

## LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL<sup>1</sup>

*Felisa María Corvo López*

Profesora Contratada Doctor  
Universidad de Salamanca

---

TITLE: *Testamentary capacity of persons with intellectual disabilities.*

RESUMEN: El trabajo tiene por objeto estudiar la capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual, teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente en la materia (especialmente la del Tribunal Supremo) y los trabajos que se han llevado a cabo hasta la fecha de cara a adaptar nuestra normativa a las exigencias de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad en este ámbito.

ABSTRACT: *This work is intended to study the testamentary capacity of persons with intellectual disabilities, taking into account the most recent jurisprudence (especially of the Supreme Court) and the preliminary draft that has been carried out in order to adapt Spanish legislation to The Convention on the Rights of Persons with Disabilities on this matter.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, Capacidad para testar, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, testamento, modificación de la capacidad de obrar.

KEY WORDS: *Disability, testamentary capacity, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, will, legal incompetence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CAPACIDAD PARA TESTAR. 2.1. *Cuestiones generales.* 2.2 *Testamento otorgado por persona con discapacidad intelectual cuya capacidad de obrar no ha sido modificada judicialmente.* 2.3 *Testamento otorgado por persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente.* 2.3.1 Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad no se pronuncia sobre la posibilidad o no de otorgar testamento. 2.3.2. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad determina que el incapaz conserva la capacidad para testar. 2.3.3. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad excluye la posibilidad de otorgar testamento. 2.3.4. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad excluye la realización de actos de disposición de forma genérica pero no se pronuncia expresamente sobre la capacidad para testar. 2.3.5. Supuestos en que la sentencia en que se modifica la capacidad de obrar fija la asistencia de un curador para la disposición por actos mortis causa. 2.3.6. Especial referencia al régimen de Cataluña. 3. IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO. ESPECIAL REFERENCIA A ELEMENTOS DE PRUEBA RELEVANTES. 4. NUEVAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN 4.1 *La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* 4.2 *El Anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación.* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el ámbito del GIR «Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables», cuyo Investigador responsable es el Prof. D. José Antonio Martín Pérez, reconocido el 18/10/2018 y subvencionado por la Junta de Castilla y León con el Proyecto «Discapacidad y dependencia: Retos para potenciar la autonomía de todas las personas», del que es investigador principal también el Prof. D. José Antonio Martín Pérez.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) de 2006 supone un cambio de paradigma a la hora de abordar las cuestiones ligadas a la discapacidad; supera la perspectiva asistencial «para adoptar otra basada en los derechos humanos y en la dignidad de la persona, lo que implica la consideración de la persona con discapacidad como un sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones que los demás»<sup>2</sup>. Asentada, entre otros, en el principio del respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3), la CDPD obliga a revisar en profundidad nuestro Ordenamiento para adaptarlo a sus exigencias y a interpretar la normativa vigente en los términos más acordes posibles con el planteamiento que ofrece.

Uno de los mayores retos que presenta viene marcado por las previsiones de su artículo 12, bajo la rúbrica *Igual reconocimiento como persona ante la ley*. Según dicho precepto:

*«[...]Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. [...] asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos [...]. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. [...] tomarán 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 [...].»*

A la espera de la reforma del Código civil y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) en relación con los procesos de modificación de la capacidad de obrar, conviene analizar el estado de la cuestión cuando de la capacidad para testar se trata, prestando especial atención a los cambios que pueda estar experimentando nuestra jurisprudencia, pues la normativa del Código civil en

<sup>2</sup> Así lo destacan TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, *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. 75 y 76.

materia de capacidad para otorgar testamento tampoco ha sufrido aún variación alguna a pesar de las reclamaciones de la doctrina<sup>3</sup>.

## 2. CAPACIDAD PARA TESTAR

Las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento pretenden garantizar la suficiencia mental del testador respecto del acto de testar.

### 2.1. Cuestiones generales

De acuerdo con el tradicional principio *favor testamenti*, el artículo 662 del Código civil consagra la presunción de la capacidad para testar («*Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*»)<sup>4</sup>. El artículo 663.2 del Código civil, por su

<sup>3</sup> GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz. (dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 546, estiman pertinente modificar el artículo 665 conforme al principio de no discriminación, en aras de permitir el «testamento del incapacitado en intervalo lúcido». GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La capacidad para testar: una propuesta de reforma del art. 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz (dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 628-633, propone una redacción que incida en la concurrencia de capacidad natural al tiempo del otorgamiento y que exija con carácter preceptivo la intervención de dos facultativos cuando el testador haya sido provisto de las medidas de apoyo necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica sin discriminación; si no estuviera provisto de tales medidas, los facultativos sólo intervendrían si el notario lo estimara pertinente. Apela la autora a la función notarial como apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, mas sólo en el caso de los testamentos abiertos se agotaría la doble función tuitiva que han de cumplir los notarios: «a) apreciar la capacidad legal exigida para el otorgamiento del testamento y b) garantizar que la voluntad del testador es libre y no existe influencia indebida». También ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables» en VAQUER ALOY, Antoni, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Paz y BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coord.) *La libertad de testar y sus límites*, Collegi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 85 y 86, aboga por la modificación del artículo 665 del Código civil. NIETO ALONSO, Antonia, «La "testamenti factio" activa de la persona con discapacidad a la luz de la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006: a propósito del "apoyo" notarial, como salvaguardia de la "voluntas testatoris"» EN LLAMAS POMBO, Eugenio *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias : [Salamanca, 24, 25 y 26 de octubre de 2018]*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.1456-1458, insiste en la necesidad de reinterpretar el artículo 665 del Código civil a la luz de la CDPD y califica a la intervención notarial como «el mecanismo más idóneo de apoyo y salvaguardia de aquellos derechos y libertades constitucionales y, a la postre, de la *voluntas testatoris*»; de esta autora puede verse también «Reseña bibliográfica. Carolina MESA MARRERO: La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales», volumen V, (2018), número 1, enero-marzo, p. 260.

<sup>4</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018,1090)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 108, septiembre-diciembre 2018, p.312, sostiene que no existe tal presunción. Por una parte, porque no se refiere a la capacidad –según la edad o la sentencia de incapacitación– sino a la salud física de la persona; y por otra, «porque no hay un hecho base del que

parte, precisa que están «*incapacitados para testar*» quienes habitual o accidentalmente no se hallen en su cabal juicio<sup>5</sup>. Como vemos, no se exige que se haya declarado judicialmente la incapacidad de la persona en cuestión sino que basta con que carezca de capacidad natural suficiente en el momento del otorgamiento por no encontrarse en su cabal juicio, circunstancia que, en el caso de los testamentos notariales (abiertos –art. 696 CC– y cerrados –art. 707.4º CC–)<sup>6</sup>, ha de ser apreciada por el fedatario público (art. 685 CC)<sup>7</sup> y cuya apreciación no lleva consigo la imposibilidad

---

obtener un hecho presunto, sino simplemente una regla de carga de la prueba», según la cual «las personas se reputan sanas mentales, salvo que se pruebe lo contrario».

