

## EL CONTROL DE NOTARIO DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR

(Comentario a la STS, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2013)<sup>1</sup>

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

---

### EXTRACTO

Cumplimiento de las solemnidades testamentarias con relación al plano formal del juicio de capacidad del testador y su pertinente materialización o constancia en el testamento autorizado por notario. La testadora se identifica por medio de pasaporte que exhibe, pero no consta la declaración notarial en la que se exprese que, a juicio del notario, «se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». El Supremo se muestra contrario a una interpretación rigorista de dicho requisito y establece que no es precisa dicha constatación expresa del juicio de capacidad mediante una fórmula literal como la antes indicada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad, lo que constituye una consecuencia del principio de *favor testamenti*.

**Palabras claves:** testamentos, capacidad testamentaria, testamento abierto y *favor testamenti*.

---

*Fecha de entrada: 02-03-2014 / Fecha de aceptación: 03-03-2014*

## CONTROL NOTARY TO TESTAMENTARY CAPACITY

(Commentary on the Supreme Court of 20 March 2013)

---

### ABSTRACT

Fulfillment of the testamentary formalities with relation to the formal plane of the judgment of capacity of the testator and his pertinent materialization or witness in the testament authorized by notary. The testatrix identifies by means of passport that it exhibits, but the notarial declaration does not consist in the one that expresses that, in the opinion of the notary, «the testator is situated with the legal necessary aptitude to grant testament». The Supreme Court proves to be opposite to a strict interpretation of the above mentioned requirement and establishes that it is not the precise above mentioned express verification of the judgment of capacity by means of a literal formula as before indicated but it is possible to infer of phrases or different expressions that equally recount identical judgment of capacity, which constitutes a consequence of the beginning of *favor testamenti*.

**Keywords:** testaments, testamentary capacity, opened testament and *favor testamenti*.

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/>.

La cuestión que se plantea en la presente sentencia es dilucidar si la falta del requisito de la capacidad para testar como requisito formal en el testamento notarial abierto es causa de nulidad.

La sentencia dictada en primera instancia por el juzgado de primera instancia de Vitoria desestimó la demanda interpuesta, que sin embargo fue revocada por la Audiencia Provincial por la falta del requisito formal de juicio del notario en relación con la capacidad de la testadora, con base para ello en lo que se recoge en el documento notarial, que tras identificarse se recoge y asegura la misma, que tiene capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento, sin que se mencione a juicio del notario que dicha testadora se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Es motivo del recurso la falta de dicha manifestación del notario sin que se aluda a falta de capacidad concreta. Debe mencionarse en relación con la capacidad diversas consideraciones relacionadas con la sentencia.

En primer lugar en relación con la capacidad debe indicarse que la mayoría de edad otorga a la persona plena capacidad de obrar para contratar o disponer de sus propiedades y derechos ínter vivos o mortis causa, por lo cual la jurisprudencia ha reiterado desde antiguo y en distintos campos jurídicos la presunción de capacidad mental y de obrar de toda persona mayor de edad no incapacitada judicialmente, salvo prueba concluyente en contrario. Procesalmente las consecuencias se determinan con la carga de la prueba que corresponde a quien sostenga la existencia de la incapacidad, perjudicándole las dudas, pues como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de septiembre de 1994 «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad». Referida a la capacidad de testar debe indicarse que la tienen «todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente» (art. 662 Código Civil), como sería la persona que «habitual o accidentalmente no se hallare su cabal juicio» (art. 663.2 Código Civil), y que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento» (art. 666 Código Civil), así como que el realizado antes de la enajenación mental es válido (art. 664 Código Civil).

Por tanto, la incapacidad para testar, como excepción, debe ser probada de modo evidente y completo. Tal presunción es pues una manifestación del principio *pro capacitate*, emanación a su vez del general del *favor testamenti*. La carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento decisivo del otorgamiento de su última disposición corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad, que es a quien compete su cumplida y concluyente justificación (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998, 15 febrero de 2001, 31 de marzo de 2004 o 26 de abril de 2008, entre otras).

En este sentido y tratándose de los testamentos notariales abiertos, como en el caso de la sentencia, la apreciación notarial sobre la capacidad de los otorgantes hecha constar en los testa-

mentos y escrituras autorizados por el fedatario, si bien se trata de una presunción «iuris tantum» que admite prueba en contrario (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2009), no lo es menos que, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, constituyen otra presunción a sumar, incluso calificada en ocasiones como «enérgica» y revestida de «especial relevancia de certidumbre», como ha reconocido el mencionado tribunal en materia testamentaria. En consecuencia no cabe minusvalorar la importancia probatoria en el tema que nos ocupa de este juicio de capacidad inicial, pues la misma ley se lo impone al fedatario cuando en el artículo 685 del Código Civil dice que «deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», lo que también ha de hacerse constar así (art. 696 Código Civil).

