

# La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas\*

## *The problems arising from the granting of testament by elderly people*

por

DRA. BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO  
*Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil.  
Universidad de las Islas Baleares*

**RESUMEN:** El presente artículo aborda un tema sumamente problemático en la práctica jurídica como es la nulidad testamentaria derivada del deterioro o falta de capacidad de personas ancianas que les dificulta o impide expresar su última voluntad. La importancia y oportunidad del tema justifican su estudio en una sociedad con una creciente población anciana.

**ABSTRACT:** *This article addresses a very thorny issue in legal practice, testamentary invalidity stemming from an elderly person's difficulty or inability to express his or her last will due to a lessening of capacity or complete loss of capacity. The importance and timeliness of the issue justify greater study in a society with a growing elderly population.*

---

\* Este trabajo es uno de los resultados científicos del Proyecto de investigación I+D, «El principio de igualdad ante el Derecho Privado» (DER2010-18053), cuya investigadora principal es la doctora Beatriz VERDERA IZQUIERDO.

PALABRAS CLAVE: Testamento. Nulidad. Capacidad.

KEY WORDS: Will. Invalidity. Capacity.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CAPACIDADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS: 1. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. 2. COMPROBACIÓN DE CAPACIDAD POR EL NOTARIO: 2.1. *Requisito formal*. 2.2. *Presunción iuris tantum*. 2.3. *Se debe atender al momento del otorgamiento*. 2.4. *Concepto de cabal juicio*.—III. INCAPACIDAD DE TESTAR, DISCAPACIDAD Y FALTA DE AUTONOMÍA: 1. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. 2. SUPUESTOS CONCRETOS: 2.1. *Supuestos de sordera*. 2.2. *Supuestos de Alzheimer*.—IV. EL APODERAMIENTO PREVENTIVO, LA FIGURA DEL ASISTENTE Y LA AUTOTUTELA.

## I. INTRODUCCIÓN

Iniciaremos el presente estudio haciendo referencia a un artículo publicado en el periódico *El Mundo* en relación a la enfermedad de Alzheimer: «España envejece. Aproximadamente uno de cada cinco españoles ha cruzado el umbral de los sesenta y cinco años. La razón de este cambio demográfico es doble, por un lado, la natalidad disminuye, con un índice de fecundidad de 1,38 hijos/mujer, que está por debajo del nivel del 2,1 necesario para mantener el relevo generacional. Por otro lado, nos morimos más tarde. Actualmente nueve de cada diez españoles sobrepasa el umbral arriba indicado, cuando hace un siglo solo llegaban unos tres.

Idealmente deberíamos vivir más y mejor, pero la realidad es que el envejecimiento va asociado con un aumento descomunal de las tasas de morbilidad y discapacidad. Así que hemos cambiado el morirnos por el vivir con una mala salud; en compañía de enfermedades crónicas degenerativas que, como huéspedes no deseados, se han afincado en nuestra sociedad. De todas ellas, quizá las que más ansiedad producen son las relacionadas con la discapacidad mental»<sup>1</sup>.

En las siguientes páginas vamos a adentrarnos en la necesidad de concretar medios para comprobar la capacidad testamental (*testamentifactio activa*) en personas de edad avanzada que pueden padecer una demencia senil o cualquier otra enfermedad que les dificulte o impida expresar su última voluntad a los efectos de otorgamiento de testamento.

El Código Civil parte de una presunción de capacidad del testador, la cual deberá ser desvirtuada en tanto se pretenda declarar la nulidad del testamento<sup>2</sup>. En los tiempos actuales la esperanza de vida crece paulatinamente, lo que conlleva que personas mayores o ancianas lleguen a la vejez en determinadas condiciones no del todo saludables desde el punto de vista intelectual y volitivo.

Esto puede conllevar que personas cercanas pretendan coadyuvar o cercenar su voluntad con el objeto de heredar el patrimonio del testador.

Tal como determina el Código Civil, el notario tiene que realizar un juicio de valor sobre la capacidad del testador, lo que en ocasiones es sumamente dificultoso debido a determinadas dolencias como la demencia senil que, en principio, no incapacita para testar pero, si se pudiese demostrar que tiene determinada magnitud, sería factible anular el testamento. Un sujeto de edad avanzada o anciano puede padecer una senilidad fisiológica o vejez, que se debe diferenciar de una demencia senil, en estos supuestos, en tanto no haya sido incapacitado judicialmente no se debe considerar *a priori* que esté incapacitado para testar.

Todo ello nos lleva a manifestar que tal como tenemos una edad mínima a partir de la cual se considera que la persona dispone de plena capacidad de obrar, si no se establece lo contrario, también sería conveniente concretar una edad límite máxima para realizar determinados actos con trascendencia jurídica, como podría ser un testamento, edad a partir de la cual (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) se requiriese un determinado examen neurológico.

## II. CAPACIDADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS

En sede testamentaria, a falta de prueba en contrario rige el artículo 662 del Código Civil: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente», es decir, una presunción derivada del principio *pro capacitate*. Si acudimos a la teoría general de los negocios jurídicos, se parte del principio de conservación de todo negocio jurídico y de la presunción de capacidad, con el objeto de mantener su validez ante casos de dudosa eficacia. El referido principio tiene su paralelo en sede testamentaria en el principio general romano *favor testamenti*, donde cobra —si cabe— un mayor sentido al no ser posible la revocación una vez que *post mortem* despliega su eficacia.

Ahora bien, a pesar de que debemos partir de estos dos conceptos (*pro capacitate* y *favor testamenti*) también es cierto que los avances médicos en los últimos tiempos han sido espectaculares y determinadas ciencias hoy en día básicas para detectar problemas mentales no se habían desarrollado en 1889 (año de promulgación del Código Civil) como puede ser la neurología, la neuropsicología o la psicología forense. Por consiguiente, a día de hoy, el mundo jurídico se debería interrelacionar con dichas ciencias para poder obtener pronunciamientos, juicios o valoraciones totalmente fundadas impidiéndose con ello ulteriores recursos.

El artículo 663.2 del Código Civil, según las reglas de capacidad testamentaria, establece: «Están incapacitados para testar: 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

El artículo 200 del Código Civil determina las causas de incapacitación de forma abierta, en cambio, en sede testamentaria, la incapacidad para testar es si cabe más amplia porque no solo se refiere a los que persistentemente están incapacitados por sentencia judicial, sino también a los que lo están «accidentalmente». La concreta sentencia de incapacitación determinará «la extensión y límites» (art. 760 LEC) de dicha incapacitación. Aunque nos podemos encontrar ante supuestos en que la sentencia no incapacite expresamente para testar, en tal caso, se aplica el artículo 665 del Código Civil: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad».

En el supuesto contrario, si la propia sentencia incapacita expresamente para testar, puede ser que el sujeto se encuentre en un intervalo lúcido durante el cual, de acuerdo con el criterio del notario, podrá otorgar testamento.

El Tribunal Supremo se decanta por la incapacidad para testar en casos como la enfermedad de Creutzfeld-Jacob (o coloquialmente conocida como «de las vacas locas»), STS de 22 de junio de 1992 (RJA 5460), STS de 27 de junio de 1977 (RJA 3019), trombosis cerebral o, en casos de oligofrenia, STS de 11 de diciembre de 1962 (RJA 5063). También se aprecia como incapacidad testamentaria los supuestos de depresión, STS de 1 de octubre de 1991 (RJA 3908); esquizofrenia leve, STS de 7 de octubre de 1982 (RJA 5545); los graves padecimientos físicos, STS de 27 de enero de 1998 (RJA 394); las taras o antecedentes hereditarios, STS de 10 de abril de 1944 (RJA 533); las meras excentricidades de carácter o neurastenias, la situación maníaca o de atero-esclerosis en que se puede encontrar el testador, el ser el testador una persona extravagante, la incultura...<sup>3</sup>.