<sup>5</sup> La expresión «cabal juicio» –como señala RUBIO GARRIDO, Tomás, «Comentario a los art. 662-666 Código civil» en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.5122- indica que se exige «capacidad natural suficiente para poder comprender el alcance y sentido del testamento y la voluntad de dejar bienes y derechos, para después de la muerte, a determinadas personas (esto es, la voluntad para comprender y querer realizar los fines de la institución testamentaria)». Destaca el acierto de dicha expresión GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.*, p. 313, por cuanto: 1) la misión del legislador no es determinar cuándo un sujeto está enfermo; y 2) da cabida a todas las perturbaciones que impiden al testador conocer y entender el alcance de su disposición testamentaria, con independencia de que tengan carácter permanente o transitorio y de que obedezcan a una enfermedad o no. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código civil. Comentado y con Jurisprudencia*, 6ª ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 688, apunta que no se encontraría en su cabal juicio quien «no está en la plenitud de las facultades mentales, sea por locura permanente, por una enajenación transitoria, sea por encontrarse en estado de embriaguez, en un acceso febril o bajo influencia de drogas». En la misma línea ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp.105 y 106; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, Tomo I, 4ª ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 107-108; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo «Comentario a los art. 662-686 del Código civil», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. *Comentario del Código civil*. Tomo 4. Bosch, Barcelona, 2000, p. 253, quien, tras resaltar que la expresión «cabal juicio» se ha calificado como «imprecisa, poco técnica o inadecuada», manifiesta que su contenido es claro: «que aquel que dispone tenga capacidad suficiente para entender y querer sus disposiciones, y apreciar los motivos para hacerlas, sin que sea suficiente hallarse en el umbral del conocimiento». La STS de 27 de noviembre de 1995 (Roj: STS 6000/1995) señala que esta expresión no debe entenderse «en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental». Sobre esta cuestión puede consultarse también PUIG FERRIOL, Luis «Comentario a los art. 662-666 del Código Civil» en AAVV, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1671; RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Mª, «Comentario a los art. 662-666 del Código civil» en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.). *Código civil comentado*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 269-274.

<sup>6</sup> Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «El testamento notarial», en GETE-ALONSO, Mª del Carmen (dir.) *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 429, 458 y 459

<sup>7</sup> La redacción actual de estos tres preceptos procede de la reforma llevada a cabo mediante la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, con la que se pretendía, entre otras cosas, «ajustar el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacidad».

Como pone de relieve RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Comentario a los art. 676-687 del Código civil» en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.). *Código civil comentado*, Cizur Menor, Civitas, 2011, p. 352, las formalidades de identificación del testador y apreciación de su capacidad se aplican tanto a los testamentos notariales abiertos o cerrados como a los testamentos abiertos otorgados en peligro de muerte y en caso de epidemia y a los testamentos especiales; en la p. 359, refiriéndose al juicio de capacidad expresamente, no alude a los testamentos especiales.

de impugnar el testamento en cuestión en el caso de que se pruebe de forma concluyente la falta de capacidad del testador al tiempo del otorgamiento. Sin embargo, no resulta fácil precisar cuándo la persona se encuentra o no en su cabal juicio; un estudio jurisprudencial sobre la cuestión puede arrojar un poco de luz al respecto<sup>8</sup>.

Reglas similares encontramos en el ámbito del Derecho civil autonómico.

El Código Civil de Cataluña, en su artículo 421-3, parte también del principio del reconocimiento general de la capacidad para testar, a menos que la ley contenga alguna prohibición expresa («*Pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la Ley, no sean incapaces para hacerlo*»). La regla general, por tanto, es la capacidad; las incapacidades constituyen excepciones a este principio, que sólo pueden aceptarse si se prevén de forma expresa. «Se presume, así, la capacidad del testador, en particular cuando se trata de un testamento abierto, ya que el notario debe apreciar la capacidad del testador (art. 421-7)»<sup>9</sup>. El artículo 421-4, por su parte, determina que «*Son incapaces para testar [...] quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento*». Así pues, «es nulo el testamento de quienes no gozan de la plenitud de sus facultades mentales, quienes no comprenden el alcance de sus actos. Con todo, la creciente longevidad de las personas, con los avances en el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades neurodegenerativas, conlleva un incremento de las dudas sobre la verdadera capacidad natural de las personas de edad avanzada, que se ha traducido en un aumento de los pleitos en que se discute la validez del testamento otorgado en fecha próxima a la del fallecimiento. El momento al que haya que atender para valorar la capacidad natural del testador es, exclusivamente, el del otorgamiento del testamento; por ello, cabe que quien está incapacitado judicialmente teste válidamente en intervalo lúcido si dos facultativos certifican la capacidad y lucidez del testador en el preciso momento de testar (art. 421-9.2). Sin embargo, los supuestos dudosos existen, en particular, cuando se trata de un testador vulnerable, no solo por

<sup>8</sup> Véanse los realizados por MESA MARRERO, Carolina, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2017, pp. 27-42; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.) *Curso de Derecho civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2016, pp.105 y 106; VICENTE DOMINGO, Elena «Comentario a los art. 662-675 del Código civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.) *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 783; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel «Comentario al Capítulo I del Título III Libro III del Código civil» en SALAS CARCELLER, Antonio (coord.), *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepín, Madrid, 2009, p. 1971 y 172.

<sup>9</sup> Así lo afirman DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve *Derecho civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 71.

su estado psíquico y físico sino también por sus circunstancias personales, familiares y socio-económicas»<sup>10</sup>.

En Navarra, no encontramos una declaración general como la del artículo 662 del Código civil. Ahora bien, dado que el Fuero Nuevo de Navarra se ocupa de la testamentifacción de forma negativa, enumerando las incapacidades para testar, cabe afirmar también que la capacidad es la regla general y las incapacidades la excepción. Tras su reciente reforma, la Ley 184 determina que «*Están incapacitados para testar: [...] 2. Las personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar el testamento*»<sup>11</sup>.

En el caso de Aragón, el artículo 408 del Código del Derecho foral de Aragón, a diferencia de lo que sucede en los cuerpos normativos anteriormente descritos, no utiliza una formulación negativa, sino que parte del principio general según el cual todo sujeto mayor de catorce años y con capacidad natural puede otorgar testamento. La norma regula, pues, la capacidad para testar con carácter general<sup>12</sup>. Del precepto se infiere: a) que la capacidad es la regla general y la incapacidad es la excepción. «Puesto que la capacidad condiciona la validez del testamento, tratándose de testamentos notariales, el notario debe asegurarse de que a su juicio el testador tiene la capacidad legal necesaria para ello dando fe de tal circunstancia. El juicio de capacidad que emite el notario, vale como presunción *iuris tantum*, de manera que quien alegue lo contrario tendrá que demostrarlo; b) que para apreciar la capacidad del testador debe atenderse a la que tenga al tiempo de otorgarse el testamento, y sin que las posteriores alteraciones o variaciones en esa capacidad afecten a su validez y eficacia; [...] d) que el testador debe tener lo que la Ley llama capacidad natural, es decir, que el testador tenga la inteligencia suficiente para entender y querer precisamente las disposiciones

<sup>10</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil...*, op. cit., p. 72.

<sup>11</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, modifica y actualiza la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. En su anterior redacción, la Ley 184 disponía que eran incapaces para testar: «*los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto al testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Código civil*». Sobre ella puede verse GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis. «Comentario a la Ley 184» en RUBIO TORRANO, Enrique (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 554-557, donde incidía, por ej. en la necesidad de tener en cuenta la remisión estática que realizaba la Disposición adicional del Fuero Nuevo.

<sup>12</sup> Artículo 408 del Código del Derecho foral de Aragón, bajo la rúbrica «*Capacidad para testar*», establece:

1. «*Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural.*
2. *Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad.*
3. *La falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente.*

que establece y para apreciar los motivos que tiene para hacerlas, lo que incapacita al sujeto con falta de discernimiento tanto habitual como accidental, bastará para ello una situación e anomalía psíquica o trastorno patológico aunque sea transitorio que impida al cabal juicio (sonambulismo, hipnosis, embriaguez...) [...]; e) si el testamento es mancomunado<sup>13</sup>, ambos testadores deben tener capacidad para testar. La falta de capacidad de uno de los sujetos, bien general o bien específica para una forma concreta del testamento, impide otorgarlo mancomunadamente (art. 408.3 CDFA)<sup>14</sup>.

