

Capacidad para otorgar testamento notarial abierto

Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. Un primer testamento lo realizó antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero una vez instado el procedimiento por el fiscal, y el segundo una vez dictada la sentencia que la sometía a curatela para los actos de disposición sin referencia a los testamentos. Con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, el régimen del artículo 665 del CC (designación por el notario de dos facultativos que respondan de la concreta capacidad para testar) ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar. Para el Supremo, puede otorgar testamento una persona que tiene limitada judicialmente su capacidad de obrar al precisar de la intervención del curador para realizar actos de disposición. Se basa, para ello, en el principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento y ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que implica que no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad. Por otro lado, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* (para los que se instituyó la curatela), por su diferente naturaleza y caracteres y porque existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual. Al ser el testamento un acto personalísimo, ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente, ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento. El precepto indicado del Código Civil impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos. Ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes. Por todo ello, se desestima el recurso dando por válido los testamentos.

Palabras clave: sucesiones; testamento notarial; nulidad de testamentos; capacidad para testar.

Fecha de entrada: 10-04-2018 / Fecha de aceptación: 24-04-2018

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de abril de 2018).

La discapacidad, se trate ya como circunstancia que presenta una persona, es un elemento transversal, que incide en muchos aspectos de su vida, y que puede tener repercusiones jurídicas tanto en el ámbito penal como en el civil, o el laboral, o en cuestiones de naturaleza administrativa, o simplemente personal, y ello exista o no una modificación de la capacidad acordada judicialmente. Si esta modificación no se ha acordado aún, se presume que dicha persona tiene capacidad de obrar plena, o, en otro caso, deberá acreditarse por los medios de prueba pertinentes que un determinado acto jurídico puede estar afectado por ella con las consecuencias que puedan producirse en cada caso concreto. En la sentencia seleccionada para comentar, estamos en presencia de uno de esos supuestos, que viene referido a la realización de un acto personalísimo como es el otorgamiento de un testamento, en este caso notarial.

De esta manera la existencia de deficiencias de naturaleza física o psíquica de una persona puede suponer en ocasiones que se ponga en duda el consentimiento o la declaración que efectúa en un determinado acto jurídico, o en un testamento notarial en concreto. Es frecuente observar la realización de terminados actos notariales por personas con determinadas deficiencias de naturaleza mental, deterioro cognitivo o deficiencia mental, cuya capacidad no han sido modificada judicialmente. En muchos casos el acto ha sido efectuado en un momento anterior, pero próximo a la demanda de modificación de la capacidad o la declaración judicial que así lo acuerde, como sucede en los casos en que personas de avanzada edad y con deterioro mental, que realizan, por ejemplo, un testamento abierto ante notario que tras la tramitación notarial precedente recoge que dicha persona tiene capacidad para testar y en su otorgamiento se hace constar la voluntad testamentaria que le ha sido manifestada, o bien en aquellos otros en que existiendo el mecanismo de protección acordado judicialmente mediante el nombramiento de un tutor o un curador, la persona, pese a tener la capacidad modificada judicialmente, realiza ante notario la voluntad de testar, y así se recoge por la escritura pública correspondiente, considerando que tiene capacidad para testar de acuerdo con las preguntas realizadas por el notario o incluso recurriendo al nombramiento de facultativos.

A este tipo de situaciones hace mención la sentencia seleccionada para comentar. En resumen, la cuestión que se planteó ante el juzgado de primera instancia fue la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero cuando el Ministerio Fiscal ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar, por lo que los demandantes entienden que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos, al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, ya que padecía desde siempre de discapacidad intelectual. El segundo testamento lo otorgó con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición. Así lo acordó el juzgado de primera instancia por entender que no tenía capacidad bastante para otorgarlos; en relación con el primero de ellos, porque

la dolencia de la declaración judicial existía ya previamente, coincidiendo el otorgamiento del testamento con el tiempo del emplazamiento para contestar a la demanda de modificación de la capacidad de obrar promovida por el Ministerio Fiscal; en relación con el realizado con posterioridad a la sentencia, por tratarse de un acto de disposición y siendo el testamento un acto de disposición de bienes *mortis causa*. Recurrída en segunda instancia por las demandadas, la Audiencia revoca la sentencia apelada y desestima la demanda por entender que la testadora tenía capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos. Los demandantes recurren ante el Tribunal Supremo que desestima la demanda confirmando la de la Audiencia.

La resolución de peticiones, como las formuladas por los demandantes, debe observarse teniendo en consideración que existe una presunción de capacidad respecto de aquellas personas que realizan actos jurídicos como el impugnado en primer lugar. No debe pretenderse una extensión de la modificación de la capacidad a aquellos actos realizados con antelación a la sentencia firme que modifica la capacidad, de suerte que existiera una especie de retroactividad de los efectos de la sentencia a dicho momento, como si se tratara de una nulidad de un negocio jurídico que extiende sus efectos al momento de su realización. En su caso deberá acreditarse mediante prueba suficiente la falta de capacidad por parte de los actores.

Debe decirse que el artículo 322 del Código Civil establece que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código y, por otro lado, el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

Además, debe mencionarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en el año 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1), que refuerza la mencionada presunción.

Por el hecho de padecer una determinada deficiencia psíquica no cabe entender que una persona carece de habilidad para realizar actos jurídicos, como sucede con el testamento, para sin más anular el mismo; el demandante deberá acreditar mediante la prueba oportuna que en el momento de la realización del testamento tenía la capacidad limitada, aportando a los efectos procedentes los datos que lo acrediten.

