

sión de la cosa común. Se plantea en este trabajo si la división de la cosa común que puede pedir un comunero para salir de la situación de indivisión es siempre necesaria o recomendable; o si por el contrario, las excepciones a la misma deberían permitirse e incluso normalizarse, pues, la comunidad de bienes, a veces, no es tan perjudicial como se supone, sino más bien al contrario, es necesaria para la consecución de unos fines determinados.

tly owned. This paper addresses the question of whether division of the thing jointly owned at the petition of one of its joint owners in order to sever the situation of undivided ownership is always necessary or recommendable; or whether on the contrary exceptions should be permitted and even normalised, because a community property regime is sometimes not as injurious as one supposes. On the contrary, such a regime may be necessary for the achievement of certain ends.

1.4. Sucesiones

**DISCAPACIDAD SENSORIAL Y TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL:
EL TESTAMENTO DE PERSONA CIEGA COMO TESTAMENTO
ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS. SU CONCILIACIÓN
CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD Y EL DE FAVOR
TESTAMENTI**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED
Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DERECHO A TESTAR DE LAS PERSONAS CON VISIÓN REDUCIDA Y GARANTÍAS REFORZADAS EN LA VARIANTE DEL TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO.—II. DE LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL A LA REFORMA EN MATERIA DE TESTAMENTOS: EL DENOMINADO TESTAMENTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD SENSORIAL DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: 1. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO. 2. DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD SENSORIAL, MINUSVALÍA VISUAL: LA INCLUSIÓN EN EL DERECHO PRIVADO DE INSTITUCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. EL *ITER PARLAMENTOS* DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO. 3. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS.—III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA: 1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES

PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA. 3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005. 4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. 5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE, DE 2009.—IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO A TESTAR DE LAS PERSONAS CON VISIÓN REDUCIDA Y GARANTÍAS REFORZADAS EN LA VARIANTE DEL TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO

El derecho a testar de las personas con deficiencias visuales siempre ha estado previsto en la legislación correspondiente (1), si bien se ha rodeado de ciertas especialidades garantistas referidas a los testigos y a la lectura del documento. Estas particularidades en materia de testamento abierto notarial y de conformidad a la redacción originaria del Código Civil, exigían que al acto de otorgamiento concurriese, caso de que el testador presentase ceguera, además de tres testigos idóneos, que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y, adicionalmente, se diere lectura por dos veces del testamento, por el Notario y por testigos o por persona designada por el testador.

El fundamento que sustentaba —y sustenta— esta variante en el testamento notarial abierto (2) no persigue otra intención que la de proteger los intereses del invidente o de quien no pueda leer por sí el testamento. Se trata, por tanto, de que se tenga la certeza de que su voluntad es la reflejada en el documento notarial.

Con todo, y como veremos ahora y la jurisprudencia ha tenido ocasión de aclarar, una de las cuestiones controvertidas en la materia es el alcance que deba darse a la expresión «ciego». En este sentido y siguiendo la actual política jurídica de protección de las personas con discapacidad, bien podría entenderse que ha de ser equiparable con algún grado de discapacidad sensorial reconocida administrativamente. Por el contrario, y sin necesidad de certificación alguna, bastaría con la apreciación casuística de si el interesado puede o

(1) Como ha señalado la mejor doctrina, «la posibilidad de que una persona invidente pudiera gozar de la “testamentifacción activa” es algo que desde siempre le fue concedido» (GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987).

(2) Así lo califica el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed., pág. 62.

no leer por sí el día del otorgamiento, soportando quien pretenda la nulidad del testamento por falta de cumplimiento de requisitos, la carga de la prueba referida a la acreditación de la ausencia o defecto de visión.

Por fin y en cuanto a otro aspecto de especial interés, nos ocuparemos de la renovación legislativa en materia de testamentos, tanto en Derecho Común como Foral. En particular, la reforma del Derecho Común, abordada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, prestó especial atención al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo», suprimiéndose el general concurso de testigos, salvo en los supuestos en que el testador «aunque pueda firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento» (3).

II. DE LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL A LA REFORMA EN MATERIA DE TESTAMENTOS: EL DENOMINADO TESTAMENTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD SENSORIAL DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

1. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO

El testamento notarial abierto, hasta la reforma del año 1991 que veremos en el siguiente epígrafe, exigía la concurrencia de tres testigos idóneos, exigencia «muy criticada, principalmente por los propios Notarios, dado que ponía en cuestión su buen quehacer profesional, frente a cuanto ocurría en el resto de las escrituras e instrumentos públicos, en los que la fe notarial se considera suficiente y bastante para dar cuenta del acto o contrato celebrado» (4).

