como la violencia moral (*vis compulsiva*) y, asimismo, el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la de sus familiares que, van a determinar la forma cómo se va a emitir la declaración de voluntad testamentaria.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpues-

ta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 263.

<sup>39</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2016). *El testamento, op. cit.*, 108.

<sup>40</sup> *RJ* 2014, 6020. *Vid.*, asimismo, SAP Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de mayo de 2013 (AC 2013, 1152).

<sup>41</sup> MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales, op. cit.*, 68.

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011, 6586) referido al dolo en contratos señala que «lo constituye no solo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, omitiendo hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato».

<sup>42</sup> *Vid.*, la SAP León, secc. 3.<sup>a</sup>, 3 de noviembre de 2008 (AC 2009, 177). Por su parte, el artículo 203.2 de la Ley 2, 2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia considera válida «la disposición a favor de quien cuide al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamente, será este quien determine en escritura pública la personas o personas que cuidan del testador».

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 263.

<sup>44</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2014). Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup> P. García Rubio (dirs.), *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber amicorum Teodora Torres García*, Madrid: La Ley, 485-486, pone el acento en quienes están más próximos al testador —más o menos vulnerable—, pues, en el momento de hacer testamento son quienes más fácilmente pueden captar su voluntad.

*Vid.*, asimismo, las SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 13 de junio de 2012 (*JUR* 2012, 358279); SAP Pontevedra, secc. 6.<sup>a</sup>, 2 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 380563); y, SAP Barcelona, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2018 (AC 2018, 174).

<sup>45</sup> MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales, op. cit.*, 59; VARQUER ALOY, A. (2015). La protección del testador vulnerable, *Anuario de Derecho Civil, Fasc. II*, 342.

<sup>46</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 1 de junio de 1962 (*RJ* 1962, 2619).

<sup>47</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 7696).

<sup>48</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1625).

<sup>49</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 9 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4049) medios extrínsecos; y, 28 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4578).

<sup>50</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 4900); 5 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 1101); y, 21 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3238).

<sup>51</sup> *Vid.*, las SAP A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, 4 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 65601); SAP Albacete, secc. 2.<sup>a</sup>, 24 de abril de 2013 (AC 2013, 1123); SAP Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 9 de julio de 2014 (AC 2014, 1754); SAP Las Palmas, secc. 5.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2015 (AC 2015, 311); y, SAP, secc. 14.<sup>a</sup>, 16 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 187952).

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 258-259. Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449) establece que no se extiende la curatela a los actos de disposición *mortis causa* al ser el testamento un acto personalísimo.

<sup>53</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 7 de diciembre de 1970 (*RJ* 1970, 5437) legitimación activa corresponde a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión testada; y, la SAP Barcelona, secc. 13.<sup>a</sup>, 26 de octubre de 2011 (AC 2014, 2154).

<sup>54</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). *El testamento, op. cit.*, 105. *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 10355); 19 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6399); 13 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7863); 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 3723); 31 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1717); 27 de junio de 2005 (*RJ* 2005, 9688); 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119); 26 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 2680); y, 7 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3157). Asimismo, *vid.*, las SAP La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de marzo de 2014 (AC 2014, 641); SAP Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de octubre de 2014 (AC 2014, 2381); y, SAP Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 139515).

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 261. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3256); 15 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2501); y, 4 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 7401); y, la SAP Granada, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de julio de 2002 (*AC* 2002, 1559).

<sup>56</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 605); y, 7 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3157); y, la SAP Madrid, secc. 11.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2011 (*AC* 2011, 2109).

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 261. *Vid.*, asimismo, la SAP A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 374608).

<sup>58</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3570); 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119); y 22 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 465).

