

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Carolina MESA MARRERO:

***La capacidad para testar: aspectos problemáticos
y criterios jurisprudenciales****

Antonia Nieto Alonso

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

La autora, profesora titular de Derecho civil en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, nos presenta una monografía de singular relevancia, que estructura en cinco capítulos y 137 páginas a lo largo de las que desgrana los aspectos más controvertidos en relación a la capacidad testamentaria, principalmente referidos al otorgamiento del testamento notarial abierto. Como reconoce la autora en el *Planteamiento* de la obra, se trata de una cuestión de gran interés práctico, tal y como evidencia el número de litigios sobre nulidad del testamento por falta de capacidad del testador en el momento del otorgamiento.

Resulta plausible el enfoque jurisprudencial que otorga a la obra la autora; ella misma reconoce que aborda su estudio desde una perspectiva jurisprudencial, lo que permitirá identificar las cuestiones más controvertidas en la práctica. Con ese propósito, selecciona los problemas más relevantes a partir de casos que resultan especialmente interesantes, tanto resueltos por el Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales, lo que permite conocer y valorar los criterios seguidos por los tribunales en esta materia.

Cumple advertir *a priori*, como la doctora MESA MARRERO hace, tanto en la contraportada como en el *Planteamiento* de la obra, que el trabajo tiene por objeto analizar los aspectos más problemáticos que plantea el tema, «principalmente en relación con testamentos otorgados por personas de edad avanzada y por tanto con más posibilidades de padecer enfermedades que pueden afectar su capacidad natural de entendimiento para comprender la razón y el alcance de sus actos». Reconoce como en esas situaciones los testadores son generalmente personas especialmente

* MESA MARRERO, Carolina, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Col.legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2017, 137 pp.

vulnerables, resultan más influenciables, de modo que su voluntad no es siempre espontánea y propia. Precisamente, TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. —en *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, pp. 59-79—, al estudiar el derecho a decidir el destino del propio patrimonio de modo consciente y libre y, en concreto, el testamento de las personas con discapacidad, otorgan especial énfasis al progresivo crecimiento de la población de edad avanzada y la consiguiente vulnerabilidad de los testadores, por lo que demandan la adopción de cautelas por parte del ordenamiento jurídico que traten de garantizar el derecho de cualquier persona a decidir de manera consciente y libre el destino de su patrimonio de acuerdo con su propia y exclusiva voluntad.

En relación con los testamentos otorgados por personas mayores, no puede afirmarse que, por sí sola, la edad avanzada sea causa de incapacidad para testar. Así se ha manifestado la doctrina, encabezada por LACRUZ, que no considera la vejez, la senilidad, como causa de incapacidad para testar si no va acompañada de demencia (LACRUZ BERDEJO, J. L., en sus anotaciones a BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*, Editorial Labor, Barcelona, Madrid, 1953, p. 44); también BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P. («Incapacidad de testar del que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”», *RDP*, marzo, 1966, p. 260), observó cómo diariamente contemplamos casos de sujetos de edad muy avanzada que conservan íntegras sus facultades mentales y que la mayoría de las veces los testamentos son otorgados en edad avanzada, ya que es raro otorgar el testamento en la juventud y aun en la madurez.

En tal sentido se pronunció la antigua STS 25 octubre 1928 (JC 1928, t. 185, núm. 131), cuando consideró que no puede declararse la nulidad de un testamento por el estado senil del otorgante, al amparo del artículo 663 del Código civil, ya que «ni el derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, se haya de considerar demente [al individuo]», el Tribunal Supremo, ya como *obiter dictum*, apostilla que es de notoriedad, como la experiencia demuestra y la historia ofrece múltiples justificaciones de aquel aserto, que personas que alcanzaron la edad que el otorgante del caso de autos tenía cuando otorgó el discutido testamento, aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, «realizaron actos que son gloria para la humanidad aprovechada de sus beneficios en todos los aspectos del saber; que por su mesurado y más reflexivo pensamiento, hacen más dignas de respeto las depuradas manifestaciones de la voluntad de los viejos no privados de razón». Aun estando conforme con estas consideraciones de la doctrina y del antiguo fallo del Tribunal Supremo, no cabe duda de que las personas de edad avanzada pueden resultar más vulnerables, y consiguientemente más influenciables, a

la hora de concluir el negocio jurídico testamentario, por eso, aunque la vejez no sea obviamente causa de discapacidad para testar ni de incapacitación, sí será oportuno establecer las necesarias salvaguardias, como puede ser la intervención del sabio asesoramiento previo del notario, asesoramiento adaptado a las circunstancias de la persona vulnerable, que recogerá la última voluntad de este tipo de testadores y evitará cualquier suerte de influencias indebidas sobre la voluntad de tales otorgantes. Se compadecería bien esta propuesta con la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que prescribe se tomen las medidas oportunas que «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, *que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*» —la cursiva es añadida— (art. 12.4).