En particular el precepto que se ocupaba del testamento del ciego era el 698, que decía: «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695 (5), y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

Este testamento abierto era calificado de forma unánime como una de las variantes del testamento notarial, al tiempo que se señalaba en línea con la doctrina fijada por la sentencia de 12 de abril de 1973 (que se verá después), la necesidad de ser firmado por el testador, caso de que éste supiera hacerlo (6).

(3) Exposición de Motivos de la Ley.

(4) LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 60.

(5) «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego, uno de los testigos instrumentales y otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos o puedan firmar. El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» [vid., las apreciaciones de BLANQUER UBEROS, «Comentario al artículo del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 755 a 1759].

(6) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 233.

En este sentido y por comparación con el que era su inmediato precedente, el artículo 697 se refería a los requisitos especiales que había de completar el testamento del «enteramente» sordo, por lo que si como advierte el diccionario de la RAE, el sordo es el que no oye o no oye bien, el legislador no fue redundante al aclarar que este reforzamiento de los presupuestos del testamento abierto serían de obligado cumplimiento bajo pena de nulidad caso de que el otorgante careciese radicalmente de este sentido. Por el contrario, el artículo 698 y en buena lógica, no concretaba la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

En este punto GONZÁLEZ PORRAS estimaba con claridad y argumentos irrefutables: «que la firma del ciego, salvo que declare que no sabe o que no puede firmar, haciéndolo entonces por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o en su caso la persona de confianza que le acompaña para la segunda lectura, es imprescindible. Y ello por las siguientes razones: 1.^a) por haber sido así siempre y lo demuestra la tradición histórica, pues el testamento del ciego no es otra cosa que una variedad del nuncupativo normal y en éste la firma del testador es obligatoria, de suerte que no sería lógico pensar que se exige en casos, podemos decir, de testadores normales, y se prescinde en un supuesto en que se buscan mayores garantías; 2.^a) porque la falta de firma del testador y su posible sustitución sólo cabe en caso de manifiesta imposibilidad del testador (sentencias de 30 de septiembre de 1911, 4 de enero de 1952, 17 de febrero de 1956 y 30 de enero de 1964); 3.^a) que consecuentemente se debe concluir que si se pide en la forma normal, no se debe prescindir en esta modalidad si no es cuando se den iguales presupuestos (art. 695.2.º del Código Civil); 4.^a) que no significa un dato en contra el hecho de que el artículo 698 del Código Civil no se refiera a la firma y sí sólo a la doble lectura, pues se debe tener en cuenta que el legislador en 1888 atendía a lo que era normal y esto era que los invidentes eran analfabetos; pero de ahí no cabe deducir que si sabe no tenga por qué firmar, sino todo lo contrario: si sabe, debe firmar. Y, finalmente, porque la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de junio de 1877, 3 de diciembre de 1878, 29 de octubre de 1879 y más recientes las de 8 de abril de 1969 y 12 de abril de 1973) viene sosteniendo que para la validez de los testamentos es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código Civil» (7).

2. DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD SENSORIAL, MINUSVALÍA VISUAL: LA INCLUSIÓN EN EL DERECHO PRIVADO DE INSTITUCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. EL *ITER PARLAMENTOS* DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO

El debate de este proyecto de Ley trajo a colación cuestiones interesantes que, propuestas por el CDS fueron rechazadas por el Grupo Socialista, y en lo que en estas líneas se quiere destacar, por la mención a la discapacidad y minusvalía en lugar del genérico «ceguera» sin mayores precisiones. Antes de entrar a las cuestiones específicas de esta reforma, téngase en cuenta que tanto en el año 2003 como en el 2005, se introdujeron nociones ajenas al Derecho

(7) «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IX, Vol. 1 B*, Edersa, Madrid, 1987.

Privado en que requerirían de su concreción recurriendo a normas de carácter administrativo y reglamentario (8).

En este sentido, y como ya hemos destacado en otro lugar, «el sistema estatal de protección de las personas con autonomía limitada ha variado sensiblemente ya que, en particular, se ha hecho titular y destinatario de ciertas políticas públicas a la persona con discapacidad, siempre y cuando ésta tenga reconocida administrativamente dicha circunstancia. Y es en este esquema donde se integra la figura del patrimonio protegido o la nueva regulación de la autotutela, por ejemplo. En síntesis, estas últimas modificaciones, fruto de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, como las operadas por Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad sobre accesibilidad universal, se caracterizan por haber erigido a la persona con discapacidad como elemento subjetivo determinante para la aplicación de ciertas medidas».

