



NAZIOARTEKO
BIKAINTRASUN
CAMPUSA
CAMPUS DE
EXCELENCIA
INTERNACIONAL

TRABAJO DE FIN DE GRADO DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

2018/2019

**LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE
LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD
MODIFICADA JUDICIALMENTE**

TRABAJO REALIZADO POR SARA VALPARÍS ROMERO
DIRIGIDO POR GORKA HORACIO GALICIA AIZPURUA

Bilbao, 16 de mayo de 2019



Zuzenbide Fakultatea
Facultad de Derecho

RESUMEN: En la doctrina actual se plantea la cuestión de si un juez puede o no pronunciarse acerca de la capacidad testamentaria de una persona hasta el punto de poder privarle expresamente del derecho a otorgar testamento en una resolución judicial. Ello supondría que el incapacitado no podría disponer *mortis causa* de sus bienes de ninguna forma, no pudiendo acudir al trámite previsto en el art. 665 CC, ni aunque pasara por un intervalo lúcido. En este trabajo se analiza el régimen del Código Civil español en la materia, prestando especial atención al indicado problema.

PALABRAS CLAVE: capacidad de obrar, capacidad para testar, testamento, modificación judicial de la capacidad.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR.....	4
III. EL JUICIO NOTARIAL SOBRE LA CAPACIDAD PARA TESTAR.....	9
IV. CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE	14
1. Supuesto en que la sentencia de incapacitación no se pronuncia sobre la capacidad para testar	15
2. Supuesto en que la sentencia manifieste expresamente la posibilidad de otorgar testamento	17
3. Supuesto en que la sentencia excluye expresamente la posibilidad de otorgar testamento	17
V. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ANTES Y DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	18
1. Testamento otorgado antes de la declaración judicial de incapacitación.....	18
2. Testamento otorgado después de la declaración judicial de incapacitación	20
VI. COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	21
VII. CONCLUSIONES	28
VIII. BIBLIOGRAFÍA	29
IX. RELACIÓN DE SENTENCIAS CONSULTADAS	31

I. INTRODUCCIÓN

Frente a diversas peticiones de nulidad testamentaria en relación a testamentos otorgados en ausencia de capacidad para testar de personas con la capacidad modificada judicialmente, la jurisprudencia ha ido estableciendo una interpretación del art. 665 CC partiendo del respeto a la presunción general de capacidad y al principio del *favor testamenti*. La voluntad testamentaria ha prevalecido frente a impugnaciones de testamentos en aquellos supuestos en los que, a pesar de la concurrencia de dudas razonables acerca de una posible captación de la voluntad, no ha quedado probada de manera concluyente la falta de capacidad en el momento del otorgamiento.

Es una cuestión fundamental en este trabajo que el tratamiento de la capacidad testamentaria de las personas con la capacidad modificada judicialmente ha cambiado desde la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, al haberse ajustado “el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacitación”.¹ Esta reformulación ha inducido a que se planteen propuestas de reforma del art. 665 CC, ya que con su redacción actual se permite a un juez afectar esta esfera de la capacidad posibilitando que una sentencia de incapacitación incida en la capacidad testamentaria eliminándola expresamente. De suerte que mediante este trabajo se procederá a analizar esta cuestión y su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad² para comprobar si el otorgamiento de testamento en intervalo lúcido respetaría la regulación internacional y, por lo tanto, si sería posible una nueva redacción del precepto que preservara el derecho de las personas con la capacidad modificada judicialmente a disponer *mortis causa* de sus bienes en un momento de lucidez.

II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR

El Código Civil español recoge los cauces a través de los cuales se puede ordenar la sucesión *mortis causa*, más concretamente, su artículo 658 señala que la sucesión que se difiere por la voluntad del causante es manifestada a través del testamento; acto por el

¹ Preámbulo de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre.

² Firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008. Entró en vigor en España en fecha de 3 de mayo de 2008.

cual el testador dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte (art. 667 CC). Cabe destacar brevemente las características de este instrumento para la ordenación de la sucesión: en primer lugar, el testamento es un acto unilateral y personalísimo en el que solamente puede concurrir la voluntad del testador para otorgarlo, pues el artículo 670 CC prohíbe la intervención de terceras personas para su formación. Por otra parte, se trata de un negocio jurídico formal o solemne ya que se prevé la nulidad del testamento en caso de inobservancia de las formalidades establecidas (art. 687 CC), y, finalmente, tal y como indica el artículo 737 CC, se trata de una disposición de última voluntad esencialmente revocable, tanto expresa como tácitamente.³ Ello supone que, fallecido el causante sin revocar su testamento, jurídicamente la voluntad en él contenida es la última voluntad, aunque realmente fuera diferente, puesto que podía haberla revocado con absoluta libertad que, cabe precisar, es irrenunciable.⁴ Por lo que el testamento sólo despliega su plena eficacia después de la muerte del testador, cuando la voluntad del otorgante no es susceptible de variar.⁵

Para poder otorgar testamento se exige que su autor (persona física) posea la capacidad natural de querer y entender sus disposiciones y para apreciar los motivos de hacerlas en el momento del otorgamiento (art. 666 CC), es decir, se exige la lucidez necesaria para comprender el significado y alcance del acto. Al ser un negocio jurídico de naturaleza *mortis causa*, no perjudicaría al testador de la misma forma que un negocio *inter vivos*, por lo que se requiere un nivel de capacidad diferente en uno y otro caso, esto es, que concurren únicamente las “facultades suficientes que habitualmente se consideran como expresivas de la aptitud mental ordinaria”.⁶ No obstante, el artículo 662 CC recoge una regla general para disponer por testamento mediante la cual se presume que una persona tiene capacidad para testar (también denominada testamentifacción activa), salvo prueba concluyente en contrario “a través de una acreditación directa de que, en el preciso momento en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en

³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid: La Ley, 2011, p. 80.

⁴ CAPILLA RONCERO, F., “Lección 5.ª: El testamento. Concepto y Estructura”, en Capilla Roncero, F.; López López, A.M.; Roca i Trías, E.; Valpuesta Fernández, M.ª R. y Montés Penadés, V.L. (Coord.), *Derecho de Sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, pp. 97-106.

⁵ OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 22.

⁶ DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Madrid: Reus, S.A., 2018, pp. 30-31.

la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza”.⁷ Por lo tanto, se trata de una presunción general de capacidad para testar *iuris tantum*, la cual se suele relacionar con el principio del *favor testamenti*, “favor o simpatía con la que la ley mira al testamento, para facilitarlo y desplazar así la aplicación de las reglas de la sucesión intestada”.⁸

Partiendo del principio general que establece el artículo 662 CC, el siguiente precepto expone unas excepciones a la presunción de capacidad para testar relativas a los sujetos carentes de ésta: los menores de catorce años y las personas que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. Las excepciones del artículo 663 CC podrían calificarse de incapacidades absolutas, ya que impiden otorgar toda clase de testamentos en general, mientras que las incapacidades relativas se refieren a determinadas declaraciones de última voluntad.⁹ MANRESA Y NAVARRO indica que se estará ante una incapacidad absoluta cuando falte la concurrencia de las condiciones que constituyen la capacidad testamentaria, y expone las siguientes: en primer lugar, que el testador tenga pleno conocimiento del acto que va a ejecutar, y, en segundo lugar, que no haya sufrido una influencia moral que le prive del necesario discernimiento para otorgar testamento.