La estructura de la obra recensionada es sencilla: precedida del oportuno Capítulo I que se dedica al *Planteamiento* del tema objeto de estudio (pp. 11-18), al que ya me he referido, continúa con cuatro capítulos más, que desarrollaré a continuación; me detendré un poco más en los dos últimos por considerarlos esta recensora de excepcional interés por su actualidad y trascendencia socio jurídica. La monografía aparece coronada por una selecta nota bibliográfica.

El Capítulo II (pp. 19-53), titulado *La dificultad de precisar la falta de cabal juicio del testador*, trata *in extenso*, por medio de tres apartados, de desentrañar el significado de «cabal juicio» del testador. Comienza la autora con el estudio del «Significado y alcance de la expresión cabal juicio» y reconoce que uno de los aspectos más controvertidos que plantea la regulación de la capacidad testamentaria en el Código civil español es el significado que debe atribuirse a la expresión contenida en el artículo 663.2.º «cabal juicio», para, a través de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, precisar que la incapacidad determinante de la falta de cabal juicio no requiere una previa declaración judicial, sino que basta con una «incapacidad de hecho suficientemente demostrada». A continuación, se ocupa del «Análisis y valoración de diversas circunstancias que podrían provocar la incapacidad del testador» y, tras la lectura y examen de numerosas sentencias recaídas en la materia, concluye con la posibilidad de identificar los tipos de circunstancias que suelen invocarse como fundamento de la pretensión de nulidad del testamento por falta de cabal juicio, a saber: la enfermedad física grave y la enfermedad o trastorno mental. Respecto a esta última circunstancia, considera que es indispensable acreditar de modo concluyente la falta de capacidad natural para testar, «pues solo así podrá destruirse la presunción de validez del testamento». El tercer y último apartado del Capítulo II incorpora una cuestión de especial interés: «El contenido y alcance de las disposiciones testamentarias: ¿un elemento relevante para apreciar la capacidad del testador?». La

autora concluye con acierto que los tribunales realizan la apreciación de la capacidad del testador valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, por lo que «resulta difícil que, en la práctica, dichos elementos puedan mantenerse al margen del juicio global sobre la aptitud mental que tenía el testador en el momento de otorgar su testamento».

Resultan muy sustanciosas las páginas 55 a 80 del Capítulo III, que la autora dedica a la espinosa cuestión de *La captación de la voluntad del testador vulnerable*, estructuradas en tres apartados. Parte de «La necesidad de proteger la libre voluntad del testador», por considerar que el testamento es esencialmente un acto de autonomía privada, en cuanto su contenido viene determinado por la declaración de voluntad del testador. Así, a través del examen de numerosos fallos judiciales, observa que uno de los problemas que con más frecuencia se plantea ante los tribunales es el de la influencia indebida sobre el testador vulnerable, ejercida por personas próximas y de su confianza que pretenden captar su voluntad y obtener algún beneficio sucesorio. En el apartado siguiente, estudia «La nulidad del testamento por falta de cabal juicio como mecanismo de protección de la voluntad del testador vulnerable» y observa como en los procesos de nulidad del testamento es frecuente alegar conjuntamente tanto la incapacidad del testador como la captación de su voluntad, basa ese doble argumento en que el testador suele ser una persona frágil, de edad avanzada y con alguna enfermedad que afecta intensamente a su capacidad de discernimiento. En el último de los apartados de este capítulo se analiza, en particular, «El dolo como vicio de la voluntad testamentaria», ya que, como se puntualiza acertadamente, el dolo testamentario comprende todo tipo de maniobras, generalmente prolongadas en el tiempo, con el propósito de inducir al testador a disponer de su patrimonio en un sentido determinado. La autora aprovecha esta ocasión para examinar detenidamente un tipo de disposiciones testamentarias que acaparan un número elevado de resoluciones de los tribunales; se trata de las disposiciones testamentarias ordenadas a favor de la persona o entidad que cuida al testador, con frecuencia vulnerable, y tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, aprecia la necesidad de adoptar mayores cautelas a la hora de apreciar los eventuales riesgos derivados de la influencia de los cuidadores que, por su proximidad con el testador pueden captar su voluntad y lograr así alguna atribución sucesoria «por lo que es lógico que las disposiciones testamentarias a favor del cuidador generen desconfianza».