Tal y como sucedería poco después con el artículo 68 del Código Civil —por lo que a los derechos y obligaciones de los cónyuges corresponde— donde se incluyó la atención a las personas en situación de dependencia. En este caso y previa a su configuración jurídica y técnica, tuvo entrada en el ordenamiento privado al incorporarse al Código Civil (9). En este sentido reza ahora su artículo 68: «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas

(8) Otras conquistas legislativas han reconocido ciertos derechos, como el del voto secreto, a las personas con discapacidad visual, si bien especificándose el grado de la discapacidad que se reclama para ejercitar este derecho o, mejor, el porcentaje requerido para el voto de esta naturaleza. Ya es habitual la incorporación de esta calificación administrativa para concretar la aplicación incluso de vías especiales para el ejercicio de derechos fundamentales. Así, el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. Dice su Exposición de Motivos que: «el artículo 9.2 de la Constitución Española señala que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En esta misma línea, el artículo 49 de nuestra Carta Magna contiene un mandato para que dichos poderes públicos realicen una política de integración de las personas con discapacidad y las amparen en el ejercicio de sus derechos. Por su parte, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establecen el marco normativo de plena ciudadanía y de inclusión de las personas con discapacidad en el medio social, a cuyo fin los poderes públicos adoptarán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva para asegurar la participación de estas personas en todas las esferas, incluida la vida política y los procesos electorales». Dicho lo cual, el artículo 3 preceptúa sobre la *Comunicación de la utilización del procedimiento de voto accesible*: 1. Las personas con discapacidad visual que conozcan el sistema de lecto-escritura braille y tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o sean afiliados a la Organización Nacional de Ciegos Españoles». Por su parte, la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, regulado en el Real Decreto 1612/ 2007, de 7 de diciembre.

(9) Según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 18 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (*BOE* de 9 de julio de 2005).

dependientes a su cargo» (10). Si bien el propósito de este trabajo no es el estudio del alcance y extensión de estas últimas obligaciones, lo cierto es que se hacen acreedoras de alguna reflexión, ya que si el reparto de las responsabilidades domésticas había suscitado cierto debate social, no había sucedido lo mismo con la incorporación de este cuidado y atención, que se refiere no sólo a la familia sino, también, a quienes estén a su cargo e independientemente, parece, del vínculo que pueda existir entre ellos (11).

En lo que se refiere a los debates parlamentarios, como decíamos y sin éxito, fue propuesta una enmienda en materia de inidoneidad de ciegos y sordos para ser testigos, que en lugar de vedar absolutamente esta posibilidad quedase abierta a criterio notarial con la siguiente redacción: «los discapacitados cuya minusvalía impida cumplir con tal cometido», para después concretar que sería más correcto: «los que tengan minusvalías que, a juicio del notario, les impidan cumplir con tal cometido» al tratarse de una discriminación no autorizada por la Constitución. Lo cierto y como es sabido es que esta enmienda fue rechazada pero, con todo, deja testimonio de la inclusión en el lenguaje parlamentario de unas instituciones y denominaciones a las que por entonces se había prestado un relativo interés (12).

Por lo que al testamento abierto notarial del ciego, conviene ahora transcribir y valorar el alcance de dicha reforma abordada por la mencionada Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos (13). La redacción finalmente aprobada por lo que al testamento del ciego se refiere es la contenida en el artículo 697, que declara: «Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada. 3. Cuando el testador o el Notario lo soliciten».

Apréciase por tanto y por lo que al testador ciego se refiere, que si éste sabe o puede firmar, aunque no le resulte posible leer el testamento, habrán de concurrir al otorgamiento dos testigos instrumentales. En cuanto a la posibilidad de que el testador no pueda firmar o se planteen dudas sobre la autenticidad de su firma, idénticos motivos exigirán la presencia de estos dos

(10) Vid. MORETÓN SANZ, «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 31 a 49.

(11) Lo cierto es que el artículo 68 no estaba incluido en el texto inicial del Proyecto presentado a las Cortes —Proyecto de Ley núm. 121/000016— (vid., BOCG, VIII Legislatura, Serie A, 1 de diciembre de 2004); antes bien es la enmienda número 37 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) la que insta la adición del artículo 68 en el sentido finalmente aprobado. La justificación alegada se limitaba a fundar la enmienda de adición en «proclamar la igualdad en aspectos considerados responsabilidad exclusiva o preferente de la mujer» (vid. BOCG, VIII Legislatura, Serie A, 15 de marzo de 2005).

