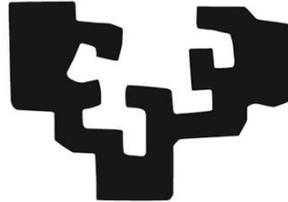


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

LA CAPACIDAD PARA TESTAR.
ESPECIAL REFERENCIA AL TESTADOR
VULNERABLE

TRABAJO FIN DE GRADO

DOBLE GRADO ADE+DERECHO

CURSO 2018/2019

Autora: María Carrera Sánchez

Director: Gorka Galicia Aizpurua

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Grado se analiza la capacidad necesaria para otorgar testamento desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal. Además se estudia la nulidad del testamento por ausencia de consentimiento válido, haciendo especial énfasis en el testamento otorgado por quienes son considerados testadores vulnerables.

PALABRAS CLAVE

Capacidad para testar, testador vulnerable, testamento, nulidad, anciano, Notario.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

CC: Código Civil

CCCat.: Código Civil de Cataluña

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Ob.cit.: Obra citada

Pág.: página

Págs.: páginas

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDP: Revista de Derecho Político

ROJ: Repositorio Oficial de Jurisprudencia

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR	4
1. Presunción de capacidad	4
1.1. Regla general de la capacidad para testar	4
1.2. Cómo romper la presunción	6
2. Excepciones a la regla general. Artículo 663 CC	6
2.1. Supuesto del testador menor de edad	6
2.2. Supuesto del testador que no se halla habitualmente en su cabal juicio	8
3. Capacidad modificada por declaración judicial	11
3.1. Protección legal: artículo 665 CC y Convención de Nueva York de 2006	11
3.2. Características de la sentencia	13
4. Relevancia del contenido y alcance de las disposiciones testamentarias para determinar la capacidad.....	16
III. JUICIO NOTARIAL SOBRE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR	17
1. Obligación de realizar el juicio de capacidad	17
2. Obligatoriedad de adoptar medidas en determinados supuestos	18
3. Relevancia y alcance de su decisión	19
4. Responsabilidad del Notario en caso de nulidad	21
4.1. Responsabilidad civil ex artículo 1902 CC	21
4.2. Apertura de expediente de corrección disciplinaria	22
4.3. Jurisprudencia	23
IV. FALTA DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE COMO CAUSA DE NULIDAD TESTAMENTARIA. LA NULIDAD DEL TESTAMENTO Y EL PRINCIPIO “FAVOR TESTAMENTI”	23
V. PROBLEMÁTICA DEL TESTAMENTO OTORGADO POR TESTADOR VULNERABLE	25
1. Concepto de testador vulnerable	25
2. Hipótesis concretas	26
2.1. Ancianidad	26
2.2. Discapacidad	28
2.3. Depresión.....	31
2.4. Supuesto de posible influencia o captación de la voluntad del causante	32
3. Mecanismos de protección para el testador vulnerable en el Derecho español	38
3.1. Vicios del consentimiento.....	39
3.2. Los vicios formales del testamento	40
V. CONCLUSIONES.....	41

I. INTRODUCCIÓN

El testamento requiere de consentimiento válido otorgado por la persona que testa para que posteriormente no se considere su nulidad. En este sentido, el testador debe tener la capacidad necesaria para realizar tal acto. Respecto a esta aptitud, el Código Civil establece una presunción de capacidad en el artículo 662: *“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíba expresamente”*. Más adelante, regula tales prohibiciones.

No obstante, se trata de una presunción iuris tantum, de modo que admite prueba en contra, incluso en aquellos casos en los que se trata de un testamento abierto notarial y que, por tanto, ha pasado por un control por parte del Notario.

En el presente trabajo analizaré las características de esta presunción y los principios que rigen en esta materia, así como las excepciones a estos y la nulidad que deriva del ejercicio de una acción de nulidad por falta de capacidad del testador, especialmente en los casos de testamentos abiertos notariales, por ser estos los más abundantes en la práctica. Además, se analizará el papel del Notario y su responsabilidad sobre la efectividad del testamento otorgado frente a él. Por último, profundizaré en un caso concreto: el testamento otorgado por testador vulnerable.

Este último adquiere especial relevancia, pues se dan gran cantidad de litigios en los que se solicita nulidad del testamento por falta de capacidad del testador en el momento del otorgamiento. Esto, unido a una sociedad cada vez más longeva y por tanto envejecida, hace de este asunto una cuestión de gran interés práctico, dado que en la mayoría de estos litigios, la capacidad de testar que se pone en cuestión es de personas ancianas o con algún grado de incapacidad.

II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR

1. Presunción de capacidad

1.1. Regla general de la capacidad para testar

Los negocios jurídicos, entendidos estos como *la manifestación de la voluntad, de una o varias personas, dirigida a obtener el fin práctico que persiguen y que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico*¹, requieren de capacidad de quien los otorga para que el consentimiento sea válido. En este sentido, al ser el testamento un negocio jurídico, concretamente aquel mediante el que el testador dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos (art. 667 CC), requiere de capacidad del testador al momento del otorgamiento para realizar ese acto de disposición (art. 666CC). No obstante, en el caso de los testamentos, al igual que en el de las donaciones, existe una regulación específica y menos restrictiva que la genérica sobre capacidad requerida para que sean válidos.

¹ ACEDO PENCO, A., *Introducción al derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 249

Para el caso de los testamentos, el Código Civil establece como regla general en el artículo 662 que “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*”. Este precepto parte de una situación de hecho que es la capacidad, por tanto, quien pretenda negarlo deberá demostrarlo de forma inequívoca y concluyente.² El regulador consagra así legalmente la existencia para toda persona de presunción de capacidad para testar, relegando la incapacidad a casos excepcionales. De modo que, tal y como MESA MARRERO expresa, la capacidad se configura como la regla, y la incapacidad como la excepción³.

En cuanto a la prohibición expresa de testar a la que hace referencia, es la misma ley la que se ocupa en su siguiente artículo de establecerla, determinando que no será capaz para testar el menor de 14 años y la persona que habitual o accidentalmente no se hallare en su “*cabal juicio*”, ideas que se desarrollaran más detenidamente en los siguientes apartados. Dentro del segundo caso –personas que no se hallan en su cabal juicio-, puede diferenciarse entre aquellos sobre los que recae declaración judicial de incapacitación (art. 665 CC) y aquellos sobre los que no (supuesto del art. 663.2º CC). Por lo tanto, teniendo en cuenta la presunción general de capacidad para testar y estas excepciones, se presumirá la capacidad para testar de toda persona mayor de 14 años sobre la que no recaiga sentencia de incapacitación y esta presunción persistirá hasta que se pruebe suficientemente la incapacidad del testador.

Los motivos por los que se opta por una regla general de capacidad para testar más amplia que la genérica pueden ser diversos:

- En materia testamentaria no hay posibilidad de suplir la falta de capacidad mediante la intervención de otras personas por ser el testamento un acto personalísimo⁴.
- El otorgamiento del testamento no genera perjuicios en vida al testador porque la eficacia es post mortem, y los derechos de los legitimarios ya están protegidos legalmente.
- La característica esencial de revocabilidad del testamento (art. 737 CC) hace que no adquiera tanta importancia la decisión sobre la sucesión testada tomada una vez por el testador, pues siempre estará a tiempo de editarla o retirarla.

Si se analiza el derecho comparado, se observa que tanto los derechos regionales a nivel nacional –art. 421-3 Código de Sucesiones de Cataluña y art.408 Código de Derecho Foral de Aragón- como a nivel internacional –art. 591.1 Código Civil Italiano y art.2188 Código Civil Portugués, entre otros- la tendencia es la misma⁵.

² VERDERA IZQUIERDO, B., *La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 40.

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

⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La capacidad para testar, especial referencia al testador anciano*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 18-19.

⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 19.

1.2. Cómo romper la presunción

No obstante lo explicado en el apartado anterior, la presunción de capacidad es una presunción *iuris tantum* y, por ende, admite prueba en contrario. La presunción puede romperse en el momento previo a otorgar el testamento, en caso de que el Notario tras su análisis considere a tal persona incapaz para realizar el acto⁶. Asimismo, puede ocurrir que se otorgara testamento y algún afectado por las disposiciones testamentarias alegue posteriormente la incapacidad del testador en el momento del otorgamiento mediante el ejercicio de una acción de nulidad. Esto da lugar a que sean numerosos los casos en los que los tribunales terminan por declarar la nulidad del testamento en litigio por acción de nulidad de testamento basada en la falta de capacidad.

En cuanto a la carga de la prueba, recae sobre quien alega la incapacidad (art.217.2 LEC), quien deberá probar que en el momento en el que el testador otorgó testamento no tenía la capacidad suficiente para hacerlo (art. 666 CC). Para ello, no basta con apoyarse en simples presunciones o indirectas conjeturas, sino que es *necesaria la demostración inequívoca y concluyente de la falta de raciocinio*⁷.

En lo que se refiere al medio de prueba a aportar, si bien están admitidas todo tipo de pruebas, los dictámenes médicos y periciales sobre el estado mental del testador en el momento que otorgó testamento son clave para demostrar que se encontraba privado del juicio necesario para testar⁸. Por citar un ejemplo, RODRÍGUEZ GUITIÁN hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1995⁹ en la que tanto los tribunales de instancia como el Tribunal Supremo aprecian la nulidad, pues la parte demandante presenta pruebas que el tribunal estima que destruyen la presunción *iuris tantum* de capacidad de testar, entre las que resalta los certificados médicos presentados por dos doctores que la tratan durante la época anterior y coetánea al otorgamiento del testamento¹⁰.

2. Excepciones a la regla general. Artículo 663 CC

2.1. Supuesto del testador menor de edad

Tal y como se ha expuesto, la normativa regula de forma diferente la capacidad de obrar general y la capacidad para otorgar testamento. Se establece la edad mínima para otorgar testamento a los 14 años, a diferencia de la capacidad general, que se adquiere con la mayoría de edad¹¹.

La lógica que impulsa al legislador a reducir la edad mínima y dar lugar así a una capacidad para testar más amplia que la capacidad para llevar a cabo otros actos inter vivos se debe, probablemente, a que el testamento es un acto esencialmente revocable y

⁶ El Notario, en base al artículo 685 CC, deberá “asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar”.

⁷ STS 289/2008, 26 de abril de 2008

⁸ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág.24.

⁹ STS 27-11-1995 (ROJ: 6000/1995)

¹⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob. cit., págs. 26-27.

¹¹ En España, con base en el art.315 CC, esta “empieza a los dieciocho años cumplidos”.

con efecto *post mortem*, por lo que no puede acarrear perjuicios graves e irremediables para el menor que lo otorga. De esta forma, el menor de edad pero con capacidad para testar, no queda desprotegido como quedaría tras la realización de otros actos de disposición inter vivos. Además, tal y como se ha explicado, el testamento es un acto personalísimo (art.670 CC) y, por tanto, ni tan siquiera el representante legal del menor podría otorgar testamento en nombre de este. Consecuentemente, privarle de la capacidad de testar supondría, al mismo tiempo, privarle del derecho a testar, lo cual carece de sentido, pues la libertad de testar se considera un principio fundamental del derecho de sucesiones moderno¹².

De este modo, se configura como excepción a la presunción de capacidad para testar, la incapacidad del testador menor de catorce años (art.663.1º CC).

Tras un análisis de la jurisprudencia, se concluye que la incapacidad para testar por razón de edad no genera a penas litigios sobre nulidad de testamento, pues se trata de un dato objetivo sobre el que rara vez se discute en sede judicial. A pesar de ello, la decisión del legislador de optar por un dato objetivo para fijar cuándo los menores de edad pueden testar de modo válido, es una decisión sometida a diversas críticas. En este sentido, GUITIÁN RODRÍGUEZ plantea dos opciones por las que inclinarse en lugar de los 14 años como edad mínima: en primer lugar, propone que tal edad se eleve a los 16 años, pues es una edad “a la cual es más razonable pensar que se ha alcanzado ya una cierta madurez de juicio”; en segundo lugar, propone la introducción de “otros criterios más flexibles que permitieran examinar en cada caso concreto al Notario la capacidad de entender y querer del menor que testa (puede que un menor de 15 años tenga suficiente madurez y otro de 17 no)”. En este sentido, justifica que el testamento es un acto de gran complejidad en cuanto a su contenido y de gran trascendencia; además, el menor puede ser más fácilmente influenciado y resalta la ausencia de urgencia en que otorgue testamento, pues en caso de fallecimiento se abriría la sucesión intestada ya prevista en el Código Civil en la que se presume el mayor afecto de la persona que muere sin testamento¹³. Así mismo, defiende su postura enumerando diversos ordenamientos de países europeos que optan por una regulación de la edad mínima para adquirir capacidad para testar más exigente, como pueden ser el Código Civil portugués¹⁴, el Código Civil francés¹⁵ y el Código Civil italiano¹⁶.

Por último, cabe destacar como excepción el supuesto especial del testamento ológrafo, pues para otorgarlo se requiere la mayoría de edad, tal y como establece el artículo 688 CC. De modo que, en este caso, se atiende a las reglas generales sobre capacidad de obrar. En cuanto a las razones que pueden llevar al legislador a establecer esta

¹² VAQUER ALOY, A., “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *InDret*, 3/2015, pág.2.

¹³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob. cit., págs. 28-30, nota de pie de página 7.

¹⁴ El artículo 2189 Código Civil Portugués señala que pueden hacer testamento válido los menores emancipados.

¹⁵ El artículo 903 Código Civil francés exige que el menor haya cumplido 16 años, pero hasta que no cumpla la mayoría de edad solo podrá testar hasta la concurrencia de la mitad de los bienes de los cuales podría disponer si fuera mayor (art. 904).

¹⁶ El artículo 591 Código Civil italiano únicamente permite testar a los que han cumplido 18 años.

excepción, GUITIÁN RODRÍGUEZ¹⁷ cita a dos autores para enumerar dos posibles explicaciones. Por un lado, OSSORIO MORALES¹⁸ explica que la primera edición del Código Civil no fijaba una edad especial para la capacidad de otorgar testamento ológrafo pero la comisión revisora, teniendo en cuenta que en la niñez y en la edad juvenil el tipo de letra no está aún formado con carácter definitivo, introduce en el 668 un primer párrafo exigiendo la mayoría de edad para otorgar testamento ológrafo con el fin de asegurar su autenticidad. Por otro lado, DE CASTRO Y BRAVO¹⁹ explica esta norma por el peligro para el testador menor de desconocer la trascendencia de este testamento, debido a su falta de solemnidad.

2.2. Supuesto del testador que no se halla habitualmente en su cabal juicio

2.2.1. Concepto de cabal juicio

Tal y como se ha indicado, a falta de prueba en contra, rige el artículo 662 CC, en base al cual pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no se lo prohíba. Por otra parte, el artículo 663.2º CC establece que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se halle en su “cabal juicio”. Pues bien, es precisamente esta expresión tan ambigua a la que hace referencia la norma la que genera gran controversia, siendo la principal causante de la litigiosidad en torno a la nulidad de testamento por incapacidad para testar.

Parece lógico que el legislador establezca esta excepción, pues quien no se halla en su cabal juicio no emitiría consentimiento válido y, por ende, daría lugar a la nulidad del negocio jurídico (el testamento, en este caso), pues el consentimiento es un elemento esencial para la validez de este.