<sup>59</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2009). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 161 señala que, hay quien considera que resulta demasiado baja la edad exigida para testar en contraste con la capacidad negocial general. Y aclara que esta diferencia se justifica desde diversos puntos de vista «de una parte, el testamento es revocable y no produce efectos sino desde el fallecimiento del testador, de modo que no podría causar daño al que lo otorga, ni tampoco a los acreedores o legítimos que tienen sus derechos garantizados en diversos precepto legales; tampoco arrebata al menor la posibilidad de cambiar ulteriormente de opinión con juicio más maduro; finalmente, se hace notar que si el menor no otorga testamento, no puede otorgárselo nadie por él, ya que no sería admisible la concurrencia al acto, para aprobarlo, del representante legal, ni menos la sustitución del causante interesado por su representante legal en el otorgamiento».

<sup>60</sup> *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 266. En la misma línea, el artículo 408.2 del CFA y la Ley 193 del FNN, pues, ambas legislaciones exigen mayoría de edad; en cambio, el artículo 421.17 del CCC permite otorgar testamento ológrafo a mayores de edad y menores de edad emancipados.

<sup>61</sup> *RJ* 1962, 5063.

<sup>62</sup> *AC* 2003, 1597.

<sup>63</sup> *AC* 2008, 305.

<sup>64</sup> *AC* 2014, 2154.

<sup>65</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8717).

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016) Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 267.

<sup>67</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículo 662 a 666 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IV, Valencia: Tirant lo Blanch, 5122.

<sup>68</sup> *RJ* 2007, 7401.

<sup>69</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 1998.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 267; MESA MARRERO C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 20. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 27 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8717); y, la SAP Barcelona, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 6684).

<sup>71</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5460); y, 19 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6399).

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 267; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 43. Asimismo, *vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6399).

<sup>73</sup> *RJ* 1998, 3570.

<sup>74</sup> *RJ* 2005, 9688.

<sup>75</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1968 (*RJ* 1968, 5708); 13 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7863); 26 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 2680); 22 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 3578); y, 26 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 3578). Asimismo, *vid.*, las SAP Barcelona, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 6684); SAP Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 21 de diciembre de 2006 (*AC* 2007, 326) testamento ológrafo de forma manuscrita otorgado en su habitación del hospital en presencia de varias personas y el beneficiario con el testamento. Causante

que no podía comprender la importancia y consecuencias de sus propias acciones. Estado de importante deterioro físico y «adormilada», bajo los efectos de una fuerte medicación para el dolor; SAP Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 25 de abril de 2006 (AC 2006, 1008); y, secc. 5.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2014 (JUR 2014, 147032) metástasis cerebral del carcinoma pulmonar diagnosticado un mes antes de otorgar testamento; SAP Madrid, secc. 18.<sup>a</sup>, 9 de enero de 2013 (JUR 2013, 68360); SAP Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de octubre de 2014 (AC 2014, 2361); y, SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 9 de mayo de 2017 (AC 2017, 1341).

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 272 y 279-280; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 16-17; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5122.

<sup>77</sup> *Vid.*, la SAP A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2013 (JUR 2013, 374608).

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 279-280; RUBIO GARRIDO T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5122; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 16-17.

<sup>79</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5123. Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 1988 (RJ 1988, 10355); y, 28 de septiembre de 2018 (JUR 2018, 261966).

<sup>80</sup> MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 24-25. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 10 de abril de 1944 (RJ 1944, 5339; 16 de febrero de 1945 (RJ 1945, 138); 9 de abril de 1948 (RJ 1948, 474); 1 de febrero de 1956 (RJ 1956, 680); 25 de marzo de 1957 (RJ 1957, 1181); 19 de enero de 1960 (RJ 1960, 437); 12 de mayo de 1962 (RJ 1962, 2245); 8 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1091); 20 de febrero de 1975 (RJ 1975, 661); 7 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5545); 30 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8582); y 26 de abril de 1995 (RJ 1995, 3256); la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de junio de 1990 (RJ 1994, 9031); y, las SAP Barcelona, secc. 14.<sup>a</sup>, 19 de diciembre de 2007 (AC 2008, 481) tests minimentales que acreditan un deterioro mental grave y evidente; SAP Madrid, secc. 11.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2011 (AC 2011, 2109) informes periciales, documental aportada y declaraciones testificales. Incapacitación por demencia en grado moderado con deterioro cognitivo que le priva de su capacidad de conocer y querer; y, SAP Madrid, secc. 25.<sup>a</sup>, 30 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 39051) testifical del médico de la fallecida.