(12) Vid. Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IV Legislatura, año 1991, número 308, en particular, págs. 8738 y 8743; Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura, 56 (b), 24 de octubre de 1991, pág. 5.

(13) BOE de 23 de diciembre de 1991, 306.

testigos, con la particularidad de que la ausencia de firma no será causa de nulidad. Si adicionalmente quien no pueda leer sea también sordo, tanto los testigos como el propio Notario deberán leer el documento ante el otorgante con la intención de que se acredite que la voluntad fijada en el testamento es la expresada por el otorgante (14).

En este sentido se trata de una norma restrictiva y, por ende, no susceptible de interpretación extensiva, por lo que se ha dicho con buen juicio que: «esta modalidad testamentaria *debe constreñirse* al supuesto de que el testador sea ciego o de que *no sepa o no pueda leer por sí* el testamento y, además, que sea *enteramente sordo*. Si solamente concurre una de las dos primeras circunstancias, más no la segunda de ser enteramente sordo, propiamente no existe modalidad testamentaria sino el simple cumplimiento de la concurrencia de los dos testigos» (15). Por tanto ha desaparecido el requisito la formalidad o requisito e la doble lectura (16).

3. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS

Consecuencia directa de la entrada en vigor de esta Ley 30/1991 y mediante el expediente del reenvío previsto en el sistema foral navarro, se ha actualizado en idéntico sentido que la nueva redacción del Código Civil, al regirse la materia por el Derecho Común (17). Así en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (18) en su *Libro II, De las donaciones y sucesiones; Título V, Del testamento y sus formas, el Capítulo II*, relativo a las formas del testamento en la Ley 188 se dice sobre Testamento ante Notario: «Los testamentos abiertos otorgados ante Notario requieren la intervención de dos testigos. —Los testamentos cerrados autorizados por Notario requieren la intervención de siete testigos—. En lo demás se aplicarán las disposiciones del Código Civil». Por su parte, la Ley 193, *Otros testamentos*, declara: «se aplicarán en Navarra las disposiciones de los artículos 688 a 693, 697 y 698, 701 y 702, y 716 a 736 del Código Civil, en cuanto a los respectivos testamentos» (19).

(14) Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios a la Sección quinta: *Del testamento abierto*», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 857 a 867.

(15) ROCA SASTRE, *Derecho de sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed., págs. 181 y 182.

(16) Sobre el proyecto, vid., FELIÚ REY, «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», en *RCDI*, 607, 1991, pág. 2261 y sigs.; FERREIRA, «La idoneidad de los testigos en los testamentos», en *RCDI*, 617, 1993, pág. 863 y sigs.

(17) Sobre esta técnica advierte la doctrina que: «sin embargo, esta técnica de la remisión estática tiene para supuestos como el presente las dificultades añadidas de ir a remolque de una legislación modificada con criterios» (DURÁN RIVACOBIA, «La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, 15, 1993, pág. 132).

(18) *BOE* 57 a 63, de 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de marzo de 1973; corrección de errores en *BOE* 129, de 30 de mayo de 1974.

(19) Por su parte, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, resuelve la cuestión en el artículo 184 en estos términos: «como excepción [al testamento

Prevía a esta solución y a falta de mención explícita en el Derecho navarro, en ocasiones se resolvía la cuestión recurriendo al Derecho romano, como ordenamiento supletorio, por lo que el testador ciego debería hacerlo ante Notario y siete testigos. En este sentido se ha destacado cómo una criticada sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de diciembre de 1867, «declaró válido un testamento de ciego ante sólo dos testigos. (...) Se pone en claro, pues, cómo a principios del siglo XVIII la práctica jurídica navarra recibió la Ley 3 de Toro en cuanto a las formalidades del testamento del ciego (ante cinco testigos), dejando de lado la anterior recepción de la doctrina del Derecho Justiniano (ante siete testigos). Desplazada la antigua legislación de Castilla, entre ellas las Leyes de Toro, el Código Civil que la sustituyó en 1889; y en Navarra, de modo natural, se siguió la nueva formalidad del artículo 698 (en su redacción original) para el testamento del ciego: doble lectura del testamento, uno por el Notario (conforme al art. 695) y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe» (20).

