

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de *favor testamenti*

General principle of the law of conservation of legal acts and transactions and realization on the principle of favor testamenti

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El *favor testamenti* participa de la nueva configuración europea de la contratación centrada en flexibilizar el ámbito de ineeficacia contractual, dándose prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez de solemnidades y formalismos. Se descarta la necesidad de que el cumplimiento del juicio notarial de capacidad se materialice de modo expreso y ritualista, siendo válidas locuciones distintas que expresen claramente el juicio de capacidad.

ABSTRACT: The *favor testamenti* is based on the new European configuration for making recruitment more flexible, and focuses on contractual inefficiency. It confronts inflexibility and formalities allowing the true wishes of the testator to prevail. It will not be necessary to carry out simple and fast judgment with the compliance of a notary. There will be valid phrases that clearly express judgment on how to proceed.

PALABRAS CLAVE: Principio General. *Favor testamenti*.

KEY WORDS: General principle. *Favor testamenti*.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA CAPACIDAD DEL TESTADOR Y LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER.—III. LA PRESUNCIÓN

*IURIS TANTUM DEL JUICIO NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DE TESTAR.—IV. APUNTES SOBRE EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—V. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA EFICACIA CONTRACTUAL Y EL PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS, AP CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—IX. LEGISLACIÓN CITADA.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN¹

Hasta ahora la Sala Primera del Tribunal Supremo y la Jurisprudencia menor de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia, como veremos a lo largo de estas líneas, cuando se sometía a su estudio la nulidad de un testamento por falta de capacidad del testador, se habían centrado únicamente en los aspectos de su capacidad en el momento de otorgar testamento, el juicio notarial de dicha capacidad, la valoración de la prueba... No obstante, en la sentencia objeto de estudio², se da un paso más y se hace referencia *al principio de favor testamenti y su entronque con el Principio General de Derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos*.

La sentencia se centra en analizar «la interpretación normativa que debe realizarse acerca del cumplimiento de las solemnidades testamentarias referido al plano formal en el que debe materializarse en el documento testamentario, el juicio de capacidad realizado por el notario (art. 696 CC)»³.

El criterio de la Audiencia, objeto de casación, se basa en que conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el notario por el que declare que «a su juicio el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Recordemos que declara nulo el testamento porque en el documento público solo consta la comparecencia de la testadora, que esta se identifica por medio de pasaporte que exhibe y «asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento», *no constando que, a juicio del notario, «se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento»*.

Por el contrario, el recurrente considera que el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad.

Como veremos, el Tribunal Supremo entiende que hay que seguir una interpretación no literal del precepto, sino finalista en relación con el principio general del *favor testamenti*⁴.

II. LA CAPACIDAD DEL TESTADOR Y LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER

Una de las enfermedades que más incidencia tienen en el tema objeto de estudio es el Alzheimer⁵. Son varios los supuestos examinados por la Jurisprudencia menor que han tratado el asunto. Generalmente una parte de los herederos, no beneficiados, solicitan la nulidad del testamento por incapacidad del testador, alegando la existencia de la enfermedad.

Como vamos a ver seguidamente, los Tribunales entienden que en esta enfermedad, pese haberse iniciado un desarrollo degenerativo progresivo del testador, la falta de capacidad para otorgar testamento debe probarse en la misma fecha en que tuvo lugar⁶.

Así se constata que la doctrina jurisprudencial aboga es *necesaria y relevante la capacidad al tiempo de expresar la voluntad testamentaria notarial* y no antes ni después⁷. En esta línea se expresa la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales:

Por ejemplo, la AP de Burgos, de 27 de marzo de 2013, insiste en que «pese al deterioro sufrido por su enfermedad degenerativa (Alzheimer), ninguna prueba médica evidencia que la testadora no *emitiera en él su verdadera voluntad*, que limitaba para algunos de sus hijos su disposición a la legítima estricta. No acredita la parte actora la gravedad de la afección, que se califica de moderada, ni destruye la presunción de veracidad de la manifestación notarial sobre la capacidad volitiva de la otorgante»⁸.

Previamente se había pronunciado la SAP de Tarragona, de 4 de enero de 2005⁹, donde también se enjuiciaba la nulidad por falta de capacidad del causante, concluyendo que no puede ser apreciada, ya que la incapacidad del causante, que podría provocar la nulidad testamentaria, *debe ser apreciada a la fecha del otorgamiento del testamento, máxime en esta enfermedad de carácter degenerativo*, pues el testador empezó a sufrir Alzheimer, que es susceptible de dividirse en varias fases, años antes de otorgar testamento, pero a la fecha de tal otorgamiento solo padecía una demencia inicial que no es incompatible con la capacidad que apreció el notario interviniente.

El mismo criterio fue recogido por la SAP de León, de 22 de mayo de 2008¹⁰, donde se indica que aunque cuando la causante otorga el testamento ya había sido diagnosticada de la enfermedad de Alzheimer en grado I, sin embargo, su estado neurológico no condicionaba *per se* una incompetencia para realizar el testamento.