Por tanto, se parte de la idea de que la mera capacidad para testar (la que se presume a cualquier persona sobre la que no recaiga declaración judicial de incapacitación por ser mayor de 14 años) no es suficiente para poder otorgar consentimiento válido, sino que además, como indica la doctrina, ha de cumplirse otro requisito: “es necesario que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone tenga, no solo capacidad, sino capacidad suficiente para entender y querer sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas”. De esta forma, se configura legalmente una situación de hecho que priva de la aptitud necesaria para testar porque “el que no se halla en su cabal juicio no puede, prácticamente, emitir una declaración de voluntad plenamente consciente”²⁰. En cuanto a la persona encargada de valorar si tal situación de hecho se da en cada caso concreto, será el Notario, *ex* artículo 685 Código Civil.

Es innegable que la expresión “cabal juicio” es una expresión que requiere de apreciación subjetiva, pero actualmente, con base en la lectura de jurisprudencia y

¹⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob. cit., pág. 31, nota de pie de pág. 7.

¹⁸ OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*, Comares, Granada, 2001, pág.112.

¹⁹ DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pág.180, nota a pie de pág. 3.

²⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 212-213.

doctrina, pueden concluirse ciertas características que han de darse para que pueda declararse la nulidad de un testamento por falta de capacidad del otorgante debida a su ausencia de cabal juicio.

En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo hace énfasis en reiteradas sentencias en la idea de que la expresión “cabal juicio” no equivale a “absoluta integridad”; que una persona esté en su cabal juicio implica que concurren en ella “las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de actitud mental”²¹. Por tanto, a sensu contrario, que una persona no esté en su cabal juicio no es sinónimo de que sufra cualquier tipo de padecimiento; la ausencia de cabal juicio comprende únicamente aquellos padecimientos que “afectan al estado mental con eficacia bastante para constituir entes privados de razón”²².

En cuanto la situación de no encontrarse el testador en su cabal juicio, no tiene por qué originarla una enfermedad prolongada en el tiempo, sino que tal situación comprende “cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo persigue”²³. El precepto detalla expresamente que puede tratarse de una ausencia de cabal juicio “accidental”, pues basta con que ocurra en el momento exacto del otorgamiento, ya que es ese el tiempo en el que ha de valorarse la capacidad.

La segunda idea a extraer de la principal doctrina y jurisprudencia es que no se requiere sentencia judicial que declare la incapacidad originada por la falta de cabal juicio; al contrario, “basta con una incapacidad de hecho suficientemente demostrada”²⁴. Así lo declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de junio de 1992 para estimar la nulidad de un testamento por causa de incapacidad del testador basada en el artículo 663.2º CC: “no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente”²⁵. Esto es, tal y como MESA MARRERO afirma, “basta con que la persona padezca, habitual o accidentalmente, una enfermedad o trastorno suficientemente grave que afecte a sus facultades intelectuales y volitivas de forma que le impida, en el momento en que pretende testar, ordenar su sucesión de modo consciente y libre”²⁶. No obstante, en caso de que existiera declaración judicial y esta se pronunciara sobre la capacidad de testar, se atendería a lo que esta recogiera. Asimismo, la norma no deja un vacío para aquellos casos en los que sí existe sentencia de incapacitación que no se pronuncia sobre la capacidad de testar, sino que los regula de manera específica en el artículo 665 CC para asegurar la protección del testador vulnerable²⁷.

²¹ STS 27-11-1995 (ROJ: 6000/1995)

²² STS 12-05-1998 (ROJ: 3062/1998)

²³ STS 04-10-2007 (ROJ: 6397/2007)

²⁴ Por ejemplo, STS 19-09-1998 (ROJ: 5223/1998)

²⁵ STS 22-06-1992 (ROJ: 4970/1992)

²⁶ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág.22.

²⁷ Se desarrolla más profundamente en el punto 3.1 del apartado II

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse por qué motivo el legislador optó por una expresión tan poco concreta en la redacción del artículo 663.2º CC. Pues bien, en este sentido explica MANRESA que las Leyes de las Partidas, que estaban vigentes cuando se promulga el Código Civil, en razón a su espíritu casuístico utilizaron diversas denominaciones para aludir a los distintos grados de locura e imbecilidad que incapacitaban para testar (salido de memoria, fuera de seso, desmemoriado, furioso...). Con el fin de evitar las dudas que suponía la comprensión de todos estos conceptos, se prefirió el uso de una fórmula sintética, breve y sencilla, que por su puesto va mucho más allá del estado de locura y permite abarcar todo género de perturbaciones cerebrales que menoscaban la inteligencia²⁸.

Por último, es importante mencionar que la jurisprudencia incide en diferentes ocasiones en que la sanidad de juicio del testador es una cuestión de hecho²⁹ por lo que su valoración tras analizar las pruebas aportadas por la parte que la niega corresponde al órgano judicial de instancia según libre valoración y reglas de la sana crítica³⁰. Por tanto, esa valoración es “inamovible en casación”³¹; solo si excepcionalmente se justifica que su resultado conduce a un resultado manifiestamente erróneo podrá revisarse de nuevo. Es decir, si el tribunal de instancia estima suficientemente probada la falta de cabal juicio y rota por tanto la presunción de capacidad, tal valoración no podrá ser motivo de recurso, pues el recurso de casación es de carácter extraordinario (art. 477.1 LEC).

2.2.2. *Enfermedades y trastornos que podrían causarlo*

Como bien señala MESA MARRERO³², tras analizar la jurisprudencia en torno a la acción de nulidad del testamento por falta de capacidad de quien lo otorga, se observa que las causas que dan lugar a que finalmente se considere la falta de cabal juicio son fundamentalmente dos: enfermedad mental grave y enfermedad física grave.

En cuanto a la enfermedad o trastorno mental, existen multitud de enfermedades y no hay una lista cerrada que determine cuáles son las que se considera que dan lugar a la falta de cabal juicio a la que hace referencia la ley. No obstante, hay algo en lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste y que se convierte en determinante a la hora de fallar: “la incapacidad o afección mental ha de ser grave, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas”. De modo que no es suficiente con que el

²⁸ MANRESA y NAVARRO, J.M., “Comentario al artículo 663 Código Civil”, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V, 6º edición, Reus, Madrid, 1951, págs. 358-359, citado por RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob. cit., págs. 23-24.

²⁹ Por ejemplo, SSTS 07-10-1982 (ROJ: 1162/1982); 12-05-1998 (ROJ: 3062/1998); 29-03-2004 (ROJ: 2152/2004); 04-10-2007 (ROJ: 6397/2007); 05-11-2009 (ROJ: 6399/2009)

³⁰ Artículo 348 LEC: “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.”

³¹ Así lo establecen las SSTS de 22-01-2005 (ROJ: 195/2005) y 26-06-2015 (ROJ: 3164/2015), en las que el recurso de casación se desestima porque no se puede pretender una nueva valoración de lo que ya se ha probado por el tribunal de instancia.

³² MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág. 38.

otorgante padezca en el momento de otorgar una enfermedad mental, sino que, además, como RODRÍGUEZ GUITIÁN comenta, esta ha de tener la gravedad suficiente para afectar al estado mental de la persona³³.

En lo que a enfermedades físicas se refiere, por lo general no justifican ausencia de cabal y juicio, aunque sí lo hacen cuando se trata de enfermedades que privan a quien las padece del discernimiento necesario para concretar en testamento su voluntad de modo consciente. Por tanto, no se considera incapaz a quien padezca cáncer, dificultades para expresarse, tome fármacos paliativos del dolor³⁴...siempre y cuando no quede suficientemente probado que la enfermedad reviste tal gravedad que afecta a sus facultades intelectuales de forma que no podría otorgar testamento válido.

3. Capacidad modificada por declaración judicial

3.1. Protección legal: artículo 665 CC y Convención de Nueva York de 2006

Como ya se ha expuesto en el punto 1.2 del apartado II, en la regulación española la incapacidad para testar por falta de cabal juicio no requiere una declaración judicial previa que así lo establezca; al contrario, basta para romper la presunción de capacidad para testar con probar de forma suficiente la falta de capacidad natural del testador en el momento del otorgamiento. Partiendo de esa base, parece que el precepto que alude a la falta de cabal juicio (art. 663.2º CC) podría aplicarse tanto a personas sobre las que recae una declaración judicial de incapacidad como a personas sobre las que no. No obstante, para un grupo acotado dentro de las primeras, concretamente para aquellas personas sobre las que recae declaración judicial de incapacitación que no hace referencia concreta a la capacidad de testar, existe un precepto ad hoc en el Código Civil.

La actual redacción del artículo 665 CC establece lo siguiente: *Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.* A juicio de NIETO ALONSO³⁵, este artículo trata de favorecer la *testamenti factio* activa, al facilitar la posibilidad de otorgar testamento a la persona incapacitada por sentencia si esta no contiene pronunciamiento al respecto, con la cautela de la intervención del Notario asistido por dos facultativos que valorarán la capacidad del testador en el momento preciso del otorgamiento del testamento y responderán de su capacidad.

³³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “Comentario al art.663” en Valpuesta Fernández, R. (coord.); Cañizares Laso, A. (dir.), de Pablo Contreras, P. (dir.), Orduña Moreno, F.J. (dir.), Legerén-Molina A. (aut.), Pérez García, M.J (aut.), *Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087)*. Vol.2, 2011, pág.271.

³⁴ SAP de Murcia 6 de mayo de 2014

³⁵ NIETO ALONSO, A., “Reseña bibliográfica a CAROLINA MESA REMERO: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 1, 2018, págs. 251-267.

Al dirigirse esta norma a aquellos casos en los que existe previa declaración de incapacidad, se deduce que quien otorga testamento, para que este sea válido, o no tiene sus capacidades mentales tan mermadas como para no entender el alcance y significado de las disposiciones testamentarias o a pesar de normalmente sí tenerlas gravemente afectadas, se encuentra en un intervalo lúcido³⁶. La valoración de si trata de una de estas dos situaciones, corresponde en estos casos al Notario y a los dos facultativos nombrados por este.

En lo que respecta al nombramiento de los dos facultativos, el adverbio “siempre” situado al inicio de la redacción del artículo 665 y la frase “no lo autorizará sino cuando éstos –los facultativos- respondan de su capacidad”, hacen deducir que se trata de una norma imperativa. Por tanto, los facultativos responden de la lucidez del testador, mientras que el Notario responde de la eficacia del acto (art. 685 CC). No obstante, el peritaje de los médicos tiene presunción *iuris tantum* y la carga de prueba del error corresponderá a quien lo invoque. Consecuentemente, si acabara probándose que el testador no tenía completa su capacidad mental, a pesar de haberse cumplido las formalidades previstas en el artículo 665, el testamento podrá ser declarado nulo.

En cuanto a la clase de testamentos a los que da acceso el artículo 665, aunque existe discusión doctrinal al respecto, parece ser idea más extendida la de que se aplica únicamente al testamento abierto. Analizando su situación sistemática en el Código Civil, podría ser también aplicable al cerrado y al ológrafo. No obstante, no es factible su aplicación respecto al ológrafo porque no se cumplirían las formalidades legalmente exigidas para esta modalidad de testamento; en lo que al cerrado respecta, es mayoritaria la doctrina que considera que el art. 665 no admite tal posibilidad porque, como VERDERA IZQUIERDO recoge, “el reconocimiento médico debe ser previo al otorgamiento del testamento, requisito que no podría cumplirse el testamento cerrado”³⁷ debido a las solemnidades previstas en el artículo 707 CC.

Cabe destacar, además de lo previsto en el Código Civil, la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, entrando en vigor en España el 3 de mayo de 2008. Toda la legislación anteriormente comentada, debe interpretarse a la luz de la convención; a pesar de ello, la adaptación de nuestro sistema a la Convención aún no cumple con lo establecido en el artículo 12 de la misma.

La Convención versa sobre los derechos de las personas con discapacidad de modo genérico, pero tal y como NIETO ALONSO explica, determinados preceptos que se destacan a continuación resultan aplicables para favorecer su capacidad para testar.

³⁶VERDERA IZQUIERDO, B., lo define en *La Nulidad...*, ob. cit., pág. 56, como “aquel periodo de tiempo más o menos largo, si bien finito, en que el sujeto recupera totalmente la conciencia y la capacidad para testar, a consecuencia de un concreto tratamiento médico o por el simple hecho de la evolución de la enfermedad que puede haber remitido temporalmente”.

³⁷ VERDERA IZQUIERDO, B., *La Nulidad...*, ob. cit., pág.60 citando a BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1966, pág.247.

Comenzando por el Preámbulo, éste reafirma la universalidad, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como “la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación”. También menciona la existencia de barreras en el entorno que evitan “su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” y “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente al ser humano”. Además, destaca la importancia de esta en el sentido de que “reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad para tomar sus propias decisiones”³⁸.

En cuanto a la capacidad de testar, el artículo más relevante de la Convención es el artículo 12, en tanto en cuanto manda a los países reconocer a estas personas capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, así como “otorgarles las medidas de protección oportunas” para que puedan ejercer tales derechos. Es decir, no solo les reconoce capacidad jurídica, sino que hace un mandato a los poderes públicos de los estados parte para que faciliten su capacidad de obrar preservando así sus derechos fundamentales. En este sentido, aunque el legislador aún no ha procedido a una modificación del Código Civil para adaptarlo, sí lo ha ido haciendo la jurisprudencia mediante interpretación de la norma. Cabe destacar en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2009³⁹ por su recomendación de interpretar las normas a la luz de la Convención:

“De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.
2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.”

3.2. Características de la sentencia

3.3.1. Objeto de la sentencia: declaración de incapacidad para realizar actos de disposición genérica o específica para testar

Como se ha visto en el apartado inmediatamente anterior, el artículo 665 CC hace referencia a aquellas sentencias de incapacitación que no contengan pronunciamiento acerca de la capacidad para testar. Se deduce de su texto, por tanto, que habrá casos en los que las sentencias sí se pronuncien al respecto. Consecuentemente, cabe la

³⁸ NIETO ALONSO, A., “Reseña...”, ob. cit., pág.261.

³⁹ STS 29-04-2009 (RJ 2901/2009) FJ. 7.º

posibilidad de que la sentencia se pronuncie para reconocer expresamente la capacidad para testar o, al contrario, lo haga para denegarla.

En el primer caso, no plantea ningún problema y parece claro que existe sobre el otorgante la presunción de capacidad para testar y el Notario deberá limitarse a comprobar su capacidad para testar como en cualquier otro caso sin sentencia de incapacitación (art. 685 CC).

El segundo caso, en cambio, genera un gran debate doctrinal en torno a si la privación del derecho a testar sería constitucional⁴⁰ y compatible con la Convención de Nueva York. Es ciertamente dudoso, como observa ALBALADEJO⁴¹, que una sentencia de incapacitación prive no ya de la capacidad legal de obrar, sino de capacidad natural para testar, pues “una sentencia de privación legal no puede privar de lo que es sólo capacidad natural (llamando así al entender y querer)”. Además, la capacidad ha de valorarse en el momento en que se otorga testamento y una sentencia que declare la incapacidad estaría afirmando la imposibilidad de que se dieran intervalos de lucidez en los que sí se podría testar. No obstante, no se profundizará sobre este debate pues no es el objeto del estudio.