A continuación, me detendré en la recensión de los dos últimos capítulos de la monografía y aprovecharé esta ocasión para realizar algunas reflexiones sobre ciertos aspectos que estimo de especial trascendencia. Se trata de los capítulos IV y V, que considero tratan de dos cuestiones importantes en cualquier estudio del Derecho de sucesiones. En efecto, por una parte, el Capítulo IV, se ocupa del análisis del juicio

notarial de capacidad del testador, cuestión insoslayable cuando se estudia la sucesión testamentaria, donde se ha de reivindicar el inestimable papel de este fedatario público. Por otra parte, se dedica el último capítulo, el Capítulo V, al tema siempre redivivo de la capacidad testamentaria de los incapacitados, que, a raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad — hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008) y que entró en vigor para España el 3 de mayo de 2008 (en adelante, Convención de Nueva York de 2006)—, experimentó un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica y de obrar, que se unifican en un todo inseparable en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar el apoyo de un tercero y que consagra como uno de sus principios fundamentales, que considero de especial trascendencia para informar la capacidad testamentaria «El respeto de la dignidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas» (art. 3) o el «Igual reconocimiento como persona ante la ley» (art. 12).

El Capítulo IV titulado *El juicio notarial sobre la capacidad del testador* (pp. 81-99), está estructurado en dos apartados y, como ocurre a lo largo de esta obra, la doctora MESA MARRERO lo ilustra copiosamente con fallos jurisprudenciales que, sin duda, revalorizan la monografía. En el primer apartado, sobre «La intervención del notario: función y contenido», la autora reconoce que la intervención del notario en el acto del otorgamiento representa una de las medidas más importantes para tratar de asegurar que el testador, en el momento de otorgar su testamento, goza de la aptitud necesaria para realizar dicho acto. En el segundo apartado del capítulo, con el título «Relevancia y alcance del juicio notarial sobre la aptitud del testador», afirma la autora que tal juicio supone un refuerzo de la presunción de capacidad dada la seriedad y el prestigio de la institución notarial. Al final del capítulo, realiza una interesante propuesta de *lege ferenda*, cuando, después de advertir que es muy frecuente el desconocimiento por el notario de circunstancias relevantes que pueden afectar a la capacidad natural que se requiere para testar válidamente, plantea la necesidad de establecer un protocolo de actuación en esta materia, «que sin duda dará más garantía a la apreciación notarial de la aptitud mental del testador».

La monografía de la profesora MESA MARRERO ha cumplido el objetivo fundamental de cualquier trabajo de investigación jurídica: suscitar en el lector ideas y soluciones a problemas que sin el previo conocimiento de la obra estarían larvados; por eso, el mejor tributo que puedo prestar a la autora es realizar algunas reflexiones personales. Así, en relación al juicio notarial de capacidad del testador, estimo que constituye una efectiva garantía y medida precautoria que, en nuestro Derecho, impide que las

personas que carecen de capacidad o aptitud natural puedan otorgar testamento y, en consecuencia, se evitan nulidades fundamentadas en esta causa. Como se reconoció por la doctrina, «el notario ejerce un *officium publicum* desde una organización profesional o privada atribuyendo la ley, por delegación del Estado, privilegiados efectos a los documentos que autoriza o interviene» —FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., «Comentario al artículo 1 de la Ley del Notariado», en *Legislación Notarial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 15—. O como observó Don Jerónimo LÓPEZ «Felizmente, la prudencia notarial, al amparo de la que discurre [...] la mayor parte de la vida jurídica española, constituye la garantía de la exacta formulación de la voluntad del disponente» —LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *ADC*, 1955, t. VIII, fasc. III, p. 773, nota núm. 114—.

De tal juicio notarial de capacidad se ocupa no solo la ley sustantiva civil, sino también, la legislación notarial, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por lo que atañe al Código civil, destaca en relación a esta cuestión concreta el artículo 685, en concreto cuando dispone que «[...] deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar». Estimo que un precepto así debería asimismo declarar que también es ese el momento oportuno en el que el notario, además de asegurarse de la integridad mental del testador, deberá verificar que su última voluntad se expresa libremente, sin influencias indebidas, sería una actuación notarial idónea dado que la mayoría de los testamentos se otorgan por personas en edad avanzada, que no están incapacitadas judicialmente (cfr., art. 665 CC), pero sí son personas especialmente vulnerables e influenciables —TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^ª P., dedican un apartado especial de su obra a «Las salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable en el derecho sucesorio comparado y español. En especial la intervención del notario», en *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*, op. cit., pp. 79-89—. En efecto, debe salvaguardarse la autonomía de la voluntad del declarante, no en vano, para DE CASTRO, la autonomía es la «médula del negocio jurídico» y la declaración de voluntad el «fundamento del negocio jurídico» —DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión, 1991, pp. 31 y 34—. Además, recuérdese, con GORDILLO, que «en el testamento, es posible una apreciación más pura de la voluntad negocial» —GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 216—, en definitiva, se conseguiría el «libre desarrollo de la personalidad» [del testador] (ex art. 10.1 CE).