<sup>81</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2310); y, la SAP La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de marzo de 2014 (AC 2014, 641).

<sup>82</sup> MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 24-25.

<sup>83</sup> *Vid.*, la SAP Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 2017 (JUR 2017, 31208) persona de avanzada edad consciente de sus limitaciones físicas que, no le impiden llevar una vida normal y asumir tareas cotidianas con ayuda de su sobrina o hermana, teniendo conciencia y percepción de la realidad y alcance de sus actos.

<sup>84</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2006). *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Navarra: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 15 señala al respecto que «en gran número de casos la ancianidad se presenta como una situación limítrofe entre la plenitud de facultades mentales y la ausencia de cabal juicio (por ejemplo, cuanto más edad se alcanza más posibilidades reales hay de sufrir demencia senil o cualquier otro deterioro mental o físico de carácter grave)».

En esta línea, las SAP Jaén, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2004 (AC 2994, 948) demencia tipo alzheimer de origen degenerativo, incurable y progresivo; SAP Almería, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de junio de 2009 (JUR 2009, 485307) demencia senil progresiva e irreversible; SAP Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de marzo de 2012 (JUR 2012, 116453) falta de capacidad de la testadora en el momento en que lo efectuó al padecer parkinson y demencia senil; SAP Madrid, secc. 19.<sup>a</sup>, 9 de junio de 2014 (AC 2014, 1621) demencia senil permanente e irreversible; SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 10 de febrero de 2015 (AC 2015, 532) enfermedad de alzheimer en grado avanzado; y, 5 de octubre de 2016 (JUR 2017, 11041) padece el testador la enfermedad de alzheimer en estado grave; SAP Pontevedra, secc. 6.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 289697)

síndrome demencial tipo alzheimer de la testadora, llevándola a la imposibilidad de atender a sus más elementales necesidades como persona por sí misma; y, SAP A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 12 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 51413) deterioro cognitivo grave.

<sup>85</sup> *Vid.*, la SAP Las Palmas, secc. 4.<sup>a</sup>, 26 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 15672) incapacidad legal para testar por grave deterioro psíquico derivado de toxicomanía alcohólica.

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 269.

Por su parte, la SAP Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 22 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 936) hace referencia a la existencia de un significativo deterioro mental.

<sup>87</sup> MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 33-34; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 269; PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 662 del Código civil, *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1670. Por su parte, la SAP Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 139515) descarta que el suicidio pueda considerarse circunstancia que suponga ausencia de cabal juicio.

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 260; RUBIO GARRIDO T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5135.

<sup>89</sup> *RJ* 2010, 2326.

<sup>90</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5138-5139.

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 7 de diciembre de 1970 (*RJ* 1970, 5437) dispone que tienen legitimación activa para solicitar la nulidad del testamento a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión testada.

<sup>91</sup> *JUR* 2018, 261966. El testamento se otorgó tras la sentencia de primera instancia y pendiente de su apelación. Por lo que, ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio *favor testamenti* y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado. Además, se señala que, tal interpretación no ha de verse como una dificultad para anular los actos otorgados por las personas en tanto no hay recaído una declaración judicial firme de incapacidad, pues, siempre cabe la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

<sup>92</sup> *Vid.*, la SAP Soria, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de junio de 2010 (*AC* 2010, 1128).

<sup>93</sup> En esta línea, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 273; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 107. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 3723); y, la SAP Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 15 de enero de 1996 (*AC* 1996, 105).

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 273; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 107.