En la realización del presente trabajo me centraré en el estudio de la capacidad testamentaria en relación con la incapacidad por razón del que “*habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”, aunque conviene matizar que la incapacidad determinante de falta de cabal juicio no requiere en todo caso una previa declaración judicial, sino que bastaría con una incapacidad de hecho suficientemente demostrada.¹⁰ De la redacción del artículo 663.2 CC se desprende que el cabal juicio es presupuesto indispensable para otorgar testamento, sin embargo, es un concepto controvertido. La jurisprudencia ha venido estableciendo que esa expresión “no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman

⁷ STS de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4073), FJ 2.º

⁸ CAPILLA RONCERO, *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 107.

⁹ MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid: Reus, S.A., 1972, p. 457.

¹⁰ MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Madrid: Bosch, 2017, p. 22.

como expresivas de la aptitud mental”.¹¹ Por lo tanto, para que concurra en un sujeto la capacidad para testar es preciso que el testador pueda reflejar su voluntad de manera libre y consciente.

Cabe destacar que existe una enfermedad mental, la monomanía, caracterizada por ser una “perturbación mental parcial que tiene lugar cuando una persona desvaría en una determinada esfera de ideas, conservando su lucidez en las demás”.¹² En estos casos, habría que analizar en cada supuesto si el delirio afecta o no a la capacidad testamentaria.

Finalmente, siendo el momento del otorgamiento el instante en el que debe apreciarse la capacidad para testar (art. 666 CC), el artículo 664 CC establece que “*el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido*”. De suerte que podríamos concluir indicando que la incapacidad no tiene efectos retroactivos y que la aptitud mental se requiere en el momento de otorgamiento de la declaración de última voluntad y no en el de fallecimiento, pues no es hasta este último instante cuando se transmiten los derechos y obligaciones propios de la sucesión.¹³

Una vez recogidos los aspectos generales del régimen de la capacidad para testar en el CC español, conviene hacer referencia a la regulación de esta materia en los ordenamientos civiles autonómicos que la recogen. Actualmente, de la Constitución Española y de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil se desprende que corresponde a éstas la potestad legislativa de la misma, la cual ha sido ejercida ampliamente.¹⁴

En Cataluña, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, recoge en su artículo 421-3 la presunción de capacidad para testar de aquellas personas que no sean incapaces de acuerdo con la ley, es decir, de las personas mayores de catorce años y de las que tuvieran capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 421-4 CCCat). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señala en su sentencia de 8 de mayo de 2014 respecto a la testamentifacción activa que existe un criterio favorable a la capacidad para testar

¹¹ STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8717), FJ 3.º

¹² MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 468.

¹³ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 485.

¹⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 201.

derivado del principio *favor testamenti*, la cual debe presumirse con carácter *iuris tantum*; mientras no se destruya con una prueba enérgica, inequívoca y concluyente en contrario.¹⁵ Por otra parte, la legislación de Cataluña contempla de igual modo, como veremos más adelante, la intervención obligatoria de dos facultativos para certificar junto con el notario y bajo su designación la capacidad testamentaria del incapacitado judicialmente, y la intervención voluntaria de dos profesionales en aquellos supuestos en los que el testador no esté incapacitado judicialmente (art. 421-9).

En el caso de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, su ley 184 recoge los sujetos incapacitados para testar: los impúberes y los que no se hallaren en su cabal juicio en el momento del otorgamiento. Sin embargo, a diferencia con la regulación catalana, respecto al testamento otorgado en intervalo lúcido se remite a lo dispuesto en el Código Civil. Aun con todo, cabe precisar que la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo que entrará en vigor el 16 de octubre de este año 2019, modifica dicho precepto disponiendo que están incapacitados para testar los menores de catorce años y las personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar testamento. Además, la modificación añade, respecto a las personas con la capacidad modificada judicialmente, que podrán otorgar testamento abierto siempre y cuando el notario designe dos facultativos para que emitan un dictamen sobre la capacidad del testador (al igual que en la regulación del CC), excepto en los supuestos en los que la sentencia de incapacitación prive expresamente de la falta de capacidad testamentaria. Esta última cuestión se analizará en profundidad más adelante.

En relación a la presunción general de capacidad testamentaria, no se encuentra expresamente regulada en la Compilación navarra; sin embargo, sí que es reconocida por la jurisprudencia aplicable como una presunción *iuris tantum* de capacidad para testar “apreciada por el Notario, en cuanto exige para destruirla la existencia de una prueba inequívoca, convincente, completa y evidente de que al tiempo de otorgar testamento el testador estaba afectado por un deterioro mental grave que haya hecho desaparecer su voluntad y su personalidad psíquica”.¹⁶

¹⁵ RJ 2014/3737, FJ 3.º

¹⁶ SAP Navarra de 22 de abril del 2013 (JUR 2013/1620), FJ 3.º

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece en su artículo 408.1 que “*pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural*”, redacción similar a la regulación catalana.

El resto de las regiones de Derecho civil especial no contienen normas sobre la capacidad de testar, por lo que se entiende que rige el Código Civil en esta materia.

III. EL JUICIO NOTARIAL SOBRE LA CAPACIDAD PARA TESTAR

La presunción general de capacidad que recoge el artículo 662 CC se ve reforzada por el juicio favorable del notario autorizante del testamento, al tener como finalidad la tutela del respeto a la voluntad del testador como uno de los principios rectores del ordenamiento sucesorio.

El notario, en virtud del artículo 167 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, tiene el deber de cerciorarse de que toda persona que pretenda otorgar testamento tiene la capacidad suficiente para que el acto produzca efectos y, además, debe hacerlo constar por escrito incorporando su juicio al propio testamento, lo que supone una formalidad.¹⁷ De suerte que el juicio notarial podría definirse como una declaración o apreciación subjetiva del notario que indica si concurren en el testador las condiciones personales de aptitud suficientes (en el momento del otorgamiento) para que el acto o negocio jurídico produzca efectos.

Recordamos que, como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 2007, la capacidad para testar “equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse

¹⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a, *La capacidad para testar: especial referencia al testador anciano*, Madrid: Thompson Civitas, 2006, pp. 116-117.

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 se persigue”.¹⁸ Aun con todo, resulta conveniente analizar los supuestos en los que el testador se ve afectado por alguna enfermedad.