La supuesta enfermedad del testador en la SAP de Valencia, de 26 de febrero de 2010¹¹, es diferente, pues se alega que padece de esquizofrenia paranoide con ideas delirantes de perjuicio y grandeza, pero al igual que en el caso del Alzheimer la importancia radica en determinar y concretar el estado neurológico del testador en el momento de emitir su voluntad en el testamento. La Audiencia establece 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*. Pues los comportamientos extravagantes o episodios más o menos frecuentes de delirios, no implican que cuando acudió a otorgar la última disposición testamentaria se encontrase en situación de falta de cordura en la elaboración de su juicio de discernimiento.

Pero además, parte del concepto clave en nuestro ordenamiento jurídico como es *la presunción de capacidad de toda persona que no haya sido previamente incapacitada*, y siguiendo la línea marcada por la jurisprudencia de que la falta de capacidad debe ser relevante en el momento de hacer la declaración testamentaria. Insistiéndose en que además la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre. Todo ello con independencia de que haya una declaración de incapacidad posterior al otorgamiento del testamento.

La SAP de Vizcaya, de 5 de octubre de 2010¹², va más allá en concretar las características del informe pericial indicando que «la realización al testador de

un mini examen cognoscitivo por el testigo, no reúne las garantías suficientes, para que solo en base al mismo, pueda afirmarse la incapacidad del testador. Los informes médicos no hacen constar la existencia de ninguna patología degenerativa de orden cognitivo ni la existencia de tratamiento farmacológico. 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».

También es importante recordar la presunción *iuris tantum* de capacidad en el caso del testamento otorgado ante notario. Así la SAP de Jaén, de 28 de noviembre de 2007¹³, niega la nulidad de la disposición testamentaria *en base a la presunta incapacidad mental del testador diagnosticado de la enfermedad de Alzheimer un mes después de haber otorgado testamento*.

Resulta interesante el estudio de la SAP de Asturias, de 15 de junio de 2007¹⁴, pues se refiere a la validez y eficacia del testamento ológrafo y que mantiene que *por ser ológrafo un testamento no deja de ser presumible la capacidad del testador*. Por ello quien pretenda su nulidad debe demostrar cumplidamente que el testador carecía de capacidad para testar en el preciso momento en que lo otorgó, y en el presente supuesto, aunque la testadora sufría algún tipo de trastorno mental, no consta de qué tipo, ni su gravedad, ni los efectos sobre su capacidad de entendimiento y su voluntad.

Para cerrar este apartado recogemos la SAP de Barcelona, de 10 de julio de 2012¹⁵, donde sí declara la nulidad del testamento, por haber destruido la demandante, hija de la testadora, la presunción de capacidad de la testadora. En este supuesto la Audiencia insiste en que *sí se puede afirmar que la testadora carecía de la capacidad legal necesaria en la fecha de otorgamiento del testamento*, concretada en la natural (capacidad) de comprender la trascendencia el acto que otorgaba¹⁶.

III. LA PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DEL JUICIO NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DE TESTAR

La STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1995¹⁷, recoge la doctrina jurisprudencial de la Sala al respecto, indicando en su FJ 1.^º que: «a) Según constante doctrina jurisprudencial... *toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y 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 seguridad que el testador estaba aquejado de insania; b) Tiene esta Sala igualmente declarado con reiteración que la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia a cuya apreciación ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba este en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre, y c) El resultado de la prueba pericial ha de ser apreciado por el juzgador, según las reglas de la sana crítica que como módulo valorativo establece el artículo 632 LEC, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial y sin que se permita la impugnación*

casacional de la valoración realizada, a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen «las más elementales directrices de la lógica».

Posteriormente estas afirmaciones se reiteran en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2004¹⁸, tras declarar que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario, siendo importante que las pruebas contrarias a la aseveración notarial de capacidad sean muy cumplidas y convincentes, insistió en que *la valoración personal de la parte actora no puede ser suficiente para destruir la presunción de capacidad hecha por el notario que suscribe el testamento impugnado*.

La doctrina menor, y concretamente la SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 18 de junio de 2009¹⁹, es la que recalca la importancia de un *informe médico acreditativo del estado mental del testador que sí destruiría la prevalencia del juicio notarial*. En ella se estudia la solicitud de declaración de nulidad de *testamento de hermandad* otorgado por un matrimonio, por el que se revoca otro anterior, y la nulidad de la declaración de la cotestadora por falta de capacidad para testar al tiempo de otorgar el testamento insiste en que la necesidad de «*acreditación de la incapacidad mediante informe médico, sin que frente a este pueda prevalecer el juicio notarial de la capacidad de testar, que no conforma una presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que se destruye mediante prueba en contrario*».

El momento de otorgar testamento también puede ser decisivo, pero debe acreditarse el verdadero estado mental del testador. Así, en la SAP de Málaga, de 15 de marzo de 2010²⁰, se solicitaba la nulidad del testamento abierto otorgado en el hospital en el que estaba ingresado el testador y el mismo día de su fallecimiento. La causa de nulidad alegada se centraba en la falta de capacidad del testador para su otorgamiento en base al lugar y momento del otorgamiento que podían incidir en la voluntad del testador. La Audiencia entiende que no se desvirtúa mediante prueba evidente en contrario el juicio emitido por el notario al respecto. El notario autorizante además de *afirmar formalmente* que el señor Melchor tenía en aquel preciso momento la capacidad legal suficiente para testar, explicó después en el juicio que había hablado con el testador, que le advirtió de todo, que estaba plenamente consciente, que sabía lo que hacía perfectamente, que se lo leyó y que firmó el testamento —el cual se había elaborado en la notaría en base a las cláusulas que le facilitó el Letrado, abogado del testador—, así como que lo vio plenamente capaz y que no solicitó la presencia de médicos o testigos porque no lo vio necesario²¹.