## 1. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD

Se debe partir de la presunción de capacidad testamentaria que nos sitúa ante el artículo 662 del Código Civil: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Se parte del principio *pro capacitate* por lo que en tanto no esté expresamente determinada la incapacidad del sujeto se mantiene la validez del testamento de acuerdo con 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 lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad». Tal principio, como ya hemos mencionado, se debe conjugar con otro como es el *favor testamenti*, artículos 664 y 666 del Código Civil.

El artículo 662 del Código Civil parte de la capacidad como situación de hecho, quien pretenda negarla deberá probarlo de forma inequívoca y concluyente, no siendo posible basarse en simples presunciones o conjeturas. Por el contrario, en el siguiente artículo se aborda una situación jurídica de incapacidad que se deberá desvirtuar por el dictamen de los facultativos. Si se otorga el negocio jurídico testamentario se procederá a su anulación, en cambio, en el otro caso partimos de una situación de inexistencia de negocio por falta de capacidad del sujeto al otorgarlo<sup>4</sup>.

En tal sentido se pronuncia la STS de 13 de octubre de 1990 (*RJA* 7863): «presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25-4-59 (*RJA* 1974) y 7-10-82 (*RJA* 5545)—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25-3-57 (*RJA* 1181), 16-4-59 (*RJA* 1552), 7-2-67 (*RJA* 550), 21-6-86 (*RJA* 3788), 10-4-87 (*RJA* 2549)— con arreglo a cuya doctrina parece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad».

Tal como establece la STS de 26 de abril de 2008 (*RJA* 289): «la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre “inequívoca y concluyentemente” la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (sentencia de 27 de noviembre de 1995, *RJA* 8717) y que “la incapacidad o afección mental ha de ser grave... no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas” (sentencias de 27 de enero de 1998, *RJA* 552; 12 de mayo de 1998, *RJA* 3570; 27 de junio de 2005, *RJA* 9688) asimismo, que la presunción de capacidad, *favor testamenti*, “cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario” (sentencia de 19 de septiembre de 1998, *RJA* 6399)».

En determinadas ocasiones no es posible demostrar la demencia senil del testador anciano, tal como ocurre con los hechos alegados en la STS de 27 de enero de 1998 (*RJA* 394). Otras sentencias que abordan tal cuestión son la STS de 19 de septiembre de 1998 (*RJA* 6399), por la que se pretendía la declaración de nulidad de un testamento otorgado por una anciana interna en un centro psiquiátrico, concretamente en el «Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas doctor López Ibor, S. A.», ante un notario de Madrid, que vio refrendado su comprobación de capacidad por el diagnóstico por parte de tres facultativos del centro. Si bien, el Tribunal Supremo considera que debido a la complejidad del testamento emitido, dicha persona no disponía de testamentifacción activa. En un sentido similar se pronuncia la STS de 31 de marzo de 2004 (*RJA* 1717).

Para destruir la presunción *iuris tantum* habrá que presentar pruebas contundentes como certificados médicos y testimonios que pongan realmente de manifiesto la situación de demencia aguda o la concreta enfermedad que impide la realización de la declaración de voluntad que comporta el testamento. Todo ello debido a que la comprobación de capacidad por parte del notario como autoridad viene revestido por un halo de certeza.

Al respecto es interesante la STS de 27 de noviembre de 1995 (RJA 8717), por la que se declaró la nulidad del testamento al demostrarse la falta de capacidad de la anciana y por consiguiente, destruirse la presunción *iuris tantum*. Pero no por el hecho de la senilidad o ancianidad de la testadora que la Sala diferencia de los supuestos de demencia senil, sino porque se presentaron toda una serie de pruebas por las que se constataron que la anciana había mantenido una determinada relación con sus familiares a lo largo de su vida y, en el momento de otorgar testamento varió de forma incongruente su parecer.

Ante dicho pronunciamiento se han mostrado voces discordantes<sup>5</sup> que consideran que el hecho de que la testadora modifique su voluntad no tiene —necesariamente— que significar que no disponga de capacidad testamentaria, porque puede ocurrir que tal cambio de parecer sea debido a circunstancias ocurridas en los momentos previos al otorgamiento del testamento que supongan un cambio en su voluntad. Aunque, en cualquier caso, habría que examinar detenidamente el supuesto particular para poder llegar a una conclusión fundamentada.

## 2. COMPROBACIÓN DE LA CAPACIDAD POR EL NOTARIO

El notario debe comprobar si el testador dispone de capacidad para testar, siendo responsable de tal apreciación. Partiendo de la capacidad jurídica que corresponde a todo sujeto dotado de personalidad, se deberá determinar si dispone de capacidad natural, de entender y querer, y por consiguiente de autogobierno que le permita otorgar la disposición testamentaria. El sujeto debe tener las facultades cognitivas y volitivas adecuadas para poder saber la trascendencia del acto que están realizando.

Todo ello de acuerdo con el artículo 685.1 *in fine* del Código Civil y el artículo 696 *in fine* del Código Civil: «También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar» y el artículo 707.4 del Código Civil: «Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de su otorgamiento, ...dando fe de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

El artículo 685.2 del Código Civil remite a los artículos 700 y 701 que se refieren, respectivamente, a dos tipos de testamentos comunes abiertos, como son el testamento en peligro de muerte y en caso de epidemia: «los testigos tendrán la obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

El referido artículo 685 del Código Civil fue objeto de nueva redacción por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de reforma del Código Civil, con anterioridad su tenor era el siguiente: «También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar». Se comprueba que se concretaba una exigencia más laxa, por parte del notario y testigos, «procurarán asegurarse» frente al actual «deberá asegurarse». Por consiguiente, se produjo un cambio en la redacción, retomándose de esta manera la primera edición del Código Civil<sup>6</sup>. Se establece que el notario deberá asegurarse de la capacidad, de forma imperativa, pues le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento. Ahora bien, no se especifica la manera o los medios que deberá utilizar el notario para comprobar tal capacidad.

La STS de 18 de mayo de 1998 (*RJA* 3376) se refiere a un testamento realizado antes de la reforma de 1991: «El giro “procurarán asegurarse”, que sustituye la expresión “deberán asegurarse”, que aparecía en la redacción originaria del artículo, se interpreta en el sentido de que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención de facultativos». La intervención de facultativos solo será precisa en los casos del artículo 665 del Código Civil. En igual sentido, la STS de 25 de marzo de 1940 (*RJA* 198), y la STS de 19 de septiembre de 1998 (*RJA* 6399): «El texto legal utiliza el vocablo procurar, que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (sentencias de 25 de marzo de 1940, *RJA* 198 y 21 de junio de 1986, *RJA* 3788)». Así, el término procurar otorga una mayor laxitud y falta de certeza de tal hecho, lo que puede conllevar la exoneración de responsabilidad por parte del notario.

Como manifestó VELASCO<sup>7</sup>: «entre todos los problemas que plantea al notario la autorización de un instrumento, ninguno es de tanta importancia y trascendencia como la apreciación de la capacidad de las personas que en ellos han de intervenir, a tal extremo que, fijada aquella, el resto no suele ofrecer dificultades o las presenta de escaso valor».

Por ejemplo, por la SAP de Córdoba de 11 de julio de 2013 (*JUR* 332012) se declara la nulidad del testamento por falta de capacidad y se desvirtúa el superficial juicio de capacidad realizado por el notario que únicamente se aseguró de que sabía firmar.