Por una parte, para emitir el juicio de capacidad, el notario deberá tener en cuenta los padecimientos físicos que afecten al estado mental del testador con eficacia bastante para constituir un ente privado de razón.¹⁹ Por lo tanto, no constituiría un impedimento para la capacidad testamentaria el hecho de que el causante estuviera aquejado por padecimientos físicos si éstos no afectan a su estado mental de forma grave; la enfermedad no obstaría a su libre ejercicio de la facultad de testar si se mantienen íntegras las facultades intelectuales, sino que es preciso que haya una alteración grave que afecte intensamente a facultades intelectuales y volitivas que se requieran para otorgar testamento.²⁰

Por otra parte, el testador también podría verse afectado por una enfermedad mental. Ambos tipos de enfermedades, tanto la física como la mental, suelen tener un carácter progresivo, por lo que es de gran relevancia determinar el momento en que afectan de forma grave al estado mental de la persona. Sin embargo, la comprobación de si una persona se halla en su cabal juicio o no, al ser un estado subjetivo, no puede evidenciarse siempre por los actos externos del individuo, sino por la experimentación o la observación científica,²¹ lo que dificulta el deber del notario de cerciorarse de la aptitud mental del testador.

En el supuesto de las enfermedades mentales, la más común es la demencia tipo Alzheimer, la cual no siempre impide que el testador exprese su voluntad conscientemente.²² La demencia supone un “deterioro global del funcionamiento del cerebro que afecta al juicio, la memoria, el lenguaje y otros procesos cognitivos

¹⁸ RJ 2007/7401, FJ 11.º

¹⁹ STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998/394), FJ 2.º

²⁰ MESA MARRERO, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos...*, ob. cit., p. 29.

²¹ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 470.

²² MESA MARRERO, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos...*, ob. cit., p. 33.

superiores”.²³ El notario deberá atender al estado de la enfermedad en el momento del otorgamiento, la cual tiene tres fases: una fase inicial o leve, una fase intermedia o moderada y una fase avanzada o grave. Como se ha indicado previamente, para que una enfermedad afecte al cabal juicio del testador tiene que afectar de forma grave a las facultades intelectuales que se requieran para otorgar testamento, por lo que si el causante se encontraba en una fase avanzada de la enfermedad mental cuando hizo ejercicio de su facultad para testar, la incapacidad sería evidente, mientras que si la enfermedad se hubiera calificado de leve, el notario podría emitir un juicio favorable a la capacidad testamentaria ya que en la fase inicial es difícil detectar alguna anomalía que pueda afectar al cabal juicio.²⁴

Otra de las enfermedades mentales muy extendida hoy en día es la depresión, que, como regla general, no impide la facultad de testar si no es grave. La depresión grave puede llegar a ser incluso más difícil de detectar por el notario que una demencia en la misma fase, ya que se caracteriza por la tristeza, apatía, alteraciones en el sueño, ausencia de energía, disminución de la capacidad para realizar actividades cotidianas, suicidio..., y, como indica RODRÍGUEZ GUITIÁN, para el diagnóstico de esta enfermedad sería preciso un contacto personal e íntimo o incluso un historial clínico completo del paciente.

Por todo ello, para apreciar la capacidad concreta del testador en el momento del otorgamiento sería conveniente que el notario requiriese un informe médico emitido por un especialista que hubiera estado en contacto directo con el enfermo en fechas lo más próximas posibles al ejercicio de la capacidad testamentaria.²⁵

Frente a determinadas circunstancias que pueden hacer dudar al notario autorizante de la capacidad del testador existen una serie de medidas que podría adoptar el profesional para realizar un juicio favorable o desfavorable de la capacidad. Es posible que al notario se le presenten dudas cuando el testador sufre una enfermedad terminal o grave, cuando acude al domicilio del testador y se lo encuentra postrado en una cama sin poder a penas gesticular, cuando el testador se presente en la notaría con una serie de instrucciones o incluso cuando el contenido del propio testamento sea de gran

²³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La capacidad para testar: especial referencia...*, ob. cit., pp. 48-49.

²⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La capacidad para testar: especial referencia...*, ob. cit., pp. 64-65.

²⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La capacidad para testar: especial referencia...*, ob. cit., pp. 54-55.

complejidad o sus disposiciones deshereden a parientes próximos y beneficien a personas que no saldrían beneficiadas mediante la sucesión intestada, entre otras.²⁶ Esta última circunstancia influye en la valoración sobre la aptitud mental del testador ya que, a pesar de que la complejidad del testamento no sea incompatible con la capacidad del otorgamiento,²⁷ sí que requiere un mayor o más completo cabal juicio. Dicha exigencia se encuentra justificada en el anteriormente mencionado artículo 167 Reglamento Notarial, cuando precisa que el notario hará constar su juicio sobre la capacidad (para testar en este caso) “*en vista de la naturaleza del acto o contrato*”.

En relación a la actuación del notario autorizante del testamento en supuestos de dudosa capacidad, y en ausencia de un protocolo de actuación en la regulación actual de la materia, la jurisprudencia ha venido indicando una serie de actuaciones a realizar para emitir un juicio de manera seria, fundada y rigurosa. La sentencia de 31 de marzo de 2004 del Tribunal Supremo²⁸ hace referencia a un “contacto directo y personal con el otorgante” como podría ser un diálogo amplio con el testador (a solas, sin la presencia de familiares) que permitiera apreciar al notario sus gestos, vestimenta, aspecto y actitud, además de permitir preguntarle acerca de posibles parientes o herederos *ab intestato*, con la finalidad de cerciorarse de sus plenas facultades. El notario podría informar al testador sobre las consecuencias que conlleva el nombramiento de heredero a un extraño teniendo parientes próximos; así se pronuncia la sentencia de 19 de septiembre de 1998 del Tribunal Supremo²⁹ al hacer referencia al deber profesional de asesorar al testador.

Por otra parte, también sería conveniente que el notario realizara sus anotaciones sobre las dudas e impresiones para dejar constancia en el propio testamento de las circunstancias coetáneas al otorgamiento. RODRÍGUEZ GUITIÁN añade la posibilidad de que otra persona diferente al notario autorizante solicite medidas de cautela, aunque la decisión final sea adoptada por el profesional.

A pesar de que la regulación del Código Civil no contemple de forma expresa un protocolo de actuación del notario, su artículo 665 sí que hace referencia a la intervención de dos facultativos designados por el notario en aquellos supuestos en los

²⁶ SAP Barcelona de 14 de octubre de 2014 (JUR 2014/2057), FJ 3.º

²⁷ SAP Pontevedra de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016/166584), FJ 2.º

²⁸ RJ 2004/1717, FJ 3.º

²⁹ RJ 1998/6399, FJ 3.º

que un incapacitado por sentencia judicial pretenda hacer testamento y la declaración judicial no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad testamentaria. Sin embargo, esta cuestión se abordará más profundamente en el siguiente epígrafe.