El alcance del citado artículo 685 del Código civil ha sido recogido magistralmente en la paradigmática STS 19 septiembre 1998 (RJ 1998\6399). En esta resolución el Tribunal Supremo, en primer lugar recuerda que la reforma del Código civil operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, 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 —ya la STS 7 octubre 1982 (RJ 1982\5545) afirmó que «la aseveración del notario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre»—; aclara el Tribunal Supremo, que el juicio del notario es «exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre en el supuesto del artículo 665 CC», ya que el artículo 685 del Código civil se refiere a los casos en los que el testador no ha sido incapacitado judicialmente, si lo hubiera sido, habría que estar a lo dispuesto en el artículo 665 del Código civil —en relación al diferente ámbito de aplicación de los artículos 665 y 685 del Código civil, cfr., la antigua STS 22 enero 1913 (JC 1913, t. 126, núm. 28) y sobre la distinción entre «los declarados judicialmente incapaces y los que sin estar incapacitados no se hallaren en su cabal juicio», BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar del que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”», *op. cit.*, pp. 249 y 250—. Adviértase que el artículo 685 del Código civil tiene su homólogo en el artículo 696, en relación con el testamento abierto y en el artículo 707.4.º, respecto al testamento cerrado.

También, la legislación y la doctrina notarial conceden un papel fundamental a la intervención del notario a la hora de emitir juicios de capacidad. En efecto, la relevancia de la intervención notarial en este campo fue puesta en evidencia desde la práctica notarial por SEDA HERMOSÍN, para manifestar la importancia del juicio de capacidad del notario, su obligación de emitirlo y denegar su ministerio en caso de que el juicio sea negativo, al tiempo que reconoce como el notario tiene una posición privilegiada para realizar un juicio de capacidad en los actos y contratos que documenta. Concluye el autor con unas certeras observaciones, acerca de que el notario tiene conocimientos y experiencia suficientes para proponer cautelas que eviten posibles abusos y conoce y debe conocer los detalles de la operación jurídica y, en su caso, económica que pretende documentarse para a la vista de todo ello, «emitir un juicio de suficiencia concreto para ese caso concreto». Además, recuerda que debe emitirse tal juicio de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York de 2006 —SEDA HERMOSÍN, M. A., «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 458 y 459—.

En cuanto a la legislación notarial, destaca el artículo 17 bis. 2.a) de la Ley del Notariado, al disponer que el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes [de documentos públicos], de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. El Reglamento Notarial desarrolla esta disposición cuando establece en su artículo 156.8.º que la comparecencia de toda escritura indicará: la afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la «capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera», en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, «el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación» y reitera la misma idea en el artículo 167, cuando dispone que corresponde al notario el juicio de «capacidad civil suficiente» de los otorgantes, en el concepto con que intervienen, para otorgar el acto o contrato de que se trate, como que lo hará «en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo». Como aclaran los profesionales en la materia, el «juicio de suficiencia notarial de la representación» se equipara con el «juicio de capacidad natural» y precisan que el registrador no puede calificar ni revisar el juicio de suficiencia del mismo modo que tampoco puede revisar el juicio de capacidad natural del otorgante salvo que la apreciación notarial aparezca contradicha por lo que resulte del documento o de los asientos del Registro —Así, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., «Comentario al artículo 156 del Reglamento Notarial», *op. cit.*, p. 127—.

Por lo demás, ni el Tribunal Supremo, ni la Dirección General de los Registros y del Notariado han permanecido al margen de la relevancia que la intervención del notario tiene en la conclusión de actos y contratos en los que sea pertinente un juicio de suficiencia notarial así de la capacidad de los otorgantes, como de sus representantes. En efecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, resaltó la importancia de la aseveración del notario respecto de la capacidad del otorgante, fallos referidos a la emisión del juicio de suficiencia en relación a un negocio jurídico concreto, el testamento. Así, el Tribunal Supremo, en la ya citada STS 19 septiembre 1998 (RJ 1998\6399) —cuya doctrina fue seguida por las STS de 26 junio 2015 (RJ 2015\3578) y de 10 septiembre 2015 (RJ 2015\5628)—, reconoce que el notario ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones del sujeto que lo concluye, teniendo presente la mayor o menor complejidad del asunto «a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido»; destacó además la trascendental declaración del Tribunal Supremo, de que la actividad del notario no se limita a la redacción del documento de que se trate (en el caso de autos, del testamento), sino que «el deber profesional y más aun 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».

Obsérvese, como el Tribunal Supremo resalta la intervención notarial para asegurar la «libertad decisoria del testador», por consiguiente, como se anticipó, resultaría conveniente que este fedatario no solo compruebe la capacidad del testador para otorgar testamento, sino que, además, deberá asegurarse de que el otorgante expresa libremente su última voluntad, sin injerencias indebidas. Concluye que el juicio notarial de la capacidad, «si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los notarios, no conforma presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los tribunales deben declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto». Por lo que respecta al Centro Directivo, existe una doctrina consolidada sobre el «juicio notarial de suficiencia», que considera que las características del juicio de suficiencia dan lugar a que el instrumento público surta todos sus fundamentales efectos de presunción de veracidad, integridad y legalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 1218 del Código civil, 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado en sus artículos 1, 17 bis y 24 —en este sentido, cfr., por ejemplo, las RDGRN 28 febrero 2007 (RJ 2007\5273), 27 diciembre 2007 (RJ 2008\2784) y 12 febrero 2008 (RJ 2008\2097)—.