Por último, también puede darse la posibilidad de que la sentencia prive de la capacidad para realizar actos de disposición de forma genérica. Si bien es cierto que otorgar testamento puede considerarse acto de disposición, no está claro que tal privación genérica pueda interpretarse de forma tan extensiva que se aplique tanto a actos *inter vivos* como actos *mortis causa*. Sobre este tema es remarcable una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias frente a una sentencia de incapacitación para realizar actos de disposición, que explica que el testamento sí ha de ser válido porque “dicha facultad debe estar expresamente proscrita por la sentencia de incapacitación” y, al no estarlo, la limitación debe entenderse respecto a “los actos *inter vivos* y no a la prohibición de testar”⁴². Por tanto, parece que el principio *favor testamenti* daría lugar a una interpretación restrictiva de la incapacitación y, por tanto, favorable a la capacidad de testar.

3.3.2. Momento de la sentencia con respecto al otorgamiento: anterior o posterior

Como ya se ha explicado con anterioridad, para apreciar la capacidad del testador ha de atenderse al estado en que se halle en el momento del otorgamiento (art. 666 CC.). Por ende, tal y como establece el artículo 664 del CC el testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido. Así, si no existía sentencia de incapacitación en el momento del otorgamiento, el otorgante se acogería a la presunción *iuris tantum* de capacidad de testar (art. 662 CC) y, por tanto, el testamento será válido. Es decir, la sentencia de incapacitación ha de ser previa al otorgamiento del testamento para romper la presunción de capacidad de testar y derivar en la necesaria aplicación del artículo 665 del Código Civil. Así lo recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de mayo de 1998⁴³: “si el testador no ha sido incapacitado por resolución judicial, jugará la

⁴⁰ Arts. 10, 14, 33, 49 y 53.3 CE.

⁴¹ VERDERA IZQUIERDO, B., lo define en *La Nulidad...*, ob. cit., pág. 55 citando a ALBALADEJO GARCÍA, “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *Revista Derecho Privado*, septiembre, 1992, pág.715.

⁴² SAP Gijón de 8 de mayo de 2015

⁴³ STS 18-05-1998 (ROJ: 3376/1998)

presunción de capacidad para testar ex artículo 662 del Código Civil”. Ello implica que la sentencia de incapacitación tiene efectos *ex nunc* y no *ex tunc*; es decir, solo produce efectos a partir de su firmeza, sin tener efectividad retroactiva, por lo que “es patente la validez de los actos procesales en los que ha intervenido la persona antes de ser declarada incapaz”⁴⁴, sin perjuicio de la anulabilidad de estos.

Cabría la posibilidad de que se declare nulidad del testamento otorgado con anterioridad a la sentencia de incapacitación, siempre y cuando quien la alegue pruebe la falta de cabal juicio del otorgante en el momento de otorgarlo, *ex* artículo 663.2º CC. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de abril de 2016⁴⁵ cuando establece que “para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente⁴⁶, la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «*ex tunc*» de la sentencia de incapacitación”.

Cabe plantearse la influencia de una sentencia de incapacidad muy próxima en el tiempo al otorgamiento del testamento, pues está podría dar lugar a la sospecha de que la falta de aptitud para testar ya existía al tiempo del otorgamiento. En este sentido, tras un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto⁴⁷, concluye MESA MARRERO⁴⁸ que tal circunstancia no es suficiente, por sí misma, para demostrar la falta de capacidad del testador en el preciso momento del otorgamiento, sino que es preciso aportar sólidos elementos de prueba que corroboren esa incapacidad. En última instancia y para concluir, la decisión de considerar que la sentencia constituye un indicio probatorio determinante de la incapacidad testamentaria va a depender de una valoración ponderada de todos los elementos de prueba y de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.

3.3.3. Firmeza de la sentencia en el momento del otorgamiento

Una vez analizado el requisito de anterioridad al momento de otorgamiento del testamento que ha de cumplir la sentencia de incapacitación para efectivamente romper la presunción de capacidad para testar y entrar en el supuesto del artículo 665 CC, ha de analizarse si la sentencia en cuestión, además de previa, ha de ser firme.

A este respecto, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo⁴⁹ establece que “los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio del estado civil de la persona. (...) De ahí, que la sentencia que declara la incapacitación es eficaz desde el momento en que sea firme”. Además, hace referencia el tribunal al artículo 525.1.1º LEC, el cual imposibilita la ejecución provisional de las sentencias de incapacitación, lo que deriva en la necesaria firmeza de estas para que puedan ser llevadas a cabo. Concluye así que

⁴⁴ STS 28-09-2018 (ROJ: /2018) citando la SAP Barcelona 676/2010 de 27 de julio

⁴⁵ STS 08-04-2016 (ROJ: 1627/2016)

⁴⁶ Entre otras, STS 26-04-2008 (ROJ: 2218/2008)

⁴⁷ Entre otras, SSTS 26-06-2015 (ROJ: 3164/2015) y 10-09-2015 (ROJ: 4912/2015)

⁴⁸ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág. 130.

⁴⁹ STS 28-09-2018 (ROJ: 3268/2018), FJ. 2.º.3.

al interpretar el presupuesto de hecho del artículo 665 del Código Civil, “se ha de entender que la citada sentencia sea firme”.

4. Relevancia del contenido y alcance de las disposiciones testamentarias para determinar la capacidad

El Notario, a la hora de analizar la capacidad del otorgante, también analiza el contenido del testamento para corroborar que la persona efectivamente comprende el alcance y contenido de las disposiciones. En cuanto a los tribunales, si bien es cierto que, a la hora de juzgar la capacidad de testar en un procedimiento judicial, únicamente deberían valorar las pruebas presentadas por las partes para probar la incapacidad, tras analizar la jurisprudencia se corrobora que la realidad judicial es diferente, y también tienen en cuenta aspectos del contenido de las disposiciones con el fin de determinar la capacidad que el otorgante ha de tener para que un testamento en concreto sea válido.

Así, por ejemplo, como recoge MESA MARRERO⁵⁰, la complejidad o sencillez de las disposiciones testamentarias y quién resulta beneficiado por el testamento son algunos elementos que, aunque no guarden relación directa con la capacidad natural del causante, llevan a los tribunales a mantener un rigor distinto en su apreciación sobre la capacidad testamentaria.

En lo que a la complejidad del contenido se refiere, se exigirá mayor capacidad al otorgante de aquel testamento cuyas disposiciones contengan fórmulas complejas, sin que sea suficiente el grado de conocimiento básico que se requiere en los casos más simples. Por ejemplo, el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de septiembre de 1998⁵¹, estima la nulidad del testamento recurrido porque la complejidad del contenido del testamento objeto de litigio exigía “no solo una capacidad natural media, sino más que suficiente y equilibrada”; al contrario ocurre en la sentencia de 7 de julio de 2016⁵², en la que el tribunal, aun admitiendo que “se puede apreciar cierto grado de deterioro físico en la causante, habida cuenta su edad de 92 años, y aunque igualmente pueda concluirse que su estado mental no era suficientemente completo en orden a su memoria”, desestima la acción de nulidad del testamento por la simplicidad de éste: “era un testamento sencillo, que pocas dudas planteaba respecto a su contenido”.

En lo que al contenido material respecta, se tienden a tener en cuenta principalmente dos aspectos: en primer lugar, el sujeto beneficiado por el testamento; en segundo lugar, la constancia a lo largo del tiempo de la voluntad del testador. En el primer caso, se analizan principalmente influencias externas que hubieran podido darse, especialmente cuando se trata de un testador vulnerable (este tema se abordará en el apartado final). En el segundo caso, tal y como argumenta RODRÍGUEZ GUITIÁN⁵³, hay que ser muy cauteloso a la hora de considerar como prueba para destruir la presunción de capacidad la mutación de la voluntad del testador, pues el testamento es un acto esencialmente revocable (art.737 CC). Por ello, el Notario deberá analizar si ese redireccionamiento del testamento tiene una razón lógica, sin que el cambio de voluntad por sí mismo constituya prueba suficiente de incapacidad para declarar la nulidad del testamento.

⁵⁰ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág. 42

⁵¹ STS19-09-1998 (ROJ 5223/1998)

⁵² STS 07-07-2016 (ROJ 3123/2016)

⁵³ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob. cit., pág. 27, pie de pág. 6

III. JUICIO NOTARIAL SOBRE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

1. Obligación de realizar el juicio de capacidad

A juicio de MESA MARRERO⁵⁴, la intervención del Notario en el acto de otorgamiento representa una de las medidas más importantes para tratar de asegurar que el testador tiene en el momento de otorgar su testamento la capacidad necesaria para que este sea válido. En este sentido, señala la doctrina que la intervención del Notario en el juicio de capacidad cumple varios fines garantistas, pues está destinada a asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto.

En el Código Civil, recogen la obligación del Notario en relación con la capacidad del testador diferentes preceptos. En primer lugar, para los testamentos con carácter general está el artículo 685 párrafo primero *in fine*, en base al cual *deberá el Notario asegurarse que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*. En segundo lugar, como complemento de este precepto genérico existen otros dos, que se refieren a los casos más concretos de testamento abierto (art.696 CC) y testamento cerrado (art.704.4ª CC).

Tras la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1991⁵⁵, la función de valorar la capacidad de quien otorga testamento la debe realizar de forma exclusiva el Notario; siendo los testigos solamente elementos de solemnidad, complementos de formalidad del acto. En esta reforma, la antigua 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*”. Consecuentemente, la redacción actual del precepto tiene un sentido más imperativo, ya que el verbo “deberá” compromete al Notario a actuar con la diligencia necesaria para tratar de asegurarse de que el testador tiene las condiciones legales necesarias para realizar el acto. Asimismo, como en un inicio se ha mencionado, y aunque hay parte de la doctrina que no está conforme con esta opinión (ALBADALEJO), los testigos son solamente un requisito de solemnidad y no tienen que apreciar la capacidad del testador ni identificarlo; sólo en los casos de testamentos sin Notario tendrán esa función, como se deduce claramente del último párrafo del artículo 685 CC, cuando dice: “*En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad*”. No obstante, la modificación realizada no supone ninguna innovación, ya que, como la STS de 19 de septiembre de 1998⁵⁶ afirma, “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”.

En cuanto al contenido de la obligación, en esta apreciación de la capacidad del testador, el Notario tiene dos deberes. Por un lado, tiene un deber material, que es el decisivo, consistente en asegurarse de la capacidad del testador en el momento de testar (juicio de capacidad). Por otro lado, tiene también un deber formal relacionado con este juicio de capacidad, que consiste en hacer constar en el propio testamento que *a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*

⁵⁴ MESA MARRERO, C. en *La capacidad...*, ob. cit., págs. 81-82.

⁵⁵ Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

⁵⁶ STS 19-09-1998 (ROJ: 5223/1998)

(art. 696 CC), aunque por razón del *principio favor testamenti* esta fórmula no tiene carácter sacramental (se profundizará más adelante en la prevalencia del principio *favor testamenti*). La legislación notarial establece también el deber del Notario de hacer constar la capacidad de las partes en cualquier negocio jurídico; con independencia de que se trate de un testamento o de otro negocio, el Notario lo hará constar siempre (artículo 17 bis a) LN y arts. 156.8, 167 y 168 RN). Pero la Ley Notarial se refiere en este precepto a una capacidad genérica, no a la concreta que debe valorar el Notario en el testamento.

Por último, en cuanto a la obligación del Notario, precisa la STS de 19 de septiembre de 1998⁵⁷ que “no se limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo de 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”.

2. Obligatoriedad de adoptar medidas en determinados supuestos

El artículo 665 CC establece que “*siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*”.

Antes de la reforma de 1991, en este artículo se hacía referencia al “demente”, lo que generaba discusión doctrinal sobre si se debía incluir a los no declarados incapaces o no. Tras la reforma, queda aclarado que se refiere al judicialmente declarado incapaz, según ya lo había venido estableciendo la jurisprudencia anterior. Por lo tanto, las medidas concretadas en el 665 CC sólo son aplicables en este caso; en cualquier otro, el artículo aplicable es el 685 CC.

En cuanto a las precauciones que el Notario ha de tomar, consisten en designar a dos facultativos que realicen un informe sobre la lucidez suficiente de quien pretende otorgar testamento en el momento de hacerlo. De este modo, como expresa VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁵⁸, el Notario responde de la eficacia del acto, pero los médicos de la lucidez del testador.

En lo que se refiere a la vinculación del Notario a los informes de los facultativos, se desprende del artículo 665 *in fine* que un juicio negativo de estos impediría al Notario autorizar el testamento. En cambio, a pesar de que ambos emitan un juicio favorable, podrá el Notario, según su juicio, considerar que el otorgante no tiene la capacidad suficiente y, por tanto, no autorizar el testamento. En este sentido, explica DE LA

⁵⁷ STS 19-09-1998 (ROJ: 5223/1998)

⁵⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Artículo 665” en *Código Civil comentado*, 2016.

IGLESIA MONJE⁵⁹ que el Notario, además de apreciar la capacidad natural (para lo que no hace falta ser Notario), emite un “juicio” jurídico; el juicio de los facultativos, en cambio, es técnico y por eso el Notario no está necesariamente vinculado por su opinión -de la misma manera que no lo está el juicio jurídico de un juez por las manifestaciones de un perito-. No obstante, en el caso del artículo 665, se le exige la previa conformidad de los facultativos porque existe una declaración judicial previa, es decir, una previa valoración “jurídica” realizada por el juez al declarar la incapacidad.

El peritaje de los médicos puede destruirse si quien alega error prueba suficientemente la ausencia de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento. Asimismo, el hecho de haberse cumplido con las formalidades del artículo 665 CC no impide que pueda ser declarado nulo el testamento si se prueba que el testador no tenía completa su capacidad mental⁶⁰.

Parte de la doctrina, y en concreto, MESA MARRERO⁶¹, considera desde un punto de vista crítico que estas medidas deberían establecerse para más supuestos, estableciendo un protocolo de actuación para determinados casos que lleve al Notario a asegurarse de la capacidad del testador, evitando así que cada uno tenga su propio modo de proceder y asegurando con más garantías la validez del testamento.

También destaca, en esta línea, que sería oportuno que en casos dudosos los Notarios pudieran pedir asesoramiento por parte de facultativos, a pesar de no tratarse del supuesto del artículo 665 CC. Esta opción queda recogida en el artículo 421-9 del Código Civil de Cataluña para los casos en los que el Notario lo considere pertinente. En cuanto al Código Civil, a pesar de no recogerse expresamente, no parece que en los casos que caigan fuera del artículo 665 el Notario no pueda tomar las medidas que el considere oportunas, como podría ser contar con la intervención de facultativos, a pesar de que la ley no lo exija. En este sentido, apunta VÁZQUEZ IRUZUBIETA que “en esto puede consistir el asegurarse de que el testador tiene la capacidad legar necesaria, porque es un acto de prudencia acudir a los expertos cuando no se es tal en la materia sobre la que pesa la validez de la escritura pública que está a punto de autorizar”⁶².

3. Relevancia y alcance de su decisión

En cuanto al valor del juicio notarial de capacidad, como ya se ha explicado con anterioridad, este puede ser revisado por el Juez siempre que las pruebas que presente quien alegue falta de capacidad sean convincentes; la jurisprudencia del TS ha dicho en este sentido que el juicio notarial constituye una enérgica presunción “*iuris tantum*” de aptitud, crea una situación de derecho que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario⁶³.