Finalmente, cabe precisar que, como bien indican los artículos 685 (con carácter general), 696 (para el testamento abierto) y 707.4 (para el testamento cerrado) CC, el notario debe asegurarse de que el testador tiene capacidad para testar haciéndolo constar en el propio testamento, aunque, a pesar de que ello se constituya como una formalidad, el Tribunal Supremo ha establecido una interpretación normativa en relación al cumplimiento de las solemnidades testamentarias referido al plano formal en que debe materializarse el juicio notarial. Así, su sentencia de 20 de marzo de 2013 indica que “no es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando que cualquier otro modo o con locución distinta expresa clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento”. Concluye dando preferencia a la voluntad del testador frente a la rigidez de las solemnidades en base a un criterio de flexibilidad ya aplicado por su jurisprudencia y 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”.³⁰

Aun con todo lo expuesto anteriormente, el juicio notarial no constituye una garantía plena y objetiva de la aptitud del testador; no es un juicio definitivo o indestructible. La jurisprudencia del Tribunal Supremo “ha venido manteniendo la posibilidad de destruir la presunción de capacidad que se deriva de las afirmaciones notariales, porque se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario”,³¹ y, además, no siempre garantiza que el sujeto reúne las condiciones necesarias para testar. En primer lugar, porque al notario no se le exige una certeza absoluta al no poseer una formación técnica para evaluar la aptitud mental (lo que supondría más un problema médico), y, en segundo lugar, porque el notario no siempre puede disponer de toda la información relevante del testador en relación con su capacidad testamentaria. No es un supuesto extraño el hecho de que, al margen de una declaración judicial, el propio sujeto o sus

³⁰ RJ 2013/7291, FJ 2.º

³¹ STS de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2010/84), FJ 21.º

familiares no comuniquen al notario la situación de incapacitación.³² Sin embargo, un juicio notarial equivocado no implica que se cuestione la honestidad, prestigio y profesionalidad del notario.³³

En definitiva, la jurisprudencia ha reconocido el valor del juicio notarial sobre la capacidad del testador como una “presunción *iuris tantum* de aptitud que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario”.³⁴

IV. CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

La regulación actual del Código Civil establece que la incapacidad para testar por falta de cabal juicio puede afectar tanto a una persona con la capacidad modificada judicialmente como a quien no se encuentre en condiciones de testar por verse afectadas las facultades intelectuales y volitivas que se requieran para otorgar testamento, sin necesidad de sentencia de incapacitación.

Tratándose de personas incapacitadas mediante declaración judicial, el artículo 665 CC indica la obligatoriedad de que el notario autorizante del testamento designe a dos facultativos para que emitan un dictamen sobre la capacidad testamentaria del otorgante, en aquellos supuestos en los que la sentencia de incapacitación no se pronuncie sobre la capacidad de testar. No obstante, esta medida podría ser de aplicación voluntaria por el notario en aquellos casos que susciten dudas sobre la capacidad del testador. Así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de mayo de 1998 al indicar que “la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante”.³⁵

El dictamen de los facultativos designados por el notario puede ser desfavorable o favorable; en el primer caso, el notario no podría autorizar el testamento como bien

³² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Madrid: Reus, S.A., 2018, p. 87.

³³ MESA MARRERO, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos...*, ob. cit., p. 95.

³⁴ STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8717), FJ 3.º

³⁵ RJ 1998/3570, FJ 2.º

indica el precepto anteriormente mencionado del Código Civil, y, en caso de dictamen favorable, cabría la posibilidad de que el notario estuviera en desacuerdo con los médicos facultativos y parecería lógico que se pudiera negar a autorizar el testamento ya que “en definitiva, la función de apreciar la capacidad del testador corresponde al fedatario público”.³⁶ En cualquiera de los casos, CAPILLA RONCERO precisa que el examen de los facultativos debe ser inmediatamente anterior al otorgamiento, es decir, que debe hacerse de seguido, puesto que en otro caso el dictamen emitido carecería de virtualidad. Cabe añadir que los facultativos deben concurrir al otorgamiento del testamento y firmarlo, como bien indican los artículos 698.2 y 695.1 CC, y que la forma abierta del testamento es la única que permite al fedatario público hacer constar que a su juicio el testador tiene la capacidad legal suficiente para testar, por lo que en caso de otorgarse otro tipo de testamento, partiendo de la presunción general de capacidad, habría que demostrar *ex post* que el sujeto presentaba en el momento del otorgamiento la capacidad testamentaria suficiente.³⁷

Aun con todo, la capacidad testamentaria del incapacitado judicialmente dependerá del contenido de la sentencia de incapacitación, la cual debe determinar la extensión y los límites de la capacidad de testar (art. 760.1 LEC³⁸). La declaración judicial podrá reconocer la capacidad testamentaria, privar de la posibilidad de ejercerla o no pronunciarse sobre ello.

1. Supuesto en que la sentencia de incapacitación no se pronuncia sobre la capacidad para testar

Es posible que la declaración judicial no se pronuncie sobre la capacidad testamentaria pero que, sin embargo, impida de modo genérico realizar actos de disposición, por lo que surge la duda de si en los actos de disposición se incluye el ejercicio de la capacidad de testar. La sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón de 8 de mayo de 2015 señala que “dicha facultad debe estar expresamente proscrita por la sentencia de incapacitación, como la sentencia de la AP de Valencia de 5 de noviembre de 2012 que estima, en coincidencia con la interpretación del notario de la sentencia de incapacitación, que la referencia a la prohibición de actos dispositivos debe entenderse exclusivamente a los

³⁶ MESA MARRERO, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos...*, ob. cit., p. 104.

³⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como...*, ob. cit., pp. 76-77.

³⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

actos *inter vivos* y no a la prohibición de testar”.³⁹ Por lo que se consideraría válido el testamento otorgado por el incapacitado partiendo de la presunción general de capacidad y respetando tanto el principio *favor testamenti* como el principio de soberanía de la voluntad del causante; no sería conforme a éstos hacer una interpretación extensiva del pronunciamiento que declara genéricamente la incapacidad para testar respecto a los actos de disposición, sino que habría que entender que la facultad testamentaria dependerá de la aptitud natural que se requiere para comprender el significado y alcance de las disposiciones *mortis causa* en el momento del otorgamiento.⁴⁰

Otra cuestión a comentar brevemente es el supuesto en que una persona con capacidad modificada judicialmente pueda otorgar testamento con apoyo de curador. La sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018⁴¹ resuelve una pretensión de nulidad testamentaria en la que la testadora incapacitada por sentencia de modificación de la capacidad de obrar precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. El tribunal señala que el curador no puede completar la capacidad testamentaria debido a que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal podría otorgar testamento en lugar del incapacitado, de suerte que la existencia y exigencia de intervención de una figura tutelar para realizar actos de disposición no priva al testador de la capacidad de otorgar testamento, mientras que se cumplan las formalidades recogidas en los arts. 662 y ss. CC.⁴²

En definitiva, en los supuestos en que la sentencia de incapacitación no se pronuncie acerca de la capacidad testamentaria habría que entender de aplicación, partiendo de la presunción de capacidad para testar, el art. 665 CC, mediante el cual el notario autorizante designará dos facultativos para que emitan el dictamen correspondiente a la capacidad del testador en el momento del otorgamiento.