<sup>95</sup> El artículo 776 del Código civil establece que «el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental» y añade el párrafo segundo que esta sustitución quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante el intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón». Este precepto contempla la llamada sustitución ejemplar o «*quasi pupilar*» —«*ad exemplum*» de la sustitución pupilar referida en el artículo 775— mediante la cual se nombra heredero por el ascendiente a su descendiente que, por ser modificada judicialmente su capacidad, no puede otorgar testamento. Tiene su origen en el Derecho romano y fue recogida en el Título V de la Partida Sexta. La sentencia del Tribunal Supremo, 10 de junio de 1941 expresó que su «fundamento natural y jurídico es la falta de capacidad de los enajenados y el amor que les profesan sus ascendientes, amor que se les inclina, y les lleva a procurarles un bien. En este caso tal finalidad tutitiva se obtiene dando un destino a los bienes del incapacitado que falleciera antes de haber recobrado la razón designándole un sustituto idóneo».

Aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se estima que en la sustitución ejemplar el

ascendiente otorga testamento en representación del sustituto para evitar la sucesión intestada de este (sentencias de 10 de diciembre de 1929; 10 de junio de 1941; y, 20 de mayo de 1972), de suerte que el sustituto hereda al sustituido y no al sustituyente. La sentencia de este mismo Alto Tribunal, 26 de mayo de 1997 (*RJ* 1997, 4234) expresa que «esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en el nombramiento de un heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente». Y el mismo criterio mantiene la sentencia de 7 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 7257). Según estos pronunciamientos, la sustitución ejemplar —como la pupilar— constituye una excepción a la regla general del carácter personalísimo del testamento, que establece el artículo 670 del Código civil. En la misma línea, *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). *Las sustituciones*. En: M.Á. Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de Sucesiones, Madrid: Edisofer, 210. Por otra parte, el Tribunal Supremo —en contra de lo que afirmó en su sentencia de 20 de marzo de 1967 (*RJ* 1967, 1665) así como la resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 2269)— ha entendido que la sustitución ejemplar comprende todo el patrimonio del sustituido y no solo los bienes y derechos dejados a este por el sustituyente. Según la sentencia de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 2753) «la sustitución tanto pupilar como ejemplar comprende el patrimonio entero del sustituido —hijo menor o incapaz— y no solo el recibido del sustituyente, o cual podrá hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria». Esta misma regla es la establecida en el artículo 425-10 del CCC. Asimismo, en este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil*, T. VII Derecho de Sucesiones, Madrid: Marcial Pons, 104.

En este contexto, en la resolución de la DGRN, núm. 7104, de 10 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2484) la cuestión que se debate es si el testamento otorgado por la sustituida antes de ser judicialmente incapacitada —anterior también al otorgado por la sustituyente— impide o no la eficacia de la sustitución ejemplar. Se trata de una cuestión que no está prevista en la regulación del Código civil que se limita a establecer que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante el intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. Y en la doctrina no existe una opinión unánime, pues, algunos intérpretes concluyen que el fundamento de la sustitución ejemplar —que no es simplemente la prevención de la sucesión intestada sino, esencialmente, la protección del incapacitado— exige que el ascendiente mediante la sustitución testamentaria, pueda revocar el testamento anterior del sustituido en atención de la nueva circunstancia —la modificación judicial de su capacidad— pero, para otros, la sustitución ejemplar es eficaz solo si el sustituido no ha otorgado testamento antes de su incapacitación, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1941, al referir la declaración de incapacidad no al momento de la sustitución, sino al tiempo de fallecimiento «sin testar del sustituido», así como del artículo 664 del Código civil. Por lo que en el presente caso, la concreta cuestión planteada puede solventarse atendiendo a la «ratio» del precepto legal examinado y a su interpretación lógica y sistemática, si conforme al testamento otorgado por la sustituta en el año 1979 antes de su incapacitación en 1990, instituyó heredera a su madre, sustituida para el caso de premoriencia por su tía carnal y ninguna de estas ha sobrevivido a la testadora, debe entenderse que al fallecimiento de esta no existe testamento a los efectos de entrada en juego de la sustitución ejemplar ordenada en el testamento de la madre. Por ello, esta institución por vía de sustitución debe reputarse plenamente eficaz.

Finalmente, señalar que, en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018 se propone la supresión del artículo 776.