⁵⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de *favor testamenti*”, *RCDI*, nº. 742, págs. 603-619, pág.7.

⁶⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Artículo...”, ob.cit.

⁶¹ MESA MARRERO, C., en *La capacidad...*, ob. cit., págs. 88-89.

⁶² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Artículo...”, ob.cit.

⁶³ STS 10-04-1987 (ROJ: STS 8952/1987)

En este sentido, la STS de 26 de abril de 1995⁶⁴ recoge la doctrina jurisprudencial de la Sala al respecto, de la siguiente manera:

“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.»

Asimismo, lo reitera la STS 29 de marzo de 2004⁶⁵, declarando 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.”

Hay jurisprudencia menor⁶⁶ que establece que un informe médico posterior y acreditativo del estado mental del testador sí destruiría la presunción de validez del juicio notarial, pero para ello debe acreditar suficientemente que en el momento concreto del otorgamiento había ausencia de capacidad suficiente para otorgar testamento, pues no tendría lógica que este se basara simplemente en el historial médico, lo que no podría determinar si en el momento exacto de otorgar testamento el testador se encontraba en un posible intervalo lúcido, de modo que cualquier dictamen médico no puede ser susceptible de desvirtuar la afirmación del Notario, pues el momento de otorgar testamento es decisivo. Así, la SAP de Málaga de 15 de marzo de 2010⁶⁷, además concreta que “dicho dictamen —teórico— que no es prueba directa de que en el momento del otorgamiento estuviera el señor Melchor afectado en su consciencia 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 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.”

Por otro lado, es importante destacar que, tal y como establece el artículo 685 CC, la apreciación de la capacidad del testador por el Notario se hace *a su juicio*, lo que, tal y como MESA MARRERO⁶⁸ afirma, sin duda relativiza el rigor del deber impuesto al

⁶⁴ STS 26-04-1995 (ROJ: 2351/1995), FJ. 1º

⁶⁵ STS 29-03-2004 (ROJ: 2152/2004)

⁶⁶ SAP Navarra 18-06-2009 (ROJ: SAP NA 832/2009)

⁶⁷ SAP Málaga 15-03-2010 (ROJ: SAP MA 2717/2010)

⁶⁸ MESA MARRERO, C. en *La capacidad...*, ob. cit., pág. 86.

fedatario público al dotar de cierto grado de subjetividad a su apreciación. En este sentido, declara la STS de 19 de septiembre de 1998⁶⁹, que es “un juicio jurídico exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas”; “cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador (...), 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”.

Por tanto, el juicio del Notario acerca de la capacidad para testar es una opinión subjetiva; no obstante, y a pesar de no ser una garantía de que el testador puede emitir consentimiento válido, los tribunales le otorgan gran valor, llegándola a calificar como “fortaleza prácticamente inexpugnable” dado el prestigio de la función notarial⁷⁰: “la manifestación del Notario o autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial, adquiere una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario...”.

Consecuentemente, en numerosas sentencias se atribuye al juicio del Notario rango de “enérgica presunción iuris tantum de aptitud” y la categoría de “control no judicial”. A pesar de ello, como ya se ha expuesto, y no obstante las dificultades que implica, la doble presunción de capacidad puede destruirse si se aportan pruebas convincentes de la falta de capacidad necesaria para otorgar testamento válido en el momento del otorgamiento.

RODRÍGUEZ GUITIÁN recoge diversas razones por las que el juicio del Notario no puede equivaler a certeza absoluta⁷¹. En primer lugar, determinar si una persona está en plenitud de sus facultades es un asunto médico y no jurídico, y a pesar de que la experiencia en el ejercicio de Notario le proporcione conocimientos, nunca podrá realizar un juicio técnico al respecto. En segundo lugar, el propio Código Civil al hacer referencia al juicio de capacidad del testador realizado por el fedatario público establece la expresión “a su juicio”, que denota subjetividad del resultado.

4. Responsabilidad del Notario en caso de nulidad

RODRÍGUEZ GUITIÁN, hace un análisis⁷² sobre la cuestión de si la ausencia de toma de precauciones por parte del Notario para asegurarse de la capacidad suficiente de quien otorga testamento en una situación objetivamente dudosa tendría alguna consecuencia jurídica en caso de que posteriormente el testamento fuera declarado nulo. En su análisis, estudia dos posibles consecuencias: por un lado, ha de considerarse si el Notario es responsable civilmente en virtud del artículo 1902 CC; por otro lado, la eventual apertura de un expediente de corrección disciplinaria.

4.1. Responsabilidad civil *ex* artículo 1902 CC

La función que realiza el Notario no es considerada una función pública, por lo que el Estado no responde ante los daños causados por este en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, la relación entre el Notario y el cliente (quien otorga testamento, en este caso) es una relación contractual. En cambio, la relación que tendría el Notario con

⁶⁹ STS 19-09-1998 (ROJ: 5223/1998)

⁷⁰ STS 18-03-1988 (ROJ: 10355/1988), FJ. 5º

⁷¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 119.

⁷² RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., págs. 159-175.

quien por motivo del testamento por él autorizado y posteriormente declarado nulo sufra consecuencias negativas será extracontractual.

Partiendo de estas premisas, es sabido que todas las personas son responsables por las acciones u omisiones culposas o dolosas que realizan si causan daño a otro (art. 1902 CC). Los presupuestos básicos para que exista responsabilidad civil extracontractual, en base a la jurisprudencia, son los siguientes: un comportamiento por acción u omisión, un resultado de perjuicio o daño, un nexo causal entre ambos y un criterio de imputación⁷³.

En el caso que nos ocupa, en lo que al comportamiento se refiere, se trataría de un comportamiento omisivo del Notario; es decir, se produce el daño a un tercero beneficiado en el testamento que se anula, porque el Notario no ha tomado las medidas de precaución oportunas que le permitan cerciorarse de que la persona que testa tiene deterioradas sus facultades mentales.

En cuanto al daño, solo será posible demandar por responsabilidad civil al Notario en caso de que haya efectivamente nulidad del testamento, porque si no la hay no podemos hablar de daño y, por tanto, no se cumplen los presupuestos necesarios para la petición de responsabilidad civil extracontractual. Los requisitos del daño para generar responsabilidad son que ha de ser cierto, real y resarcible, características que el daño patrimonial cumple. No obstante, si finalmente por otra vía, como podría ser la apertura de la sucesión intestada, se reciben esos beneficios, el daño no sería real y por tanto no tendría cabida la responsabilidad civil extracontractual.

Además, debe haber un nexo causal entre el comportamiento (en este caso, omisivo) del Notario y el resultado de daño obtenido (en este caso, el nexo causal existe, pues el anterior testamento es declarado nulo porque el Notario entiende que quien lo otorga es suficientemente capaz para otorgar otro). El Notario, por su parte, intentará acreditar ruptura del nexo causal, por ejemplo por no haber promovido esa persona antes la incapacitación del testador, aunque esto solo tiene sentido frente a los familiares autorizados a promoverla *ex* artículo 757.1 LEC.

Por último, en cuanto al criterio de imputación, el Notario solo responde en caso de que haya dolo o negligencia grave en su actuación (por ejemplo si podía sospecharlo en virtud de las circunstancias objetivas del caso) pero aun así no tomó las medidas. Al Notario no se le considera responsable por haber tenido un desacierto en el juicio de capacidad del testador, porque como se ha explicado, el juicio que realiza el Notario es subjetivo. Por lo tanto, la posible responsabilidad extracontractual del Notario surgiría de no haber seguido una conducta que profesionalmente le era exigible. En opinión de RODRÍGUEZ GUTIÁN cuando un juez examine la responsabilidad civil del Notario, no debe apreciar tal responsabilidad ante la existencia de culpa leve, pues consecuentemente podría ocurrir que los Notarios exigieran siempre la presencia de facultativos o incluso se negaran a la prestación de sus funciones de modo sistemático. Quien deberá acreditar el dolo o culpa será el demandante (el perjudicado por la anulación el testamento anterior).

4.2. Apertura de expediente de corrección disciplinaria

La RDGRN de 12 de junio de 1985 desestima un recurso interpuesto por un pariente porque este no había impugnado previamente el testamento ante los tribunales de

⁷³ STS 29-10-2008 (ROJ: 5541/2008)

justicia en el juicio declarativo correspondiente, de manera que en caso de que lo hiciera y prosperase la pretensión del impugnante podría llegarse a abrir un expediente de corrección disciplinaria. De modo que se deduce que cabría la posibilidad de solicitud de la apertura de este expediente, pero siempre teniendo como presupuesto una sentencia judicial que declare nulo el testamento posterior.

4.3 Jurisprudencia

La STS de 22 de enero de 2015⁷⁴ trata un caso en el que dos Notarios consideran que quien otorga testamento tiene la capacidad suficiente para hacerlo válidamente, pero posteriormente es declarado nulo tras la presentación de diversas pruebas consistentes en informes médicos y otros elementos. En este sentido, declara que el desacierto de ambos Notarios al expresar su juicio de capacidad no implica que se ponga en duda la honestidad o el prestigio de dichos profesionales, sino que “por los motivos que fueren, probablemente, falta de preparación para advertir una posible enfermedad mental, no apreciaron anomalía alguna al efectuar su juicio de valor sobre la capacidad mental de la testadora”.

Por otro lado, la STS de 26 de junio de 2015⁷⁵ en la misma línea establece que “no implica ningún desdoro o ataque al Notario autorizante (...). Es una opinión subjetiva, emitida por un jurista, más o menos habituado a discernir sobre capacidades, pero cuyos conocimientos profesionales no pueden en modo alguno equipararse a los que poseen los profesionales médicos; máxime cuando estos practican ramas de la medicina relacionadas con detectar padecimientos de este tipo (...).”

IV. FALTA DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE COMO CAUSA DE NULIDAD TESTAMENTARIA. LA NULIDAD DEL TESTAMENTO Y EL PRINCIPIO “FAVOR TESTAMENTI”

Llegados a este punto, ya se ha explicado en qué consiste la capacidad para testar, la presunción iuris tantum que existe a favor de esta y las excepciones legalmente establecidas. Ahora, se pasará a analizar su ausencia como causa de nulidad del testamento.

Los negocios jurídicos, entendidos como *la manifestación de la voluntad, de una o varias personas, dirigida a obtener el fin práctico que persiguen y que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico*⁷⁶, requieren de capacidad de quien los otorga para que el consentimiento sea válido. En este sentido, al ser el testamento un negocio jurídico, concretamente aquel mediante el que el testador dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos (art. 667 CC), requiere de capacidad del testador al momento del otorgamiento para realizar ese acto de disposición (art. 666 CC). A pesar de que en el caso de los testamentos esta capacidad, como ya se ha explicado, sea menos restrictiva que la genérica, es necesaria. Consecuentemente, su ausencia llevará a la ineficacia del testamento por ausencia de consentimiento. Sin embargo, teniendo en cuenta la ausencia de regulación del Código Civil sobre esta

⁷⁴ STS 22-01-2015 (ROJ: 195/2015)

⁷⁵ STS 26-06-2015 (ROJ: 3164/2015)

⁷⁶ ACEDO PENCO, A., *Introducción al...*, ob.cit., pág. 249.

materia, merece especial mención el debate existente en torno a si se trataría de un caso de anulabilidad o de nulidad contractual. En este aspecto, la doctrina mayoritaria se inclina por la nulidad, pues como RODRÍGUEZ GUTIÁN señala⁷⁷, la finalidad de la primera es la corrección de los perjuicios que el acto pueda acarrear para quien lo realiza en situación de incapacidad, por lo que en el caso del testamento, al tener eficacia *post mortem*, dicha finalidad carece de sentido.

Asimismo, cobra importancia en materia de nulidad por falta de capacidad el principio *favor testamenti*. En lo referente a este principio, para introducirlo ha de hacerse necesariamente mención al principio *favor contractus* que, tal y como la STS de 15 de enero de 2013⁷⁸ determina, “no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, 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”. En este sentido, la jurisprudencia innova en esta sentencia considerando 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”.

Consecuentemente, como concluye DE LA IGLESIA MONJE⁷⁹, el testamento recoge la verdadera voluntad del testador y, por tanto, el eje de la validez testamentaria se centra en la voluntad espontánea y libre de este, amparada por el principio *favor testamenti*.

En este ámbito, surge un conflicto en la doctrina porque, como se ha visto en anteriores apartados, la comprobación de la capacidad de testar de quien otorga testamento está sujeta a formalidades, de modo que cuando se da un choque entre los formalismos a los que legalmente está sujeto el testamento y el principio *favor testamenti*, hay que decantarse o por unos o por el otro.

Sobre tal debate, la STS 535/2018⁸⁰, tras descartar la nulidad por incapacidad del otorgante, y a fin de descartar una posible objeción en cuanto a la forma del testamento, afirma citando la STS 789/2009 de 11 de diciembre⁸¹ que “la exigencia de forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido”. Pero añade que, “sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene Notario”. Asimismo, la jurisprudencia del TS establece en la STS 435/2015⁸² que, “constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad,

⁷⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 14, pie de pág.1.

⁷⁸ STS 15-01-2013 (ROJ: 1153/2013)

⁷⁹ DE LA IGLESIA MONJE M.I., “Principio general...”, ob.cit., pág. 611.

⁸⁰ STS 28-09-2018 (ROJ: 3268/2018)

⁸¹ STS 11-12-2009 (ROJ: 7509/2009)

⁸² STS 10-09-2015 (ROJ: 4912/2015)

debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones de eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el 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”. Asimismo, afirma la sentencia 170/2012, de 20 de marzo⁸³, que “la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante”.

V. PROBLEMÁTICA DEL TESTAMENTO OTORGADO POR TESTADOR VULNERABLE

1. Concepto de testador vulnerable

No hay una definición exacta de qué es o qué personas y qué situaciones engloba la expresión “testador vulnerable”; no obstante, VAQUER ALOY recoge diferentes test y criterios que se han propuesto para evaluar tal vulnerabilidad⁸⁴. Entre ellos, menciona el estudio encabezado por PEISAH C.⁸⁵, que enumera los factores que han de tenerse en cuenta en dicha valoración: el entorno social del testador (si convive con alguien, si dispone de algún cuidador o de algún buen samaritano), sus circunstancias sociales (si permanece aislado o tiene contacto con familiares además de con quien conviva, si está padeciendo algún conflicto familiar, su grado de dependencia del cuidador), factores físicos (enfermedades, discapacidades sensoriales problemas de comunicación, trastornos de la personalidad) y las circunstancias en que se ha otorgado el testamento en cuestión. Asimismo, hace referencia a los que SINGER M.⁸⁶ concreta como factores provocados por terceros que pueden generar vulnerabilidad: el aislamiento del causante, ahuyentando las personas que solían visitarle, leyendo su correo, etc.; forjar la creencia en el causante que el mundo exterior está lleno de peligro y de maldades; fomentar el incremento de su percepción de la situación de dependencia en que se halla; aumentar su sensación de impotencia; provocación de miedos y temores procurando que el causante sea inconsciente de su verdadera situación, todo ello tratándole de situar en una posición similar a un síndrome de Estocolmo.

En el caso de SINGER M., los factores que propone analizar ayudan a determinar una vulnerabilidad a la hora de que sobre la voluntad de testar de estas personas pueda

⁸³ STS 20-03-2012 (ROJ: 1691/2012)

⁸⁴ VAQUER ALOY, A, “La protección del testador vulnerable”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, págs. 329-330.