³⁹ JUR 2015/142890, FJ 2.º

⁴⁰ MESA MARRERO, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos...*, ob. cit., p. 112.

⁴¹ RJ 2018/1090

⁴² DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “La especial capacidad de testar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 8 bis, 2018, pp. 265-274

2. Supuesto en que la sentencia manifieste expresamente la posibilidad de otorgar testamento

A pesar de que la sentencia de incapacitación pueda establecer expresamente la capacidad testamentaria de la persona incapacitada, no impide que el notario cumpla su cometido como tal juzgando la presencia de la capacidad del otorgante.⁴³ Por lo tanto, el notario podría requerir el dictamen de dos facultativos en supuestos de dudosa capacidad, lo que supondría una mayor garantía en la posterior eficacia del testamento dificultando su impugnación.

3. Supuesto en que la sentencia excluye expresamente la posibilidad de otorgar testamento

En este caso, partimos de que la persona cuya capacidad haya sido modificada judicialmente mediante sentencia que prive expresamente de la capacidad testamentaria, no podría otorgar testamento en tanto no se remueva dicha prohibición, ni si quiera pudiéndose aplicar el art. 665 CC.⁴⁴ Sin embargo, ello resulta criticable ya que supondría que el incapacitado no podría otorgar testamento de ninguna forma, ni pudiendo acudir al notario mediante el trámite previsto en el precepto anteriormente mencionado, ni aunque pasara por un intervalo lúcido.

Si el incapaz se encontrara en un momento de lucidez mental solo podría otorgar testamento instando el procedimiento de modificación del alcance de la incapacitación para que se autorice expresamente la facultad de testar (art. 761.1 LEC), y, aunque la jurisprudencia menor sigue este razonamiento que niega la capacidad de testar cuando la sentencia de incapacitación excluya expresamente la posibilidad de otorgar testamento, MESA MARRERO señala que contradice la regla del art. 666 CC, en cuya virtud *“para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”*. Por lo que la sentencia debería admitir la posibilidad de testar al incapacitado siempre y cuando se respetasen las cautelas para asegurarse de la capacidad, y no solo mediante la modificación de la extensión de la sentencia. Todo ello conlleva el deber de los facultativos de acreditar que la persona con la capacidad modificada judicialmente atraviesa por un intervalo lúcido, apreciando la

⁴³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como...*, ob. cit., p. 81.

⁴⁴ CAPILLA RONCERO, *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 111.

capacidad natural requerida para otorgar testamento; no se trataría tanto de un tema de capacidad sino de condiciones para realizar un acto, y si los facultativos designados por el notario aprecian esas condiciones no cabría privar a una persona de su derecho de otorgar testamento.⁴⁵ No obstante, el juicio notarial con apoyo de los facultativos no impediría una posterior impugnación del testamento.

Recordamos que, en relación a la regulación de esta materia en los ordenamientos civiles autonómicos, concretamente a la modificación de la Compilación navarra que entrará en vigor este año 2019, no podrá hacer testamento válido aquella persona incapacitada en virtud de una declaración judicial que la haya privado expresamente de su capacidad de testar, ni si quiera con la intervención de dos facultativos designados por el notario autorizante del testamento. Por lo tanto, *a priori* vemos que la regulación navarra admitirá que un juez prive a una persona de su capacidad para testar en todo caso, al contrario de lo que está sucediendo en relación a la regulación del CC. Profundizaré en la cuestión fundamental de si un juez puede privar o no a una persona de su capacidad testamentaria en el último epígrafe del trabajo.

V. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ANTES Y DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Han sido numerosas las resoluciones judiciales que se han ocupado de resolver pretensiones de nulidad de testamentos otorgados tanto antes como después de una sentencia de incapacitación que afecta al testador, por lo que se ha ido estableciendo una doctrina jurisprudencial respecto de la capacidad testamentaria en estas circunstancias.

1. Testamento otorgado antes de la declaración judicial de incapacitación

Partiendo de los arts. 663.2, 664 y 666 CC y de la presunción general de capacidad podríamos indicar que todo testamento otorgado antes de la declaración judicial de incapacitación es válido; sin embargo, conviene analizar diversas cuestiones.

En primer lugar, es de gran relevancia precisar el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, de manera que, si la sentencia establece la privación de la capacidad

⁴⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como...*, ob. cit., p. 86.

testamentaria, esta solo produciría efectos desde la firmeza de la declaración judicial.⁴⁶ Por lo tanto, la incapacitación deberá ser firme en el momento de otorgamiento del testamento para poder apreciar falta de capacidad testamentaria en el testador.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018 hace referencia a la doctrina que establece que “mientras no gane firmeza la sentencia que declara la incapacitación de una persona, se presume siempre que tiene capacidad mental, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario”. De suerte que la declaración judicial produce efectos *ex nunc* (a futuro), no teniendo eficacia retroactiva y “entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte”.⁴⁷ El tribunal precisa además que, aunque la sentencia sea eficaz desde su firmeza, no desplegará efectos *erga omnes* hasta su inscripción en el Registro Civil.

Todo ello sería de aplicación a los supuestos en los que, a pesar de no haberse declarado la incapacidad del testador, ya se había iniciado el procedimiento de incapacitación cuando se otorgó testamento. Por lo tanto, ni el negocio jurídico ni la capacidad de testar quedarían afectados por dicho procedimiento. Sin embargo, nos podríamos cuestionar si se trata de un indicio probatorio determinante de la falta de capacidad. Más concretamente, si la proximidad temporal entre el otorgamiento del testamento y la declaración judicial o el inicio del proceso podrían inducir a pensar que la falta de aptitud ya existía al tiempo de ejercer la capacidad testamentaria. A pesar de no haber un criterio uniforme respecto a la proximidad temporal, se ha venido indicando que debe acreditarse “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”.⁴⁸

⁴⁶ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 de marzo 2018 (RJ 2018, 1090)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 108, 2018, pp. 297-325.