En Islas Baleares, el artículo 17 párrafo 2º del Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de Illes Balears se limita a decir que «*El otorgamiento de codicilos requerirá la misma capacidad y formalidades externas que los testamentos*»; dado que no precisa nada más en relación a la capacidad para testar, resultará aplicable el Código civil.

Algo parecido sucede con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia de 2006. En su artículo 210 establece que «*Sólo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar*», pero no precisa nada en relación a la capacidad para otorgar testamento.

Tampoco la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Foral del País Vasco contiene una disposición específica en relación a la capacidad para testar.

Las situaciones que nos podemos encontrar son muy variadas.

## *2.2. Testamento otorgado por persona con discapacidad intelectual cuya capacidad de obrar no ha sido modificada judicialmente*

Tratándose de un testamento notarial, el fedatario público que autoriza el testamento ha de cerciorarse de la capacidad del otorgante; ha de realizar un juicio de capacidad de éste en el acto mismo de la testamentifacción activa<sup>15</sup>. Esa opinión favorable del

<sup>13</sup> El testamento mancomunado es una institución sucesoria netamente consuetudinaria de gran arraigo y frecuencia en Aragón. Se trata de un tipo de testamento que se caracteriza por su pluripersonalidad (art. 406.3 CDFA). Debe otorgarse en un único instrumento, por un máximo de dos personas, que, según el artículo 417 del Código del Derecho Foral de Aragón, han de ser aragoneses; si sólo lo fuera uno de ellos, podrá otorgarse el testamento mancomunado si la ley personal del otro no se lo prohíbe.

<sup>14</sup> Así lo pone de relieve BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena "Título III. De la sucesión testamentaria" en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, (dir), *Comentarios al Código del derecho foral de Aragón : doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 580 y 581.

<sup>15</sup> Artículo 685 del Código civil: «... *También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad*».

notario –que ha de consignarse en la escritura pública– viene a reforzar la presunción *iuris tantum* de capacidad de todo testador. La ley no establece cómo debe realizar esa valoración, de modo que habrá de servirse fundamentalmente de su experiencia<sup>16</sup>; ahora bien, el notario no es un médico por lo que es posible que no se aperciba de la falta de capacidad. La mención que realiza el notario a favor de la capacidad del testador supone un principio de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen con carácter general los notarios y, por ello, como reiteradamente ha puesto

---

Art. 696 del Código civil: «El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

Art. 707.4º del Código civil: «En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes: (...) 4ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

Sobre el juicio de capacidad que efectúa el notario, puede verse, MESA MARRERO, Carolina, *op. cit.*, pp. 81-99; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 125-139 y «Comentario...», *op. cit.*, 2011, p. 358-364; NIETO ALONSO, Antonia, «Reseña bibliográfica...», *op. cit.*, pp. 255-259; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo. «El juicio sobre la capacidad del testador emitido por el notario ¿es impugnable?», en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, Mª Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 207-233; RUBIO GARRIDO, Tomás, *op. cit.*, p. 5130-5132; ROMERO COLOMA, Aurelia Mª, «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», *Diario la Ley*, número 7439, (24 febrero 2010), (LA LEY 20289/2009); RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Mª, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Cuadernos Civitas, Madrid. 2006, pp. 115-174; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.*, pp. 314-316; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018, p. 3359-3361; TORRES GARCÍA, Teodora F. «Comentario a los art. 676-693», en AAVV, *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1728.

<sup>16</sup> La STS de 19 de septiembre de 1998 (Roj: STS 5223/1998) concluye a estos efectos que «el juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa».

Cuando el notario dude sobre la capacidad de la persona que quiere testar y ésta no tenga la capacidad modificada judicialmente, puede interesar la intervención de especialistas. A diferencia del supuesto del artículo 665 del Código civil, esta intervención sería una precaución voluntaria que tampoco impediría la impugnación del testamento. Así lo pone de relieve RUBIO GARRIDO, Tomás, *op. cit.*, p. 5131, al hilo de la referida sentencia. También se muestran a favor de esta posibilidad ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección...», *op. cit.*, pp. 88 y 89; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 111 y 112; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo «Comentario...», *op. cit.*, p. 329; PUIG FERRIOL, Luis «Comentario...», *op. cit.*, p. 1674; VICENTE DOMINGO, Elena «Comentario...», *op. cit.*, p. 785; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. «El testamento», en GETE-ALONSO, Mª del Carmen (dir.) *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 419; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.) *Curso de...*, *op. cit.*, p. 107. En contra, parece pronunciarse, en cambio, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 48, a la vista del tenor literal del artículo 665 del Código civil. DE ZULUETA SAGARTE, María «Comentario a los art. 680-687 del Código civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.). *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 809, se limita a decir que no requiere intervención facultativa y RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Mª, «Comentario...», *op. cit.*, pp. 276 y 277, se hace eco del planteamiento doctrinal que hemos expuesto, pero no se decanta por una postura concreta.



de relieve la jurisprudencia, es preciso pasar por ella mientras no se demuestre cumplidamente lo contrario en vía judicial.

Mas, podría también otorgar testamento ológrafo.

Algo diferentes son las cosas en Cataluña. A la vista de lo dispuesto en el artículo 421-9 del Código civil de Cataluña, en el caso de que el notario tenga dudas acerca de la capacidad del testador no incapacitado judicialmente, puede pedir la intervención de dos facultativos para que dictaminen sobre la capacidad y lucidez del testador<sup>17</sup>. Dichos facultativos han de hacer constar su dictamen en el mismo testamento y firmar con el notario y, si es el caso, los testigos. El precepto, en cuestión, no precisa si el dictamen tiene carácter vinculante para el notario o no y es perfectamente imaginable el supuesto de un dictamen discrepante de los dos facultativos. Ante esta circunstancia, teniendo en cuenta que, según el artículo 421-7, es el notario quien ha de valorar la capacidad del testador<sup>18</sup>, cabe concluir que, igual que solo a él compete la decisión de utilizar este recurso del dictamen de especialistas, solo a él compete la decisión tras el dictamen de los facultativos<sup>19</sup>.

Más dudas suscita la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia de 2006, pues su artículo 184 determina que, «*Como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1º) Lo solicite el testador o el notario; 2º) El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer*

<sup>17</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, LLOBET AGUADO, Josep, SOLÉ RESINA, Judith, YSÁS SOLANES, Maria, *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 68 y 69, refiriéndose al artículo 116 del anterior Código de Sucesiones catalán –precepto que determinaba las formalidades con que el testador podía otorgar testamento cuando quien debía autorizarlo dudara acerca de la capacidad natural del otorgante o considerase que tenía disminuida su capacidad natural y en los supuestos en que el testador se encontrase «incapacitado por sentencia judicial», señalaba que dicha norma «responde a una aplicación del principio *favor testamenti* con la que se trata de evitar, en la medida de lo posible, que el incapaz muera intestado. [...] la letra del precepto [...] permite afirmar que la capacidad de testar no puede ser restringida, con carácter general, en la sentencia de incapacitación, sino que ha de ser apreciada caso por caso, para el concreto acto del testamento y el preciso momento en que éste vaya a ser otorgado. La declaración judicial de incapacitación que incluya la capacidad de testar tendrá, sin embargo, cierta trascendencia, por cuanto invierte la presunción de capacidad del testador establecida en el art. 103 CS y obliga a demostrar pericialmente la existencia de intervalo lúcido en el momento del otorgamiento (MARSAL GUILLAMET)». RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M<sup>a</sup>, «Comentario...», *op. cit.*, p. 277, alude a las críticas que suscitó el antiguo art. 116 pues «conducía al absurdo de que el notario, para prevenir posibles impugnaciones de los testamentos que autorizaba, exigía la intervención médica en casi todos ellos».