El último Capítulo de la monografía, el V, que se intitula *La capacidad testamentaria de los incapacitados* (pp. 101-130), se estructura en 4 apartados. En el primero, titulado: «Consideraciones generales: el supuesto del artículo 665 del Código civil», la autora realiza un exhaustivo estudio en torno al artículo 665 del Código civil, que admite la posibilidad en nuestro ordenamiento de que el incapaz pueda otorgar testamento válido, siempre que la sentencia no contenga ningún pronunciamiento sobre la capacidad para testar y se cumpla la medida de control que la norma establece, sin descuidar la repercusión que en este concreto ámbito pueda tener la Convención de Nueva York de 2006. A continuación y en sucesivos apartados, analiza pormenorizadamente las diferentes hipótesis posibles, ofreciendo siempre las oportunas soluciones y su juicio crítico. Así, parte del «Supuesto en que la sentencia no se pronuncia sobre la capacidad para testar, pero impide de modo genérico realizar actos de disposición» [en el orden patrimonial], por lo que en el caso antedicho, estima que no sería conforme con la finalidad del procedimiento de incapacitación hacer una interpretación extensiva del pronunciamiento que declara genéricamente la incapacidad respecto a los actos de disposición en el orden patrimonial a la testamentaria. En relación a esta cuestión, destaco la opinión que llega desde la práctica notarial de ESPÍÑEIRA SOTO, que plantea la cuestión siguiente: si la sentencia de incapacitación puede privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena, la notaria no descuida en su respuesta la Convención de Nueva York de 2006 y concluye que «el ventanal de la posibilidad de

testar» debe permanecer abierto, sin que pueda cerrarlo una genérica apreciación judicial que impida al incapacitado la realización de todo tipo de actos jurídicos patrimoniales —ESPIÑEIRA SOTO, I., «¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 2, 2015 (Sección *Cuestiones*), p. 287—. Precisamente, en relación a esta cuestión, la profesora TORRES estimó que una actuación judicial restringiendo o eliminando lo reconocido en la ley a una persona incapacitada «estaría en contradicción con el propio texto constitucional (arts. 10, 14, 33, 49 y 53.3 CE)» —TORRES GARCÍA, T. F., «Efectos de la incapacitación» (capítulo 16), en M.^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.) y Judith SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 135—.

Por lo demás, en el mismo Capítulo V, MESA MARRERO examina el «Supuesto en que la sentencia priva expresamente de la capacidad para testar» y considera que no es compatible con la Convención impedir *a priori* el ejercicio de un derecho personalísimo como el de otorgar testamento, por lo que propone la adopción de cautelas, como las dispuestas por el artículo 665 del Código civil. Finalmente, el último apartado de este Capítulo, lo dedica al examen de «La posible incidencia de la declaración judicial de incapacitación o de modificación de la capacidad posterior al otorgamiento del testamento», parte de la norma que dispone que para apreciar la capacidad del testador «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento» (ex art. 666 CC) y tras un análisis completo de la jurisprudencia, concluye que aquella circunstancia no es suficiente, por sí misma, para demostrar la falta de capacidad del testador en el momento del otorgamiento, sino que será preciso aportar sólidos elementos de prueba que corroboren esa incapacidad.

En relación a este último Capítulo V de la monografía, de nuevo, continúo con las reflexiones a las que me ha ofrecido ocasión la excelente obra de la Doctora MESA MARRERO. A mi juicio, el artículo 665 del Código civil sigue siendo, hoy por hoy, una norma que aunque revisable, trata de favorecer la *testamenti factio* activa, al facilitar la posibilidad de otorgar testamento a la persona incapacitada por sentencia si esta no contiene pronunciamiento al respecto, con la cautela de la intervención del notario asistido por dos facultativos que valoraran la capacidad del testador en el momento preciso del otorgamiento del testamento [cfr. art. 666 CC] y responderán de su capacidad. Indudablemente este precepto debe ser interpretado a la luz de la Convención de Nueva York.

De lo que no cabe duda es que el camino ya está allanado por la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como a continuación se aprecia. La Convención no

se centra en la capacidad para testar, sino, en general, en los «derechos de las personas con discapacidad»; sin embargo, destaco algunas disposiciones que probablemente contribuirán a favorecer la testamentifacción «activa» y que servirán para fundamentar cualquier resolución judicial, a saber: ya en el Preámbulo reafirma la universalidad, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como «la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación» (apartado c), también reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (apartado e), asimismo reconoce que «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente al ser humano» (apartado h) y destaco, como especialmente relevante, el reconocimiento que para las personas con discapacidad «reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones» (apartado n). Este último apartado recuerda la doctrina del profesor DE CASTRO, al aportar un concepto amplio de la autonomía privada, que define como «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades [...] dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos», al definir el *negocio jurídico como regla* como «el poder de la persona para poder dictar reglas (testamento) [...], es decir, la autonomía (“subject made law”) es la médula del negocio jurídico» y, en fin, al considerar que la declaración de voluntad «es el fundamento del negocio jurídico» (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico, op. cit.* pp. 12, 31 y 34).