⁸⁵ VAQUER ALOY, A, “La protección...”, ob.cit., pág. 329, citando a PEISAH C. et al., “The wills of older people: risk factors for undue influence”, *21 International Psychogeriatrics*, 2009, págs. 7 y ss.

⁸⁶ VAQUER ALOY, A, “La protección...”, ob.cit., pág 329, citando a SINGER M., “Undue Influence and Written Documents: Psychological Aspects”, *10 Cultic Studies Journal*, 1993, págs. 19 y ss.

ejercerse una influencia indebida. En cambio, existe y no puede dejarse de mencionar otro tipo de vulnerabilidad: la originada por discapacidades físicas/psíquicas o enfermedades. En los próximos apartados se procederá al análisis de ambas situaciones. Asimismo, declara MESA MARRERO que también existen otras razones de vulnerabilidad de los testadores, como las dependencias económicas o afectivas, así como las derivadas de relaciones de dominación o de violencia de las que fácilmente pueden surgir influencias indebidas en la voluntad de otros⁸⁷. Por su parte, CABEZUDO ARENAS⁸⁸ define al testador vulnerable como “solteros que no han formado su propia familia o personas que, aun habiéndola fundado, se encuentran enemistadas con aquélla, hasta el punto de no mantener la menor relación con sus integrantes. Son individuos aislados, seres indefensos por su edad o por sus padecimientos físicos, que se aferran a cualquiera que les proporcione afecto o compañía”.

El Ordenamiento Jurídico debe salvaguardar los derechos que como persona tienen aquellas más vulnerables, porque resultaría contrario a sus derechos fundamentales no protegerlas y que testaran con normalidad, pero también lo resultaría impedirles algo a lo que tienen derecho (testar, en este caso). Por ello, se ha de buscar un equilibrio entre la autonomía y la protección.⁸⁹

Este colectivo vulnerable está expuesto a un doble riesgo. Por un lado, al de testar en ausencia de cabal juicio y, por tanto, no expresar la que en su época lúcida era y ahora hubiese sido su voluntad real; por otro lado, se exponen con mayor facilidad a sufrir influencias externas en su decisión de testar, lo que daría lugar al mismo resultado.

2. Hipótesis concretas

2.1. Ancianidad

Teniendo en cuenta el contexto actual, en el que la esperanza de vida cada vez es mayor, son cada vez más numerosos los casos de ancianos que pueden presentar deficiencias físico-sensoriales (que impiden exteriorizar la voluntad) y/o psíquicas (en sus facultades de entender y querer), que inciden en su capacidad y autogobierno y, consecuentemente, en la eficacia de los testamentos otorgados⁹⁰.

En ese escenario, la ancianidad suele presentarse, tal y como RODRIGUEZ GUITIÁN afirma, como “una situación limítrofe entre la plenitud de facultades mentales y la ausencia de cabal juicio”⁹¹.

No obstante, siempre ha de diferenciarse entre las características de esta vejez que sufrirá el anciano y la demencia senil, pues esta última sí parece tener la suficiente entidad como para privar al anciano de su cabal juicio y, consecuentemente, impedirle

⁸⁷ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob. cit., pág. 56.

⁸⁸ CABEZUDO ARENAS, A.L., “Revocar un testamento anterior hecho a favor de unos parientes para beneficiar a un extraño... ¿es indicativo de falta de capacidad del testador o de vicio en su voluntad?”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº5, 2017, pág. 2.

⁸⁹ CAROL ROSÉS, F., “Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad”, *RCDI*, nº. 7654, pág. 3245.

⁹⁰ En este sentido, CAROL ROSÉS, F., “Una revisión...”, ob. cit., pág. 3245.

⁹¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 15.

otorgar testamento válido. En este sentido se pronuncia la STS de 25 de octubre de 1928⁹²: “ni el derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo...la experiencia demuestra y la historia ofrece múltiples justificaciones de este aserto, que personas que alcanzaron la edad que dicho señor tenía cuando otorgó el discutido testamento, aun bajo la influencia de debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, realizaron actos que son gloria para la Humanidad, aprovechada de sus beneficios en todos los aspectos del saber; que por su mesurado y más reflexivo pensamiento, hacen más dignas de respeto las puras manifestaciones de la voluntad de los viejos no privados de razón”. Por lo tanto, siempre que el anciano no haya sido incapacitado judicialmente, no se debe presumir que esté incapacitado para testar (y aun habiendo sido judicialmente capacitado, en la opinión de gran parte de la doctrina tampoco, como anteriormente se ha analizado).

En los próximos apartados, se analizarán diferentes situaciones intermedias en las que, sin llegar a padecer demencia senil, puede encontrarse el anciano que pretende otorgar testamento y podrían dar lugar a dudas sobre su capacidad para testar válidamente.

2.1.1. Achaques propios de la ancianidad

RODRIGUEZ GUITIÁN realiza una clasificación dentro de los achaques propios de la edad, dividiéndolos entre trastornos físicos y achaques mentales⁹³.

En lo que a los primeros respecta, se trata de padecimientos como la lentitud de reflejos, artrosis o reuma, dificultad de andar, incontinencia urinaria...que constituirían en global una debilidad corporal de carácter leve que en principio no afecta a la facultad mental del anciano como para privarle de la capacidad de testar. Así se posiciona la doctrina y jurisprudencia desde la ya citada STS de 25 de octubre de 1928.

La cuestión relativa a los achaques mentales genera más controversia, pues en principio parece que no ha de entenderse que tales debilidades conlleven la presunción de la incapacidad de testar, ya que como anteriormente se ha explicado, para considerar que alguien no se encuentra en su cabal juicio y considerar así su falta de capacidad para testar, no basta con la existencia de la perturbación mental, sino que se requiere que tal perturbación mental sea grave. En este sentido se pronuncia la STS de 27 de enero de 1998⁹⁴, estableciendo que no puede deducirse la falta de capacidad del otorgante de “que en determinados momentos mencionara a su padre o madre...pues tales invocaciones o referencias, la práctica cotidiana demuestra que son frecuentes en la edad senil, sin afectar a otras facetas de sus facultades psíquicas”.

Consecuentemente, en cada situación deberá analizarse si el caso reviste la suficiente gravedad para considerarse demencia senil o simplemente se trata de una leve alteración de las facultades psíquicas causada por la edad.

2.1.2. Enfermedad física grave

En lo que a las enfermedades físicas respecta, independientemente de la gravedad de estas, no puede considerarse como regla general que incapaciten para testar al anciano,

⁹² STS 25-10-1928

⁹³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 32.

⁹⁴ STS 27-01-1998 (ROJ 394/1998)

ni siquiera en el supuesto de que ésta altere ligeramente la capacidad intelectual (siempre y cuando no sea una alteración grave). De modo que son indiferentes a la hora de analizar su capacidad para testar.

2.1.3. *Enfermedad mental grave. Demencias*

El padecimiento de una enfermedad mental grave daría lugar al cumplimiento del supuesto del artículo 663.2 CC y, consecuentemente, a la falta de capacidad para testar de la persona que lo padece. En adelante se analizarán las demencias, enfermedades especialmente características de la ancianidad.

La tasa de demencia depende sustancialmente de la edad, doblándose cada 5 años desde el 1-2% a los 65-70 años hasta el 30% o más después de los 85 años⁹⁵.

Sin duda, la principal es la demencia de tipo Alzheimer, aunque también son relevantes en este aspecto la llamada demencia vascular, el Parkinson y la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob.

El problema que surge con las demencias seniles, como señala RODRÍGUEZ GUTIÁN⁹⁶, es que son de carácter progresivo pero es difícil dar una regla general sobre su evolución, ya que a veces progresan rápidamente, otras pueden detener su evolución durante un tiempo, reaparecer... De todas formas, establece como norma general la evolución de las demencias escalonada en tres fases (inicial o leve, intermedia o moderada y avanzada o grave), asumiendo que es en la última de ellas en la que el anciano resultaría muy probablemente incapaz para testar⁹⁷. Consecuentemente, señala la misma autora que el problema suele radicar en la fase intermedia, donde la incapacidad puede darse o no.

En cuanto a la jurisprudencia, entiende que la falta de capacidad para otorgar testamento debe probarse en la misma fecha en que tuvo lugar, teniendo en cuenta que la capacidad relevante es la capacidad que se ostenta al tiempo de expresar la voluntad testamentaria notarial. Por tanto, debe darse una individualización de cada caso, siendo la prueba por excelencia en los casos de demencia senil la aportación de un informe médico sobre la capacidad concreta del anciano en el momento en que se haya emitido testamento. Esta prueba ganará peso, aunque no esté el juez vinculado a ella, si la otorga un profesional científico (como puede ser un médico) y, como se declara en la STS de 31 de marzo de 2004⁹⁸, si la fecha es lo más próxima posible al otorgamiento del testamento (porque esto significaría que realmente valora la capacidad en el momento debido, o al menos en un momento próximo).

2.2. Discapacidad

A la hora de otorgar testamento, tanto la discapacidad física como mental pueden generar una clara situación de vulnerabilidad para el testador. En este sentido, el RD 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

⁹⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 49 citando a CARRASCO MARTÍN, M., AGÜERA, L., PELEGRÍN, C. y MORÍNIGO, A., “Las demencias”, *Psiquiatría Geriátrica*, 1ª edición, Masson S.A., Barcelona, 2002, págs. 201 y 203.

⁹⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 52

⁹⁷ En este sentido se pronuncia también la STS 18-05-1998 (ROJ: 3376/1998).

⁹⁸ STS 31-03-2004 (ROJ: 171/2004)

General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su Exposición de Motivos afirma que *“Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal...”*.

El aumento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población implican el incremento del número de personas que pueden presentar deficiencias físico-sensoriales y/o psíquicas que afectan a su capacidad y que las hace vulnerables para otorgar testamento. El Ordenamiento Jurídico debe salvaguardar sus derechos fundamentales (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), porque como bien expresa CAROL ROSÉS, tan contrario a los mismos es impedirles algo que pueden hacer como permitirles algo que no pueden. En suma, ha de buscarse el equilibrio entre autonomía y protección⁹⁹.

2.2.1. Física

En materia testamentaria no hay una prohibición concreta para otorgar testamento basada en impedimentos físicos. No obstante, las formalidades previstas para la elaboración del testamento exigen concretas actuaciones físicas, sin las cuales está prevista la nulidad de este (art.695 CC): transmitir la voluntad al Notario, escuchar la lectura, ratificarlo... Hay personas que padecen ciertas discapacidades que les impiden la ejecución de estas actividades, como pueden ser la ceguera, sordera, mudez o incluso pérdidas de movilidad en las extremidades o ausencia de estas, que les impida firmar.

Para el testamento abierto (el más habitual), en concreto, se establece una medida de apoyo para los casos en que el testador sea ciego, no sepa o no pueda escribir, de que lo harán a su ruego dos testigos; en este caso se le debe leer previamente el testamento. Se prevé también el caso de que, además, sea completamente sordo, en que la intervención de los testigos implica un medio de apoyo más intenso: lo leen y declaran que coincide con la voluntad manifestada (art. 697.2 CC). Por otra parte, hay normas que exigen al testador expresar *“oralmente o por escrito su última voluntad al Notario”* después de la lectura del testamento en voz alta por parte del Notario (art. 695 CC), a lo que la solución de quien no tenga voz ni pueda escribir podría ser asentir con la cabeza, como en ocasiones ha admitido la jurisprudencia¹⁰⁰.

En cuanto al testamento cerrado, se ofrecen soluciones similares, pero se veta de esta vía en el art. 708 CC a *“los ciegos y los que no sepan o no puedan leer”*. Lo mismo ocurre respecto del ológrafo, que, a pesar de no prohibirse específicamente, al ser requisito de este que sea escrito por el testador (art. 688 CC) se deduce igual consecuencia.

Entre la jurisprudencia al respecto, destaca, por ejemplo, la STS de 11 de diciembre de 2009¹⁰¹ en la que en el caso de un testador con visibilidad reducida se alegaba como causa de nulidad el haberse incumplido una formalidad legal consistente en la exigencia de presencia de testigos para los casos en los que *“el testador aunque pueda firmarlo,*

⁹⁹CAROL ROSÉS, F., *“Una revisión desde...”*, ob.cit., pág. 3245.

¹⁰⁰ Entre otras, STS 24-11-2004 (ROJ: 7647/2004) y STS 30-11-1991 (ROJ: 10285/1991)

¹⁰¹ STS 11-12-2009 (ROJ: 7509/2009)

sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento” (art. 697.2 CC). El tribunal determinó que el testador muestra consentimiento mediante la firma y, por tanto, el testamento es válido en aplicación del principio *favor testamenti* y con el objetivo de evitar que un problema físico pueda causar la nulidad de un documento ya autorizado, afectando al derecho a testar libremente de esa persona.

Asimismo, VERDERA IZQUIERDO¹⁰² destaca como significativa la STS 24 de noviembre de 2004¹⁰³, referente a un testamento de una persona que no podía hablar ni escribir, por lo que la vía de “expresar oralmente o por escrito la última voluntad al Notario” prevista en el artículo 695 CC era inutilizable. El tribunal determinó la validez en tanto en cuanto hubo comunicación directa entre el testador y el Notario a través de gestos de asentimiento. En igual sentido se pronuncia la STS de 30 de noviembre de 1991¹⁰⁴: *“es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra”*.

En estos supuestos es importante lo recogido en la Ley 27/2007, de 23 de octubre¹⁰⁵, pues reconoce las lenguas de signos españolas y regula los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Al respecto, es reseñable lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda del Libro IV del Código Civil de Cataluña: *“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”*.

Como conclusión, la solución que se está empezando a adoptar pone el acento en las posibilidades de comunicación del sujeto, sin dar especial importancia formal al medio o vía mediante el que se otorgue consentimiento o se exprese voluntad, quedando excluido así solo el que no pueda recibir y transmitir la voluntad.

2.2.2. Intelectual

En el caso de que el testador padezca algún tipo de discapacidad intelectual, sí se establece una prohibición expresa de otorgar testamento para quien padezca el mayor grado de esta, porque el padecimiento tendría como consecuencia la ausencia de cabal juicio (art. 663.2 CC). No obstante, las personas que lo padezcan estarán protegidas por el principio de presunción de capacidad hasta que se presente prueba suficiente en contra, tal y como se ha establecido en los anteriores apartados.

¹⁰² VERDERA IZQUIERDO, B., *La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas*, RCDI, nº. 744, pág. 1652.

¹⁰³ STS 24-11-2004 (ROJ: 7647/2004)

¹⁰⁴ STS 30-11-1991 (ROJ: 10285/1991)

¹⁰⁵ Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

2.3. Depresión

La depresión es una enfermedad mental cada vez más común en los países occidentales. Sobre la capacidad de obrar de las personas que la padecen, señala la sentencia de la AP de Málaga de 2 de noviembre de 1992, que no se puede considerar que como regla general anule ni el intelecto ni la voluntad de una persona, privándole así de la capacidad de testar. No obstante, tal y como detalla la STS de 14 de julio de 2004¹⁰⁶ -en la que se solicita nulidad del matrimonio por depresión-, si ocurre así cuando la enfermedad se encuentra en un grado de extrema gravedad, imposibilitando al enfermo la gestión de los propios intereses. Esta situación de extrema gravedad no plantea problemas porque sería fácilmente detectable por el Notario ya que tal grado de depresión suele conllevar la postración del enfermo.