<sup>18</sup> Artículo 421-7 del Código civil de Cataluña: «*Identificación y juicio de capacidad del testador*» «*El notario debe identificar al testador y debe apreciar su capacidad legal en la forma y por los medios establecidos por la legislación notarial*».

<sup>19</sup> Véase DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 72, quienes recuerdan, entre otras, la SAP Girona de 30 de julio de 2012 (JUR 2012\349127).

*o escribir*». A la vista del precepto, es preciso criticar: 1) que siga utilizando el término demente –término completamente inapropiado para referirse hoy a una persona con discapacidad psíquica–; 2) que no aclare si esa persona que se encuentra en un intervalo lúcido ha visto previamente modificada su capacidad de obrar judicialmente o no<sup>20</sup>; y 3) que no apueste por las máximas garantías a fin de que el notario pueda asegurarse de la capacidad del testador y exija simplemente la presencia de dos testigos, los cuales no tienen que ser necesariamente médicos (el art. 183 señala que el testamento abierto se otorga ante notario, pero ningún precepto autonómico hace referencia al juicio de capacidad que ha de realizar este profesional).

### *2.3. Testamento otorgado por persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente*<sup>21</sup>

Cuando la persona ha visto modificada su capacidad de obrar, debemos diferenciar en función de que la sentencia que declara dicha modificación se haya pronunciado expresamente sobre la posibilidad de otorgar testamento o no. No en vano, dicha sentencia ha de determinar la extensión y límites de la incapacitación, en función de la capacidad de autogobierno de la persona (art. 760 LEC).

#### 2.3.1. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad no se pronuncia sobre la posibilidad o no de otorgar testamento

Este es el supuesto contemplado por el artículo 665 del Código civil<sup>22</sup>; dicho precepto ofrece un cauce para que la persona con capacidad modificada judicialmente pueda

<sup>20</sup> Este problema se planteaba también en el ámbito del Derecho común antes de la reforma del Código civil operada por la Ley 30/1991.

<sup>21</sup> La Ley 1/2009, de 25 de marzo, instaba la modificación de la legislación que regulaba los procedimientos de incapacitación judicial, los cuales pasarían a denominarse «procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», para adaptarla a las previsiones de la CDPD. También la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria emplean a lo largo de su articulado la expresión «personas con capacidad modificada judicialmente». Ahora bien, como destaca MESA MARRERO, Carolina, *op.cit.*, p. 102, tampoco esta expresión resulta acorde con los criterios de la referida CDPD, pues su artículo 12 establece claramente que la capacidad no se modifica, «pues las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, sin perjuicio de los apoyos que puedan necesitar para su ejercicio». Por ahora, tenemos sobre la mesa la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil y nos encontramos a la espera de que la Comisión General de Codificación haga pública su propuesta para modificar el Código civil en este ámbito y adaptarlo debidamente a la CDPD, modificación que, en alguna medida, afectará también a la regulación de la capacidad para otorgar testamento.

<sup>22</sup> La redacción primitiva de este precepto sufrió una importante reforma en 1991, por obra de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Se trata, a juicio de GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel «Comentario...», *op. cit.*,

ejercitar válidamente un derecho personalísimo como es el de otorgar testamento, siempre y cuando la sentencia –que, según pone de relieve la STS de 28 de septiembre de 2018 debe ser firme<sup>23</sup>– no contenga pronunciamiento alguno sobre la capacidad para testar; el precepto impone una medida de control que consiste en la designación por parte del notario de dos facultativos que han de reconocer previamente al incapaz, de tal forma que sólo cuando éstos respondan de su capacidad para testar podrá el fedatario público autorizar el otorgamiento del testamento<sup>24</sup>. Como destaca

---

p. 1975 y 1976, de una de las peores reformas que se han llevado a cabo en el Código. Con anterioridad, el artículo 665 del Código civil establecía: «*Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente lo reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos*». La eliminación de la referencia al demente y su sustitución por la de incapacitado respondía a un ajuste del supuesto tradicionalmente denominado del «testamento en intervalo lúcido» a la nueva regulación de la incapacitación. Sin embargo, -como destaca el referido autor- omitía cualquier referencia a los supuestos de testamento otorgado por «un perturbado de hecho en intervalo lúcido para lograr una mayor coherencia y evitar algunos problemas que se habían suscitado con la expresión demente y que, en la práctica, antes de la reforma, se solucionaban limitando la aplicación del precepto al caso del testador incapacitado judicialmente»; recuerda a tal efecto la STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982\5545). BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo «Comentario...», *op. cit.*, p. 261, por su parte, sostiene que la reforma obedece fundamentalmente a razones de técnica jurídica pues «la apreciación de la incapacidad referida “únicamente al momento de testar”, y la presunción de capacidad en el testador, hacían innecesaria la existencia de una regulación especial para el supuesto del “intervalo lúcido” del incapaz no declarado, que en cualquier caso estaría sujeto a la cumplida prueba de su incapacidad»; sin embargo, el supuesto del incapaz declarado por resolución que no contenía pronunciamiento específico alguno en relación a su capacidad para testar precisaba una regulación, que respetara lo dispuesto en el artículo 662 del Código civil, «sin impedir que se pueda constatar la posible extensión de la incapacidad pronunciada en la sentencia», a esta materia. Ante la discusión doctrinal sobre la aplicación del artículo 665 no sólo cuando el testador ha sido declarado judicialmente incapaz sino también cuando, sin esa declaración, se encuentra habitualmente en estado de demencia, considera que «por razones de utilidad práctica, el sistema de intervención de los facultativos debería utilizarse cuando simplemente se trata de un testador habitualmente en estado de demencia, con lo que se podían evitar dudas respecto a la capacidad en el momento del intervalo lúcido».

Sobre la anterior redacción del artículo 665 del Código civil puede verse ALBALADEJO GARCÍA, Manuel «Comentario a los art. 662-666 del Código civil» en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, volumen 1-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 80-95.

<sup>23</sup> Roj: STS 3268/2018). En el supuesto de hecho que da origen a esta sentencia, el testamento notarial había sido otorgado en un momento en que la sentencia de incapacitación parcial no había ganado firmeza por estar recurrida en apelación. Ante esa circunstancia -ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento- nuestro Alto Tribunal, en aplicación de los principios *favor testamenti* y de presunción de capacidad de todas las personas que no han sido judicialmente incapacitadas, dado que solo la sentencia de incapacitación firme -que es constitutiva-modifica el estado civil, considera que el testamento es formalmente válido, aunque no cumpla los requisitos del artículo 665 del Código civil; dicho precepto sólo debe observarse obligatoriamente desde que la sentencia de incapacitación gane firmeza.

<sup>24</sup> VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento», en GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> del Carmen, *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 130, señala que resultan aplicables a los facultativos las incompatibilidades recogidas en el artículo 681 del Código civil respecto a los testigos y que, aunque la ley no lo especifica, es aconsejable que sean psiquiatras. A la conveniencia de exigir el dictamen de dos médicos especialistas en psiquiatría, a la vista

Domínguez Luelmo, no es suficiente con que concurren los facultativos como meros testigos<sup>25</sup>.