Si ha recaído sentencia de incapacidad que concreta la capacidad para testar, no será necesaria la aseveración de la capacidad por parte del notario. La sentencia puede que no se pronuncie expresamente sobre la capacidad o falta de capacidad para testar, en este segundo caso se ha considerado tal pronunciamiento como una limitación que alcanzaría a la autonomía del sujeto y a sus derechos fundamentales<sup>8</sup>. De acuerdo con el tenor literal del precepto, se

cuestionó si en el mismo tienen cabida los incapaces de hecho, si bien, a partir de su redacción, se ha manifestado que solo abarca a los incapacitados mediante sentencia judicial<sup>9</sup>.

En el caso de personas ancianas es conveniente que dicha comprobación de capacidad se realice con el testador a solas, sin que intervengan terceras personas o familiares que puedan con su actuación interferir en dicha exploración<sup>10</sup>. Asimismo puede contar con la ayuda de facultativos o expertos sobre el particular, si bien, el juicio último y la responsabilidad recae sobre el notario a quién la ley le exige expresamente dicha apreciación.

### 2.1. *Requisito formal*

Al fedatario público se le exige una apreciación subjetiva o simple testimonio de la capacidad del testador, la cual deberá hacer constar en el instrumento público. A través del consentimiento, el testador plasmará en el acto de otorgamiento su última voluntad con lo que se perfeccionará el negocio jurídico testamentario<sup>11</sup>, una vez que el notario haya emitido su juicio<sup>12</sup> o calificación de capacidad necesaria al otorgar cualquier negocio jurídico.

Debe constar que se ha producido dicha aseveración o comprobación de capacidad, en caso contrario, el testamento es nulo por defecto de forma. El Reglamento de Organización y Régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su artículo 167 establece: «El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

A su vez, se debe relacionar dicho precepto con el artículo 156 del Reglamento Notarial, el cual entre los requisitos de la comparecencia de cualquier escritura notarial en el apartado 8.º concreta: «la afirmación, a juicio del notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que estos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera». En cambio, la Ley Orgánica del Notariado de 1862 no recoge tal exigencia, aunque por la Instrucción de 12 de junio de 1861, reformada por la Instrucción de 9 de noviembre de 1864, ya se contemplaba tal requisito: «Los escribanos harán constar en toda escritura la capacidad legal de los otorgantes para celebrar el acto o contrato a que se refieran, expresando las circunstancias que según los casos determinen dicha capacidad».

El notario deberá «asegurarse de que, a su juicio» (art. 685 CC), en tal caso no se le podrán exigir responsabilidades por dicha apreciación, juicio o calificación<sup>13</sup> si en el correspondiente documento plasma tal comprobación, habiendo cumplido de este modo con las formalidades que le exige la ley.



Se le podrá exigir responsabilidad profesional en tanto actúe culposamente, no por un mero error, en este sentido se expresa IZQUIERDO TOLSADA<sup>14</sup>: «siendo la actividad diligente el auténtico objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles».

Al notario con los sujetos perjudicados por su actuar, no les une una relación contractual, por tanto, tal actuación se calificará como responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con el artículo 1902 del Código Civil. En otros supuestos se podrá instar o solicitar la apertura de un expediente de corrección disciplinaria, «mientras que la responsabilidad del notario solo puede exigirla quien ha sufrido el daño, este es, el beneficiario de la disposición testamentaria anulada, la apertura del expediente de corrección podrían también solicitarla aquellos parientes abintestato o las personas favorecidas en un testamento anterior al que se declara nulo»<sup>15</sup>.

La STS de 30 de septiembre de 1901 (J. Civil, T. 92, núm. 59, pág. 204) manifestó que el deber de aseveración, por parte del notario, se cumplía cuando este y los testigos daban fe de conocer de antemano al testador.

Todo ello nos sitúa ante el artículo 705 del Código Civil: «Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables», y artículo 715 del Código Civil para el testamento cerrado<sup>16</sup>.

En caso contrario podrá decretarse la nulidad por defectos formales, STS de 25 de junio de 1990 (4892). Únicamente se le exige que ponga todos los medios que estén en sus manos para apreciar dicha situación, como establece DE ALFONSO<sup>17</sup>, «la fe pública no se extiende a la verdad intrínseca de las declaraciones que en torno a la capacidad del testador se efectúen».

En tanto el notario efectúe todas las exigencias que debe cumplir, con posterioridad se podrá decretar la nulidad del testamento porque se demuestre la falta de capacidad del otorgante, pero no por la ausencia de las formalidades requeridas al notario, exonerándose de este modo de responsabilidad.

## *2.2. Presunción iuris tantum*

La aseveración de capacidad por parte del notario o testigos, en su caso, constituye una presunción *iuris tantum*, que podrá ser desvirtuada por el sujeto que pretende alegar la falta de capacidad del testador. Estas declaraciones o comprobaciones realizadas por personas no peritas en la materia se configuran como una mera medida de prevención, que no impide que esa apreciación pueda

ser posteriormente impugnada mediante testimonios de las personas cercanas al testador en la época de otorgar testamento, por el contenido del testamento o por distintos informes periciales.

En relación a este apartado cabe transcribir parte de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 1992:

- «a) la declaración notarial sobre la capacidad del otorgante no asegura de forma indubitada e incuestionable que tal juicio se corresponda con la realidad mental;
- b) una eventual declaración judicial, apreciando el defecto de capacidad, no implica necesariamente que el notario haya incurrido en responsabilidad, por cuanto este se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública solo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado;
- c) todo ello no obsta a que quede abierta la posibilidad de incoar un expediente disciplinario para el caso de que se formule tal declaración judicial, siempre que de ella resulte no solo la inexactitud del juicio de capacidad, sino que ese juicio fue debido a una incorrecta actuación notarial».

Cabe recalcar la importancia de dicha comprobación de capacidad, al sustentarse sobre la misma la declaración de voluntad del testador, siendo este un elemento esencial de todo negocio jurídico. Se trata de una presunción *iuris tantum*<sup>18</sup> de capacidad que puede ser destruida si se demuestra por parte de quien promueve la nulidad del testamento dicha falta de capacidad, mediante una prueba cualificada porque tal como se recoge jurisprudencialmente la aseveración de capacidad por parte del notario tiene una especial trascendencia, la cual ha sido cuestionada por parte de la doctrina<sup>19</sup>. Esta idea la encontramos en la STS de 18 de marzo de 1988 (RJA 2214): «la manifestación del notario o autorizante del testamento, en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial, adquiere especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud, que solo puede destruirse mediante prueba en contrario».

En cualquier caso, se debe tener en cuenta la dificultad de emitir un juicio de capacidad de personas, en muchos casos, ancianas que se encuentran en una situación límite de capacidad<sup>20</sup>.

Al respecto la STS de 5 de noviembre de 2009 (RJA 84)<sup>21</sup> puntualiza que: «El notario debe apreciar la capacidad del testador, pero este no es un juicio definitivo, puesto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo la posibilidad de destruir la presunción de capacidad que se deriva de las afirmaciones notariales, porque se trata de una presunción *iuris tantum*».

La STS de 21 de noviembre de 2007 (RJA 8119): «es carga de la parte que impugna el testamento probar que se hallaba en su cabal juicio, y la aseveración

notarial sobre su capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* que origina la susodicha aseveración notarial». Y la STS de 10 de noviembre de 1969: «El documento público hace fe únicamente del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, pero no de la verdadera capacidad de los otorgantes».

El artículo 421-7 del Código Civil de Cataluña referente a la Identificación y juicio de capacidad del testador: «El notario debe identificar al testador y debe apreciar su capacidad legal en la forma y por los medios establecidos en la legislación notarial».

Dicho precepto se debe relacionar con el artículo 421-9 CCCat.: «Intervención de facultativos. 1. 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 los facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo». El notario está simplemente facultado para recabar la presencia de los facultativos, sin que esté obligado a ello, aunque de acuerdo con el tenor del precepto para evitar futuras impugnaciones recabará en muchas ocasiones el apoyo de los facultativos.