Son de importante valoración, como destaca RODRÍGUEZ GUITIÁN¹⁰⁷, dos circunstancias que en general van unidas a las personas con depresión: el internamiento en un centro psiquiátrico y el suicidio.

2.3.1. Internamiento en un centro psiquiátrico

Hay casos en los que, a pesar de que la persona haya sido ingresada en un centro psiquiátrico –obviamente como consecuencia del padecimiento de una enfermedad mental-, esta conserve su facultad de testar. Asimismo, puede darse la situación de que cuando otorgue testamento esté ya restablecida de su enfermedad mental, pero aún no le hayan dado el alta. Además, también podría ser que, aun con una enfermedad mental grave, se encuentre en un periodo de lucidez y, por tanto, tenga capacidad para testar en el momento preciso en que otorga testamento. Por lo tanto, no conlleva el internamiento la incapacidad para testar. En estos casos, cobrará importancia el juicio de capacidad del testador que hace el Notario.

2.3.2. Suicidio

En cuanto al testamento realizado por quien seguidamente se suicida, cabe preguntarse si carece de validez por la posible incapacidad de quien decide acabar con su vida.

La sentencia del TSJ de Cataluña de 1 de octubre de 1991 (ROJ: 3908/1992) trata un caso de suicidio del testador en que la demandante considera que “nadie que proyecta su suicidio y lo lleva a cabo está en su sano juicio”. El Tribunal, en cambio, desestima la petición de nulidad del testamento porque, como se ha analizado en apartados anteriores, la depresión como regla general no afecta al cabal juicio y, por tanto, no impide la facultad de testar, salvo que sea esta muy grave: “ni los estados depresivos afectan necesariamente a la capacidad testamentaria, pues si bien suponen trastornos de la afectividad y del estado de ánimo, en casos como el de autos en que el sujeto hacia vida prácticamente normal el trastorno de la afectividad, la depresión, no altera la inteligencia y voluntad”. Igualmente, la doctrina coincide en que, aunque no fuera así, el hecho de que una persona se suicide no demuestra que no estuviera en su cabal juicio, pues ello contradiría lo hasta ahora dispuesto por la ciencia de la psiquiatría.

¹⁰⁶ STS 14-07-2004 (ROJ: 4297/2004)

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad...*, ob.cit., pág. 72

2.4. Supuesto de posible influencia o captación de la voluntad del causante

Si bien es cierto que la captación de la voluntad del causante puede darse con independencia de la vulnerabilidad del testador, pues cualquier persona es susceptible de ser influenciada o engañada, tal y como expone VAQUER ALOY¹⁰⁸, “la vulnerabilidad del testador en nuestra sociedad constituye un caldo de cultivo propicio para los casos de influencia indebida sobre la voluntad del testador ejercida por quienes pretenden obtener un beneficio patrimonial en su sucesión”.

2.4.1. Concepto de influencia o captación de la voluntad

Para otorgar consentimiento válido en el testamento no solamente hay que conocer las cosas, también hay que quererlas: conocimiento y voluntad. Esto implica que la voluntad del testador no puede estar influenciada por terceros: la decisión debe ser propia del testador, y no de otros.

Esta materia se regula el artículo 1.265 CC para los negocios jurídicos en su generalidad, estableciendo la nulidad del “*consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”. En materia testamentaria, existe una regulación específica en el artículo 673 del mismo cuerpo legal, que determina que “*será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*”. Como se puede apreciar, es una reproducción del 1265 antes mencionado, si no fuera porque no incluye el supuesto de error. No obstante, esta diferencia puede justificarse si se tiene en cuenta que lo que hace el artículo es proteger al testador frente a influencias externas, sin pararse a regular vicios internos que repercuten en el “cabal juicio” y ya están previstas sus consecuencias en otros preceptos del Código Civil. Asimismo, queda recogido en el artículo 12 de la Convención, donde se establece que debe garantizarse el respeto a “*los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*” y que “*no haya conflicto de intereses ni influencia indebida*”.

Para asegurar que no hay influencia indebida, la medida más eficaz, es el control por el Notario encargado de autorizar el documento. Para ello, es habitual la práctica notarial de recibir y establecer la comunicación con el otorgante, sin estar presentes otras personas que le hayan acompañado, muy especialmente si estas son beneficiadas por las disposiciones del documento en cuestión. Es decir, en este punto es de especial importancia tomar la precaución de recabar la intervención de otras personas para ayudar al testador a otorgar testamento, lo que puede unirse a la regulación sobre las incapacidades para actuar como testigos del artículo 682 CC -los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, los parientes de sus cónyuges dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad-, pues carece de lógica que alguien no pueda ser testigo pero pueda apoyar al testador en el otorgamiento del testamento. Consecuentemente, se entiende que a pesar de que no actúe estrictamente como testigo, el Notario no debe admitir su presencia en el proceso de comunicación y conformación de la voluntad del otorgante.

¹⁰⁸ VAQUER ALOY, A., “Libertad de disponer y testador vulnerable”, en CUENA CASAS, M. (coord.), ANGUITA VILLANUEVA, L.A., ORTEGA DOMÉNECH, J., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, 2013, pág. 1778.

La principal consecuencia de la captación de la voluntad es la nulidad del documento. No obstante, para llegar a tal conclusión, en virtud del principio *favor testamenti*, la justificación del vicio de voluntad debe probarse, al igual que ocurre en los casos de falta de capacidad del otorgante, no bastando las meras presunciones. Para probarlo, una vez probados los hechos de intento de influencia, podrá presumirse la consecuencia de captación de la voluntad. De modo que, a pesar de haber situaciones que hagan sospechar de una posible influencia, ninguna funciona como presunción de esta, sino que ha de probarse el efectivo intento de captación.

2.4.2. Situaciones que dan lugar a sospecha de influencia indebida

2.4.2.1. Disposiciones “no naturales”

Se entiende por “disposición no natural” aquella realizada por un testador vulnerable en favor de extraños, revocando otra anterior en la que favorecía a sus parientes o dejando a estos sin ninguna expectativa sucesoria que pudieran tener. No obstante, es importante destacar que, a pesar de intentar proteger a los testadores vulnerables ante estas situaciones, ellos tienen el derecho y la libertad de beneficiar, si lo hacen libre y conscientemente, a quien quieran, especialmente si lo hacen a quienes han cumplido un papel que sus parientes no estaban dispuestos a representar. Por otro lado, no sorprende que este tipo de disposiciones se consideren sospechosas y hagan saltar las alarmas en nuestra sociedad y concretamente, en el contexto de nuestro Ordenamiento Jurídico, pues es propio del Derecho Civil común rendir culto al parentesco, tal y como hace con el sistema de legítimas que en él se establece.

Por tanto, se da importancia aquí a dos cuestiones que pueden presentarse de forma independiente o conjunta: por un lado, revocar un testamento anterior y otorgar nuevo testamento con un criterio considerablemente diferente; por otro lado, realizar disposiciones *mortis causa* a favor de un extraño habiendo familiares vivos.

Sobre la primera cuestión, analizando la jurisprudencia, hay resoluciones que otorgan al cambio de criterio del testador de un testamento a otro gran valor a la hora de realizar un análisis sobre la sanidad de su juicio o la posible influencia que sobre el testador vulnerable se haya podido ejercer. En este sentido, la STS de 27 de noviembre de 1995¹⁰⁹ trata un supuesto en el que la testadora instituía heredero universal a uno de sus hermanos, revocando otro testamento anterior en el que también había disposiciones a favor de otros hermanos y sobrinos. El tribunal entiende que resultaría incoherente que no hubiera querido beneficiar en su testamento a aquellos familiares que aparecían en el primero: “la conducta de la actora al testar resulta incongruente con lo que fue toda su vida, antes y después, respecto de aquellos a los que deshereda y a quien favorece”. Sobre esta sentencia RODRÍGUEZ GUTIÁN hace una crítica argumentando que el testamento es un acto esencialmente revocable, por lo que el uso de la facultad de revocar no puede implicar *per se* falta de capacidad del testador o influencia indebida sobre su voluntad, pues puede tratarse simplemente del libre ejercicio de su libertad de testar y de su derecho a revocar un testamento anterior. En este sentido, no deberían los tribunales entrar a apreciar el contenido de las disposiciones en virtud de lo que la sociedad considera “aceptable” o presupone que alguien en sus plenas facultades haría. Consecuentemente, la pregunta que surge es la siguiente: revocar un testamento anterior hecho a favor de unos sujetos determinados ¿es indicativo de la falta de capacidad del testador o de vicio en su voluntad anterior? CABEZUELO ARENAS considera que se

¹⁰⁹ STS de 27-11-1995 (ROJ. 6002 /1995)

ha de ser muy cauteloso si se da una respuesta afirmativa, pues la revocabilidad del testamento es precisamente una característica fundamental de la regulación de los testamentos en el Código Civil: “*el testamento es un negocio que es esencialmente revocable*” (art. 737 CC). Pero siempre y cuando tal cambio tenga una razón lógica, no considera que sea indicio de falta de capacidad o influencia en el testador. En la sentencia que se está analizando, el tribunal alega ausencia de motivo o razón que lo justifique, porque mantenía una relación cercana con los desheredados; no obstante, CABEZUELO ARENAS apunta que en ausencia de legitimarios y por respetuoso que sea el trato con otros familiares, nada garantiza que estos sean los preferidos por el causante a la hora de ordenar su sucesión, pues puede actuar por otros móviles sin que nadie haya de poner en duda su cordura: su ánimo de contribuir a obras benéficas, su deseo de sacar de la miseria a personas que le han ayudado, especialmente en el caso de que los parientes desheredados no tengan necesidades económicas¹¹⁰. En este sentido se pronuncia la STS de 1 de febrero de 1956¹¹¹ en la que se desestima el caso de influencia indebida sobre un anciano de ochenta años que otorgó nuevo testamento instituyendo a otra persona heredera, determinando que la voluntad testamentaria es mudable hasta la muerte sin que esa variación sea indicativa *per se* de falta de juicio.

En cuanto a la segunda cuestión, referente a realizar disposiciones testamentarias a favor de extraños, GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART¹¹² comentan que, en lo tocante a los familiares, a unos ya les protege el sistema de legítimas y respecto al resto consideran inaceptable limitar un derecho consagrado por el art. 33 CE para beneficiar a quienes sucederían *ab intestato* sin ser legitimarios, pues “no tienen un interés jurídicamente protegible que deba pasar por delante de la propia voluntad del testador”.

Por su parte, añade CABEZUELO ARENAS que, si bien sería entendible que amigos recibieran ciertos legados, aquéllos se tornan “no naturales” cuando el beneficio acapara prácticamente la totalidad de la herencia a costa de desplazar a los parientes. Añade así ciertos ejemplos, como el de que parece resultar inconcebible para un hombre medio que alguien prefiera favorecer a una institución antes que a su propio hijo, o que un soltero que mantiene un trato afable con sus sobrinos, acabe por legar sus bienes a un vecino al que conoció hace tan sólo unos meses y que hacía las veces de cuidador o al menos supervisaba el estado en que se hallaba.¹¹³

El Código Civil considera lógica e incluso regula la desheredación de familiares cuando se da ruptura del vínculo¹¹⁴; en cambio, cuando los familiares aún vivos no son legitimarios y se otorga testamento en favor de un extraño, parece que es necesaria una justificación al respecto, porque tanto a los Jueces como a la sociedad les cuesta trabajo aceptar que, habiendo sido designados en un testamento anterior ciertos familiares que carecen de la cualidad de legitimarios (anciano soltero y sin descendencia que lega los

¹¹⁰ CABEZUDO ARENAS, A.L., “Revocar un testamento...”, ob.cit., pág.4.

¹¹¹ STS de 01-02-1956

¹¹² GÓMEZ LAPLAZA, C., y DÍAZ ALABART, S., “La capacidad testamentaria de los incapacitados” en GARCÍA RUBIO M.P (dir.) y DOMINGUEZ DUELMO A.(dir.), HERRERO OVIEDO M. (coord.), *Estudios de derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F.Torres García*, Wolters Kluwer., 2014, pág. 543.

¹¹³ CABEZUDO ARENAS, A.L., “Revocar un testamento...”, ob.cit., pág.3.

¹¹⁴ El art. 893.2 CC permite la desheredación de hijos y descendientes si ha habido “maltrato de obra”. Este maltrato, se entiende que incluye el maltrato psicológico y este, a su vez, incluye el abandono o menosprecio del anciano.

bienes a sus sobrinos) se prefiera en el último momento a personas ajenas al círculo familiar¹¹⁵. De este modo, concluye CABEZUDO ARENAS, la importancia que se otorga al parentesco es excesiva y, por las razones que se acaban de exponer, absolutamente incoherente.

2.4.2.2. Centros asistenciales y cuidadores profesionales (Derecho civil común y catalán)

Tal y como VAQUER ALOY¹¹⁶ afirma, el supuesto de hecho de los testamentos otorgados por personas mayores a favor de sus cuidadores es especialmente problemático, por el riesgo de que su voluntad haya podido ser captada por estos para perseguir la satisfacción de sus propios intereses. Analizando el Derecho comparado, se ve cómo otros ordenamientos establecen soluciones *ex ante* a modo de prevención, bien impidiendo la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que el legislador considera que gozan de una posición desde la que poder ejercer una influencia perniciosa en la voluntad del testador, bien estableciendo determinadas medidas a seguir ante esos supuestos. El ordenamiento español, en cambio, se limita a ofrecer una solución *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales¹¹⁷.

El Derecho catalán de sucesiones, por su parte, sí ha introducido un mecanismo *ex ante* de protección de la libertad de testar de testadores especialmente vulnerables específico para aquellos casos en los que se establezcan disposiciones en favor del centro asistencial en que se encuentra o de sus cuidadores profesionales (art. 412-5.2 CCCat). Esta protección consiste en que dichas personas solo podrán ser favorecidas en la sucesión si esta “*es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio*”. De este modo, conllevaría también como medida adicional la intervención de Notario, pudiendo este ejercer un control de capacidad que permita valorar si su voluntad es libre o ha sido influenciada por el cuidador. El legislador, al usar el adjetivo “profesional”, permite que la restricción no se aplique a los familiares que de modo altruista se hacen cargo de alguien; además, al tratarse de una norma prohibitiva, no cabrá su aplicación analógica a casos que puedan considerarse similares (por ejemplo, enfermeras o médicos).

2.4.2.3. Confesores

El Código Civil, en un intento de proteger la libertad del testador evitando las posibles influencias externas que sobre su voluntad puedan recaer, regula lo siguiente en el artículo 752 CC, el cual se ha mantenido con la misma redacción desde su promulgación en el año 1889: “*No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto*”.

¹¹⁵ CABEZUDO ARENAS, A.L., “Revocar un testamento...”, ob.cit., pág.12.

¹¹⁶ VAQUER ALOY, A, “La protección...”, ob.cit., pág. 348.

¹¹⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., “Artículo 752”, en CAÑIZARES LASO A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011, p. 616.

En cuanto al ámbito objetivo de este artículo, solo comprende las disposiciones mortis causa y patrimoniales y, como ZURILLA CARIÑANA detalla, la doctrina ha entendido que los legados de carácter módico no incurren en la prohibición del artículo¹¹⁸.