⁴⁷ RJ 2018/4073, FJ 2.º

⁴⁸ STS de 8 de abril de 2016 (RJ 2016/1675), FJ 3.º

En definitiva, la validez del testamento otorgado antes de la declaración judicial de incapacitación dependerá de los elementos de prueba y circunstancias concurrentes en cada caso concreto; se debe acreditar de manera inequívoca e indudable la falta de capacidad mental del otorgante ya que, en ausencia de una prueba concluyente, el Alto Tribunal ha aplicado el principio *favor testamenti* en relación con la presunción de capacidad de testar. Incluso cuando se presentan dudas interpretativas, se ha inclinado por la menos restrictiva, respetando los principios y la voluntad testamentaria.⁴⁹

2. Testamento otorgado después de la declaración judicial de incapacitación

Como hemos visto anteriormente, para determinar la validez del testamento de la persona con la capacidad modificada judicialmente, habrá que estar al contenido de la sentencia de incapacitación, que podía contener tres pronunciamientos: si la sentencia de incapacitación no se pronuncia acerca de la capacidad testamentaria del otorgante, en aplicación del art. 665 CC, el notario debe designar dos facultativos para que emitan un dictamen sobre la capacidad del testador. Por otra parte, si la declaración judicial admite expresamente la capacidad de testar, el incapacitado podría testar sin necesidad de acudir al contenido del art. 665 CC, “siempre, lógicamente, que se encuentre en el goce de sus facultades mentales”,⁵⁰ ya que, de lo contrario, el notario podría requerir la presencia de los facultativos para asegurarse de la capacidad. Finalmente, la declaración judicial puede incapacitar para testar (recordamos que la privación de la facultad de testar ha de ser expresa, y no referida a la capacidad de disponer en general), en cuyo caso no permitiría al incapacitado otorgar testamento, ni si quiera cumpliendo las formalidades que establece el art. 665 CC. No obstante, se podría instar el procedimiento de modificación de capacidad aunque hay jurisprudencia que defiende que la sentencia no debería impedir la facultad de testar expresamente, mientras se cumplan las formalidades del Código Civil.

En definitiva, atendiendo al caso concreto y al contenido de la declaración judicial de incapacitación, el testamento otorgado después de la sentencia sería válido mientras no se pruebe en contrario de forma concluyente que el testador no tenía capacidad testamentaria en el momento del otorgamiento, y, en su caso, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas. Lo relevante es que la persona, en el momento de

⁴⁹ STS de 7 de julio de 2016 (RJ 2016/3157), FJ 1.º

⁵⁰ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, “Aptitud mental y capacidad testamentaria...”, ob. cit., pp. 297-325.

hacer testamento, no esté perturbada de hecho (debe encontrarse en un intervalo lúcido, haber recobrado establemente la razón...), ya que de lo contrario, no podría haber testado válidamente por carecer de aptitud para querer y entender las disposiciones testamentarias.⁵¹

VI. COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Llegados a este punto del trabajo, conviene plantearse si un juez puede privar o no a una persona de su capacidad de testar. Para el análisis de esta cuestión es preciso tener en cuenta la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008. En virtud de los artículos 96.1 CE y 1.5 CC esta regulación forma parte del ordenamiento jurídico español y desde su entrada en vigor en fecha de 3 de mayo de 2008 (tal y como lo establece el art. 45 CIPCD) España se obliga a adecuar sus leyes al texto internacional.

La Convención establece una nueva concepción de la discapacidad, que se basa en el respeto de la dignidad, de la autonomía individual, de la libertad de tomar decisiones propias y de la independencia de las personas, entre otros principios recogidos en su artículo 3.⁵² Mediante esta regulación internacional se supera la perspectiva asistencial “para adoptar otra basada en los derechos humanos y en la dignidad de la persona, lo que implica la consideración de la persona con discapacidad como un sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones que los demás”.⁵³

⁵¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Madrid: EDISOFER, S.L., 2015, p. 215.

⁵² Como lo son los principios de no discriminación; de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; de respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; de igualdad de oportunidades; de accesibilidad; de igualdad entre el hombre y la mujer; y de respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

⁵³ TORRES GARCÍA, T., y GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 76.

Nuestra regulación reconoce la capacidad testamentaria con independencia de la condición de incapacitado, en cuyo caso se debe acreditar la capacidad natural. Este principio resulta acorde a la regulación de la Convención, “al preservar la capacidad para testar *ab initio* y sólo negarla si no concurre en el momento de otorgar el testamento aptitud para comprender el alcance y consecuencias del acto”.⁵⁴ Sin embargo, son numerosas las declaraciones judiciales de incapacitación que privan expresamente del derecho de hacer testamento. Esta privación absoluta puede resultar difícil de entender partiendo de que España, a la estela de las Directivas Comunitarias en esta materia, promulgó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (LIONDAD), cuyo objetivo es erradicar la discriminación para las personas con discapacidad, a lo que se suma la regulación de la Convención de Nueva York,⁵⁵ la cual adopta el modelo social y el principio de no discriminación, con el objetivo de implantar el derecho de igualdad, “haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos”.⁵⁶

Para dar respuesta a esta cuestión, partimos de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009,⁵⁷ la cual aborda la interpretación normativa en materia de incapacitación (arts. 199 y 200 CC) atendiendo a la Convención. El Alto Tribunal indica que el sistema de protección que establece el Código Civil debe interpretarse de la siguiente manera, a saber, teniendo en cuenta, por un lado, que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección (única interpretación posible de los arts. 200 CC y 760.1 LEC), y, por otro, que la incapacitación no es una medida discriminatoria, ya que la situación protegida 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

⁵⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M.^a P. (Dir.), HERRERO OVIEDO, M., (Coord.), Madrid: La Ley, 2014, p. 625.

⁵⁵ Así lo expresan GÓMEZ LAPLAZA, y DÍAZ ALABART, “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, *Estudio de Derecho...*, ob. cit., p. 540.

⁵⁶ STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901), FJ 3.º

⁵⁷ RJ 2009/2901

tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.⁵⁸

Este razonamiento se fundamenta en los tres deberes que obligan a todos los Estados Parte del texto internacional: la obligación de respetar (no interviniendo en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad), de proteger y de actuar, lo que supone que deben tomar las medidas necesarias para el pleno ejercicio de los derechos. Por ello, añade que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad”.⁵⁹ Todo ello se ve reflejado en el art. 12 CIPCD, y, más concretamente, el derecho a otorgar testamento se encuentra en su apartado quinto (aunque no se mencione expresamente), ya que hace referencia al derecho de las personas con discapacidad a heredar.

Para adaptar esta normativa al Derecho interno, España promulgó la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Sin embargo, GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART consideran que, aunque sí se han establecido instituciones tutelares acordes a los principios de la Convención, hay algunas cuestiones que precisan de una modificación. Es el caso del art. 665 CC, el cual procedería modificar conforme al principio de no discriminación, permitiendo el testamento en intervalo lúcido de aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada judicialmente. Cabe señalar que la legislación catalana recoge en su art. 421.9-2 la posibilidad de que las personas incapacitadas otorguen testamento en intervalo lúcido, lo que supondría que la privación establecida en sentencia de incapacitación del derecho a otorgar testamento se dará sólo para los incapacitados sometidos al CC (aunque recordamos que la modificación de la Compilación navarra permitirá a su entrada en vigor que un juez prive expresamente de la capacidad de testar).

Antes de la reforma realizada en materia de testamentos mediante la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, la sentencia de incapacitación no incidía en la capacidad testamentaria ya

⁵⁸ RJ 2009/2901, FJ 7.º

⁵⁹ RJ 2009/2901, FJ 3.º

que la redacción del antiguo art. 665 establecía que “*siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos*”. No obstante, con la nueva redacción del precepto se permite al juez afectar esta esfera de la capacidad.