Además, la Convención de Nueva York de 2006 establece como el primero de sus principios generales, «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y la independencia de las personas» (art. 3 a). Pero si hay algún precepto imprescindible a la hora de adaptar nuestra legislación a la susodicha Convención, para lo que aquí importa en materia de capacidad testamentaria, es el artículo 12, cuya aplicación supone un verdadero desafío para nuestro sistema, cuando dispone una serie de mandatos dirigidos a los Estados Partes que, en síntesis, son los siguientes: que reconozcan que las personas con discapacidad «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», que adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al «apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», que aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos», que tomen todas las medidas que sean pertinentes y

efectivas «para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos [...]».

De momento, el legislador no ha procedido a adaptar totalmente las normas de nuestro Código civil a la Convención, aunque se han dado pasos relevantes como la reforma del artículo 56 del Código civil, por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en relación a la capacidad para contraer matrimonio, que podría extrapolarse *mutatis mutandis* a la capacidad para testar, no en vano, el profesor GORDILLO, al referirse a la previsión del artículo 56 del Código civil, después de reconocer que el testamento y el matrimonio son «actos de voluntad de evidente trascendencia y constituyen sectores de actuación no vedados al incapaz», afirma que «También la celebración del matrimonio constituye una actuación extraída al criterio general de estandarización de la capacidad de obrar a través del *status* jurídico», (GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, *op. cit.*, pp. 215 y ss.). Pues bien, el Preámbulo de la Ley 4/2017, reconoce que la intención de la reforma es el evitar «cualquier sombra de duda sobre su capacidad [de la persona con discapacidad] para contraer matrimonio», de ahí que el nuevo artículo 56.2.º del Código civil, prevé la «provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes» y que solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, «de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento».

Sin embargo, hasta ahora, ha sido fundamentalmente la jurisprudencia la encargada de hacer el tránsito, a través de una interpretación de las normas codificadas, que GARCÍA RUBIO, M.ª P. denomina «pro-Convención» —«La esperada regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006», en Mónica GARCÍA GOLDAR y Julia AMMERMAN YEBRA (Dir.), *Propostas de modernización do Dereito*, Campus na Nube S. L., Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017, pp. 7-18—. Como pistoletazo de salida de esa evolución jurisprudencial, destaca la STS 29 abril 2009 (RJ 2009\2901), de la que fue ponente la profesora Encarnación ROCA TRÍAS, que puede ser considerada como la resolución pionera y precursora de otros fallos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En esta paradigmática sentencia, se recomienda una interpretación de las normas en adecuación a la Convención. Así, propone la siguiente lectura del sistema de protección establecido en el Código civil:

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

Una parte significativa de esta Sentencia del Tribunal Supremo está constituida por el escrito que presenta el ministerio fiscal (cfr. el FD Tercero), cuando insiste en el «principio del superior interés de la persona con discapacidad» y reconoce que la Convención reafirma el carácter «dinámico» que resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y «unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona y a partir de esa necesaria “igualdad” proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar»; también pone de relieve en su escrito que «La Convención propugna la sustitución del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por el nuevo modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”», aunque deja la determinación del apoyo y extensión a la regulación propia del derecho interno.

Pues bien, de conformidad con lo antedicho, se trata de buscar el «apoyo» necesario para que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento válidamente. Como punto de partida, ha de descartarse en nuestro Derecho cualquier tipo de representación y ha de optarse por una medida como la intervención de un notario, profesional solvente y neutral, que puede ser el mejor garante del respeto a la voluntad del testador en evitación, por lo demás, de cualquier influencia indebida. En efecto, en ningún caso será posible el recurso a la representación, dado el carácter personalísimo del testamento (ex art. 670 CC), derecho a testar de ejercicio estrictamente personal que no tolera la cooperación de un representante legal.