En cuanto a la doctrina y práctica forense catalanas, existía cierto malestar sobre la aplicación de las rigideces que exigían la presencia en toda clase de testamentos: «la intervención de siete testigos y del tabulario, lo mismo para los que tenían vista que para los que carecían de tan preciado sentido (...) todavía está en vigor en la práctica ese Derecho de Romana para los ciegos catalanes». De modo que en la práctica se daba cuenta de la recomendación del cumplimiento de esta fórmula (21), criticándose ácidamente tal costumbre y reclamando que si para el Derecho catalán se aplicaba el sistema de dos testigos y notario, no debería exigirse siete para el ciego, por aplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Con todo y como es sabido, la práctica fue cediendo ante la evidencia de la localización de esos siete testigos en lugares pequeños, por su parte el proceso codificador catalán solucionó esta discriminación. En particular, la Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (22); en este sentido y frente a la redacción anterior que pese a incluir el término constitucional de disminuido (23) lo hacía con la criticada fórmula de sustantivación (24).

Esta Ley 10/2008, deroga el Derecho catalán que ya había sido codificado en este ámbito, y lo cierto es que, en general, no introduce instituciones nuevas, perfecciona las existentes. Es el caso de esta forma testamentaria notarial

abierto ordinario], habrá de concurrir testigos al otorgamiento del testamento ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir» (vid., sobre la materia, BUSTO LAGO, «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, 2008, pág. 23 y sigs.).

(20) Vid. NAGORE YARNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», *Tomo XXXVII-1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

(21) FRANCISCO SÁNCHEZ, «Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas», en *La Notaría*, LV, 1, 1913, pág. 6 y sigs.

(22) *BOE* 190, de 7 de agosto de 2008.

(23) Artículo 49 de la CE.

(24) Vid. MORETÓN SANZ, «Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sección Asuntos Sociales*, 70, septiembre de 2007, pág. 46.

especial que antes prevenida en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones, determinaba en su artículo 115: «Cuando el testador sea ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sea sensorialmente disminuido, el notario seguirá las determinaciones contenidas en la legislación notarial».

Y en la actualidad, dice así su nuevo artículo 421-8, sobre el *Testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial*: «Si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquiera otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». Por su parte, la Disposición Adicional segunda concreta la *Aplicación de medios para suplir la discapacidad sensorial*: «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».

III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA

1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril, de 1969 (25), sobre el testamento del ciego en Cataluña y la aplicación del Derecho anterior a la Compilación (26), recoge, entre otras cuestiones reseñables, el supuesto de hecho del *testamento suscrito por un testador que presenta ceguera de forma sobrevenida*, por lo que sí que podía firmar o, con más precisión, podía recordar cómo lo hacía cuando tenía visión y, de hecho, *había estampado su firma en un contrato suscrito unos días antes de testar*. En particular, la resolución declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona que, revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Figueras, *declaró la validez del testamento*.

Dicen los Considerandos de la sentencia que: «el problema principal a dilucidar en el proceso queda circunscrito a *determinar la validez de un testamento otorgado en dicha región (Cataluña) por persona aforada que perdió la visión y que no lo firma alegando “no poder firmar, desde que no es vidente”, en cuyo otorgamiento ante notario se han cumplido todos los requisitos del artículo 698 del Código Civil*, siendo así que se ha probado en los autos que unos cincuenta y cinco días antes, y cuando ya sufría el defecto dicho, estampó su firma en un contrato constante en documento privado que celebró con los hoy

(25) Ponente: el Magistrado Vicente TUTOR Y GUELBENZU.

(26) Según el texto recogido por la *RCDI*, 476, 1970, págs. 203 a 205.

litigantes; testamento que la sentencia recurrida, revocando la del Juzgado, declara válido y eficaz».

De modo que al haber suscrito contrato en documento privado y al haberlo firmado con su propia rúbrica, se alegaba en el recurso de casación del apartado I de las Reales Órdenes de 29 de noviembre de 1636, según el cual deben firmar las partes y «si no supieran, firme por ellas un testigo». Por tanto, los recurrentes deducían que sabiendo hacerlo el testador y no habiéndolo verificado, el testamento habría de ser declarado nulo. Y declara la sentencia que: «las Ordenanzas no introdujeron modificación respecto del testador ciego en la Ley 28, del Título XV, Libro VII de la Novísima Recopilación, al no tratarse de un testamento especial, sino de *añadir mayores garantías al nuncupativo normal, es evidente que al dar el notario fe del conocimiento del testador y de su manifestación de no poder firmar por su invidencia*, se han cumplido no sólo todos los requisitos del nuncupativo normal, entonces vigentes, sino también las especiales de la doble lectura que exige el citado artículo 698 del Código, a que se refiere la nueva Compilación, sin que la firma de un invidente preste mayores garantías al testamento, pues sólo acreditaría que la estampó en un documento, pero no que éste sea en el que expresó su última voluntad y descartado todo peligro de la suplantación de la persona del testador al dar fe el Notario de su conocimiento».