El notario queda así vinculado por el dictamen de los médicos en el caso de que el mismo sea desfavorable; ahora bien, en el caso de que sea favorable, podría negarse a autorizar el testamento pues él es quien, según el artículo 685 del Código Civil, ha de apreciar la capacidad del testador al tiempo del otorgamiento<sup>26</sup>.

El dictamen de los facultativos tiene carácter de presunción *iuris tantum*<sup>27</sup>.

El incumplimiento de esta medida de control determina la nulidad del testamento otorgado por el incapacitado<sup>28</sup>.

Así las cosas, parece que la persona con capacidad de obrar modificada judicialmente sin expreso pronunciamiento sobre la capacidad para testar sólo puede otorgar testamento notarial; no podrá otorgar testamento ológrafo<sup>29</sup>. Ahora bien, por lo que se

del desarrollo de la medicina en nuestro país, se refieren también GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.* p. 321 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>25</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «El testamento», *op. cit.*, p. 419. Recuerda, a estos efectos, la STS de 9 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6399) en la que se afirma que el hecho de que «hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento (...), pues dichos facultativos sólo actúan como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más».

<sup>26</sup> Así lo entienden, por ej., RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 122; ROCA TRÍAS, Encarnación, «Comentario al art. 665» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 953; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *op. cit.*, p. 131. Otros autores como DE GASTRO GARCÍA, Jaime «Comentario al art. 665 del Código civil», en ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis (dir.), *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1991, pp. 181 y 182 o PUIG FERRIOL, Luis «Comentario...», *op. cit.*, pp. 1674 y 1675, entienden que el notario debe autorizar el testamento, si bien podrá hacer constar las reservas oportunas sobre este extremo.

<sup>27</sup> Véase STS de 2 de junio de 1959 (J. Civil, T. 80, nº 372, p. 67). No han faltado, no obstante, autores que han criticado el hecho de que la certificación médica constituya sólo una presunción *iuris tantum* (ej, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, «Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio"» *RDPr*, número 50, (1966), marzo, pp. 253 y 254, para quien dicha certificación debería ser «irrebatible»), a lo que han respondido otros como GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.* pp. 320 y 321, alegando que, si bien eso sería lo deseable, lo cierto es que no resulta muy difícil encontrar médicos que certifiquen cualquier cosa que interese al requirente, por lo que parece «más sencillo para el juez o tribunal declarar que los médicos se equivocaron en su apreciación» que iniciar «un proceso penal por falsedad de la certificación», marco en el que la prueba resultaría mucho más complicada.

<sup>28</sup> Así lo ponen de relieve las SSAP de Salamanca de 12 de mayo de 2006 (Roj: SAP SA 389/2006), León de 27 de marzo de 2015 (Roj: SAP LE 325/2015), Bilbao de 23 de abril de 2015 (Roj: SAP BI 739/2015), entre otras.

<sup>29</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín), *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 163 y 164, recuerdan a estos efectos la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, *op. cit.*, pp. 254 y 255, al hilo de la anterior redacción del precepto en cuestión:

refiere a los testamentos notariales, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de afirmar si el artículo 665 del Código civil resulta aplicable únicamente a los testamentos abiertos<sup>30</sup> o si también puede aplicarse a los cerrados. La discusión en relación a la posibilidad de aplicar el referido precepto a los testamentos cerrados deriva del hecho de que este tipo de testamento es un acto complejo que se desarrolla en dos momentos: 1) el correspondiente a la redacción del documento que más tarde es entregado al notario y 2) el del otorgamiento concreto] y es en el segundo de ellos en el que el notario emite su juicio de capacidad del testador; al no ser posible conocer con certeza si el testador se encontraba en su cabal juicio al tiempo de la redacción del documento, es muy difícil que dicho testador quede amparado por la presunción de capacidad que le permite otorgar un testamento válido<sup>31</sup>. Sin embargo, no faltan

---

aunque se demuestre que la declaración vertida en forma ológrafa es libre y consciente porque el testador se encontraba en su cabal juicio, el testamento sería inválido en cuanto a la forma pues las formalidades previstas en el art. 665 del Código civil no pueden cumplirse en el caso de los testamentos ológrafos (en la confección y otorgamiento del testamento ológrafo no interviene ni el notario ni los médicos). En la misma línea se pronuncia RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M<sup>a</sup>, «Comentario...», *op. cit.*, p. 279. RUBIO GARRIDO, Tomás, *op. cit.*, p. 5132 y 5133, en cambio, señala que una cosa es que la previsión del art. 665 del Código civil sólo pueda funcionar para los testamentos notariales y otra que no sea válido el testamento ológrafo otorgado en intervalo lúcido por un incapacitado judicialmente sin expresión concreta sobre la testamentifacción; tal interpretación, a su juicio, es errónea, aunque –reconoce– la prueba de tal situación no será fácil.

<sup>30</sup> Autores como PEÑA LÓPEZ, Fernando, «El testamento» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015, p. 133, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 124, o ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección...», *op. cit.*, pp. 88, 89 y 94, sostienen que ha de tratarse de testamento abierto notarial. Para esta última, «lo ideal sería una reforma legislativa que corrigiera la disfunción que se produce entre los arts. 665 (...) y 666 (...) con los art. 697 y 707», de cara a permitir «tanto al incapacitado como al incapaz natural» otorgar únicamente testamento abierto. A favor de la tesis que sostiene que sólo procede en el caso del testamento notarial abierto cabe argumentar –apunta PUIG FERRIOL, Luis «Comentario...», *op. cit.*, p. 1675– que la persona que ha visto modificada judicialmente su capacidad de obrar se ve afectada por una presunción de incapacidad, que puede destruirse eficazmente cuando los facultativos responden de su capacidad; de alguna manera, los facultativos están restituyendo la presunción general de capacidad para otorgar testamento a la persona que ha visto modificada su capacidad de obrar. Nótese, además que, en relación al testamento abierto, los artículos 698.2 y 695.1 del Código civil establecen expresamente que los facultativos han de concurrir al otorgamiento y firmar el testamento.

<sup>31</sup> PORRAS GONZÁLEZ, José Manuel «Comentario...», *op. cit.*, p. 1976, señala que, en el caso del testamento notarial cerrado, el notario también está obligado a dar fe del juicio del testador (art. 707, parr. 4<sup>o</sup> CC) «y nada impide que solicite la presencia de dos facultativos»; ahora bien, «queda la duda de si estaba en su cabal juicio cuando escribió el testamento cerrado que ahora presenta al notario o si la apreciación de capacidad deber referirse al momento del otorgamiento» (art. 666 y 707 parr. 4<sup>o</sup> CC) «o dar transcendencia al día y hora del otorgamiento» (art. 707 párr. 6<sup>o</sup> CC); PUIG FERRIOL, Luis «Comentario...», *op. cit.*, p. 1675, –tras recordar el deber que el artículo 707.4 del Código civil impone al notario y afirmar que, tratándose de un «incapacitado por resolución judicial», el notario puede perfectamente exigir la presencia de los dos facultativos a que alude el art. 665 CC– afirma que «el dictamen favorable de los facultativos no prejuzga que realmente el testador tuviera la capacidad para testar en el momento en que se redactó el escrito que documenta la última voluntad del testador. En todo caso, y con arreglo al derecho vigente, debe pensarse que sólo se concede relevancia a la capacidad del testador en el momento de otorgarse el testamento cerrado ante [n]otario (conforme al antes referido art. 707.4 CC).

autores que, apoyándose en los artículos 706 y 707 del Código civil, defienden la validez del testamento cerrado de quien ha visto modificada judicialmente su capacidad de obrar si se cumplen las formalidades del artículo 665; aducen, en este sentido que la fecha a la que el legislador ha querido dar relevancia es la que resulta del acta de otorgamiento del testamento cerrado extendida por el notario (art. 707.6 CC) y sólo se considera relevante el juicio de capacidad emitido por el notario al tiempo de la extensión del acta de otorgamiento del testamento en cuestión (art. 707.4 CC)<sup>32</sup>.