La indicada Audiencia además concreta como debe ser el informe que desvirtúe la capacidad del testador de otorgar el testamento, que previamente ya había indicado el juez de instancia, señalando que: «El juez deduce acertadamente de dicho dictamen —teórico— que no es prueba directa de que en el momento del otorgamiento estuviera el señor Melchor afectado en su conciencia por la enfermedad que padecía, y ello porque el perito emite su informe en base a los antecedentes médicos obrantes en la historia clínica del paciente y valora la ausencia de algún dictamen médico que pudiese asegurar que, en el momento de otorgar testamento, el señor Melchor se encontraba con plena capacidad. Y lo cierto es que no hay razón para pensar en que las facultades mentales del otorgante se hubieran deteriorado, pues su dolencia, breve y fatal, no tenía relación directa con el intelecto, y por ello no puede quedar desvirtuado el juicio de capacidad realizado por el notario en el marco del ya citado artículo 696 del Código Civil».

Resulta interesante la SAP de Las Palmas, de 5 de octubre de 2006²², pues además de indicar que el hecho de la ancianidad o estado terminal del testador

no supone por sí la incapacidad para otorgar testamento, recuerda la importancia de la existencia del principio de unidad de acto notarial²³, *al constar acreditado que el notario que se desplazó al hospital donde se hallaba el testador, extremó las precauciones al existir una mejora en la herencia y no se limitó a leer la escritura confeccionada, sino que le explicó completamente su contenido al testador antes de autorizar el testamento.*

La importancia de la STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2009²⁴, se centra en insistir en la acreditación de la formación y existencia de la capacidad de entender y querer el contenido de lo expresado en el testamento por el propio testador, que en este caso es ciego. Por ello desestima la acción de nulidad por tener el testador suficiente capacidad en el momento del otorgamiento del testamento al no haber quedado acreditado que el mismo, pese a su importantísima y evidente limitación visual (que no la ceguera total alegada en la demanda), no fuera, con esfuerzo, capaz de tomar conocimiento por sí del acto y contenido del testamento abierto otorgado. El notario autorizante del testamento hizo constar que leyó en voz alta el mismo y que el testador se mostró conforme. Y quedando probado que el *testador conoció por sí mismo el contenido* del testamento, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir su nulidad y más aun cuando no se ha probado la falta de visión alegada.

La STSJ de Galicia, de 30 de mayo de 2011²⁵, aplica las normas generales sobre apreciación de capacidad, por constar que los testadores eran personas que padecían enfermedad mental *no siendo judicialmente incapacitados*, lo que remite al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; no siendo de aplicación la intervención de dos testigos²⁶, respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en intervalo lúcido, por presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía limitadas sus facultades de raciocinio y voluntad. Falta de acreditación de que los causantes estuvieran incapacitados para testar, pese a sufrir enfermedades propias de su edad (Alzheimer y Parkinson), lo que se apreció por el notario autorizante, con la presunción de capacidad *iuris tantum* que ello comporta, como corresponde al *favor testamenti*, al no haber sido destruida por prueba en contrario.

Hemos expuesto toda esta línea jurisprudencial a fin de adentrarnos en la importancia que tiene la sentencia objeto de nuestro estudio. La STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, objeto de análisis, se centra en la importancia de la actuación y proceder del notario en el momento del otorgamiento del testamento y en el momento de documentación del mismo. Expresamente se indica que «el juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo».

No puede olvidarse que el eje de la validez testamentaria es la *voluntad espontánea y libre de la testadora*. No cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello²⁷.

IV. APUNTES SOBRE EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La doctrina científica hasta ahora mantenía que «El artículo 696 del Código Civil impone al notario el deber de dejar constancia de su juicio positivo acerca de la capacidad del testador en la propia disposición testamentaria. En este sentido, el corpus civil encomienda al notario las diligencias necesarias para comprobar la aptitud del testador, constituyendo esta tarea un deber formal de ineludible acatamiento y cuya inobservancia, u omisión, en cuanto presupuestos *ad solemnitatem* del testamento, determinará su nulidad, en función del artículo 687 del Código Civil»²⁸.