El hecho de que una sentencia de incapacitación impida *ex ante* que la persona con la capacidad modificada judicialmente otorgue testamento, no resulta conforme a la Convención de Nueva York ya que se opone al contenido de su artículo 12.⁶⁰ GUILLARTE MARTÍN-CALERO propone una reformulación de los arts. 663.2 y 665 CC para adaptarlos a la regulación internacional, ya que considera que la terminología del Código Civil es poco respetuosa con la dignidad inherente de las personas con discapacidad. Apoyándose en los principios *pro capacitate* y *favor testamenti*, presenta una redacción mediante la cual queden excluidos de la testamentifacción activa los menores de catorce años y aquellas personas que no tengan capacidad natural en el momento de otorgar testamento (recordamos que así lo recogía tanto la legislación aragonesa en su artículo 408.1 como la legislación catalana en su artículo 421-4). De suerte que incide en la concurrencia de la capacidad natural en el otorgamiento y pretende impedir que una declaración judicial se pronuncie sobre una hipotética capacidad o incapacidad testamentaria *ad futurum*.

Como ya se ha mencionado anteriormente, se prevé la posibilidad de que otorguen testamento aquellas personas que necesiten determinados apoyos para el ejercicio de su capacidad. A la luz de la Convención se debe permitir que estas personas ejerciten su capacidad sin discriminación, es decir, con los apoyos que garanticen que el acto de que se trate se realice de forma libre y voluntaria. No obstante, no significa que estos apoyos sean la asistencia o representación mediante instituciones legales, sino que, en este caso, para el ejercicio de la capacidad de personas con discapacidad, el apoyo vendría representado por la mera presencia del notario autorizante. De esta forma, únicamente podrían otorgar testamento notarial abierto para que el profesional pudiera certificar la capacidad necesaria en el momento del otorgamiento.⁶¹

⁶⁰ TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio...*, ob. cit., p. 76.

⁶¹ GUILLARTE MARTÍN-CALERO, “La capacidad para testar: una propuesta de...”, ob. cit., pp. 628-630.

Por lo tanto, un juez debería abstenerse de pronunciarse acerca de la capacidad testamentaria y se debería reformular el art. 665 CC de tal manera que las personas con la capacidad modificada judicialmente puedan otorgar testamento en intervalo lúcido siempre y cuando el notario autorizante, realizando una labor de apoyo acorde con la Convención,⁶² certificara su capacidad en el momento del otorgamiento (art. 666 CC) junto con la intervención de dos facultativos. La actuación del notario garantiza el respeto a la voluntad del testador y, en relación a personas incapacitadas, se convierte en un “verdadero auxilio en el ejercicio de su derecho a testar” ya que permitiría que toda persona con la capacidad modificada judicialmente pueda testar si concurre la capacidad de entender y querer las disposiciones testamentarias.⁶³

Partiendo de la idea de que una sentencia de incapacitación no pudiera privar de la capacidad de testar, se debería permitir que una persona con la capacidad modificada judicialmente otorgue testamento en intervalo lúcido con apoyo del notario y dos facultativos que éste designe. Sin embargo, en este supuesto, la dificultad radicaría en determinar qué se debe entender por intervalo lúcido. MANRESA Y NAVARRO señala que no sería necesaria la completa curación, sino que bastaría con que el testador llegue a exteriorizar su voluntad de manera lógica y admisible. No obstante, se debería probar que el testamento se otorgó en intervalo lúcido, ya que en determinadas perturbaciones la lucidez es lo excepcional y accidental. Por lo tanto, para evitar que el testamento se declare nulo en un futuro, se exigiría *a priori* la justificación de que el otorgante se hallaba en un intervalo de lucidez,⁶⁴ además de la certificación por parte del notario y los facultativos de que concurría en el testador la capacidad natural necesaria para otorgar testamento.

Finalmente, cabe realizar ciertas consideraciones acerca de la sustitución ejemplar como medio de protección de los incapacitados en este ámbito.

El Código Civil recoge la sustitución ejemplar en su artículo 776, disponiendo en su primer párrafo que “*el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación*”

⁶² Artículo 12.3 CIPCD: “*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

⁶³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La capacidad para testar: una propuesta de...”, ob. cit., p. 633.

⁶⁴ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, ob. cit., pp. 492-493.

mental”, cuyo fundamento es evitar la apertura de la sucesión *ab intestato*. Del precepto extraemos la exigencia de una declaración judicial de incapacidad. Sin embargo, teniendo en cuenta lo analizado a lo largo del trabajo, nos podríamos cuestionar si cabría la sustitución ejemplar en los supuestos en los que la sentencia de incapacitación se pronuncia permitiendo o privando expresamente la capacidad para otorgar testamento. Partiendo de que la regulación actual permite que un juez se pronuncie acerca de la capacidad testamentaria, habría que atender al contenido de la sentencia para determinar si sería posible acudir o no a la sustitución ejemplar. Por otra parte, se hace referencia a la enajenación mental como causa de incapacitación para que opere la sustitución ejemplar, no obstante, “no quedan excluidas otras enfermedades que afecten a la mente”,⁶⁵ ya que el art. 776 debe interpretarse junto con el art. 200 CC, que establece como causas de incapacitación “*las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. De suerte que la sustitución ejemplar podría aplicarse “con independencia de las causas que hayan motivado el procedimiento de incapacitación”.⁶⁶

La sustitución ejemplar se articula en beneficio del sustituido (persona mayor de catorce años incapacitada judicialmente) ya que permite que el ascendiente favorezca a aquellos parientes cercanos al incapacitado que le hayan prestado las atenciones necesarias, frente a los herederos intestados. Es esta función de protección del incapaz la que llevó al legislador a modificar nuestra regulación en 2003 en relación a las causas de indignidad privando de la herencia a aquellas personas que no hubieren prestado las atenciones debidas al incapaz.⁶⁷ Por otra parte, bajo la vigencia de la Convención de Nueva York, la sustitución ejemplar se contempla como un medio de protección del incapacitado al permitir que un ascendiente plasme de alguna forma la voluntad del testador, y es este respeto a la voluntad testamentaria lo que proporciona conformidad con los parámetros del texto internacional al atender a los deseos y preferencias de la persona incapacitada.

Aun con todo, esta institución funciona de forma subsidiaria, puesto que el segundo párrafo del art. 776 CC establece que la sustitución quedará sin efecto si el incapaz

⁶⁵ PÉREZ DE CASTRO, N., “De la sustitución”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Navarra: Aranzadi S.A., 2009, p. 935.

⁶⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como...*, ob. cit., p. 109.

⁶⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como...*, ob. cit., pp. 41-43.

otorga testamento en intervalo lúcido o después de recobrar la razón. Esta referencia del Código Civil al intervalo lúcido podría dar fuerza al argumento expuesto anteriormente en relación a la propuesta de reforma del art. 665 CC para permitir a la persona con la capacidad modificada judicialmente otorgar testamento en un momento de lucidez (evitando así que un juez se pronuncie acerca de su capacidad testamentaria), ya que parece que el precepto que recoge la sustitución ejemplar admite expresamente “*el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido*”. Esto es, contempla la posibilidad de que un incapaz otorgue testamento en un momento de lucidez.