<sup>96</sup> Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). *La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. En: A. Domínguez Luelmo y M.ª Paz García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid: La Ley, 628 señala al respecto que «en tanto se produzca la reforma que adecúe los postulados de la Convención a la capacidad de testar, sería deseable una interpretación restrictiva en el sentido de limitar el pronunciamiento judicial al reconocimiento

de la facultad de testar en forma notarial y sometiendo, en todo caso, su otorgamiento a las cautelas del artículo 665 del Código civil y al juicio notarial de la capacidad del testador en el momento de otorgamiento».

<sup>97</sup> PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 1675; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 276.

<sup>98</sup> PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 1675.

<sup>99</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5134; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). «Comentario al artículo 665 del Código civil», *op. cit.*, 277.

<sup>100</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5134; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). «Comentario al artículo 665 del Código civil», *op. cit.*, 277.

<sup>101</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5134.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 278; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 103-104.

<sup>103</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2051); y, 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119).

<sup>104</sup> PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 1676. *Vid.*, asimismo, las SAP León, secc. 2.<sup>a</sup>, 22 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 35287); SAP Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2006 (*AC* 2006, 1789); y, SAP León, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 613) emisión del juicio de incapacidad desconociendo la existencia de sentencia de incapacitación y sin pedir el dictamen de los facultativos.

<sup>105</sup> PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 1672. *Vid.*, asimismo, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3737).

<sup>106</sup> También se da nueva redacción al artículo 695 que a los efectos que a nosotros interesa establece en su apartado tercero *in fine* que «el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad».

<sup>107</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. II, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 349.

<sup>108</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil, *op. cit.*, 355 señala que «el notario no está obligado a emplear las mismas palabras que expresa el Código en su artículo 696, pudiendo usar otras distintas que indiquen la misma idea, pues, lo esencial no son las palabras empleadas, sino que el Notario considere al testador con suficiente capacidad para testar». En esta línea, COBACHO GÓMEZ, J.A. (2014). Sobre la intervención notarial respecto de la capacidad legal para testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup> P. García Rubio (dirs.), *Estudio de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum Teodora F. Torres García, Madrid: La Ley, 306; RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado, *El Notario del Siglo XXI*, número 80, julio - agosto, 157. Por su parte, señala al respecto la STS, Sala de lo Civil, 10 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 5628) que no es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad del otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando de cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento. Debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidad de seguridad jurídica imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. El criterio de flexibilidad que aplicó la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1896 destacando la necesidad que, el cumplimiento del plazo formal de juicio de capacidad no tenga que manifestarse, a su vez, de modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo o con locución

distinta se exprese con claridad dicho juicio de capacidad. Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 261966).

<sup>109</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IV, Valencia: Tirant lo Blanch, 5285.

<sup>110</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil, *op. cit.*, 350; MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 685 del Código civil, *op. cit.*, 5283; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 86. Asimismo, *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6399); y, de 31 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1717); y, la SAP Guadalajara, secc.1.<sup>a</sup>, 15 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 14421) que señala que «resulta evidente la dificultad que para el notario, al que no se le exige conocimientos psiquiátricos y psicológicos, puede suponer la apreciación de la capacidad de las personas, especialmente cuando se trata de personas enfermas, pero ello no impide que dado el contacto directo con el testador en el momento del otorgamiento que, el juicio que realiza de su capacidad tenga especial relevancia».

<sup>111</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 1944 (*RJ* 1944, 317); 25 de marzo de 1957 (*RJ* 1957, 1181); 7 de febrero de 1967 (*RJ* 1967, 550); 7 de octubre de 1982 (*RJ* 1982, 5545); 21 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3788); 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2549); 18 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 10355); 13 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7863); 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119); y, 5 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 84). Asimismo, *Vid.*, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 21 de junio de 1990 (*RJ* 1994, 9031); y, las SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 17 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 67735); SAP Madrid, secc. 11.<sup>a</sup>, 10 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 233853); y, SAP Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 177704).

<sup>112</sup> *JUR* 2002, 97958.

<sup>113</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 2680); la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 3562); y, la SAP Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 177704).

<sup>114</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 25 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4892) intervención adhesiva del notario en el juicio de capacidad.