A mayor abundamiento advierte que «siendo el del ciego un testamento abierto normal con mayores garantías de autenticidad, no cabe en modo alguno prescindirse de la firma del testador que sabe hacerlo, cuando se exige en el normal que practica nuevos requisitos; ya que las disposiciones invocadas nada tratan de la firma del ciego y regulan el testamento nuncupativo, menos formalista, pero exigiendo la concurrencia de mayor número de testigos y demás que aparecen cumplidas en el que se debate; máxime dada la avanzada edad del testador y su ceguera sobrevenida que pudo ocasionarle la imposibilidad de firmar en aquel momento, aunque días antes lo hubiera verificado».

Así que como quiera que «el artículo 698 (27) no alude, lógicamente, a la firma porque normalmente los ciegos no pueden firmar y cuando, como en el presente caso, se sabe hacerlo por ser la ceguera sobrevenida, las firmas no son tales, sino dibujos imperfectos de una imagen recordada, como lo demuestra la contemplación de las obrantes en los autos; las solemnidades y garantías del artículo 698 son suficientes para autenticar la voluntad del testador y procede desestimar el motivo».

En definitiva y como concluía ROCA TRÍAS al analizar esta resolución: «la ley permite al ciego no firmar su testamento, puesto que la presunción lógica será el que no pueda hacerlo, debido a su defecto físico, aunque no es tan irrelevante la firma del ciego como da a entender la sentencia que hemos comentado; si el testador sabe hacerlo, consideramos que debe firmar, puesto que el testamento no sólo es la declaración de voluntad *mortis causa*, sin ésta más las formalidades y podría ser anulado el testamento de un ciego que declarase no poder firmar, siendo falsa esta declaración, no por falta de verdadera voluntad testamentaria, como se dice en la sentencia de primera ins-

(27) Recuérdesse la antigua redacción de este artículo 698 del Código Civil que declaraba: «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

tancia del caso estudiado, si no por ausencia de una formalidad exigida por el Código Civil» (28).

2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA

Por su parte, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 abril de 1973 (29), ventila el caso de una demanda sobre validez y eficacia de testamento, interpuesta por los legatarios del tercio de libre disposición de su hermano, causante separado de su esposa, siendo herederos de los dos tercios restantes sus hijos, que son los demandados. Frente a la pretensión de los actores, los demandados se opusieron y formularon reconvencción solicitando la nulidad del testamento. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, desestimando esta reconvencción; interpuesta apelación y, sucesivamente, casación por los demandados reconvinientes, fueron desestimadas sus acciones.

En particular declara la sentencia de casación: «Que para combatir las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, concretamente en relación con el hecho de que el testador don Jesús G. M. se hallaba imposibilitado de leer y firmar el testamento objeto de impugnación, otorgado por aquél en 30 de diciembre de 1964 ante el Notario de Ribadeo, don José María M. M., se formuló el primer motivo del recurso por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LECiv, por error de hecho en la apreciación de la prueba, el que trata de deducir de una serie de documentos, ninguno de los cuales demuestra de modo auténtico, a efectos del recurso, que el testador no estuviera impidiendo para leer y firmar el testamento en el momento de su otorgamiento».

Adicionalmente y por lo que se refiere a la doctrina en materia de testamento abierto otorgado por testador con dificultades en la visión, sienta dicha resolución lo siguiente: «ha de tenerse en cuenta que para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el artículo 695 del Código Civil (30), el Tribunal Supremo (el otorgamiento del testamento abierto por un ciego), no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquélla, a fin de que lo

(28) ROCA DE LAQUE, «Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 1970, pág. 321.

(29) *RJ* 1973/2284. Siendo Ponente GIMENO FERNÁNDEZ, vid., también, CASTRO LUCINI, en *RCDI*, 498, 1973, págs. 1306 y 1307.

(30) Antes de la reforma de este precepto efectuada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, rezaba: «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por testador y los testigos que puedan hacerlo. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar. El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad y frente a la afirmación de la sentencia recurrida de que el testador en aquel acto sufría una ceguera total o que en todo caso le impedía la visualidad del texto escriturado y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código Civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que a su vez firmó también por éste y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento».