### *2.3. Se debe atender al momento del otorgamiento*

A los efectos de concretar la validez de la declaración de voluntad se debe atender *ex* artículo 666 del Código Civil: «Únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». Tal precisión también es regulada en los artículos 663 y 664 del Código Civil, en particular este último concreta la validez del testamento realizado antes de la enajenación mental.

Dichos preceptos proceden del Derecho Romano donde se diferenciaba la *testamentifactio* en el momento del otorgamiento y en el momento de la muerte<sup>22</sup>. Una vez suprimido este doble requisito, pero como una reminiscencia del pasado se recalca dicha idea en el actual Código Civil, de ahí su reiteración en distintos preceptos. ALBALADEJO<sup>23</sup> manifiesta que el «espíritu del artículo 666 es prescindir del estado en que se halle el testador al morir».

Tal como ya establecía SÁNCHEZ ROMÁN<sup>24</sup>, «la capacidad en todo caso habrá de apreciarse atendiendo únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento... la teoría de los intervalos lúcidos es justa en cuanto respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento en que exista, pero muy expuesta a fraudes». Todo ello conlleva que si con posterioridad a la apertura del testamento se tuviese que impugnar el mismo por una cuestión de capacidad, se debería atender al momento en que se ha otorgado, resultando tal prueba en la práctica sumamente dificultosa debido al lapso de tiempo transcurrido y

porque se precisa jurídicamente una certeza del deterioro cognitivo que en la mayoría de ocasiones, ante personas ancianas, se basa en meras conjeturas<sup>25</sup>.

La jurisprudencia reiteradamente manifiesta que la comprobación de dicha capacidad se trata de una cuestión de hecho que se debe examinar en el momento del otorgamiento: STS de 21 de abril de 1965 (*RJA* 2282); STS de 26 de mayo de 1969 (*RJA* 2862); STS de 7 de octubre de 1982 (*RJA* 5545); STS de 26 de septiembre de 1988 (*RJA* 6860); STS de 5 de noviembre de 2009 (*RJA* 84): «...la capacidad del testador es una cuestión de hecho que debe examinarse en relación al momento de otorgarse testamento, aunque ciertamente pueden utilizarse para ello las circunstancias generales de la persona en su vida habitual». Y la STS de 1 de junio de 1994 (*RJA* 4567) establece: «...lo interesante y trascendente son las condiciones físicas en el momento de otorgar el testamento... y la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda...».

A consecuencia del carácter constitutivo de la declaración de incapacidad, si se otorga un testamento y ulteriormente se produce la declaración de incapacidad de dicha persona, ello no comporta el decaimiento del mismo, en este sentido se expresan las SSTS de 20 de febrero de 1975 (*RJA* 661) y 24 de febrero de 1981 (*RJA* 605). Por ejemplo, la anteriormente citada STS de 13 de octubre de 1990 (*RJA* 7863) recoge un supuesto de demencia senil que aconteció con posterioridad al otorgamiento del testamento, por lo que no tiene trascendencia alguna para la validez del mismo. Al igual que la SAP de Madrid de 15 de enero de 2013 (*JUR* 68198) y SAP de Barcelona, de 27 de julio de 2010 (*AC* 1515).

En determinados casos si se produce la proximidad entre el otorgamiento del testamento y la sentencia de incapacitación, tal hecho puede ser significativo y servir como indicio para declarar posteriormente su nulidad. La STS de 19 de septiembre de 1993 (*RJA* 6399), al tratar sobre el artículo 663 del Código Civil establece: «El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (sentencia de 22 de junio de 1992, *RJA* 5460), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. P. fue declarada incapaz a medio de Auto de 9 de julio 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el *iter* del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente».

#### 2.4. *Concepto de cabal juicio*

La idea de «cabal juicio» alude al hecho de tener plenas facultades de entender y querer, es decir, disponer de testamentifacción activa, de discernimiento, de capacidad natural. El testador debe tener conocimiento y plena conciencia de la relevancia y trascendencia del acto que está realizando.

El legislador en la Sección Primera del Código Civil (arts. 662 a 666 CC) utiliza diferentes conceptos como son: «cabal juicio» (art. 663.2); «enajenación mental» (art. 664) e «incapacitado» (art. 665), siendo estos dos últimos conceptos más concretos.

Antes de la reforma del artículo 665 del Código Civil por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dicho precepto hacía alusión expresa a los dementes, por lo que únicamente tenían cabida en el supuesto de hecho las enfermedades de la mente: «Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido». En la actualidad, se ha ampliado el concepto al «incapacitado» y no se hace referencia a intervalo lúcido sino a «pretenda otorgar testamento», si bien, en la práctica se sigue utilizando el referido término con el objeto de comprobar su operatividad.

Sobre la idea de cabal juicio, podemos citar la STS de 19 de septiembre de 1998 (*RJA* 6399): «El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental, y si bien aquella no puede resultar técnicamente afortunada, sí resulta lo suficientemente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (art. 200 del CC). El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (sentencia de 22 de junio de 1992, *RJA* 5460), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada...».

En este sentido también es interesante la STS de 11 de diciembre de 1962 (*RJA* 5063): «la expresión cabal juicio está empleada sin precisión científica, pero con amplia comprensión práctica y aun cuando el término “cabal” es sinónimo de lo completo, justo, acabado y exacto y en el sentido no parece pueda predicarse de la salud mental y como la física 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 propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realiza con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer, lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de la inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es conocido; por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o demencia impide al testador hallarse en ese cabal juicio».

BELTRÁN DE HEREDIA<sup>26</sup> concreta que por cabal juicio «cabe comprender toda clase de perturbaciones psíquicas que alteren las facultades intelectuales del

sujeto y le impidan emitir una declaración de voluntad que tenga relevancia jurídica». Al respecto, establece toda una serie de precisiones: «1.º El número 2 del artículo 663 no especifica qué enfermedades o circunstancias son las que incapacitan para testar por falta de cabal juicio; 2.º ...hay que incluir no solo las enfermedades mentales verdaderas y propias, sino también toda otra causa de alteración psíquica que impida un normal funcionamiento de las facultades de entender y querer; 3.º La falta de cabal juicio, sea cual fuere la causa que la origine, puede ser habitual o transitoria; 4.º ...basta con que en el momento de la confección del testamento impida emitir una declaración de voluntad que tenga relevancia jurídica; 5.º Esta incapacidad... como un defecto o vicio de la voluntad; 6.º Debe existir en el momento de la confección del testamento; 7.º Mientras no se pruebe lo contrario, se presume la capacidad del testador; 8.º La prueba corresponde a quien alega la incapacidad y debe probar la existencia de esta en el momento de otorgar testamento».

Se ha venido cuestionando si los conceptos médicos se deben equipar a los jurídicos o, si cada uno de ellos debe discurrir por derroteros diversos. Se ha diferenciado entre la falta de capacidad no sustancial y la falta de capacidad absoluta. DE ALFONSO<sup>27</sup> concreta: «El testador precisa saber qué es un testamento y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, rememorar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y personas, siguiendo finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla».

No hallarse en su cabal juicio engloba no solo las situaciones que conllevan una declaración judicial de incapacidad, sino también las perturbaciones tanto permanentes como transitorias de anomalía psíquica que impiden entender y querer y que acontecen en el momento en que se pretende otorgar la declaración de última voluntad, no siendo necesario que se trate de una enfermedad declarada, por lo que tienen cabida los supuestos de embriaguez, drogadicción, estar en una situación de ira o delirio febril o bajo hipnosis... Si nos centramos en la figura de los ancianos hay que tener en cuenta que a determinadas edades es, en cierta forma, habitual pérdidas de reflejos o memoria. Pero, si el testador anciano tiene capacidad suficiente para poder distinguir nítidamente los sujetos y los motivos que le pueden llevar a testar en un sentido u otro, el testamento será válido.