También se han manifestado señalando que «...la única capacidad necesaria para testar es la meramente “natural”... Por el contrario, cuando al notario se le exige que haga una calificación de la capacidad, este además de apreciar la capacidad natural (para lo que no hace falta ser notario) emite un “juicio” jurídico —a diferencia de todos los personajes antes citados—. Este examen jurídico debe realizarlo... destacando con ello la relatividad del requisito de capacidad... Y para esto no basta apreciar una mera aptitud natural, sino que es precisa una valoración jurídica de la trascendencia y complejidad de la voluntad del testador. Por ello el notario no está necesariamente vinculado por la opinión puramente científica de un médico —de la misma manera que no lo está el juicio jurídico de un juez por las manifestaciones de un perito—, pues su calificación es jurídica y no “técnica”. Al notario solo en el caso del testamento del demente en intervalo lúcido (art. 655) se le exige la previa conformidad de los facultativos y ello porque existe una declaración judicial previa, es decir, una previa valoración “jurídica” realizada por el juez al declarar la incapacidad. Pero aun en este caso tampoco está el notario obligado a autorizar el testamento si a su juicio el testador, atendidas las circunstancias señaladas, carece de la necesaria aptitud»²⁹.

Insiste ROVIRA en que, «Desde una perspectiva formal, hay que distinguir, conforme a la técnica notarial, entre capacidad “natural” y capacidad “civil” o “legal”. El juicio de capacidad, cuya constancia —en el *dictum* o dimensión papel— es necesaria es la relativa a la capacidad “civil” o “legal”. A esta se refiere el artículo 167 RH. Por el contrario, la capacidad “natural” no exige —en el “dicta”, en el papel— constancia expresa alguna... Desde la perspectiva notarial —de técnica notarial— no es necesario hacer constar expresamente en el papel la capacidad “natural”, al contrario de lo que ocurre respecto a la capacidad “legal” o “civil”, que sí es de inexcusable constancia en el *dictum* —lo que se realiza a través del llamado “juicio de capacidad”—. La capacidad natural va embebida dentro del “otorgamiento” (en la fórmula “y enterado de su contenido, presta su consentimiento y firma”, presente por otra parte en todas las escrituras)... Precisamente, el “enterado”, el “consentimiento” y la “firma” están telegáficamente exigidos por el apartado primero del artículo 695 del Código Civil. Luego aquí ya va implícita la capacidad natural (única exigida desde un punto de vista sustantivo). Por ello, en el artículo 685 del Código Civil solo se exige (a diferencia, por ejemplo, del Anteproyecto del Código Civil) al notario (y testigos), consiguientemente, no que se aseguren, sino que “procuren asegurarse” de que, a su juicio, “tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar”».

Pues bien, sentado lo anterior, la sentencia objeto de comentario resulta interesante por varias cuestiones, una de ellas es la concreción de la importancia del criterio de *flexibilización de las solemnidades testamentarias, sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada*.

Criterio que ha sido mantenido desde antiguo por la Jurisprudencia de la Sala Primera, como se expone en la propia sentencia por la jurisprudencia enumerada³⁰ y que debe continuarse a la luz del principio de *favor testamenti* que no ha dejado de ser reconocido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, y así se expone también en la STS de 14 de octubre de 2008³¹.

No debemos olvidar tampoco la modificación del artículo 685 del Código Civil realizada tras la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, por la que la formulación: «También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», se cambia por la actual: «También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

Modificación que, a juicio de la sentencia de 19 de septiembre de 1998³², «la reforma operada llevó a un *cambio semántico*, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del Código Civil» que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigido en el *artículo sexto de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874*³³, con lo que aparte de zanjar la controversia doctrinal sobre quién debe apreciar la capacidad del testador en favor del notario que, como declara la sentencia citada, «se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal», la reforma operada nada cambia en el plano sustantivo y formal del juicio de capacidad, en donde el grado de certeza exigible en la comprobación sigue siendo «a su juicio», como antes de la reforma, en la edición primera del Código a la que ahora se vuelve, y en donde, con idéntico fundamento, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma».

V. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA EFICACIA CONTRACTUAL Y EL PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI*

La STS de Pleno, de 15 de enero de 2013³⁴, ha profundizado en la revitalización del principio de *favor contractus* no solo en su concepción tradicional de canon interpretativo, sino también en su propia configuración como principio general de Derecho, declarando: «Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o favor contractus».

Principio que «no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico³⁵, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo, conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos»³⁶.

Es el criterio seguido en las sentencias de 28 de junio³⁷ y 10 de septiembre de 2012³⁸, en el marco del contrato de compraventa donde *la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico* que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los

mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

Y lo innovador de la STS, objeto de comentario, de 15 de enero de 2013, consiste en otorgar «esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineeficacia contractual, también participa el principio de *favor testamenti*, como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada».

Dando sentido, hoy, al criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.

VI. CONCLUSIONES

- El testamento recoge la verdadera voluntad del testador. El eje de la validez testamentaria se centra en la *voluntad espontánea y libre del testador (favor testamenti)*.
- La importancia de determinar la falta de capacidad del otorgante radica en el momento mismo de otorgamiento, pues es determinante que exista capacidad en el momento de emisión de su verdadera voluntad. Capacidad de entendimiento y de voluntad necesarios para su eficacia.
- Existe la presunción (*iuris tantum*) de capacidad de toda persona que no haya sido previamente incapacitada y que debe destruirse mediante prueba.
- La carga de la prueba de la incapacidad mental corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad³⁹. Las meras conjeturas son insuficientes para acreditar la maquinación por parte de los herederos beneficiados.
- El juicio notarial sobre la capacidad volitiva del otorgante se realiza en el momento del otorgamiento y se documenta notarialmente mediante unos formulismos. Aseveración notarial que tiene especial relevancia de certidumbre al ser emitida por un fedatario público, solo susceptible de ser destruido por un informe médico acreditativo del estado mental del testador en el momento del otorgamiento. Con dicho juicio, el notario se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal.
- El juicio notarial de capacidad del testador se infiere de:
 - Las *declaraciones fedatarias* que el notario realiza en el protocolo.
 - En la *autorización* del testamento.
 - En la plasmación documental del juicio de capacidad «con locuciones suficientemente expresivas» referidas a:
 - La *libertad del consentimiento* prestado por la testadora.
 - Adecuación del otorgamiento a la *legislación*.