En lo referente al ámbito subjetivo del precepto, se interpreta que la prohibición afecta al clero regular y al secular, así como al “falso” sacerdote (el que se hiciera pasar por tal). Lo llamativo es que no se establece ninguna excepción para los casos en los que el sacerdote es pariente del causante, como ocurre por ejemplo en el Derecho civil catalán con la prohibición de testar a favor del cuidador profesional (gracias al adjetivo profesional). Asimismo, es muy importante y ha sido discutida por la doctrina y jurisprudencia la interpretación que se ha de dar a los términos “*iglesia, cabildo, comunidad o instituto a que pertenezca el confesor*” y su posible interpretación extensiva a otras religiones. La jurisprudencia tradicionalmente ha hecho una interpretación restrictiva por ser una norma prohibitiva y por su interpretación en favor del principio *favor testamenti*¹¹⁹; no obstante, parte de la doctrina y jurisprudencia reciente se ha mostrado menos restrictiva, haciendo una interpretación analógica que alcance a los ministros de culto de otras confesiones religiosas, justificando que solo así se lograría una interpretación conforme a la libertad de cultos y a la Constitución Española, pues todas las religiones ofrecen algún tipo de auxilio frente a la inminente muerte, existiendo por tanto una identidad de razón. Sobre este último punto, en concreto la STS de 19 de mayo de 2015¹²⁰ se pronunció en este sentido: “*en la actualidad la obligada interpretación constitucional del precepto extiende su aplicación no sólo a los sacerdotes católicos, sino también a los de cualquier otra confesión religiosa*”.

En lo que a los presupuestos se refiere, la confesión debe ser probada y el testamento debe ser posterior a esta y producirse durante la última enfermedad -entendida esta como “la existente al otorgar el testamento, tras ser confesado por el sacerdote y no necesariamente el acontecimiento que provoca la muerte”¹²¹-. El elemento más importante es la imposibilidad de revocación del testamento otorgado bajo la influencia del captador, debido a la posterior muerte.

En cuanto a la presunción de influencia indebida que la situación genera, al tratarse de una prohibición preventiva parece claro que se trataría de una presunción *iuris et de iure*, que no permite la posibilidad de prueba en contra. Parte de la doctrina, en cambio, parece llegar a la conclusión contraria (por ejemplo, DÍAZ ALABART, defiende que el 752 CC contiene una presunción *iuris tantum*). Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el TS en la Sentencia de 19 de mayo de 2015, mostrándose a favor de la presunción *iuris tantum*: “habida cuenta de que la finalidad de la norma no es otra que la preservación de la libre voluntad querida por el testador, debe descartarse la interpretación que, de un modo absoluto, aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario”.

¹¹⁸ ZURILLA CARIÑANA, “Comentario al artículo 752” en *Comentarios al Código civil, t. IV*, Valencia, 2013, pág. 5618.

¹¹⁹ CARRIÓN, S., “Algunas consideraciones en torno al 752 del Código Civil”, *RDP*, 1998, p. 608 y ss.

¹²⁰ STS 19-05-2015 (ROJ 2451/2015)

¹²¹ STS 19-05-2015 (ROJ 2451/2015)

2.4.3. La doctrina de la undue influence en EEUU

2.4.3.1. Concepto

En el Derecho norteamericano existe un remedio específico para casos en los que la libre voluntad del testador es alterada o suplantada por un tercero, sin que medie ni engaño ni violencia o amenazas, que constituyen vicios específicos de la voluntad testamentaria¹²². Ha sido en los Estados Unidos donde más extensamente se ha desarrollado esta doctrina, pero es conocida igualmente en la jurisprudencia inglesa y australiana, aunque no se ha aplicado con tanta intensidad¹²³.

Se trata de una doctrina que surge para dar respuesta a los abundantes procesos judiciales cuyo objeto es la influencia de un tercero sobre la voluntad testamentaria de una persona vulnerable, con el propósito de proteger la autonomía y libertad de elección del testador, aunque recibe abundantes críticas respecto a la consecución de tal fin.

2.4.3.2. Elementos

Según MADOFF¹²⁴, son cuatro los elementos que la jurisprudencia americana tiene en cuenta para determinar si se trata de un caso de *undue influence*:

1. la existencia de una relación de confianza entre el testador y quien ejerce la influencia;
2. la intervención de esta persona de confianza en la redacción del testamento o en su otorgamiento;
3. el testador era susceptible de *undue influence* (se correspondería con la descripción otorgada en este trabajo al “testador vulnerable”);
4. el testamento incluye alguna disposición “no natural” a favor de la persona de confianza (cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada más probabilidades de *undue influence*).¹²⁵

Como resultado, se obtiene un testamento con disposiciones distintas a las que hubiera tenido si un tercero no hubiera influenciado al causante, por lo que el resultado es el mismo que en el caso del dolo testamentario y la intimidación, pero en este caso no se dan los presupuestos de engaño ni de violencia, sino que se ha logrado ejercer influencia sobre la voluntad del causante mediante lisonjas o causando un temor a desagradar a la persona beneficiada.¹²⁶

Además de los cuatro elementos expuestos, la jurisprudencia tiene en cuenta una pluralidad de criterios: la relación de confianza existente entre la persona influenciada y la influenciadora, la participación del beneficiado en la preparación o el otorgamiento del testamento, las condiciones personales del testador...

¹²² VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág.1768, citando a MADOFF RAY, D., “Unmasking Undue Influence”, *Minnesota Law Review*, 1997, p. 579-580.

¹²³ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág.2, pie de página 7.

¹²⁴ MADOFF RAY, D., “Unmasking Undue Influence”, *Minnesota Law Review*, 1997, págs. 56 y ss.

¹²⁵ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág.3.

¹²⁶ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág.8, citando a MADOFF RAY, D., “Unmasking Undue Influence”, *Minnesota Law Review*, 1997, pág.263.

En lo referente a la prueba, como VAQUER ALOY¹²⁷ explica, es necesariamente indirecta o indiciaria, pues el testador ya no puede prestar su testimonio. No obstante, parte de la doctrina considera que hay presunción de *undue influence* cuando el causante era susceptible de ella, el beneficiado tuvo la oportunidad de ejercerla y se observa un resultado explicable por esta influencia.

En cuanto a la capacidad de testar, no es uno de los elementos de la *undue influence*, pues esta no implica que quien otorga testamento no cuente con la capacidad necesaria para hacerlo, si bien es cierto que junto con la alegación de influencia indebida suele presentarse la de la falta de capacidad del testador, para tener más posibilidades de alcanzar un resultado de impugnación del testamento.

2.4.3.3. Crítica de la doctrina de la *undue influence*

La doctrina de la *undue influence* es muy criticada por la doctrina occidental, pues da pie a la introducción de criterios morales y sociales sobre cuáles son las decisiones “normales” o “correctas” que el causante debía haber tomado para decidir si declararlas nulas o no. De esta forma, parece que lejos de favorecer la libertad de testar, que debía ser el principal objetivo, atenta contra esta, juzgando las disposiciones “no naturales” y favoreciendo las que benefician a los familiares. En esta línea, MADOFF¹²⁸ considera que supone denegar la libertad de testar a quienes se apartan de las normas judicialmente asentadas de reparto de la riqueza a la muerte, en particular la norma no escrita de que los bienes deben ir a parar a los familiares.

Asimismo, se entiende que el hecho de otorgar testamento en favor de alguien revela la intención de apartarse del reparto *abintestato* establecido en la normativa; pero, en caso de que prospere la impugnación, la herencia se reparte en base a las normas de la sucesión intestada, por lo que no solo su voluntad acaba siendo ignorada, sino que encima acaban aplicándose aquellas disposiciones que el causante pretendía evitar. Sobre este punto, SCALISE¹²⁹ señala que es una ironía que el estándar del carácter natural de la ordenación de la sucesión sea su acomodación a las reglas de la sucesión intestada que son precisamente las que quiso evitar que se aplicaran quien otorgó testamento, llegándose incluso a cuestionar la oportunidad de testar a favor de quien no es destinatario natural de la herencia por la alta probabilidad de que el testamento acabe por ser ineficaz.

3. Mecanismos de protección para el testador vulnerable en el Derecho español

Ninguno de los Derechos civiles españoles recoge una figura similar a la *undue influence* norteamericana. Esto no significa, sin embargo, que el testador vulnerable quede completamente desprotegido ante la posible captación de su voluntad por parte de personas que desean obtener alguna atribución *mortis causa*. Al contrario, existen una multiplicidad de expedientes que, funcionalmente, pueden desempeñar un papel similar¹³⁰.

¹²⁷ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág.8.

¹²⁸ MADOFF RAY, D., “Unmasking Undue Influence”, *Minnesota Law Review*, 1997, pág. 56 y ss.

¹²⁹ VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc., II, pág. 336 citando a SCALISE, “Undue Influence”, pág. 58.

¹³⁰ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág.1770.

Esta materia se trata, para la generalidad de los negocios jurídicos, en el artículo 1.265 del Código Civil (*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*) y los que lo desarrollan. En materia testamentaria, en cambio, la norma de referencia es el artículo 673 (*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*), que reproduce al anterior, salvo que aquél incluye también el error. Esta discrepancia queda explicada si entendemos que lo que hace el artículo es proteger al testador frente a influencias externas, sin centrarse en los vicios internos que repercuten en el “cabal juicio” y se recogen en supuestos *ad hoc* en otras normas.

3.1. Vicios del consentimiento

3.1.1. El dolo

Para concretar el significado del dolo como vicio de la voluntad testamentaria, tal y como MESA MARRERO¹³¹ explica, la doctrina suele recurrir a los preceptos que regulan el dolo como vicio de la voluntad contractual (arts. 1269 y 1270 CC), señalando el dolo testamentario existe “cuando se emplean palabras o maquinaciones insidiosas que inducen al declarante a otorgar una disposición que en otro caso no hubiera otorgado”. El concepto de “maquinaciones insidiosas” es muy amplio y genera problemas de interpretación; a este respecto, la jurisprudencia del TS ha establecido lo siguiente: “no solo manifiestan el dolo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”¹³². En este sentido, la jurisprudencia menor también se ha pronunciado; por ejemplo, la SAP A Coruña de 18 de marzo de 2009¹³³ explica que, “a falta de una definición del dolo testamentario, como vicio de la voluntad, la jurisprudencia acude por analogía a la descripción del mismo que hace el mismo Código Civil para los contratos. Así, el art. 1269 refiere hay dolo cuando con palabras y con maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. Por lo que el dolo testamentario existiría en el caso de que con palabras o maquinaciones insidiosas se induzca a una persona a otorgar un testamento en un sentido totalmente diverso del que hubiera otorgado de no haberse producido la captación de la voluntad del testador”.

Por lo tanto, el dolo está basado en el engaño, característica que lo diferencia de la mera captación de la voluntad mediante “influencia indebida”, que consiste principalmente en la presión –sin ser constitutiva de intimidación ni de violencia– que se ejerce indebidamente sobre el testador¹³⁴.

La STS de 28 de septiembre de 2011¹³⁵, aunque tiene como objeto una donación, establece el dolo como vicio invalidante de la voluntad, declarando su nulidad por dolo del donatario (hijo de la donante), ya que este preparó el otorgamiento de una escritura de donación de varios inmuebles a él y a los nietos de la donante, cuando ella estaba dispuesta a la donación de un único inmueble, poniendo el énfasis en la relación de dependencia emocional de la donante con su hijo, y concluyendo que es necesario que

¹³¹ MESA MARRERO, C., *La capacidad...*, ob.cit., págs 67-68

¹³² STS 28-09-2011 (ROJ: 6046/2011)

¹³³ SAP A Coruña 18-03-2009 (ROJ: SAP C 434/2009)

¹³⁴ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág. 1772.

¹³⁵ STS 28-09-2011 (ROJ: 6046/2011)

“el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva”. Como concluye VAQUER ALOY¹³⁶, es evidente que la misma *ratio* puede aplicarse a los testamentos, teniendo en cuenta que el dolo figura entre los vicios de la voluntad testamentaria (art. 673 CC).

3.1.2. La intimidación y violencia

El artículo 673 CC establece que será nulo el testamento otorgado con violencia, sin hacer referencia a la intimidación (en ninguno de sus grados), como ocurre en otros ordenamientos como el Código Civil de Cataluña, que determina la nulidad del testamento otorgado con “violencia o intimidación grave” (art. 422-1.1 CCCat.). Por su parte, tanto doctrina como jurisprudencia concuerdan en que el término “violencia” comprende la coacción moral intimidatoria¹³⁷.

Para apreciar tanto la intimidación como la violencia, es importante tener en cuenta las circunstancias de la persona causante de la violencia o intimidación y las de la víctima.

A pesar de haber poca jurisprudencia al respecto, es destacable la STSJ Cataluña de 8 de abril de 2010, que trata el supuesto de una testadora vulnerable (por edad avanzada) que testa a favor de su hija, cambiando un testamento anterior que había otorgado a escondidas de esta (para revocar un primero en el que también favorecía a esa hija). En la sentencia se explica cómo “cabe presumir fundada y racionalmente que si la Sra. Vidal había obligado a su nonagenaria madre, que siempre había mantenido la misma línea de sucesión, a cambiar un testamento en el año 2000, como ella misma se había encargado de explicar en vida a sus allegados y el cual, no obstante el control al que estaba sometida, logró volver a cambiar en el año 2001, mostrándose satisfecha con dicho cambio, el nuevo testamento tuvo el mismo origen, –la presión ejercida por la hija beneficiada –ya que ninguna circunstancia distinta se había producido – ni se intentó explicar siquiera por las demandadas– que motivasen el cambio de la que siempre había sido su voluntad, lo que viene corroborado por las anómalas circunstancias en que se produjo el otorgamiento del nuevo testamento en la clínica Platón en marzo del 2002, con discusiones previas entre madre e hija y el aislamiento al que, una vez otorgado éste, estuvo sometida la causante por su hija y su nieta”, más aun cuando se estima probado que se apartó “a la causante de su entorno y sometiéndola a una estrecha vigilancia que incluía escuchas detrás de la puerta y obligación de la cuidadora de explicar el contenido de las conversaciones que tenía con la viuda de su hijo, madre de los actores, cuando iba a visitarla hasta el momento en que se impidieron incluso dichas visitas”. De este modo, como aprecia VAQUER ALOY¹³⁸, se observa cómo un supuesto de la captación de la voluntad de la causante puede reconducirse, por las peculiaridades del supuesto –la violencia moral, de acuerdo con los hechos probados, parece evidente– por el cauce de la nulidad por intimidación.

3.2. Los vicios formales del testamento

En ocasiones, cuando no se consigue probar vicio en el consentimiento, la jurisprudencia ha optado por la solución de recurrir a los requisitos formales del

¹³⁶ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág. 1771.

¹³⁷ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág. 1773.

¹³⁸ VAQUER ALOY, A., “Libertad de...”, ob.cit., pág. 1773

testamento para anularlo con base en el artículo 687 CC; es decir, aceptar que el testamento no cumple con las formalidades legalmente impuestas y, consecuentemente, decretar su nulidad por incumplimiento de estas.