Por consiguiente, dado el carácter de acto de última voluntad del testamento, que repugna cualquier freno o limitación a la voluntad del testador, estimo que el mejor garante de la salvaguardia de la voluntad del testador vulnerable es el notario, por el cauce actual del artículo 665 del Código civil. Así lo consideró también la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017\2207), de la que fue

ponente la profesora María de los Ángeles PARRA LUCÁN, cuando en el caso enjuiciado y en relación a la esfera patrimonial del declarado incapaz y en orden a la capacidad para testar, concluyó que «Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 665 del Código civil», conforme al cual, «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad», solución acorde con la Convención de Nueva York de 2006. Ya la STS 20 mayo 1994 (RJ 1994\3723) declaró haber lugar el recurso de casación y anuló parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial en el particular que estimaba incapaz a la recurrente para otorgar cualquier forma de testamento: «ya que siempre tendrá a su alcance la forma prevista para estos casos en el artículo 665 del Código civil». Este artículo 665 del Código civil será de aplicación, según interpretación gramatical, cuando la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar. Nótese que la incapacitación no será por ella misma suficiente para excluir la capacidad e impedir que pueda otorgarse por el incapaz testamento válido, ya que pueden darse diversas situaciones, además de la prevista por el artículo 665 del Código civil, para la hipótesis de que la sentencia de incapacitación no se pronuncie en concreto sobre la capacidad para testar. Otra posibilidad es que la sentencia de incapacitación haya previsto expresamente su aptitud para testar, en cuyo caso deberán aplicarse las reglas generales sobre capacidad, haciendo caso omiso de la incapacitación a la que el testador se halla sometido; otro supuesto es, en fin, que la sentencia de incapacitación niegue expresamente capacidad para otorgar testamento, en este caso, no sería de aplicación el artículo 665 del Código civil y las soluciones posibles serían: recurrir al sistema de la sustitución ejemplar (ex art. 776 CC) o, en su caso, se regiría su sucesión por las reglas de la intestada, o bien, finalmente, seguirá en vigor, sin posibilidad de revocación, el testamento otorgado antes de la incapacitación —ampliamente, ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 665 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 950—. Sin perjuicio de que a esas hipótesis se sume la siguiente, a la que ya se ha aludido: que la sentencia de incapacitación con una declaración genérica de incapacidad para realizar actos de disposición se pueda privar de la capacidad de testar al incapacitado, supuesto en el que se propugna que no alcance sin más a la capacidad de testar —tesis defendida tanto por la autora de la monografía recensionada (en el Capítulo V, apartado 2), como desde el ámbito notarial (ESPIÑEIRA SOTO, I., «¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?», *op. cit.*, p. 287)—.

Un problema adicional puede surgir cuando quien en su momento otorgó testamento con plenas facultades, con posterioridad las pierde y sobrevienen circunstancias de entidad suficiente para pensar que la voluntad del testador sería la de revocar el testamento otorgado en su día, ya no le es posible, dado que, como el otorgamiento, la revocación del testamento «es un acto personalísimo [...], y requiere la capacidad precisa para testar y una voluntad exenta de vicios» —LACRUZ BERDEJO J. L., *Derecho de Sucesiones. I Parte General. Sucesión Voluntaria* (2.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1976, p. 332—; sin que, existan en el sistema español figuras que se correspondan con los conocidos como *statutory wills* del Derecho inglés, norma que otorga a la *Court of Protection* poder para hacer un testamento en interés de una persona incapaz de hacerlo por sí misma y que incluso permite que en caso de incapacidad sobrevinida del testador, la *Court of Protection* puede revocar el testamento anterior (testamentos hechos en nombre de la persona incapaz para testar y en su interés) —ampliamente, sobre este particular, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1517 y 1518—.

Se podría considerar si el sistema de «apoyos» a que alude la Convención de Nueva York de 2006, permitiría la posibilidad de que alguna figura, sin sustituir a la persona con discapacidad, pudiera intervenir incluso en asuntos tan personalísimos como es la revocación de un testamento otorgado en un momento anterior. Podría tratarse de un apoderado nombrado en escritura pública por una persona en previsión de ser incapacitada en el futuro. Asimismo me planteo si la iniciativa podría provenir del mismo notario, al modo del artículo 56.1.3.º de la Ley del Notariado, que, al regular los expedientes en materia de sucesiones, en relación a la declaración de herederos abintestato, prevé que si existen personas con capacidad modificada judicialmente y en determinados supuestos, el notario «comunicará esta circunstancia al ministerio fiscal para que inste la designación de un defensor judicial». Hoy por hoy, con la redacción actual del Código civil, podría pensarse en la figura no representativa del curador, incluso en un autocurador, designado por el propio interesado en previsión de una futura incapacitación. No en vano, como se advierte en la tan citada STS 29 abril 2009 (RJ 2009\2901), afirmación tomada del escrito del ministerio fiscal, «la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio de superior interés de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea». Por lo demás, destaco, dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que se consideró que el discapacitado conservaba su iniciativa, pero precisaba la intervención de un curador, para los actos de disposición patrimonial *inter vivos* y *mortis causa* de especial trascendencia y cita expresamente, el acto de testar —cfr., las STS de 24 junio 2013 (RJ 2013\3948) y de 4 noviembre 2015 (RJ 2015\5138) —. Yendo más allá, me pregunto si no sería más acorde a la Convención considerar al notario como apoyo

suficiente en este tipo de casos para asesorar a la persona con discapacidad sobre la posibilidad de revocar válidamente su testamento ante él.