Por tanto, con dicha expresión no solo se excluyen los sujetos que tengan algún tipo de demencia persistente sino también todos aquellos que transitoriamente no se encuentren en su «cabal juicio» por una causa transitoria como las que acabamos de mencionar<sup>28</sup>. PUIG FERRIOL<sup>29</sup> considera que alcanza «al enfermo mental, al deficiente mental, al que en el momento de testar se encuentre bajo influjo de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, en estado de delirio febril o arrebatado por una pasión desordenada al que pretendiera otorgar testamento

en estado de sonambulismo o hipnotismo, pues en ninguna de tales hipótesis el testador se hallará en su cabal juicio».

La STS de 4 de octubre de 2007 (*RJA* 7401) hace referencia al concepto de cabal juicio y al respecto establece: «...la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 del Código Civil, 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 y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad para entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 [*RJA* 5063] y 7 de octubre de 1982 [*RJA* 5545])». También utilizan el término «cabal juicio» las SSTS de 5 de mayo de 2011 (*RJA* 1101); 5 de noviembre de 2010 (*RJA* 84); 26 de abril de 2008 (*RJA* 2680) y 21 de noviembre de 2007 (*RJA* 8119), entre otras.

### III. INCAPACIDAD DE TESTAR, DISCAPACIDAD Y FALTA DE AUTONOMÍA

Cuando nos situamos ante un testador anciano se debe diferenciar entre los casos en que han sido declarados incapaces, los de falta de capacidad para testar, los supuestos de discapacidad y la falta de autonomía o dificultad de comunicación del anciano. A su vez, se deben distinguir aquellos trastornos de índole física como falta de reflejos, reuma, lentitud de movimientos u otros achaques... propios de edad avanzada de aquellos otros padecimientos que sí pueden afectar a la capacidad de testar que se refiere, exclusivamente, a casos de trastornos psíquicos o mentales que nos situarían ante supuestos de pérdida de memoria, confusión entre los familiares... que se deberían analizar particularmente para poder comprobar su magnitud<sup>30</sup>.

El notario deberá basarse en una serie de indicios derivados del acto del otorgamiento como puede ser el hecho que el anciano realice determinados actos no congruentes, la falta de memoria, la falta de ubicación temporal, el hecho de que el sujeto esté ingresado en un hospital ya sea, o no, psiquiátrico y, entre otros indicios, la concreta edad del testador, que también se deberá abordar de forma muy relativa ya que a edades avanzadas distintas personas pueden tener una capacidad muy diferente y, asimismo, se pueden experimentar cambios bruscos en poco intervalo de tiempo. A partir de todos estos datos emitirá su declaración en relación a la aptitud del testador para emitir su última declaración de voluntad. La SAP de A Coruña de 7 de febrero de 2014 (AC 332) establece



que el mero hecho de tener ochenta y cuatro años no supone una presunción de incapacidad.

Por ejemplo, por la STS de 27 de junio de 1977 (*RJA* 3019) se declara la nulidad del testamento otorgado por una mujer de setenta y nueve años, pero no por su ancianidad sino porque padecía trombosis cerebral progresiva e irreversible de la que falleció veinte días después de su internamiento: «mostrándose durante ese periodo de internamiento somnolienta, obnubilada y en tal estado de sopor que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos».

Asimismo, el notario deberá tener en cuenta la complejidad del testamento y no se puede pretender que un sujeto de edad avanzada realice determinados testamentos, en este sentido se pronuncia la STS de 19 de septiembre de 1998.

Otro factor que tienen en cuenta los Tribunales para anular un testamento, por falta de capacidad, es la complejidad del mismo, lo que puede llevar a exigir un plus de capacidad respecto a otro testamento más elemental.

En ningún caso se debe equiparar ancianidad o vejez con incapacidad, tal como ya manifestó la STS de 25 de octubre de 1928 (J. Civil, T. 185, núm. 131, pág. 532): «...ni el derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo... la experiencia demuestra y la historia ofrece múltiples justificaciones de este aserto, que personas que alcanzaron la edad que dicho señor tenía cuando otorgó el discutido testamento, aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, realizaron actos que son gloria para la humanidad, aprovechada de sus beneficios en todos los aspectos del saber; que por su mesurado y más reflexivo pensamiento, hacen más dignas de respeto las depuradas manifestaciones de la voluntad de los viejos no privados de razón». Sobre estas cuestiones se pronuncia el Tribunal Supremo por la sentencia de 27 de noviembre de 1995 (*RJA* 8717); STS de 27 de enero de 1998 (*RJA* 394); STS de 31 de marzo de 2004 (*RJA* 1717) y, entre otras, la SAP de Las Palmas de 17 de mayo de 2011 (*AC* 1410): «la juzgadora de instancia realiza el debido deslinde, en contra de lo sostenido en el recurso, entre la simple senilidad o senectud, como estado fisiológico, por un lado, y la demencia senil como estado patológico, por otro lado».

## 1. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Es habitual que en estos procesos en los que se demanda la nulidad del testamento se alega la incapacidad del testador anciano junto a un vicio del consentimiento (STS de 25 de marzo de 1957, *RJA* 1181, y STS de 16 de abril de 1959,



RJA 1552) porque, en ocasiones, se trata de personas mayores que conviven con determinados familiares y se les expone a presiones continuas debido a que son atendidos y cuidados y, por ello, tienen una dependencia ya sea afectiva o física con dichas personas o, son influenciados con el objeto de modificar su declaración de voluntad para que no otorguen testamento porque resultarían más favorecidos como herederos *ab intestado* o, para que no lleguen a otorgar nuevo testamento porque les beneficia el testamento anterior, captando o sugestionando de tal modo su voluntad.

Todas estas maquinaciones nos sitúan ante casos de dolo testamentario, que no serán tratados en el presente estudio debido a la amplitud del tema<sup>31</sup>, si bien, como muestra al respecto se puede hacer referencia a diversas sentencias como la SAP de las Islas Baleares de 17 de abril de 2001 (AC 232), donde se declaró nulo el testamento otorgado por una anciana que padecía demencia senil y había sido otorgado influenciada por dos hijos adoptivos de su hermana y sus respectivas mujeres quienes, una vez conseguido su propósito, la habían ingresado en una residencia desentendiéndose de ella. La SAP de Sevilla, de 8 de mayo de 2000 (AC 2459), donde unos sirvientes con distintas artimañas hacen redactar a una anciana con las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas un testamento, el cual es declarado nulo y pasan a heredar sus cuatro sobrinos carnales; dos sentencias de la AP de Orense, de 30 de enero de 2002 (AC 663 y 75001), en ambas se trata de cuestiones de vicios de la voluntad, pero no se llega a acreditar la captación de voluntad por maquinaciones insidiosas del heredero beneficiado; SAP de Alicante, de 5 de septiembre de 2001 (AC 4094), por lo que se declara nulo un testamento otorgado en el domicilio del enfermo donde se constituyen como testigos la madre y hermana de la abogada presente en el acto de otorgamiento.