3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005

Recogemos los puntos más relevantes de esta resolución resuelta después en la sentencia del Tribunal Supremo recogida en el epígrafe suficiente: «es de imperiosa necesidad que quien impugna el testamento abierto, acredite de forma cumplida, rotunda e incuestionable, la existencia del incumplimiento en el que pasa la nulidad que propugna y ello porque, como es sabido, por una parte, la capacidad de los testadores se configura como una presunción *iuris tantum* acomodada al principio de *favor testamenti* (art. 662 del Código Civil), referida al momento mismo en que se otorga testamento, de conformidad con el artículo 666 del Código Civil y, por otra, la mención que el notario realiza a favor de la capacidad del testador supone principio de certidumbre y por ello es preciso pasar por ella mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario (SSTS de 23 de marzo de 1944 y 27 de enero de 1998), lo que obliga a combatir esta presunción por prueba suficiente y eficiente (STS de 19 de septiembre de 1998), sin que sea suficiente, a los efectos indicados, la duda acerca de la capacidad del testador de destruir aquella presunción».

Y siguiendo: «La conclusión de todo cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la de considerar que la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del artículo 697 del Código Civil, se exija la concurrencia al acto de otorgamiento del testamento, de dos testigos instrumentales, y con base en esta carencia y conforme a lo dispuesto en el artículo 687 de dicho Código, acordar la nulidad del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez se propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos, y ello porque se olvida que el primer testamento se otorgó el 29 de julio de 1985, esto es, bajo el régimen anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, en el que era necesaria la intervención de testigos, requisito que, con carácter general e incluso con ciertos efectos retroactivos, fue dejado sin efecto por referida norma, dejando a salvo unos concretos supuestos en los que por las circunstancias del caso, tal exigencia se mantenía» (31).

(31) RJ 2005/180.710.

4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009

Declara la sentencia que: «La forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código Civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias, de modo que cuando se plantea el problema de la validez del testamento cerrado que presenta algunos problemas de forma, el Código Civil opta por la presunción de revocación del testamento cerrado que ha perdido forma, tal como establece el artículo 742.1 del Código Civil, presunción que admite la prueba en contrario expresamente prevista en la misma disposición. Sin embargo, el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria. El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el artículo 700 del Código Civil, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto, el artículo 679 del Código Civil define este testamento de la siguiente manera: “Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone”, y el artículo 700 del Código Civil dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, “puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”. Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el artículo 695 del Código Civil, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000)».

5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

Señalamos los aspectos más relevantes: «1.º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento

de contenido muy simple. 2.º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda. 3.º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (art. 666 CC). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que para probarla en el litigio se han tenido en cuenta las circunstancias que concurrieron en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta. 4.º Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de que el artículo 738 del Código Civil ha sido aplicado indebidamente. No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó» (32).

De modo que como decíamos antes y de conformidad a la redacción ahora del 697, no es redundante la remisión hecha al que fuere «enteramente» sordo, como supuesto de hecho que exige el concurso de dos testigos idóneos ya que, atendiendo al significado general y como advierte el diccionario de la RAE, el sordo es el que no oye o no oye bien. Distinta es la cuestión del ciego en la que el tenor literal del precepto no se detiene a especificar su alcance, toda vez que no es necesario concretar la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

Presumiéndose, por tanto, la capacidad, lo cierto e indubitado es que, si quien otorga un testamento abierto notarial mantiene un resto de visión, la falta de presencia de los testigos exigidos en el mencionado artículo, habiendo quedado probado que el testador tuvo pleno conocimiento de su contenido, no es óbice ni causa de nulidad del citado testamento.

IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*

En resumidas cuentas, prima el principio de la capacidad del otorgante y del *favor testamenti*, como reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de febrero de 2002, en la resolución de un recurso de casación donde se ventilaba un asunto relativo a la petición de declaración de nulidad del testamento, declara que «debe partirse siempre de la capacidad del testador (principio

(32) Dictada, siendo Ponente ROCA TRÍAS, RJ 2021/282.

de conservación del testamento o *favor testamenti*), de forma que la regla es la capacidad, y la excepción —que, como tal debe ser probada, desplazando con ello la carga probatoria— es la incapacidad. Así se desprende de la dicción de los artículos 103 y 104 del Código de Sucesiones, y así lo tiene dicho esta Sala en las sentencias ya citadas. En la de 21 de junio de 1990 se lee: “ajustándose a la idea tradicional del *favor testamenti* toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario”.