- *Voluntad* de la testadora debidamente *informada* en el momento del otorgamiento.
- En cuanto a la importancia de los formulismos, cabe decir que aunque *dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad* hay locuciones suficientemente expresivas y cumplen su función. Hay una flexibilización de la documentación de las solemnidades testamentarias.
- El Alzheimer es una enfermedad degenerativa susceptible de dividirse en varias fases. Por ello debe probarse que el estado neurológico del testador condiciona *per se* la incompetencia para realizar testamento en el momento mismo del otorgamiento.
- El *favor testamenti* participa de la nueva configuración europea de la contratación centrada en flexibilizar el ámbito de ineficacia contractual, dándose prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez de solemnidades y formalismos. Se descarta la necesidad de que el cumplimiento del juicio notarial de capacidad se materialice de modo expreso y ritualista, siendo válidas locuciones distintas que expresen claramente el juicio de capacidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, núm. 7349, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2010, Año XXXI, Ref. D-59, Editorial La Ley. La Ley 20289/2009.
- ROVIRA PEREA, Joaquín M.: «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos (Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1990)», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 993, tomo 2, Editorial La Ley. La Ley 6409/2001.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS, AP CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, recurso 1499/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 140/2013. Número de recurso: 1499/2010. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 8186, Sección Jurisprudencia, 7 de noviembre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 148672/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2012, recurso 1154/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 438/2012. Número de recurso: 1154/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 138116/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012, recurso 1899/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 537/2012. Número de recurso: 1899/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 174262/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2009, recurso 2259/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRIÁS. Número de sentencia: 789/2009. Número de recurso: 2259/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 237362/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de octubre de 2008, recurso 1862/2002. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de sentencia: 893/2008. Número de recurso: 1862/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 148003/2008.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2004, recurso 1529/1998. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de sentencia: 250/2004. Número de recurso: 1529/1998. Jurisdicción: Civil. La Ley 76022/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de septiembre de 1998, recurso 2318/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 2318/1994. Jurisdicción: Civil. La Ley 9002/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1995, recurso 1748/1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Número de recurso: 1748/1992. Jurisdicción: Civil. La Ley 14461/1995.
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 27 de marzo de 2013, recurso 214/2012. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. Número de sentencia: 90/2013. Número de recurso: 214/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 53887/2013.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 5 de octubre de 2010, recurso 346/2010. Ponente: María Lourdes ARRANZ FREIJO. Número de sentencia: 761/2010. Número de recurso: 346/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 207471/2010.
- SAP de Málaga, Sección 5.^a, de 15 de marzo de 2010, recurso 328/2009. Ponente: Hipólito HERNÁNDEZ BAREA. Número de sentencia: 134/2010. Número de recurso: 328/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 310950/2010.
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 26 de febrero de 2010, recurso 760/2009. Ponente: María MESTRE RAMOS. Número de sentencia: 126/2010. Número de recurso: 760/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 75352/2010.
- SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 18 de junio de 2009, recurso 236/2007. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 115/2009. Número de recurso: 236/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 304155/2009.
- SAP de León, Sección 3.^a, de 22 de mayo de 2008, recurso 109/2007. Ponente: María del Pilar ROBLES GARCÍA. Número de sentencia: 105/2008. Número de recurso: 109/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 145462/2008.
- SAP de Jaén, Sección 2.^a, de 28 de noviembre de 2007, recurso 370/2007. Ponente: Rafael MORALES ORTEGA. Número de sentencia: 283/2007. Número de recurso: 370/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 269189/2007.
- SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 15 de junio de 2007, recurso 114/2006. Ponente: Ramón IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE. Número de sentencia: 298/2007. Número de recurso: 114/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 191496/2007.
- SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 5 de octubre de 2006, recurso 135/2006. Ponente: Víctor Manuel MARTÍN CALVO. Número de sentencia: 373/2006. Número de recurso: 135/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 152704/2006.
- SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 4 de enero de 2005, recurso 450/2004. Ponente: Antonio CARRIL PAN. Número de sentencia: 25/2005. Número de recurso: 450/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 2709/2005.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de mayo de 2011, recurso 30/2010. Ponente: Juan José REIGOSA GONZALEZ. Número de sentencia: 18/2011. Número de recurso: 30/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 113446/2011.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de octubre de 2009, recurso 4/2009. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Número de sentencia: 9/2009. Número de recurso: 4/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 217509/2009.
- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 8 de mayo de 2000, recurso 48/1999. Ponente: Miguel Ángel ABÁRZUZA GIL. Número de sentencia: 12/2000. Número de recurso: 48/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 94067/2000.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículos 685, 687 y 696 del Código Civil.
- Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.
- Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874.
- Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL).
- La propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

NOTAS

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Profesora Doctora doña Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formó parte.

² STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, recurso 1499/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 140/2013. Número de recurso: 1499/2010. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 8186, Sección Jurisprudencia, de 7 de noviembre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 148672/2013.

³ Se ejercita acción de nulidad del testamento abierto otorgado por Visitación el 25 de octubre de 2005, ante el notario de Vitoria, Juan Kutz Azqueta, en el que instituyó heredero único al demandado, hermano de los actores y de la finada Visitación, que falleció el 17 de febrero de 2007. La demanda se sustenta en el motivo de nulidad por falta de capacidad mental de Visitación en el momento de otorgar el testamento.

La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda en base a que tras la valoración conjunta de la prueba, no se acreditaba la falta de capacidad de la testadora en la fecha de otorgar el testamento. La sentencia de Segunda Instancia revoca la resolución declarando la nulidad del testamento *por falta del requisito formal del juicio notarial sobre la capacidad de la testadora, ... en base a que solo consta en el documento público que en la comparecencia de la testadora, esta se identifica por medio de pasaporte que exhibe y «asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento», no constando que, a juicio del notario, «se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».*

⁴ A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal —que encierra el presente caso—, debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de *favor testamenti*.

⁵ Evidentemente nos referimos a aquellos supuestos en que el sujeto no está incapacitado judicialmente.

⁶ STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 8 de mayo de 2000, recurso 48/1999. Ponente: Miguel Ángel ABÁRUZA GIL. Número de sentencia: 12/2000. Número de recurso: 48/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 94067/2000.

⁷ SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 27 de marzo de 2013, recurso 214/2012. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. Número de sentencia: 90/2013. Número de recurso: 214/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 53887/2013. No se destruye la presunción de la sanidad de juicio de toda persona que no ha sido previamente incapacitada.

⁸ En este caso se impugnan dos testamentos otorgados con cuatro años de diferencia, respecto al primer testamento, no contiene referencias a la capacidad volitiva y cognitiva de la testadora para su emisión, tampoco se indica que la pérdida de memoria o de desorientación afecte a su cabal juicio, ni afecta a su juicio que ignore los términos jurídicos contenidos en el testamento.

⁹ SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 4 de enero de 2005, recurso 450/2004. Ponente: Antonio CARRIL PAN. Número de sentencia: 25/2005. Número de recurso: 450/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 2709/2005.

¹⁰ SAP de León, Sección 3.^a, de 22 de mayo de 2008, recurso 109/2007. Ponente: María del Pilar ROBLES GARCÍA. Número de sentencia: 105/2008. Número de recurso: 109/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 145462/2008.

¹¹ SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 26 de febrero de 2010, recurso 760/2009. Ponente: María MESTRE RAMOS. Número de sentencia: 126/2010. Número de recurso: 760/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 75352/2010.

¹² SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 5 de octubre de 2010, recurso 346/2010. Ponente: María Lourdes ARRANZ FREIJO. Número de sentencia: 761/2010. Número de recurso: 346/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 207471/2010.

¹³ SAP de Jaén, Sección 2.^a, de 28 de noviembre de 2007, recurso 370/2007. Ponente: Rafael MORALES ORTEGA. Número de sentencia: 283/2007. Número de recurso: 370/2007. Jurisdicción: Civil. LA LEY 269189/2007.

¹⁴ SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 15 de junio de 2007, recurso 114/2006. Ponente: Ramón IBÁÑEZ de ALDECORA LORENTE. Número de sentencia: 298/2007. Número de recurso: 114/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 191496/2007.

¹⁵ SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 10 de julio de 2012, recurso 142/2011. Ponente: Ramón VIDAL CAROU. Número de sentencia: 353/2012. Número de recurso: 142/2011. Jurisdicción: Civil. La Ley 172936/2012.

¹⁶ La STSJ de Catalunya, de 27 de septiembre de 2007, destacaba como el Código de Sucesiones, de aplicación el caso de autos, se muestra en estos casos más exigente o menos permisivo que el Código Civil español, pues mientras este último solo exige la intervención de un facultativo que acredeite o certifique la capacidad del potencial testador en el caso de que sea un incapacitado quien quiera otorgar testamento y nada se especifique en la sentencia acerca de su capacidad para poder hacerlo (art. 665 CC), en aquel dicha intervención se contempla con mayor amplitud, pues dispone que «cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos», de ahí que en dicha sentencia se destaque que «davant de la lletra de la Llei (...) els Notaris i, conseqüèntement els òrgans jurisdiccionals, no poden restar impossibles». Y si para testar es necesaria la capacidad de entender y querer libremente, «no hi han d'haver dubtes del fet que no hi incideixen pertorbacions que limitin o eliminin la claredat de judici i la llibertat de decisió, de ahí que aun cuando la jurisprudència "hagi donat un gran valor al judici de capacitat del Notari, degut al prestigi de la Institució i a la credibilitat que mereix", concluye que ni la fe pública notarial ni el principiò favor testamenti pueden justificar que los notarios "en supòsits de personnes que habitualment estan mancats de cabal judici, amb un simple examen del testador i una sèrie de preguntes més o menys rutinàries, obviïn la intervenció dels experts i autoritzin testaments, sobre els quals sempre planejarà el dubte de si realment contenen la lliure expressió d'una voluntat volguda, conseqüència de raons humanament comprensibles i lògiques, màxim quan el Notari no coneixia el testador amb anterioritat a emetre les seves darreres voluntats"».