Mucho más clara resulta, a estos efectos la Ley 184 párrafo 2º Fuero Nuevo de Navarra, pues cierra claramente la posibilidad de que la persona que haya visto modificada su capacidad de obrar otorgue testamento cerrado y testamento ológrafo, aunque exista ese dictamen favorable de los dos facultativos. Dice textualmente: «*Las personas cuya capacidad haya sido judicialmente modificada podrán otorgar testamento abierto siempre que dos facultativos designados por el notario respondan de su capacidad tras su reconocimiento a salvo aquellos supuestos en que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar*». Lo mismo sucede en Cataluña a la vista del artículo 429-1.2 del Código civil de Cataluña del que luego nos ocuparemos.

Por lo que se refiere a Aragón, hay que señalar que nada dice el Código del Derecho Foral de Aragón en relación a los incapacitados por virtud de sentencia que no

---

Pues la exigencia que aparecía en el anterior art. 706 I [del CC], que obligaba al testador a que expresara el día, mes y año en que escribía el testamento, no ha pasado al actual art. 706. De lo cual se sigue el criterio del legislador actual, es el de conceder relevancia únicamente a la fecha que resulte del acta de otorgamiento (conforme al actual art. 707.6 CC), por no exigirse la expresión de circunstancia temporal alguna en la fase de preparación del testamento cerrado»; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín), *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 164, quienes entienden discutible la aplicación del art. 665 del Código civil al testamento cerrado: «si se considera que no ha debido ser escrito necesariamente por el testador y que la testamentifacción se concentra en el acto del otorgamiento, en el cual se hace valer como testamento el escrito que antes no lo era,» –afirman– «parece mejor fundada la solución» y evocan el artículo 707.5 del Código civil en relación con el artículo 698 del mismo cuerpo legal. A la vista de la redacción que presentaba el artículo 665 del Código civil antes de su reforma en 1991, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel «Comentario...», *op. cit.*, no considera admisible esta fórmula en el caso de los testamentos cerrados pues «aun salvando las dificultades puramente literales, que se estime existan, y aun pensando que es en el momento de la comparecencia ante el [n]otario, cuando el testador asume el escrito interior, y [considerando] que en el acta de aquél puede recogerse la dación de fe por el [n]otario del dictamen de los [f]acultativos y la suscripción de éstos, y que, constando la capacidad en tal momento, resultaría injustificada la exclusión del loco lúcido de esta forma de testar[,] [...] no se puede olvidar que el otorgamiento del testamento cerrado no es únicamente la declaración ante el [n]otario y los testigos de que lo se contiene en la envoltura cerrada es el testamento[;] (...) otorgamiento es todo el proceso desde el principio»; por eso, «a menos que conste también que el escrito interior se redactó siendo capaz el otorgante, no se habrá probado el cabal juicio al momento del otorgamiento»; sobre esta base, siguiendo a Lacruz y Puig Brutau, concluye que sólo cabría una «posibilidad de testar el loco lúcido en testamento cerrado: la de que también la redacción del escrito interior sea período al que alcance el dictamen de los [f]acultativos de encontrarse el otorgamiento en momentos de lucidez ».

<sup>32</sup> Explica claramente las posturas doctrinales que se han defendido RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M<sup>a</sup>, «Comentario...», *op. cit.*, p. 279 y 280, si bien no se decanta por ninguna.

contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar. Según Bellod Fernández de Palencia caben dos opciones: 1) entender que no hay laguna legal, de modo que el notario, como en los demás casos, será el competente para determinar que, a su juicio, «el incapacitado judicialmente tiene, o no, pleno discernimiento en el momento del otorgamiento del testamento»; o 2) «aplicar supletoriamente el art. 653 que exige el dictamen de dos facultativos que respondan de su capacidad en el momento de otorgarse el testamento»<sup>33</sup>. (Por nuestra parte, consideramos que esa referencia al artículo 653 constituye un error tipográfico, y debe entenderse hecha al art. 665 CC).

### 2.3.2. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad determina que el incapaz conserva la capacidad para testar

En este caso, no es preciso adoptar las cautelas indicadas en el artículo 665 del Código civil para asegurar la aptitud para testar<sup>34</sup>, a menos que así lo exija la resolución<sup>35</sup>. A falta de tal exigencia, podría otorgar incluso testamento ológrafo.

### 2.3.3. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad excluye la posibilidad de otorgar testamento

En el ámbito de la jurisprudencia menor, son numerosas las sentencias que encontramos en las que, al amparo del artículo 760 LEC, el órgano jurisdiccional declara la inhabilidad para testar de la persona cuya capacidad de obrar modifica<sup>36 37</sup>.

<sup>33</sup> BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena “Título III. De la sucesión testamentaria” en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir), *Comentarios al Código del derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 580 y 581.

<sup>34</sup> Sirvan como muestra la SSAP de Pontevedra de 6 de noviembre de 2014 (JUR 2015\56971) y Madrid de 29 de marzo de 2016 (Roj: SAP M 4435/2016).

<sup>35</sup> La SAP de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2011 (AC 2011\45) señala que el demandado conservará el «Derecho a disponer de sus bienes mortis causa que igualmente se regirá por sus normas específicas en cuanto a la validez detalles disposiciones». Las SSAP de Vitoria-Gasteiz de 17 de marzo de 2016 (Roj: SAP VI 139/2016) y Castellón de 21 de marzo de 2016 (Roj: SAP CS 233/2016), por su parte, reconocen la capacidad de testar del incapacitado, en los términos del artículo 665 del Código civil. Según GETE-ALONSO, M<sup>a</sup> del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 267, podrían establecerse también controles distintos del previsto en el art. 665 del Código civil.

<sup>36</sup> A modo de ilustración cabe recordar la SSAP de Madrid de 20 de mayo de 2016 (Roj: SAP M 6721/2016), Bizkaia de 13 de octubre de 2016 (Roj: SAP BI 1903/2016), Murcia de 3 de septiembre de 2015, Valladolid de 8 de octubre de 2015 (Roj: SAP VA 1009/2015).

<sup>37</sup> Resulta bastante habitual también que la declaración de incapacidad se extienda a otros actos de la esfera personal como el ejercicio del derecho de sufragio y la capacidad para contraer matrimonio. Con relación al derecho de sufragio, cabe señalar que la Ley por la que se aprueba el libro sexto del Código civil de Cataluña ha modificado el art. 211-3 del Código civil de Cataluña (libro segundo, dedicado a la persona y a la familia) en orden a exigir que los jueces se pronuncien expresamente sobre el derecho al voto de todas las personas con discapacidad intelectual que pasan por un proceso judicial de modificación de la capacidad. En el ámbito estatal, la Asamblea de Madrid presentó una propuesta de ley

Tales pronunciamientos<sup>38</sup> –como ha resaltado la doctrina– resultan inadmisibles hoy dada su incompatibilidad con la CDPD e, incluso, con la Constitución<sup>39</sup>. Y es que, si –a tenor del artículo 666 del Código civil– la capacidad ha de apreciarse en el momento mismo en que se produce el otorgamiento del testamento, no debe privarse de tal posibilidad *ex ante* en el preciso momento en que se dicta la sentencia de modificación de la capacidad sin contemplar la posibilidad de que el sujeto en cuestión pueda recobrar la lucidez pues, con tales pronunciamientos, si el sujeto se encontrara en un intervalo de lucidez mental, no cabría acudir a la regla contenida en el artículo 665 del Código civil<sup>40</sup>.