Sin embargo, en el recurso únicamente se alude a la falta de dicha solemnidad, es decir, a la falta de mención notarial a la capacidad necesaria para otorgar testamento de la testadora. No alude a que dicha persona padeciera algún tipo de enfermedad mental o padecimiento que le impidiera hacer testamento y que, por tanto, su voluntad manifestada oralmente ante el notario fuera realizada sin las facultades mentales adecuadas para disponer su sucesión, ni alega causa para ello, ni aportó documentación, ni se realizó prueba pericial o testifical que tratara de fundamentar la incapacidad en el momento de la celebración del testamento, sino que se limitó a articular la nulidad del mencionado testamento por la falta de las solemnidades necesarias.

Para estimar la nulidad de un testamento, no se puede ser exageradamente formalista, pues se dañaría el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante. El artículo 687 del Código Civil dispone la nulidad cuando no se observan las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo, que es el dedicado a los testamentos, y efectivamente el testamento es un negocio jurídico solemne que requiere una forma *ad solemnitatem* para su validez, como elemento esencial, pero la jurisprudencia ha destacado dos puntos: el criterio restrictivo y la concreción a las solemnidades impuestas en el Código Civil. En todo caso, no se imponen nulidades por razón de supuestas «fórmulas sacramentales».

En este sentido debe indicarse la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión mediante diversas sentencias, como la de 26 de abril de 1995, que señala que la «sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas, sino que, siendo doctrina constante la que atribuye al juzgador la tarea interpretativa tendente a precisar si habida cuenta de que el principio de nulidad del acto contrario a la ley no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino flexible. «También la Sentencia del Alto Tribunal de 16 de junio de 1997 dice que «el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal –imperativamente impuesto– predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código». Y más recientemente la Sentencia del mismo tribunal de 11 de diciembre de 2009, que expresa que: «Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afir-

mado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia».

El testamento abierto tiene en nuestro derecho un carácter especialmente solemne, por lo que para que sea válido y eficaz es necesario que se hayan observado las formalidades legalmente exigidas cuyo incumplimiento provocaría la nulidad. Es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil, siendo el cumplimiento de los requisitos de forma ineludible, y sin que quepa la convalidación posterior.

La jurisprudencia ha intentado mitigar, a la hora de interpretar el artículo 687 del Código Civil, su excesivo rigor, abriendo una línea antiformalista en aquellos casos en que la formalidad omitida tenga un carácter meramente accesorio e intrascendente e impone, según la regla del buen criterio, dada la naturaleza y significación de aquel, tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión, pues no debe olvidarse que acudir a una declaración de nulidad del testamento solo está justificado si la causa alegada resulta inequívoca para llegar a esa solución extrema de la ineficacia del testamento. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 expresa que resulta en extremo formalista declarar la nulidad del testamento que se otorgó por inobservancia de un requisito que no se establece formalmente de modo preceptivo en la ley. Es evidente que el requisito formal omitido referido a la capacidad de la otorgante puede tener la naturaleza de elemento esencial del acto testamentario, y que debe ser el notario, y no la persona interesada en hacer testamento, el que debe apreciar esa capacidad para testar. No obstante, el principio del *favor testamenti* implica que, cuando existan dudas, estas se resuelvan a favor de la conservación del testamento, así como que quien invoca vicios o defectos en la conformación de la voluntad debe acreditar su existencia como hechos improductivos a los normales efectos de los actos jurídicos regularmente emitidos. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2009 dice que, si bien el notario es el garante de la capacidad del testador en los actos de última voluntad que se efectúan en su presencia, esta presunción de capacidad es *iuris tantum*, y, por tanto, puede destruirse o desvirtuarse mediante prueba en contrario. Se trata de un juicio de valor con la autoridad de quien lo emite, que merece *prima facie* credibilidad pero que, como es obvio, puede ser destruido por pruebas o evidencias de signo contrario.

Por tanto, estando en presencia de testamentos con vicios formales como en la presente sentencia, la invocación del mero vicio sin aludir o alumbrar dudas sobre dicha capacidad, sino invocando la mera falta formal de una solemnidad, como la manifestación del notario sobre la capacidad del testador, y tomando como referencia el conjunto del acto notarial, pues no es imprescindible para ello la realización de determinadas cláusulas de estilo o expresiones precisas, si se puede entender que del mismo se deriva una opinión sobre la capacidad de la testadora, y por tanto ha de prevalecer lo declarado ante el notario de manera espontánea y libre, constatada su autenticidad, frente a la rigidez de solemnidades impuestas por seguridad jurídica.