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1995, recurso 1748/1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Número de recurso: 1748/1992. Jurisdicción: Civil. La Ley 14461/1995.

¹⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2004, recurso 1529/1998. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de sentencia: 250/2004. Número de recurso: 1529/1998. Jurisdicción: Civil. La Ley 76022/2004.

¹⁹ SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 18 de junio de 2009, recurso 236/2007. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 115/2009. Número de recurso: 236/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 304155/2009.

²⁰ SAP de Málaga, Sección 5.^a, de 15 de marzo de 2010, recurso 328/2009. Ponente: Hipólito HERNÁNDEZ BAREA. Número de sentencia: 134/2010. Número de recurso: 328/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 310950/2010.

²¹ «En cuanto a la indicada prueba pericial médica que los actores aportan al proceso se trata de un informe del doctor Andrés en el que el facultativo concluye que la capacidad del testador estaría mermada en base a que la encefalopatía hepática normalmente altera el nivel de conciencia, por lo que, en su opinión, debía haberse contado con la presencia y el asesoramiento de los facultativos que habitualmente atendían al paciente...». Concluyendo que «la valoración crítica y conjunta de toda la prueba conduce a la conclusión de que, tal como apreció el juez de primera instancia, no se ha acreditado en este proceso con certeza lo alegado por los demandantes en torno a que don Melchor no reunía las condiciones necesarias de capacidad para otorgar testamento en el momento en que lo hizo, pues el perito "supone" que podría tener sus facultades mermadas y el notario afirma que, a su juicio, era capaz en el momento del otorgamiento. Por ello, al no haber cumplido la parte demandante con la carga probatoria que le incumbía, a tenor de lo establecido en el citado artículo 217 LEC, ha de colegirse que el testador era capaz y que no concurrió en su consentimiento vicio alguno que lo invalidara. En consecuencia, el causante manifestó válidamente su voluntad, con lo que la acción principal de la demanda ha de ser desestimada a la vez que se desestima el recurso de los demandantes y se confirma en este punto la sentencia recurrida».

²² SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 5 de octubre de 2006, recurso 135/2006. Ponente: Víctor Manuel MARTÍN CALVO. Número de sentencia: 373/2006. Número de recurso: 135/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 152704/2006.

²³ No se consideran contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento el testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto; *requisito que consiste, según conocida jurisprudencia, en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del Código Civil*, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias.

²⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2009, recurso 2259/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRIÁS. Número de sentencia: 789/2009. Número de recurso: 2259/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 237362/2009.

²⁵ STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de mayo de 2011, recurso 30/2010. Ponente: Juan José REIGOSA GONZÁLEZ. Número de sentencia: 18/2011. Número de recurso: 30/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 113446/2011.

²⁶ «Los testadores tenían la capacidad suficiente para testar sin que fuera de aplicación el intervalo lúcido a que se refiere el artículo 184 de la LDG 2006».

²⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, recurso 1499/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 140/2013. Número de recurso: 1499/2010. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 8186, Sección Jurisprudencia, de 7 de noviembre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 148672/2013.

²⁸ Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, núm. 7349, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2010, año XXXI, Ref. D-59, Editorial La Ley. La Ley 20289/2009.

²⁹ ROVIRA PEREA, Joaquín M., «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos (Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1990)», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 993, tomo 2, Editorial La Ley. La Ley 6409/2001.

³⁰ La propia sentencia de 15 de enero de 2013 recuerda varias sentencias antiguas:

Como la STS de 24 de abril de 1896, que declara que: «no es necesario que la manifestación del notario, acerca de la capacidad de la otorgante, se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando que cualquier otro modo o con locución distinta expresa clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento».

O la STS de 30 de abril de 1909, que concluye que «según regla de buen criterio», y dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener

en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su transcendencia, el límite dentro del cual puedan conceptuarse cumplidas dichas finalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión.

O la STS de 26 de noviembre de 1901, respecto de los actos propios (conformidad con lo dispuesto en el testamento) y la posterior solicitud de nulidad por infracción de solemnidades testamentarias.

³¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de octubre de 2008, recurso 1862/2002. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de sentencia: 893/2008. Número de recurso: 1862/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 148003/2008. El conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas cuya omisión acarreaba la sanción de nulidad. El actor no ha probado la falta de idoneidad de al menos dos de los testigos instrumentales. Por el principio de la equivalencia de los resultados no ha lugar a casar la recurrente, cuyo fallo es desestimatorio aunque por otros motivos. «Aunque el actor hubiese probado la falta de conocimiento del testador por dos de los testigos, al mismo resultado desestimatorio se llegaría aplicando la Disposición Transitoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que es la que realiza una interpretación objetiva de la realidad social, al preceptuar la validez de los testamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley que, no cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación anterior, se ajusten a lo previsto en aquella, siempre que no hubiesen sido anulados por resolución judicial firme. Estos requisitos de la conversión formal de un testamento nulo en testamento válido, se dan en el que es objeto de este litigio».

³² STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de septiembre de 1998, recurso 2318/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 2318/1994. Jurisdicción: Civil. La Ley 9002/1998.

³³ «La reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrente descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa.

Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del Código Civil (*sic*), al disponer que hará siempre constar el notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido.

Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que 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 este 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 las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad».

³⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de enero de 2013, recurso 1578/2009. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 827/2012. Número de recurso:

1578/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 18194/2013. Se interpone acción de nulidad de contrato de compraventa de inmuebles en copropiedad concertado, como parte vendedora, por la madre de los actores (demandada), por haberse extralimitado en el poder especial para venta que le otorgaron los actores junto a sus hermanos (también demandados). Se analiza por la Sala la validez obligacional del contrato de venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin transcendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento a dicho contrato. Inaplicación de la regla de la interpretación *contra proferentem* (art. 1288 CC). Todos los hermanos, poderdantes de la madre, fueron autores y partícipes del apoderamiento otorgado, de su objeto y de la extensión del mismo, de forma que no puede estimarse que fuese obra exclusiva de los actores. La mera vigencia del apoderamiento respecto de la venta realizada, o la falta de exigencia de la obligación de rendir cuentas, no suponen un acto propio inequívoco y definitivo en el sentido de ratificar la disposición patrimonial efectuada, máxime cuando esta ratificación, lejos de producirse, se ha rechazado expresamente a través de la impugnación de la venta realizada.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los demandados y revoca la sentencia recurrida en el extremo pertinente a la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa, pero declara la validez obligacional del contrato con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin transcendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento a dicho contrato.

³⁵ La propia STS, de 15 de enero de 2013, pone como ejemplo «...desde el plano prioritario de su configuración analítica y conceptual, y fiel tanto a los antecedentes de Derecho Romano como a los patrios, Fuero Juzgo y Partidas, *no debe haber inconveniente alguno en admitir que el presupuesto impulsor de la validez señalada radica en la propia naturaleza de la compraventa con contrato generador de obligaciones* (art. 1445 CC); de forma que la posible frustración de su finalidad traslativa, ya en la entrega o en la transmisión del derecho, da lugar a un amplio abanico de medios o medidas dispuestos a favor del comprador, entre otras, acciones de indemnización, de resolución o de responsabilidad por evicción que, sobre la base de un efecto típico de incumplimiento, que no de nulidad, *presuponen la lógica validez previa del contrato celebrado*».

³⁶ Expresa la Exposición de Motivos de dicha propuesta de anteproyecto, en su apartado VI indica que: «...En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse. Contemplando las cosas desde otro punto de vista puede decirse, especialmente en aquellos casos en que ha existido un principio de ejecución del contrato que es preferible considerar a este como celebrado que organizar las pretensiones de enriquecimiento o de restitución que tendrían que ser lógica consecuencia de la nulidad. La presente reforma se inspira en esa misma idea: la existencia del contrato o el hecho de que este se considere celebrado desde el punto de vista jurídico, se facilita mediante una nueva regulación de la formación de los contratos, especialmente mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, que está, sin duda, muy inspirada en la Convención de Viena y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Mas se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación». Vid. la web del Ministerio de Justicia.

³⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2012, recurso 1154/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 438/2012. Número de recurso: 1154/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 138116/2012. Se insta la resolución del contrato de compraventa de vivienda por retraso en la entrega con devolución de las cantidades entregadas. Carácter esencial del plazo fijado por haberlo así dispuesto las partes contratantes. La aplicación de esta jurisprudencia al caso que se examina, exige la desestimación del recurso de casación. La parte recurrente, mantiene que un mero retraso de varios meses en la entrega de la

vivienda objeto de la compraventa no frustra de un modo definitivo las expectativas del contrato, en el modo que se exige por la jurisprudencia de esta Sala, para poder considerarlo válidamente resuelto por la compradora al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

³⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012, recurso 1899/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 537/2012. Número de recurso: 1899/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 174262/2012. Resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar la licencia de primera ocupación, al no haber probado la vendedora que la falta de dicha licencia no respondía a motivos relacionados con la imposibilidad de su obtención por la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento. Doctrina jurisprudencial sobre el carácter esencial o no de la falta de obtención de la licencia de primera ocupación por el promotor-vendedor. La falta de obtención de la licencia de primera ocupación no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble. Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia cuando su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible una contravención de la legislación y/o planificación urbanística, correspondiendo a la parte vendedora probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

³⁹ Por aplicación del artículo 217 LEC, corresponde a la parte que alega la existencia de esta conducta su completa prueba o acreditación, dada la negativa de los demandados a admitirla, debiendo ya desde este momento poner de relieve la contradicción que en principio supone la existencia de las maniobras engañosas con la situación de incapacidad del fallecido, motivo fundamental de la petición de nulidad, pues si no existe voluntad (por falta de cabal juicio) difícilmente podría ser viciada.