

## TESTAMENTO ABIERTO. NOTARIO AUTORIZANTE. DECLARACIÓN DE CAPACIDAD DEL TESTADOR

**M.<sup>a</sup> DEL MAR CABREJAS GUIJARRO**  
*Magistrada*

**Palabras clave:** testamentos, capacidad de testar, notario autorizante.

### **ENUNCIADO**

Son numerosos los casos en los que tras acudir un Notario al domicilio de un testador enfermo, autoriza el testamento que se le facilita y tras afirmar que dicho testador se halla con capacidad suficiente para testar y una vez producido el fallecimiento del testador, se produce la impugnación de dicha declaración de voluntad por insuficiencia de capacidad.

### CUESTIONES PLANTADAS:

Capacidad del testador en los testamentos abiertos: notario autorizante.

### **SOLUCIÓN**

Iniciado cualquier procedimiento donde interesa la declaración de nulidad de un testamento por no concurrir voluntad válida del testador al carecer de capacidad suficiente, se hace necesario recordar en primer lugar que las sentencias más recientes del Tribunal Supremo se mantienen en la misma línea doctrinal (10 de febrero y 8 de junio de 1994, 26 de abril de 1995, 27 de noviembre de 1995 y 27 de enero y 19 de septiembre de 1998), insistiendo en que la prueba de incapacidad mental del testador es de cargo del que promueve la nulidad del testamento.

Se recuerda que el artículo 685 del Código Civil (reformado por Ley 30/1991, de 20 de diciembre) obliga al fedatario a «asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», toda vez que la aseveración notarial revista relevancia ya que le impone observar una extre-

mada atención, consecuente del contacto directo y personal con el otorgante, pues el artículo 685 resulta imperativo en cuanto declara que «deberá el Notario asegurarse» y emitir un juicio de capacidad propio y personal, sin apoyarse en especialistas como es el supuesto del artículo 665 (Sentencia de 19 de septiembre de 1998). La referida constatación de capacidad conforma presunción *iuris tantum*, susceptible de destruirse mediante prueba en contrario, prueba que ha de suministrar la parte que interesa la nulidad del testamento y que aquí, aunque sea repitiendo, no se aportó, atendiendo al *factum* que el Tribunal de Apelación estableció como probado y conforme a la doctrina de las sentencias de 24 de julio de 1995, 27 de noviembre de 1995, 27 de enero de 1998 y 12 de mayo de 1998.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de septiembre de 1998, establece que:

«La reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991 llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido.»

El Tribunal Supremo recuerda de manera asentada que el juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, recordando que no nos hallamos ante el supuesto previsto en el artículo 665 del Código Civil (CC) que establece que «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará; sino cuando estos respondan de su capacidad».

Efectivamente, el Tribunal Supremo distingue dos momentos: uno, la redacción del testamento, que en numerosos casos puede recibir de manos de terceras personas, y la segunda parte, que es la manifestación de voluntad del testador en su presencia, lo que supone, según el Alto Tribunal, la expresión de su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del CC (*sic.*), al disponer que hará siempre constar el Notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural, y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido.

En la sentencia antes referida se expone que: «Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad».

«El juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *iuris*

*de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial (Ss. de 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990 y 24 de julio y 27 de noviembre de 1995, como las más recientes).»

Así procede recordar que con el nombre de testamentificación activa, viene recogida por los artículos 662 y 663 del CC, sentando el primero de dichos preceptos una presunción favorable a la capacidad para testar, y el segundo las incapacidades absolutas que se producen en los casos de menores de 14 años y de personas que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio; descripción esta última que comprende no sólo los casos de perturbación mental total (demencia o imbecilidad) o parcial (monomanía), sino también aquellos estados que, aun transitorios, privan del pleno juicio. Enfermedad que es preciso que exista en el momento de otorgar el testamento, hasta el punto de excluir a quien la padece, por su gravedad, la conciencia de los propios actos, y que será objeto de prueba especial y concluyente por quien impugna el testamento, ya que la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, no bastando apoyar la incapacidad en simples presunciones o indirectas conjeturas. Criterio este que es seguido por constante jurisprudencia que, como señala la sentencia de 27 de enero de 1998, ha establecido:

1. Que la incapacidad o alegación mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica, con la exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril de 1958).

2. No basta apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas (Sentencia de 25 de octubre de 1928).

3. Que ni la enfermedad ni la demencia obstan el libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916).

4. Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad:

- a) La edad senil del testador, pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito o achacoso (Sentencia de 25 de noviembre de 1928).
- b) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental (Sentencia de 25 de octubre de 1928).
- c) No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurosténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio, según testimonien el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918).

5. La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 26 de abril de 1959), de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum*, que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa (Ss. de 8 de mayo de 1922 y 3 de febrero de 1955), muy cumplida y convincente (Ss. de 10 de abril

de 1944 y 16 de febrero de 1945) y de fuerza inequívoca (Sentencia de 20 de febrero de 1975). Si bien es cierto que este es el criterio jurisprudencial dominante, también lo es la Sentencia de 8 de junio de 1994, que sostiene: «Esta Sala no ha afirmado, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, que la prueba testifical no sirva para acreditar que el testador adolecía de falta de cabal juicio para testar, ni ha dado preferencia a una prueba sobre otra», la de 13 de octubre de 1990, y las que en ella se mencionen: «Que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario», y la más reciente de 19 de septiembre de 1998, en un caso similar al presente en el que se declara la incapacidad de una persona después de otorgado el testamento, que dice: «El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental, y si bien aquella no puede resultar técnicamente muy afortunada, sí resulta lo suficientemente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismos (art. 200 CC)». El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (Sentencia de 22 de junio de 1982), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada.

Tal doctrina es reiterada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 15 de mayo de 2001, que declara que la presunción de capacidad para testar y que a modo de declaración general contiene el artículo 662 del Código Civil, ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio y con el 664, que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 (Sentencia de 19 de septiembre de 1998); es decir, no solo aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficiente y concluyentemente acreditada (Ss. de 26 de septiembre de 1988, 22 de junio y 26 de diciembre de 1992, 10 de febrero y 8 de junio de 1994, 27 de noviembre de 1995 y 18 de mayo de 1998), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse para apreciar la concurrencia de capacidad testadora al momento de otorgarse el testamento, conforme al mandato del artículo 666.

La insania mental, dice la Sentencia de 8 de junio de 1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió.

De todo lo expuesto cabe concluir que la apreciación subjetiva del Notario ante la manifestación de voluntad del testador supone una valoración cualificada por la persona realizada, mas no impide la impugnación del testamento si la parte que lo impugna logra acreditar de manera suficiente que, en el momento de la emisión de la voluntad, tal testador no se hallaba con estado de consciencia y voluntad necesarias para emitir el consentimiento.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 662, 663, 665, 666, 685 y 695.
- SSTS de 26 de septiembre de 1988, 22 de junio y 26 de diciembre de 1992, 10 de febrero y 8 de junio de 1994, 26 de abril, 24 de julio y 27 de noviembre de 1995 y 27 de enero, 12 y 18 de mayo y 19 de septiembre de 1998.