Determinadas actuaciones dolosas serán calificables como vicio de consentimiento, aunque otras, como un simple ruego o insinuación no se apreciaría como dolo testamentario porque el anciano sigue siendo totalmente libre de acoger, o no, tal insinuación. En este sentido se pronuncia la SAP de León de 3 de noviembre de 2008 (AC 177): «...no se puede concluir que don Eusemio conviniera con su hermana doña Pilar en contra de su voluntad, ni que tuviera limitada su capacidad de movimientos y comunicación con otras personas, sino que se trataba de una persona que, a pesar de su limitación física (era sordo) era perfectamente capaz, sabía leer, llevaba las cuentas de sus actividades, se encontraba bien cuidado y atendido por su hermana doña Pilar en los últimos años de su vida, y decidió nombrarla heredera universal posiblemente en agradecimiento a los cuidados y atenciones recibidos, lo que puede parecer más o menos justo a los demás hermanos, pero resulta de todo caso legítimo como expresión de la libre voluntad del testador, no existiendo prueba alguna sobre la que sostener que actuó compelido o coaccionado por la demandada». Como se ha manifestado, «este tipo de disposiciones testamentarias cabe estudiarlas desde la perspectiva opuesta: pueden constituir un arma, un instrumento legítimo del anciano para ser atendido convenientemente en su vejez»<sup>32</sup>.

## 2. SUPUESTOS CONCRETOS

### 2.1. *Supuestos de sordera*

Determinados sujetos, consecuencia de su edad avanzada, padecen de hipoacusia<sup>33</sup> o sordera en mayor o menor medida, o dificultades del habla o de la escritura que les impide firmar el documento notarial y consecuentemente, otorgar su consentimiento. Se trata de personas que no están incapacitadas, pero padecen de cierta deficiencia que puede conllevar no entender o comprender correctamente la lectura del testamento que realiza el notario. En cualquier caso se verán favorecidos por la presunción de capacidad para testar. Sobre este tema se pronunció la STS de 18 de abril de 1916 (J. Civil, núm. 39), ante un supuesto de un sujeto que había padecido una hemiplejía y sufría una afasia pero estaba totalmente lúcido y con plena capacidad para entender y querer y por consiguiente, para saber la trascendencia del acto que estaba realizando.

Asimismo, la STS de 27 de diciembre de 1930 observó en un caso de sordera que: «la apreciación de la mayor o menor sordera del testador es una cuestión de hecho que tenían que saber los testigos del testamento, que nada dijeron acerca de ella, y además de la privativa competencia del Tribunal de Instancia, el cual la ha apreciado en sentido negativo en el séptimo de los considerandos de la sentencia del juez, que fue aceptado por la Audiencia y, por tanto, falta la base esencial para que pueda estimarse si el testador era habitualmente más o menos sordo de oído o enteramente sordo como exige el artículo 697, adverbio con el cual se ha querido denotar al que es sordo en absoluto en el momento de otorgar su última disposición testamentaria, sin que las afecciones de esa clase más o menos parciales o acentuadas y de relativa permanencia por causa accidental y pasajera puedan equipararse a lo requerido por la ley para exigir mayores requisitos de forma intrínseca que garanticen la validez del testamento, porque esta clase de preceptos es preciso interpretarlos como prohibitivos en forma restrictiva».

Por la STS de 24 de noviembre de 2004 (RJA 7554)<sup>34</sup> el Tribunal consideró que para la validez del testamento abierto era suficiente mostrar la conformidad con un simple movimiento afirmativo de cabeza, se trataba de un testador que no podía hablar ni escribir, pero quedó acreditada su lucidez. En igual sentido encontramos la STS de 30 de noviembre de 1991 (RJA 8582): «es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra».

En estos supuestos se debe tener en cuenta la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas<sup>35</sup>. Al respecto, cabe hacer alusión a la Disposición Adicional segunda del Libro IV del Código Civil de Cataluña establece: «cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos,

la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

## *2.2. Supuestos de Alzheimer*

La enfermedad de Alzheimer tiene distintas fases (fase inicial, media y avanzada o severa) por lo que si el sujeto que empieza a padecer dicha enfermedad otorga testamento, no por ello, se declarará nulo sino que nos situaremos ante una presunción de capacidad que podrá ser desvirtuada ulteriormente si se diere el caso. Cuestión diversa es en las fases avanzadas de la enfermedad donde será discutible la capacidad intelectual y volitiva del sujeto.

Al respecto, la SAP de las Islas Baleares, de 14 de febrero de 2011 (AC 404), no declara nulo un testamento a pesar de que el testador padecía Alzheimer, porque el mismo fue otorgado en una fase muy inicial de la enfermedad en la cual el sujeto estaba totalmente consciente y orientado: «La falta de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento (art. 666 CC), debe quedar acreditada con rotundidad y creemos que la historia clínica, los informes médicos de febrero y marzo de 2008 y una pericial realizada sobre los mismos, por quien ni siquiera conoció a la persona objeto de la pericia, no cumplen con la exigencia exigida para destruir la presunción de capacidad. La descripción de los síntomas de una enfermedad progresiva no bastan».

Así, ante supuestos de demencia senil o Alzheimer habrá que comprobar en cada supuesto particular si pueden ocasionar la nulidad del testamento, tal es el caso de los hechos que recoge la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2012 (AC 732) y SAP de Valencia, de 26 de julio de 2011 (JUR 394812), en las que a pesar de acreditar la existencia de demencia senil o incluso Alzheimer no estiman la nulidad del testamento porque el testador disponía de las facultades adecuadas en el momento de su otorgamiento<sup>36</sup>, al tratarse de una fase leve o moderada en la que el enfermo mantiene su autonomía y solo necesita ayuda en determinadas tareas complejas, y se ha entendido por parte de los Tribunales que un testamento no puede calificarse de acto complejo en tanto se realice una disposición simple de los bienes (SAP de Granada, de 26 de mayo de 2006, AC 2058). En todos estos casos nos situaremos ante un problema de prueba a los efectos de desvirtuar la presunción de capacidad demostrando la evolución e intensidad de la enfermedad.

La SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2011 (AC 1410) declara la nulidad del testamento tras la pertinente valoración pericial y la constatación de la demencia de Alzheimer del testador en fase aguda o severa «en el momento

de otorgar el testamento... la testadora no estaba en condiciones de regir su persona y sus bienes, debido al déficit de las facultades psíquicas superiores, con una pérdida de la capacidad crítica y una inflexibilidad patológica desde los inicios del proceso». Al igual que la SAP de Cádiz, de 14 de noviembre de 2007 (*JUR* 165050); SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2009 (*JUR* 491470); SAP de Madrid, de 10 de abril de 2010 (*JUR* 233853); SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2011 (*AC* 1410); SAP de Madrid, de 23 de julio de 2011 (*AC* 2109); SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de noviembre de 2011 (*JUR* 220491); SAP de Barcelona, de 19 de enero de 2012 (*RJA* 92309) y SAP de Granada de 22 de noviembre de 2013 (*AC* 2326), entre otras.

Como es sabido y hemos concretado en líneas anteriores, la comprobación de la capacidad corresponderá al notario autorizante, si bien, debido a los avances de la medicina y concretamente de la neurología, se podría establecer un «protocolo de actuación en el ámbito notarial ante situaciones previsibles —como es el deterioro cognitivo de los enfermos de Alzheimer— que garantizase la no instrumentalización de las personas mayores en el tráfico jurídico»<sup>37</sup>. Asimismo, el notario se podría valer de los avances en la neurología y utilizar determinados tests utilizados en dicha ciencia para cerciorarse de la capacidad, como es el test de *screening* o servirse de facultativos para concretar el nivel de deterioro cognoscitivo y volitivo del sujeto, especificando la fase en la cual se puede encontrar. De esta manera se debería concretar la necesidad de colaboración entre los notarios y los neurólogos a los efectos de comprobación de la capacidad en determinadas situaciones dudosas o, incluso, exigir a partir de una determinada edad, un informe neuropsicológico de las capacidades del sujeto, el cual se debería entregar al notario antes de poder realizar determinadas actuaciones con trascendencia jurídica.

En relación a la necesidad de realizar dichos tests en la propia notaría se ha considerado, por parte de la doctrina<sup>38</sup>, que podría resultar violento para los sujetos aunque, se evitarían multitud de problemas e impugnaciones ulteriores.