Este es el caso de la STS de 10 de junio de 2005¹³⁹ en la que el testador, el cual era vulnerable por ser anciano y enfermo grave, otorgó testamento siguiendo la norma establecida para el testamento en peligro de muerte y muriendo pocos días después. Las circunstancias en las que tuvo lugar el otorgamiento fueron, cuanto menos, sospechosas de posible influencia o dolo que alterara la voluntad del causante: el testador se hallaba ingresado en un centro geriátrico, los cinco testigos que intervinieron en el otorgamiento eran empleados de dicho centro y la heredera instituida era la administradora de dicho centro geriátrico. No obstante, el tribunal niega la existencia de captación de la voluntad del causante y declara nulo el testamento por incumplimiento de formalidades.

V. CONCLUSIONES

1. El Código Civil establece la presunción general de capacidad para testar, afirmando que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. En cuanto a la prohibición, se dirige a los menores de 14 años y a aquellos que no se hallen en su cabal juicio. Por tanto, el requisito de capacidad para los testamentos es menos restrictivo que el de capacidad genérica (18 años).

2. Para romper tal presunción, quien alegue la incapacidad deberá probarla, demostrando de forma inequívoca la falta de raciocinio del testador en el momento del otorgamiento, no siendo suficiente las meras presunciones o conjeturas. No hay problema cuando la causa es la edad, pues se trata de un dato objetivo; en cambio, cuando se trata de la ausencia de cabal juicio, es más complicado de determinar, pues es una expresión muy poco precisa.

3. Cuando el legislador habla de “cabal juicio”, no se refiere a “absoluta integridad”, sino a la capacidad suficiente para entender y querer las disposiciones del testamento y saber lo que las motiva. La capacidad necesaria dependerá de la complejidad de las disposiciones, pues no será suficiente el grado de conocimiento básico requerido en los casos de disposiciones simples para aquellas que contengan fórmulas muy complejas, requiriendo estas últimas mayor capacidad de comprensión.

4. A la hora de determinar la ausencia de cabal juicio, no es requisito necesario la previa declaración judicial de incapacitación. De modo que puede haber personas que no se hallen en su cabal juicio (art.663.2º CC) sobre las que recaiga una sentencia de incapacitación y personas sobre las que no. En el caso de existir declaración judicial sobre la capacidad del testador, puede ocurrir que esta se pronuncie sobre la capacidad de testar o no lo haga.

5. En el caso de que exista una declaración judicial de incapacitación pero esta no se pronuncie sobre la capacidad del testador, el Código Civil prevé en el artículo 665 una medida especial para autorizar el testamento: el nombramiento por el Notario de dos facultativos que respondan de la capacidad del testador. Se trata de un mandato imperativo para el Notario, y solo podrá autorizar el testamento cuando los facultativos

¹³⁹ STS 10-06-2005 (ROJ: 3754/2005)

respondan de la capacidad del testador; no obstante, se trata de una presunción *iuris tantum* de capacidad y posteriormente el testamento podrá ser declarado nulo si se prueba suficientemente la falta de capacidad del testador al momento de otorgar testamento.

6. Esta normativa ha de interpretarse necesariamente a la luz de la Convención de Nueva York de 2006, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008, que establece que los países deben reconocer a las personas con discapacidad capacidad jurídica “*en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”, así como “*otorgarles las medidas de protección oportunas*”. Así, la declaración de incapacidad se constituiría como una medida de protección para la persona testadora a la que, en caso de que desee ejercer sus derechos, habrá de brindársele apoyo, pero sin olvidar que sigue siendo titular de estos.

7. Para el resto de declaraciones judiciales sobre la capacidad, es decir, para aquellas que se pronuncian reconociendo expresamente la capacidad de testar o, al contrario, negándola, no existe un precepto específico en el Código Civil. El primer caso no plantea problemas y se acogería el testador a la presunción de capacidad de testar siempre que no se pruebe suficientemente su ausencia; en el segundo caso, se crea un gran debate pues gran parte de la doctrina considera esta decisión de privación del derecho a testar inconstitucional y contraria a la Convención de Nueva York.

8. En lo que al testamento notarial respecta, siendo este el más extendido, el notario tiene la obligación de realizar un juicio de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento, garantizando que tiene la capacidad suficiente para realizar ese acto, así como de dejar constancia de este hecho en el testamento. En ocasiones, como la prevista en el artículo 665 CC, tiene la obligación de adoptar determinadas medidas como el nombramiento de facultativos que verifiquen la capacidad del otorgante; en el resto de casos, podrá valerse de su criterio, no siendo tal nombramiento o cualquier otra medida preceptivos. En cuanto al alcance de su decisión, tal y como detalla el Código Civil, el Notario determina que “a su juicio” el testador tiene capacidad suficiente, de modo que no deja de ser una apreciación subjetiva que admite prueba en contrario, aunque los tribunales le otorgan gran valor dándole rango de “enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud”. En caso de que posteriormente resulte probada la ausencia de capacidad del testador al tiempo de otorgar testamento y, consecuentemente, este sea declarado nulo, cabría considerar al Notario responsable civilmente en virtud del artículo 1902 CC o abrirle un expediente de corrección disciplinaria, pero la realidad, tras analizar la jurisprudencia, denota que no es achacable ninguna responsabilidad, pues, como bien establece el Código Civil, se trata de su opinión subjetiva, además de no contar con formación médica para detectar ciertos casos de ausencia de cabal juicio.

9. En el ámbito sucesorio rige el principio *favor testamenti* como una proyección del principio *favor contractus* particularizada a los negocios jurídicos *mortis causa*. En base a este principio, el testamento recoge la que es la verdadera voluntad del testador y, por tanto, ha de protegerse su contenido con especial énfasis, interpretando la normativa en el sentido más favorable para que el testamento produzca efectos.

10. No hay una definición exacta de testador vulnerable, pero las circunstancias que generan vulnerabilidad podrían dividirse en dos grupos: factores personales (ancianidad,

discapacidad, enfermedad...) y factores provocados por terceros (influencia, aislamiento, provocación de miedos...). En ocasiones, la existencia de factores personales determina el éxito de los generados por terceros. El ordenamiento jurídico debe salvaguardar los derechos de estas personas para proteger su derecho a testar. No obstante, se debe buscar un equilibrio entre esta protección y la autonomía, sin llegar a privarles de su derecho.

11. Las principales causas personales que plantean problemas a la hora de determinar la capacidad de testar de una persona, suelen ser la ancianidad, la discapacidad (física o intelectual) y la depresión, esta última menos común pero cada vez más abundante en la sociedad actual. En cuanto a la ancianidad, es una situación limítrofe entre la plenitud de facultades mentales y la carencia de cabal juicio, pero esta por sí misma no equivale a falta de cabal juicio, por lo que habrá que ver en cada situación si alcanza el grado de demencia senil o es simplemente una leve alteración de sus facultades psíquicas. En lo referente a las discapacidades físicas, la tendencia es facilitar la posibilidad de otorgar consentimiento al testador, sin dar especial importancia a la formalidad (vía o método para otorgar el consentimiento). En cuanto a la depresión, genera situaciones como pueden ser el internamiento en un centro psiquiátrico o el suicidio, pero ni uno ni otro rompen la presunción de capacidad de testar del otorgante; en el primer caso, esta será evaluada por el notario al tiempo del otorgamiento; en el segundo, si alguien solicita la nulidad por falta de capacidad del otorgante, deberá probarla basándose en argumentos distintos de su posterior suicidio, pues este no se considera prueba de ausencia de cabal juicio.

12. La vulnerabilidad del testador en muchas ocasiones da lugar al intento de sacar beneficio por parte de terceros, aunque puede captarse la voluntad del causante con independencia de su vulnerabilidad. Para otorgar consentimiento válido, además de entender y conocer las disposiciones, hay que quererlas, de modo que se requiere tanto conocimiento como voluntad. Por ello, la voluntad del testador no puede estar influenciada por terceros, sino ser propia de este. En este sentido, hay situaciones que generan automáticamente la sospecha de existencia de influencia indebida: las disposiciones no naturales, las disposiciones hechas a favor de centros asistenciales y cuidadores profesionales del causante y la hecha a favor de los confesores religiosos. Estas últimas, en caso de establecerse, no tendrán efecto en base al artículo 752 CC. En cuanto a los otros dos casos, a pesar de que en el Derecho comparado sí existe normativa que declara nulas las disposiciones en ese sentido, no es el caso del ordenamiento español, limitándose a determinar su nulidad, en caso de ser necesario, con base en los vicios del consentimiento.

13. Se consideran disposiciones no naturales aquellas realizadas por un testador vulnerable en favor de un extraño, revocando otra anterior en la que favorecía a sus parientes o dejando a estos sin expectativa sucesoria. A pesar de que el objetivo sea proteger a los testadores vulnerables, estos deben tener derecho para beneficiar en testamento a quienes consideren, siempre que lo hagan de forma libre y consciente, de modo que la disposición "no natural" no genera *per se* nulidad de la disposición, sino que ha de probarse suficientemente la existencia de influencia indebida.

14. En el Derecho norteamericano existe un remedio específico al respecto: la doctrina de la *undue influence*. Esta se basa en la existencia de cuatro elementos (relación de confianza entre el testador y quien ejerce la influencia, intervención de esta persona en la redacción del testamento, vulnerabilidad del testador y existencia de disposiciones “no naturales” en el testamento a favor de la persona que presuntamente ejerce la influencia) de los que se deduce influencia indebida sin necesidad de prueba. Es una doctrina muy criticada, pues da lugar a la introducción de criterios morales y sociales sobre cuáles son las decisiones “normales” que el causante debía haber tomado. De esta forma, parece que lejos de protegerla, atenta contra la libertad de testar.

14. Frente a la doctrina norteamericana de la *undue influence*, los mecanismos previstos en el Código Civil español para proteger al testador vulnerable son la nulidad por vicios del consentimiento (dolo, intimidación y violencia) y los vicios formales del testamento, estos últimos utilizados como último recurso en caso de imposibilidad de probar el vicio del consentimiento para poder lograr la nulidad (art. 687 CC).

15. En mi opinión, nunca debería privarse a una persona de su derecho a testar, ni por motivo de ausencia de capacidad determinada en una declaración judicial de incapacitación previa ni por motivo del contenido “no natural” de las disposiciones testamentarias.

En lo referente a la declaración judicial de incapacitación, supondría negar la evolución en las personas, que en muchas ocasiones tienen momentos de lucidez o incluso recuperan el juicio para un largo periodo de tiempo cuando médicamente se había considerado imposible. De modo que, teniendo en cuenta que la capacidad ha de valorarse en el momento preciso del otorgamiento, no creo que pueda considerarse constitucional negar el derecho a testar de alguien de manera permanente.

En cuanto a las disposiciones “no naturales”, considero que no deberían suponer ni tan siquiera un mayor análisis por parte del Notario, pues la persona causante es totalmente libre para designar beneficiario a quien considere. Es más, tan solo el hecho de etiquetarlas como antinaturales, es contrario a la libertad de testar, pues el causante puede tomar la decisión de no testar en favor de alguien por temor a que se declare nulo el testamento y se abra la sucesión legal, que es precisamente la que se pretende evitar mediante el otorgamiento del testamento. De modo que el Notario, como en cualquier situación, debe analizar su capacidad, comprobar que realmente quiere testar en favor de quien lo hace por unos motivos claros, pero este procedimiento debería llevarse a cabo frente a cualquier testamento, con cualquier tipo de disposición.

Por último, para reducir la litigiosidad del asunto, propondría una regulación más clara y detallada, así como la obligatoriedad por parte del Notario de recurrir a facultativos siempre que un primer análisis del testador pueda llegar a suscitar dudas de su capacidad de testar, aun cuando no exista declaración judicial previa de incapacitación sobre este.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A., *Introducción al derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2013.
- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J., “Captación de voluntad en los testamentos y prohibición de confesores de Roma a la actualidad”, *Glossae* 14, 2017.
- CABEZUDO ARENAS, A.L., “Revocar un testamento anterior hecho a favor de unos parientes para beneficiar a un extraño...¿es indicativo de falta de capacidad del testador o de vicio en su voluntad?”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº5, 2017.
- CAROL ROSÉS, F., “Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad”, *RCDI*, nº. 7654, págs. 3242-3265.
- CARRIÓN, S., “Algunas consideraciones en torno al 752 del Código Civil”, *RDP*, 1998, p. 608 y ss.
- DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE LA IGLESIA MONJE M.I., “Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de *favor testamenti*”, *RCDI*, nº. 742, págs. 603-619
- GARCÍA RUBIO, M.P., “Artículo 752”, en CAÑIZARES LASO A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011, p. 616.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988.
- MESA MARRERO, C. , *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- NIETO ALONSO, A., “CAROLINA MESA REMERO: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 1, 2018, pp. 251-267.
- OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada* , Comares, Granada, 2001.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., *La Capacidad Para Testar, Especial Referencia al Testador Anciano*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- VAQUER ALOY, A, “La protección del testador vulnerable”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc, II, págs 327-368.
- VAQUER ALOY, A., “Libertad de disponer y testador vulnerable”, en CUENA CASAS, M. (coord.), ANGUITA VILLANUEVA, L.A., ORTEGA DOMÉNECH, J., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, 2013.
- VAQUER ALOY, A., “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 3, 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

VERDERA IZQUIERDO, B., “La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas”, *RCDI*, nº. 744, págs. 1635-1660.

ZURILLA CARIÑANA, “Comentario al artículo 752” en *Comentarios al Código civil*, t. IV, Valencia, 2013.

JURISPRUDENCIA

STS 28-09-2018 (ROJ: /2018)

STS 07-07-2016 (ROJ 3123/2016)

STS 08-04-2016 (ROJ: 1627/2016)

STS 10-09-2015 (ROJ: 4912/2015)

STS 26-06-2015 (ROJ: 3164/2015),

STS 19-05-2015 (ROJ 2451/2015)

STS 22-01-2015 (ROJ: 195/2015)

STS 15-01-2013 (ROJ: 1153/2013)

STS 20-03-2012 (ROJ: 1691/2012)

STS 28-09-2011 (ROJ: 6046/2011)

STS 11-12-2009 (ROJ: 7509/2009)

STS 29-04-2009 (RJ 2901/2009)

STS 29-10-2008 (ROJ: 5541/2008)

STS 26-04-2008 (ROJ: 2218/2008)

STS 04-10-2007 (ROJ: 6397/2007)

STS 10-06-2005 (ROJ: 3754/2005)

STS de 22-01-2005 (ROJ: 195/2005)

STS 24-11-2004 (ROJ: 7647/2004)

STS 31-03-2004 (ROJ: 171/2004)

STS 29-03-2004 (ROJ: 2152/2004)

STS 19-09-1998 (ROJ: 5223/1998)

STS 18-05-1998 (ROJ: 3376/1998)

STS 12-05-1998 (ROJ: 3062/1998)

STS 18-03-1988 (ROJ: 10355/1988)

STS 27-01-1998 (ROJ 394/1998)

STS 27-11-1995 (ROJ: 6000/1995)

STS 26-04-1995 (ROJ: 2351/1995),

STS 22-06-1992 (ROJ: 4970/1992)

STS 30-11-1991 (ROJ: 10285/1991)

STS 10-04-1987 (ROJ: 8952/1987)

STS 1-02-1956

STS 25-10-1928

SAP Málaga 15-03-2010 (ROJ: SAP MA 2717/2010)

SAP Navarra 18-06-2009 (ROJ: SAP NA 832/2009)

SAP A Coruña 18-03-2009 (ROJ: SAP C 434/2009)