Recuérdese, aunque pueda parecer extraño a nuestro sistema, que también las acciones de separación y de divorcio que son personalísimas, en determinados casos han podido ser ejercitadas en interés del incapaz, a través de sus representantes legales, así, la STS 21 septiembre 2011 (RJ 2011\6575), consideró legitimado para ejercitar la acción de divorcio al tutor en nombre de la persona incapacitada —con cita de la STC 311/2000, 18 diciembre (RTC 2000\311), que otorgó el amparo solicitado a la tutora, madre de la incapacitada, por vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre del acceso a la tutela judicial efectiva—. La STS de 2011, resuelve el caso planteado con fundamento en la STC 311/2000, citada y en la Convención de Nueva York de 2006, porque si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quiera demandarlo.

Finalmente, cumple destacar la imperativa utilización de la Convención de Nueva York de 2006, como norma de referencia para la interpretación del significado y alcance de los derechos fundamentales y de las libertades reconocidos en la Constitución española de 1978 (arg. art. 10.2 CE). En este sentido la STC 208/2013, 16 diciembre (RTC 2013\208) reconoció que por mandato del artículo 10.2 de la Constitución española, el contenido de los derechos fundamentales debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales debe incluirse la Convención de Nueva York de 2006. De ahí que no se compadecería bien con la Convención la restricción que supone no arbitrar los mecanismos adecuados para que las personas con discapacidad, no solo no puedan testar libremente, sino tampoco, en su caso, revocar el testamento anteriormente otorgado, ya que, por una parte, el artículo 1 de la Convención declara que su propósito es 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 y promover el respeto de su dignidad inherente; a mayor abundamiento, la citada STS 29 abril 2009 (RJ 2009\2901), en la propuesta que realiza sobre la lectura de la Convención, propone «Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales»; por otra parte, la Constitución española proclama como derechos fundamentales la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y entre los derechos y libertades afirma el de la igualdad, al tiempo que proscribela «discriminación por cualquier circunstancia personal» (art. 14 CE). Por consiguiente, estimo que la intervención del notario,

favoreciendo tanto el otorgamiento de testamento, como, en su caso, su revocación, por la persona discapacitada —o mejor: persona sin capacidad o aptitud natural—, constituye el mecanismo más idóneo de salvaguardia de aquellos derechos y libertades constitucionales y, a la postre, de la *voluntas testatoris*, incluso, sin la concurrencia de facultativos, salvo en casos muy excepcionales (al modo de lo dispuesto por el art. 56.2 CC). Además, dado el carácter personalísimo del testamento [al igual que su revocación], resulta impensable la posibilidad de suplir la voluntad del testador, por lo que se rechazarían, *a priori* «apoyos» de naturaleza representativa y se optaría por otros que sin sustituir la voluntad del testador en la toma de decisiones, ayuden a salvaguardarla, mediante la adecuada asistencia. En este sentido se pronunció la STS 19 septiembre 1998 (RJ 1998\6399), al declarar que especialmente en materia de testamentos, la actividad del notario, dado el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos: «que se han de desarrollar *dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador*, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada [...], con lo que la *función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla*» (la cursiva es mía).

Para concluir, la doctora MESA MARRERO ha escrito una monografía de lectura recomendable para cualquier interesado de los temas más actuales y espinosos del Derecho de sucesiones. Su obra, que ya constituye una excelente aportación doctrinal, contribuirá, sin duda, al esclarecimiento de cuál será la mejor manera de abordar la capacidad para testar de las personas que carecen de aptitud o capacidad natural de entender y querer para otorgar testamento, en el que se presenta como esencial la salvaguardia de la *voluntas testatoris*, negocio jurídico en el que preponderantemente se atiende al *poder dispositivo* del declarante y en el que se exige o permite ampliamente la búsqueda o investigación de la probable voluntad del declarante —DE CASTRO *dixit* (*El Negocio jurídico, op. cit.*, p. 51)—. En fin, dado el rigor científico y la utilidad práctica de la obra recensionada, le vaticino a la autora el éxito ya alcanzado con otras de sus publicaciones precedentes, como, por ejemplo, *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos* (Aranzadi, 3.ª ed., 2006) o *El contrato de alimentos, régimen jurídico y criterios jurisprudenciales* (Aranzadi, 2.ª ed., 2009). Por lo demás, la monografía que se presenta será de lectura imprescindible para cualquier estudioso o práctico del Derecho, sobre todo por clarificar cuestiones muy debatidas y por ilustrarla con copiosa jurisprudencia y excelente información bibliográfica. En fin, la profesora Carolina MESA MARRERO merece ser felicitada por la valentía de su propósito y el éxito de su resultado.

Fecha de recepción: 01.03.2018

Fecha de aceptación: 24.03.2018