#### IV. EL APODERAMIENTO PREVENTIVO, LA FIGURA DEL ASISTENTE Y LA AUTOTUTELA

De acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad) por la que se propugna reiteradamente la igualdad y la no discriminación de las personas con algún tipo de discapacidad, en los últimos tiempos se impone la denominación expediente o procedimiento de revisión de la capacidad en lugar del procedimiento de incapacitación, debido a las connotaciones peyorativas o discriminatorias que conlleva esta última denominación.

A partir de los postulados de la Convención se pretende que la institución que cobre más relevancia sea una figura de apoyo o asistencia, en lugar del modelo implantado en España, que nos sitúa ante una sustitución en la toma de decisiones, en este sentido se pronuncia la STS de 29 de abril de 2009 (RJA 2901). Para ello, la medida de protección que mejor encaja en nuestro Ordenamiento con los propósitos de la Convención es la curatela.

Por ejemplo, en Alemania nos situamos ante el «*Betreuung*», en Italia ante el «*Administratore di Sostengo*» y en Francia ante el «*Sauvegard de Justice*», que son figuras que sirven para asistir a personas mayores en la toma de decisiones con trascendencia jurídica.

A estos efectos cabe destacar el acierto del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña referido a persona y familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), por el que se crea la figura del asistente, artículo 226-1 a 226-7 y a su vez, el artículo 222-2 prevé la posibilidad de otorgar un poder en previsión de la pérdida sobrevinida de capacidad, de forma que las personas mayores que hayan previsto tal situación no quedarán sometidas a tutela si han nombrado un apoderado en escritura pública, aunque siempre en interés de la persona protegida se puede llegar a constituir una tutela de tal forma que se extinga el poder anterior. Así, el Preámbulo, epígrafe III, apartado *b*) establece: «...la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida», por todo ello se crea la figura del asistente que servirá para proteger a las personas ante situaciones de menor envergadura como pueden ser los supuestos de vejez, enfermedades psíquicas, discapacidades o retraso mental leve, en que no será preciso acudir a un proceso de incapacitación. Por ello, se pretende acabar con la dualidad existente entre capaces e incapaces y se establece un *tertium genus* de personas en una fase intermedia protegidos por distintos instrumentos del Ordenamiento que nos sitúan ante instituciones con un control, ya sea administrativo o notarial, y por consiguiente, se apartan de la férrea judicialización de otras figuras que si bien, otorgan una gran seguridad jurídica debido al proceso del que emanan también tienen connotaciones muy desfavorables para los sujetos implicados y las familias.

Al respecto, cabe hacer referencia también a otro instrumento que se conoce como apoderamiento o mandato preventivo, recogida en el artículo 1732 del Código Civil, a partir de la reforma de dicho precepto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor». Se ha calificado como un supuesto de «representación voluntaria establecido en interés del poderdante en previsión de su futura incapacidad, que

será válido y eficaz, aunque el poderdante pierda su capacidad»<sup>39</sup>. Se configura como un medio alternativo a la asistencia y su finalidad también es el nombramiento de una persona que asista a quien necesite tal complemento de capacidad.

Que a su vez, se debe relacionar con la autotutela regulada en el artículo 223.1 del Código Civil: «Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». Siendo factible nombrar a la misma persona como tutor mediante una autotutela y como apoderado en un apoderamiento preventivo<sup>40</sup>. A los efectos del presente estudio y, particularmente, en sede de testamento, es sabido que el mismo es «un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario» (art. 670 CC), por lo que no será posible dejar la realización del testamento en manos de un tercero, pero el sujeto otorgante podrá determinar el contenido —por ejemplo— de un apoderamiento preventivo, haciéndolo extensible a la posible aceptación o repudiación de herencias, partición de herencias... Aunque hay quien considera que no se trata de un problema de capacidad sino de voluntad: «al ser la incapacidad un estado civil de dependencia respecto de otra persona, y teniendo en cuenta que el acto testamentario no afecta para nada a esa dependencia, cabe concluir que el testamento no plantea una cuestión de capacidad en sentido estricto (aunque repetidamente el Código, la jurisprudencia y la doctrina hablan de capacidad e incapacidad para testar), sino una cuestión de voluntad, de aptitud natural»<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Los cambios introducidos en el artículo 665 del Código Civil por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1992, pág. 717.
- «Comentario a los artículos 662 a 666», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 80.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Del mandato ordinario al mandato de protección», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, enero-marzo de 2004, pág. 42.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «Naturaleza y clases de “juicios” del notario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 35, 1996, pág. 527.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo: «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1966, pág. 257.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El “apoderamiento o mandato preventivo” como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en *La protección de las personas mayores*, director: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, 2007, pág. 197.
- CAFARRENA LAPORTA, Jorge: «La sentencia de incapacitación y la capacidad para testar», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo*, vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 321.

- CALVO SAN JOSÉ, María José: «Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental», en *Diario La Ley*, núm. 6364, 22 de noviembre de 2005, ref. D-271, pág. 14.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Código Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, 2003, pág. 27.
- DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús María: «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 72, núm. 3, 1973, pág. 617.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «El testamento del anciano. Una propuesta sobre la cuestión de su capacidad (el test de Pfeiffer)», en *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 8, 2006, pág. 72.
- GÓMEZ GARZÁS, Jesús: «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores*, director: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, 2007, pág. 216.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: *Curso de Derecho Civil*, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, coordina: Bernardo MORENO QUESADA.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005-2, núm. 15, pág. 481.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, T. V, Dykinson, Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel: «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 41.
- OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Comares, Granada, 2002.
- PUIG FERRIOL, Lluís: «Comentario al artículo 663 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1670.
- ROCA TRIÁS, Encarna: «Comentario al artículo 665 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, coordina: RIVAS MARTÍNEZ, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 711.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Thomson-Civitas, 2006.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: *La capacidad de testar*, Bosch, Barcelona, 2007.
- «Capacidad de testar e hipoacusia del testador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 2008, pág. 785.
- «El testador anciano y los problemas de testamentifacción activa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009, pág. 1213.
- «Capacidad de testar de la persona anciana: problemática jurídica y aspectos prácticos», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, 2009, pág. 315.
- «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, 24 de febrero de 2010, núm. 7349, Ref. D-59.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Nulidad del testamento por alcoholismo crónico y dolo y fraude captatorio sufrido», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010, pág. 269.



- SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «Responsabilidad civil notarial», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 36, 2000, pág. 261.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Sucesiones*, Sucesores de Rivadeneyra, 1911.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos (Comentario a las sentencias de 12 de mayo y 19 de septiembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pág. 527.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel: «Las lenguas de señas ante el Derecho Civil (apuntamientos jurídico-civiles sobre la Ley 27/2007, de 23 de octubre, y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 2008, pág. 259.
- TORRES ESCÁMEZ, Salvador: «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio de 2000, pág. 205.
- VELASCO, Alberto DE: *Derecho Notarial*, Reus, Madrid, 1941.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

## NOTAS

<sup>1</sup> <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/01/25/nutricion/1327502153.html>

<sup>2</sup> Sobre la nulidad del testamento, véase VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

<sup>3</sup> Véase ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La capacidad de testar*, Bosch, Barcelona, 2007, en especial el capítulo: «Referencia a las enfermedades o trastornos mentales que inciden en la capacidad de testar», donde alude al alcoholismo, alucinosis, Alzheimer, demencia vascular, epilepsia, esquizofrenia, manías, neurosis, oligofrenia, paranoia, enfermedad de Parkinson.

<sup>4</sup> En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1966, pág. 257.

<sup>5</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El testador anciano y los problemas de testamentificación activa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009, pág. 1223.