En los últimos tiempos, apreciamos un cambio de criterio en la jurisprudencia menor, fruto probablemente de una mayor sensibilidad de los tribunales ante esta cuestión y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ej., la SAP de Burgos de 28 de marzo de 2018<sup>41</sup> evoca la STS de 8 de Noviembre de 2017<sup>42</sup> en la que se afirmaba que

---

hace escasos meses en relación también a esta materia [Disponible en BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 150-1, de 08/09/2017]. Las enmiendas presentadas por el Grupo Popular a dicha propuesta pueden verse en BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 150-4, de 16/03/2018. Para este grupo, es preciso distinguir el régimen del derecho de sufragio activo y del pasivo. El derecho de sufragio activo debe vincularse a la capacidad de conocimiento de la persona discapacitada respecto al hecho de votar por lo que su restricción debe reducirse a casos muy excepcionales. El derecho de sufragio pasivo, en cambio, debe vincularse a la capacidad de discernir y a la plena capacidad jurídica y de obrar. La democracia se fundamenta en la facultad de los ciudadanos en elegir. Por tanto, los ciudadanos deben poder decidir-distinguir (derecho a votar) y discernir (derecho a ser elegido).

<sup>38</sup> Impiden recurrir al artículo. 665, siendo necesario recurrir a las reglas de la sucesión intestada o a la sustitución ejemplar.

<sup>39</sup> TORRES GARCÍA, Teodora F., «Efectos de la incapacitación», en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen (dir.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur menor, 2013, p. 135, por ej., señala que esta cuestión «está actualmente más en la línea de si una actuación judicial restringiendo o eliminando lo reconocido en la ley a una persona incapacitada estaría en confrontación con el propio texto constitucional (art. 10, 14, 33, 49, 53.3 CE)». Con anterioridad, ALVAREZ LATA, N. «Comentario al art. 665 del Código civil» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 828–apoyándose en Albaladejo, Lacruz y en la STS de 20 de mayo de 1994 (RJ 1994\3723)- había defendido que la facultad de testar no constituía materia de la sentencia de incapacitación; tal interpretación resultaba más acorde con la aplicación del principio de interpretación restrictiva de la incapacidad y con el de *favor testamenti*. En la misma línea O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código...*, *op. cit.*, p. 691, siguiendo a Albaladejo, afirmaba que «es ciertamente dudoso [...] que una sentencia de incapacitación prive no ya de la capacidad legal de obrar, sino de capacidad natural para testar».

Llama la atención que autores como LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 47, se limiten a afirmar que, si la sentencia ha determinado que una determinada persona no puede testar, «no parece que – pese a encontrarse en intervalo lúcido- pueda hacerlo, ni el [n]otario tenga facultad de decidir por sí mismo al respecto, en sentencia firme».

<sup>40</sup> En el mismo sentido puede verse MESA MARRERO, Carolina, *op. cit.*, pp. 109, 113, 114 y 118-121 (particularmente), BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 335, o GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, p. 536, quienes hacen hincapié en que «el incapacitado puede encontrarse, en el momento de hacer testamento, en un intervalo lúcido y eso no puede preverlo la sentencia de incapacitación».

<sup>41</sup> Roj: SAP BU 314/2018.



«Para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no autorizará el testamento sino cuando estos respondan de su capacidad» y declara la modificación parcial de la capacidad de obrar del sujeto en cuestión, la cual se limita tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, añadiendo que conserva únicamente capacidad plena para disponer del 40 % del importe mensual de su pensión, para los actos *mortis causa*, para contraer matrimonio y para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo<sup>43</sup>. La SAP de A Coruña de 11 de abril de 2018<sup>44</sup> se apoya en la STS de 15 de marzo de 2018<sup>45</sup> para dejar sin efecto el pronunciamiento judicial anterior que impedía a la persona testar.

2.3.4. Supuesto en que la sentencia de modificación de la capacidad excluye la realización de actos de disposición de forma genérica pero no se pronuncia expresamente sobre la capacidad para testar

En no pocas ocasiones, encontramos resoluciones en las que se limita la capacidad para realizar actos de disposición de forma genérica pero se omite toda referencia a la capacidad para testar<sup>46</sup>; en estos casos, no está claro si el pronunciamiento judicial afecta también al acto de otorgar testamento o no, en tanto en cuanto la facultad de testar supone el ejercicio de la capacidad de disponer *mortis causa*.

A la hora de analizar esta cuestión, reviste especial interés la reciente STS de 15 de marzo de 2018<sup>47</sup>, que viene a confirmar la SAP de Asturias (sección 7ª de Gijón) de 8 de mayo de 2015<sup>48</sup>. En ella, se ventila la validez de dos testamentos notariales otorgados

---

<sup>42</sup> RJ 2017\4760.

<sup>43</sup> Algo parecido sucede con la SAP de Logroño de 5 de febrero de 2018 (Roj: SAP LO 49/2018) en la que se estima parcialmente el recurso para declarar entre otras cosas que «Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento se estará a lo dispuesto en el art. 665 Código civil».

<sup>44</sup> Roj: SAP C 658/2018.

<sup>45</sup> Roj: STS 936/2018.

<sup>46</sup> Así por ej., en la SAP de Ciudad Real de 17 de noviembre de 2015 (Roj: SAP CR 1108/2015) se declara una incapacidad parcial que «se extiende exclusivamente a todos los aspectos patrimoniales de la misma, tanto ordinarios como extraordinarios» recogidos en los art. 271 y 272 del Código civil. Otras veces, como sucede en la SAP de Valladolid de 19 de enero de 2016 (Roj: SAP VA 39/2016) se especifica que la incapacidad en el orden económico patrimonial afecta sólo a la suscripción de contratos, compromisos y disposiciones económicas de gran importancia, (concretamente, las que comprometan más del 40% de sus ingresos mensuales, en cómputo anual según su situación fiscal, para cuyos actos precisará de la asistencia y concurrencia del Tutor).

<sup>47</sup> Roj: STS 936/2018. Sobre la misma puede verse VELA TORRES, Pedro José, «Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente», *Diario La Ley*, número 9220, 18 de Junio de 2018; GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personal con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 58, 2017-2018, pp. 143-192.

<sup>48</sup> Roj: SAP O 1259/2015 (JUR 2015\142890).

por una mujer con discapacidad intelectual: el primero de ellos había sido otorgado antes de que la mujer viera modificada su capacidad de obrar pero una vez iniciado el procedimiento de modificación de la capacidad; el segundo había sido otorgado con las formalidades exigidas por el artículo 665 del Código civil después de que se dictara la sentencia en virtud de la cual la referida mujer quedaba sujeta a un régimen de curatela para la realización de actos de disposición, no precisándose nada en relación a su capacidad para testar<sup>49</sup>. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto al entender que puede otorgar testamento una persona que tiene limitada judicialmente su capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador porque ésta no comprende los actos de disposición *mortis causa*. Refiriéndose a la aplicación en el caso del artículo 665 del Código civil en el otorgamiento del segundo de los testamentos impugnados, argumenta:

1) El principio de presunción de capacidad –presente ya en nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC)– ha quedado reforzado por la CDPD (...). La CDPD «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)».