Por tanto y como advierte la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1988, «esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por 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 la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25 de abril de 1959 y 7 de octubre de 1982—, 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 sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987—, con arreglo a cuya doctrina aparece 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 y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento» (33).

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada nota a pie de página:

- BLANQUER UBEROS, «Comentario a la sección quinta “Del testamento abierto”, artículo 694 a 705 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRIGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1752 a 1784.
- BUSTO LAGO, «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, 2008, pág. 23 y sigs.
- DURÁN RIVACOBA, «La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, 15, 1993, págs. 121 a 144.
- FELIÚ REY, «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», en *RCDI*, 607, 1991, pág. 2261 y sigs.
- FERREIRA, «La idoneidad de los testigos en los testamentos», en *RCDI*, 617, 1993, pág. 863 y sigs.

(33) Doctrina esta que se acaba de transcribir, reiterada en otras tantas resoluciones posteriores como la de 26 de diciembre de 1992, la de 27 de noviembre de 1995, la de 18 de mayo de 1998, la de 11 de noviembre de 1999, la de 15 de febrero de 2001, 19 de mayo de 2004, más reciente la de 26 de abril de 2008 o la de 21 de enero de 2010, que reitera este principio y su mención en el artículo 743 del Código Civil.

- FRANCISCO SÁNCHEZ, «Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas», en *La Notaría*, LV, 1, 1913, pág. 6 y sigs.
- GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección quinta. Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987.
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 233.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.^a ed.; *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed.
- MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios a la sección quinta "Del testamento abierto"», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 857 a 867.
- NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», *Tomo XXXVII-1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IV, 3. Artículo 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- ROCA DE LAQUE, «Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 1970, págs. 301 a 322.

RESUMEN

TESTAMENTO ABIERTO. TESTAMENTO DE CIEGO PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD

La redacción original del Código Civil en materia de testamento abierto contemplaba la necesidad de que al acto de otorgamiento concurriese, caso de que el testador presentase ceguera, además de tres testigos idóneos que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y que adicionalmente se diere lectura por dos veces del testamento, por el Notario y por testigos o por persona designada por el testador. La reforma del Derecho Común hecha por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, prestó especial atención al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan ínti-

ABSTRACT

ORAL WILL DELIVERED TO A NOTARY. BLIND PERSON'S WILL PRESUMPTION OF CAPACITY

The original wording of the Civil Code on matters of oral wills delivered to a notary stated that, where the testator is blind, the will-making act has to be attended by three competent witnesses, and moreover one of these attesting witnesses or another person must sign for the testator at his request, and additionally the will must be read out twice by the notary and by witnesses or by a person designated by the testator. The general law reform enacted in Act 30/1991 of 20 December paid special attention to the «widespread desire to make a greater degree of discretion and reserve possible for so private an act» and did so by eliminating the general attendance of witness-

mo», suprimiéndose el general concurso de testigos salvo en los supuestos en que el testador «aunque pueda firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento». En el Derecho Foral catalán los requisitos y concurrencia de hasta siete testigos, por aplicación del Derecho romano, se hacían merecedores del reproche doctrinal, cuestión definitivamente resuelta por Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, donde en el «testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial» se dice que «el Notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». A la vista de este panorama, en este trabajo se recapitulará la legislación aplicable al supuesto del testador que presente discapacidad visual y se revisará la jurisprudencia dictada en la materia que trata de cohonestar los requisitos de forma con el principio de presunción de capacidad del otorgante y el de favor testamenti.

ses, save where the testator «although he can sign it, is blind or declares that he does not know how to or cannot read the will for himself». In Catalan regional law the requirements set, including the attendance of up to seven witnesses by application of Roman law, earned the reproach of doctrine. The issue was definitively settled by Act 10/2008 of 10 July on the Fourth Book of the Civil Code of Catalonia, for a «will executed by a person with sensory disability», which says, «The Notary must follow the terms set by notarial legislation for these cases». In view of this panorama, this article will recapitulate the legislation applicable when the testator is visually disabled and will review the pertinent case law, which attempts to reconcile the requirements of form with the rule of presumption of the testator's capacity and the rule of favor testamenti.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA DONACIÓN.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN.—IV. REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES: 4.1. SUPERVENIENCIA O SUPERVIVENCIA DE HIJOS. 4.2. INGRATITUD DEL DONATARIO. 4.3. INCUMPLIMIENTO DE CARGAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tres son los modos transmisivos de la propiedad y los demás derechos reales que se contienen en el artículo 609 del Código Civil: donación, sucesión y trans-