Por tanto, en tanto no exista una resolución judicial que modifique la capacidad, se ha de presumir que la persona es capaz para todos los actos de la vida civil, como dice el artículo mencionado del Código Civil.

La jurisprudencia ha manifestado en este sentido que el Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad men-

tal del testador en el momento de otorgar el testamento. Esta carga de la prueba deriva del principio de *favor testamenti*, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008; de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012 [NCJ057729]; de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012 [NCJ057739]; y de 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del testamento debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción *iuris tantum* de validez testamentaria. Prueba concluyente que, por lo demás, no requiere en sede civil, concorde con la duda razonable que suelen presentar estos casos, que revele una seguridad o certeza absoluta respecto del hecho de la falta de capacidad del testador, sino una determinación suficiente que puede extraerse de la aplicación de criterios de probabilidad cualificada con relación con el relato de hechos acreditados en la base fáctica.

Por otro lado, el testamento es un acto jurídico que solo está limitado para aquellas personas a quienes este expresamente prohibido, porque, como dispone el artículo 662 del Código Civil, pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente, de forma que toda persona tiene capacidad, y excepcionalmente se prohíbe en aquellos casos expresamente recogidos en la ley, no pudiendo establecer una interpretación que extienda la falta de capacidad a supuestos no contemplados, ni extender la eficacia de la sentencia de modificación de la capacidad a supuestos no contemplados en ella.

Deben mencionarse además los siguientes preceptos del Código: el artículo 663.2.º establece que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio; por su parte el artículo 664 dispone que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido; y el artículo 665 determina 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 estos respondan de su capacidad.

Por tanto, en principio el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido; manifestada la enfermedad sin que se haya procedido a la declaración de incapacidad, el testamento es válido y, como se apuntó más arriba, quien solicite su impugnación debe probar que el testamento realizado se hizo sin tener la capacidad suficiente.

Existiendo una enfermedad o deficiencia psíquica o mental y haya recaído sentencia de modificación de la capacidad sin que manifieste nada sobre su capacidad de testar, el notario nombrará dos facultativos para que previamente lo reconozcan y solo si responden sobre su capacidad lo autorizará. Es en el momento del otorgamiento de la disposición testamentaria ante el notario cuando debe valorarse si la persona que quiere testar tiene la capacidad de otorgar testamento.

En este sentido debe mencionarse que la jurisprudencia no impide que la afirmación notarial del juicio de capacidad del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cum-

plidas y convincentes. En este sentido la Sentencia de Pleno de 15 de enero de 2013 (NCJ057739) ha profundizado en la revitalización del principio de *favor contractus* no solo en su concepción tradicional de canon interpretativo, sino también en su propia configuración como principio general de Derecho tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, del que también participa el principio de *favor testamenti*, como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. 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. En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo», al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco que pueda informar debidamente de la voluntad de quien resulte incapaz para ello.

Debe además significarse que el testamento, sea hecho por cualquier persona, padezca o no alguna deficiencia mental o psíquica, es un acto es un acto personalísimo como establece el artículo 670 del Código Civil, que no puede hacerse por el curador o tutor o por un representante; aquel no podría completar su capacidad ni este intervenir como representante legal, existiendo una regulación específica para el otorgamiento de testamento de personas que padecen alguna deficiencia mental o discapacidad intelectual; tampoco puede decirse que el testamento sea un acto de disposición de bienes equiparable a los actos de disposición *inter vivos*; además el testamento es revocable y cualquier disposición realizada puede dejarse sin efecto.

Por tanto, el primer testamento impugnado ha de considerarse válido, como hace la sentencia comentada, a la vista de lo arriba expuesto; respecto del realizado en segundo lugar, es decir, el efectuado una vez modificada la capacidad del testador, debe tenerse en consideración inicialmente la sentencia del juzgado que modificó la capacidad de la testadora, para averiguar si se pronunció sobre su capacidad para testar. En este sentido, en la sentencia comentada se recoge que sometió al régimen de la curatela para la disposición de los bienes sin ninguna otra precisión, por lo que, salvo que se acreditara posteriormente otra cosa, tenía capacidad para testar, sin que pueda extenderse la limitación de la capacidad más allá de lo declarado en la sentencia que la determinó; la modificación se restringe a lo acordado en la sentencia sin que quepa una interpretación extensiva de la misma, de manera que cualquier otra restricción de la capacidad requie-

riría una nueva sentencia judicial que extendiera dicha modificación de la misma a cualquier otra parcela de la capacidad de obrar, como pudiera ser la capacidad para testar.

En definitiva, se pueden distinguir tres supuestos cuando estamos en presencia de testamentos notariales abiertos de personas que tienen una deficiencia mental o intelectual:

- a) Testamento abierto notarial con anterioridad a cualquier resolución firme que la incapacite judicialmente: dicho testamento es válido salvo que los impugnantes acrediten a través de prueba suficiente que en el momento del otorgamiento no tenían dicha capacidad para testar. No puede presumirse sino la capacidad para testar, salvo que cumplidamente se acredite lo contrario.
- b) Testamento notarial abierto de persona con modificación de la capacidad por sentencia donde no se restringe la capacidad de testar: el testamento será válido si el notario actúa de conformidad con lo prevenido en el artículo 665 del Código Civil mencionado para determinar su capacidad para testar (examen de dos facultativos para determinar su capacidad).
- c) Testamento notarial abierto de persona con modificación de la capacidad por sentencia donde, sin restringirse específicamente la capacidad de testar, del tenor y alcance de la sentencia de la modificación de la capacidad que se ha de entender englobada en dicha modificación (supuestos de incapacidad total), la impugnación del mismo sería estimada.

La sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo debe entenderse ajustada a la doctrina jurisprudencial mencionada.