Finalmente, aunque no procederé a un análisis exhaustivo de esta cuestión, el art. 777 CC matiza que la sustitución ejemplar será válida en tanto no perjudique los derechos legitimarios de los herederos forzosos del sustituido, si los tuviere. Además, habría que tener en cuenta, en relación al art. 670 CC, que esta institución constituye “una excepción a la regla general del carácter personalísimo del testamento”.⁶⁸

Ciertos ordenamientos autonómicos también han regulado esta materia.⁶⁹ Sin embargo, en relación a la sustitución ejemplar como medio de protección de los incapacitados cabe destacar el contenido del Código Civil de Cataluña, el cual regula los requisitos de la sustitución ejemplar en su art. 425-10 y manifiesta expresamente “la finalidad de cuidado que se busca con la institución”⁷⁰ en su art. 425-12.2, al permitir que por medio de ella se favorezca a “*las personas físicas o jurídicas que hayan ejercido la tutela del incapaz o que hayan asumido deberes de cuidado y prestación de alimentos a este y los hayan cumplido hasta su muerte*”.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituido antes de su incapacitación: Comentario a la RDGRN de 10 de mayo 2018 (RJ 2018, 2484)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 108, 2018, pp. 367-379.

⁶⁹ El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares hace referencia a la sustitución ejemplar en su artículo 14 (a tener en cuenta que la Ley 7/2007, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, modifica parte de dicho precepto en su artículo 8). Por otra parte, la Compilación navarra identifica la sustitución ejemplar con la fideicomisaria en su ley 227 (aunque Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo modifica este precepto en cuanto a los términos utilizados para su redacción).

⁷⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como...*, ob. cit., p. 25.

VII. CONCLUSIONES

Una vez analizados los aspectos más relevantes de la capacidad para testar de las personas con la capacidad modificada judicialmente, concluiré el trabajo formulando una serie de afirmaciones a modo de conclusión.

1. De nuestro ordenamiento sucesorio se desprende la prevalencia de la sucesión testada frente a la intestada, como muestra del respeto a la voluntad testamentaria.
2. Para poder otorgar testamento se requiere (en el momento del otorgamiento) la capacidad natural suficiente para querer y entender las disposiciones testamentarias, así como para comprender el alcance del negocio jurídico.
3. Tal y como la jurisprudencia ha venido señalando, la presunción general de capacidad recogida en el art. 662 CC admite prueba en contrario, siempre y cuando sea concluyente y acredite directamente que el testador no tenía el discernimiento necesario para otorgar testamento.
4. Una de las excepciones a la presunción de capacidad para testar se refiere a las personas que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. Esta incapacidad determinante de falta de cabal juicio puede ser tanto una incapacidad de hecho como una incapacidad derivada de declaración judicial.
5. La presunción general de capacidad se ve reforzada por un juicio notarial favorable. Para emitir un juicio de capacidad, el profesional deberá atender a cualquier causa que impida testar con conciencia y libertad (para los supuestos en los que no exista una sentencia de incapacitación), y a padecimientos físicos o mentales graves que afecten al testador.
6. Para que el notario aprecie la capacidad del testador de la forma más precisa posible, en determinados supuestos deberá requerir la presencia de dos facultativos para obtener un informe médico más detallado (fuera del supuesto de hecho del art. 665 la designación de facultativos es voluntaria), que deberá haberse emitido en fecha inmediatamente anterior al otorgamiento. Aun con todo, el juicio notarial no es definitivo o indestructible ya que admite prueba en contrario.
7. A pesar de que la regulación actual permita que una declaración judicial de incapacitación se pronuncie acerca de la capacidad testamentaria, en mi opinión, un juez debería abstenerse de tal pronunciamiento. Más concretamente, creo que

no debería poder privar expresamente del derecho a otorgar testamento por tratarse de un pronunciamiento contrario al art. 12.5 CIPCD y a los principios de la Convención de Nueva York. Además, el privar a una persona de su capacidad para testar conllevaría la apertura de la sucesión *ab intestato* y, por tanto, el apartamiento de la voluntad testamentaria.

8. Creo conveniente una modificación de los arts. 663.2 y 665 CC para permitir que aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada judicialmente puedan otorgar testamento en un momento de lucidez, siempre y cuando se justifique que concurría en el testador la capacidad natural necesaria en el otorgamiento (además de contar con el juicio notarial favorable y los informes médicos de los facultativos; el apoyo del notario respetaría los términos de la Convención al permitir que el testador ejercite su capacidad de testar sin discriminación).
9. Finalmente, añadir que la sustitución ejemplar se configura como una medida de protección de las personas incapacitadas al tener como finalidad la protección del incapaz, respetando sus preferencias a la hora de plasmar su voluntad en un negocio jurídico *mortis causa*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, EDISOFER, S.L., Madrid, 2015.

CAPILLA RONCERO, F.; LÓPEZ LÓPEZ, A.M.; ROCA I TRÍAS, E.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. y MONTÉS PENADÉS, V.L., *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, S.A., Madrid, 2018.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 2011.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “La especial capacidad de testar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. ° 8 bis, 2018, pp. 265-274

DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, S.A., Madrid, 2018.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituido antes de su incapacitación: Comentario a la RDGRN de 10 de mayo 2018 (RJ 2018, 2484)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. ° 108, 2018, pp. 367-379.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 de marzo 2018 (RJ 2018, 1090)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. ° 108, 2018, pp. 297-325.

GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C., y DÍAZ ALABART, S., “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014.

MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código Civil Español*, Reus, S.A., Madrid, 1972.

MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Madrid, 2017.

OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2001.

PÉREZ DE CASTRO, N., “De la sustitución”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1995.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a, *La capacidad para testar: especial referencia al testador anciano*, Thompson Civitas, Madrid, 2006.

TORRES GARCÍA, T., y GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

IX. RELACIÓN DE SENTENCIAS CONSULTADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8717)
- STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 394)
- STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6399)
- STS de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3570)
- STS de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1717)
- STS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7401)
- STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901)
- STS de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 84)
- STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 7291)
- STS de 8 de abril de 2016 (RJ 2016, 1675)
- STS de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3157)
- STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1090)
- STS de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4073)

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ, Sala de lo Civil y Penal, de Cataluña, de 8 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3737)

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Navarra (S. 3.^a) de 22 de abril del 2013 (JUR 2013, 1620)
- SAP de Barcelona (S. 1.^a) de 14 de octubre de 2014 (JUR 2014, 2057)
- SAP de Gijón (S. 7.^a) de 5 de mayo de 2015 (JUR 2015, 142890)
- SAP de Pontevedra (S. 1.^a) de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 166584)