<sup>6</sup> La primera edición del Código Civil tenía la siguiente redacción: «El notario y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador, o identificarse su persona con dos testigos que le conozcan y sean, a su vez, conocidos del notario y de los testigos, y además asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento».

<sup>7</sup> VELASCO, Alberto DE, *Derecho Notarial*, Reus, Madrid, 1941, pág. 157.

<sup>8</sup> Véase ROCA TRÍAS, Encarna, «Comentario al artículo 665 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950. En cambio otro sector, CAFARRERA LAPORTA, Jorge, «La sentencia de incapacitación y la capacidad para testar», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo*, T. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 337, mantiene que la sentencia de incapacitación que limite la capacidad de testar no atenta a los preceptos constitucionales.

<sup>9</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Los cambios introducidos en el artículo 665 del Código Civil por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1992, pág. 717.

<sup>10</sup> En este sentido, TORRES ESCÁMEZ, Salvador, «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio de 2000, pág. 219, y



RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Thomson, Civitas, Madrid, 2006, pág. 143.

<sup>11</sup> Véase SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos (Comentario a las sentencias de 12 de mayo y 19 de septiembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pág. 527.

<sup>12</sup> Al respecto es interesante el estudio de BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Naturaleza y clases de “juicios” del notario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 35, 1996, pág. 527.

<sup>13</sup> En relación a la naturaleza, véase TORRES ESCÁMEZ, *op. cit.*, pág. 216.

<sup>14</sup> IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «Responsabilidad civil notarial», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 36, 2000, pág. 261.

<sup>15</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, pág. 174.

<sup>16</sup> Al respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, coordina: RIVAS MARTÍNEZ, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 711.

<sup>17</sup> DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús M., «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 72, núm. 3, 1973, pág. 648.

<sup>18</sup> SSTs de 23 de marzo de 1944 (*RJA* 317); 16 de febrero de 1945 (*RJA* 138); 9 de abril de 1948 (*RJA* 474); 3 de febrero de 1951 (*RJA* 353); 21 de marzo de 1952 (*RJA* 732); 10 de abril de 1955 (*RJA* 533); 18 de diciembre de 1958 (*RJA* 4200); 2 de junio de 1959 (J. Civil, T. 80, núm. 372, pág. 67); 21 de abril de 1965 (*RJA* 2282); 11 de noviembre de 1972 (*RJA* 4327); 20 de febrero de 1975 (*RJA* 661); 10 de marzo de 1988 (*RJA* 2214); 13 de octubre de 1990 (*RJA* 7867); 10 de febrero de 1994 (*RJA* 848); 26 de abril de 1995 (*RJA* 3256); 24 de julio de 1995 (*RJA* 5603); 27 de noviembre de 1995 (*RJA* 8717); 27 de enero de 1998 (*RJA* 394); 18 de marzo de 1998 (*RJA* 3376); 12 de mayo de 1998 (*RJA* 3570); 18 de mayo de 1998 (*RJA* 3376); 19 de septiembre de 1998 (*RJA* 6399); 15 de febrero de 2001 (*RJA* 2051); 19 de mayo de 2004 (*RJA* 2887); 26 de abril de 2008 (*RJA* 2680); 21 de enero de 2010 (*RJA* 11), 23 de marzo de 2010 (*RJA* 2326); 18 de octubre de 2011 (*RJA* 368965); 11 de octubre de 2012 (*RJA* 9714); 27 de octubre de 2012 (*RJA* 392513), entre otras.

<sup>19</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil Derecho de Sucesiones*, T. V, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 162, y GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *Curso de Derecho Civil*, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, coordina: Bernardo MORENO QUESADA.

<sup>20</sup> Véase CORRAL GARCÍA, Eduardo, «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Código Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, 2003, pág. 27.

<sup>21</sup> Véase RUBIO GARRIDO, Tomás, «Nulidad del testamento por alcoholismo crónico y dolo y fraude captatorio sufrido», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010, pág. 269.

<sup>22</sup> En Derecho Romano la capacidad se requería tanto en el momento del otorgamiento del testamento como en el momento de la muerte. En este sentido encontramos a Gayo, Instituciones 2,114: «*Igitur si quaeramus, an ualeat testamentum, iprimis aduertere debemus, an is, quod id fecerit, habuerit testamenti factionem*».

<sup>23</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario a los artículos 662 a 666», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, pág. 80; PUIG FERRIOL, Luis, «Comentario a los artículos 662 a 666», en *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1676.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Sucesiones*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911, pág. 225.

<sup>25</sup> GÓMEZ GARZÁS, Jesús, «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las*

personas mayores, director: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, 2007, pág. 216, califica dicha prueba como «diabólica».

<sup>26</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 249.

<sup>27</sup> DE ALFONSO, *op. cit.*, pág. 617.

<sup>28</sup> Véase BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 249, en el mismo sentido se pronuncia OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de sucesión testada*, Comares, Granada, pág. 46.

<sup>29</sup> PUIG FERRIOL, Lluís, «Comentario al artículo 663 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1670.

<sup>30</sup> Véase RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, pág. 90. Al respecto: ROMERO COLOMA, *El testador anciano...*, cit., pág. 1213; «Capacidad de testar de la persona anciana: problemática jurídica y aspectos prácticos», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, 2009, pág. 315, y «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, 24 de febrero de 2010, núm. 7349, Ref. D-59.

<sup>31</sup> Véase VERDERA IZQUIERDO, *op. cit.*, págs. 94 a 112, diferencia y aborda los vicios de la voluntad al otorgar testamento (violencia, intimidación, dolo y fraude), los vicios del contenido del testamento (error) y los casos de inexistencia de la declaración de voluntad (declaración no hecha en serio, reserva mental y simulación).

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *La capacidad de testar: Especial referencia al testador anciano*, Thomson, Civitas, 2006, pág. 92.

<sup>33</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Capacidad de testar e hipoacusia del testador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 2008, pág. 785.

<sup>34</sup> Véase HORNERO MÉNDEZ, César, «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la STS de 24 de noviembre de 2004», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005-2, núm. 15, pág. 481.

<sup>35</sup> Al respecto es interesante: STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel, «Las lenguas de señas ante el Derecho Civil (apuntamientos jurídico-civiles sobre la Ley 27/2007, de 23 de octubre, y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RGLJ*, núm. 2, 2008, pág. 259.

<sup>36</sup> En este sentido: SAP de Girona, de 29 de marzo de 2006 (AC 1734); SAP de Jaén, de 28 de noviembre de 2007 (AC 305); SAP de Barcelona, de 10 de marzo de 2009 (AC 1332); SAP de las Islas Baleares, de 11 de junio de 2008 (JUR 338537); SAP de Madrid, de 27 de enero de 2012 (JUR 95117); SAP de Granada, de 30 de marzo de 2012 (JUR 344463), entre otras.

<sup>37</sup> GÓMEZ GARZÁS, *op. cit.*, pág. 221.

<sup>38</sup> GÓMEZ GARZÁS, *op. cit.*, pág. 228, es partidario de la realización de tales tests, en cambio, GOMÁ LANZÓN, I., «El testamento del anciano. Una propuesta sobre la cuestión de su capacidad (el test de Pfeiffer)», en *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 8, 2006, pág. 72.

<sup>39</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en *La protección de las personas mayores...*, cit., pág. 197; MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 62; ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Del mandato ordinario al mandato de protección», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, enero-marzo de 2004, pág. 42.

<sup>40</sup> En este sentido, BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, pág. 207.

<sup>41</sup> CALVO SAN JOSÉ, María José, «Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental», en *Diario La Ley*, núm. 6364, 22 de noviembre de 2005, ref. D-271, pág. 14.

(Trabajo recibido el 15-3-2013 y aceptado  
para su publicación el 18-6-2013)