2) Según el artículo 662 del Código civil, pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». Dicho precepto «consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad».

3) «Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* y existe una

<sup>49</sup> En 1ª instancia, se había estimado la demanda y declarado la nulidad de ambos testamentos. Con relación al segundo, el Juzgado sostenía que en la modificación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición de sus bienes declarada en la sentencia se entiende incluida la incapacidad para poder testar, habida cuenta de que en la sentencia no se distinguía entre los actos de disposición de bienes que se podían realizar o no, y el testamento es un acto de disposición de bienes (art. 667 CC). Añadía que la naturaleza de la enfermedad que padecía la testadora no permitía la existencia de intervalos lúcidos y que los facultativos que habían intervenido en el otorgamiento no realizaron reconocimiento ni prueba alguna a la testadora de manera previa al otorgamiento que revelara cuál era su estado mental en ese preciso acto de testar. Con relación al primero, defendía que, si bien se había otorgado antes de la sentencia por la que se declaró la falta de capacidad para realizar actos dispositivos, la dolencia que dio lugar a dicha declaración existía 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.

regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual».

4) El testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC); en consecuencia, ni el tutor – en su condición de 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.

5) De acuerdo con las normas sobre la capacidad para otorgar testamento, hay que atender al estado en que se encuentre el testador al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Precisamente por eso: a) el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664) y b) el notario ha de asegurarse de que, a su juicio, el testador cuenta con la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC)<sup>50</sup>.

6) El artículo 665 del Código Civil impone una garantía especial adicional a fin de garantizar la suficiencia mental del testador cuando su capacidad se ha visto modificada judicialmente, garantía que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Esta doctrina –insiste el Alto Tribunal– no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada; ahora bien, para ello se precisan pruebas cumplidas y convincentes<sup>51</sup>.

Sobre esta base, confirma la SAP, quien, tras valorar todas las pruebas, no había considerado probado que la testadora careciera de capacidad para testar<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Antes de su reforma en 1991, este precepto utilizaba la expresión «procurarán asegurarse» refiriéndose tanto al notario como a los testigos. Tras dicha reforma el notario «deberá asegurarse» y los testigos «procurarán asegurarse». Este cambio –en palabras de BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo «Comentario...», *op. cit.*, p. 254- significa que «para el [n]otario, se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, sin ser precisa la intervención de facultativos»; ello no implica, sin embargo, «que esta afirmación no origina una fuerte presunción “*iuris tantum*” en favor de la capacidad del testador, difícilmente destruible mediante prueba en contrario, al exigirse por la jurisprudencia un especial rigor probatorio, más intenso que el ya riguroso exigido para concretar sin dudas la incapacidad alegada».

<sup>51</sup> Recuerda a estos efectos las SSTS de 29 de marzo de 2004 (Roj: STS 2152/2004), 26 de abril de 2008 (Roj: STS 2218/2008), 5 de noviembre de 2009 (Roj: STS 7192/2009), 22 de enero de 2015 (Roj: STS 195/2015), 10 de septiembre de 2015 (Roj: STS 4912/2015), 7 de julio de 2016 (Roj: STS 3123/2016).

<sup>52</sup> En el caso en cuestión, tras valorar todas las pruebas, no se considera probado que la testadora careciera de capacidad para testar pues no existía pronunciamiento previo en la sentencia de incapacitación y el notario se había asegurado de que la testadora tenía la capacidad legal necesaria y contaba también con el juicio favorable de dos facultativos. Además, se valoraron otro tipo de pruebas, como la opinión de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años, lo manifestado por la testadora en el previo procedimiento de modificación de su capacidad, la realización

En el ámbito doctrinal, también se han alzado voces indicando que, en estos casos, lo más razonable es «hacer una lectura restrictiva de las limitaciones y, aplicando el principio del *favor testamenti*, entender que la sentencia no contiene un pronunciamiento expreso sobre la facultad de testar y, en consecuencia, que ha de aplicarse lo dispuesto en el art. 665 CC»; dos facultativos, por tanto, deberán certificar si, en el momento en que se pretende otorgar el testamento, el incapaz reúne las condiciones necesarias para realizar dicho acto<sup>53</sup>.

### 2.3.5. Supuestos en que la sentencia en que se modifica la capacidad de obrar fija la asistencia de un curador para la disposición por actos *mortis causa*

Particular sorpresa nos ha causado el hallazgo de resoluciones judiciales en las que se establece la asistencia de un curador para «la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*»<sup>54</sup>, pues, como venimos diciendo y así lo han reconocido tanto la doctrina como la jurisprudencia, el otorgamiento de testamento es un acto personalísimo que no puede llevarse a cabo por el tutor o con la asistencia del curador<sup>55</sup>.

---

de otros actos jurídicos antes y después de la modificación judicial de la capacidad y la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quien confiaba.

<sup>53</sup> MESA MARRERO, Carolina, *op. cit.*, pp. 111 y 112, quien añade que, en tanto que la facultad de otorgar testamento no está expresamente incluida entre los actos prohibidos, «dependerá de que se acredite que el incapacitado tiene en el momento en que pretende testar la aptitud natural que se requiere para comprender el significado y alcance de las disposiciones *mortis causa*, conforme a lo previsto en el citado art. 665 Código civil»; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *op. cit.*, p. 627; ESPÍÑEIRA SOTO, Inmaculada, «¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?», *Revista de Derecho Civil*, volumen II, (2015), número 2, abril-junio, pp. 285-287, quien afirma: «El ventanal “de la posibilidad de testar” debe, en definitiva y a nuestro juicio, permanecer abierto, sin que pueda cerrarlo una genérica apreciación judicial que impida al incapacitado la realización de todo tipo de actos jurídicos patrimoniales».

<sup>54</sup> Sirvan como muestra las SSTs de 14 de octubre de 2015 (RJ 2015\4755), 20 de octubre de 2015 (RJ 2015\4900), y 4 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5138) o la STS de 24 de junio de 2013 (RJ 2013\3948) en la que, tras declarar parcialmente incapaz al demandado, y fijar un régimen de curatela como sistema de apoyo, dice textualmente: «En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, completando su incapacidad». Refiriéndose a esta última GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, volumen V, (2018), número 3, julio-septiembre, p. 180, nota al pie número 13, apunta que, en el contexto de la sentencia, esa posibilidad de que el curador complemente la capacidad de disposición *mortis causa* (capacidad de testar) parece más bien «un *lapsus* no voluntario, que una excepción consciente al principio del carácter personalísimo del testamento».

<sup>55</sup> En términos similares se pronuncia GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.*, p. 318 y 319, quien califica como «grave error» la referencia a la capacidad de testar o para contraer matrimonio como precisada de complemento de capacidad del curador.

En los dos últimos años, no obstante, el Alto Tribunal ha enmendado su error. Así, la STS de 8 de noviembre de 2017<sup>56</sup>, tras recordar la doctrina de la sala en relación a los apoyos de que habla la CDPD, señala que no se puede mantener la limitación de la capacidad de la persona en cuestión para contraer matrimonio y para otorgar testamento, pues «no solo no se motiva qué circunstancias concurren» en ella para adoptarlas «sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad». A partir de aquí, afirma: «Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 del Código civil, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Dicha resolución es tomada en consideración también por la STS de 7 de marzo de 2018<sup>57</sup> en la podemos leer: «No se extenderá la curatela a los actos de disposición *mortis causa*, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, ni tampoco a la autorización para que el incapaz contraiga matrimonio».

### 2.3.6. Especial referencia al régimen de Cataluña

En el caso de que el otorgante esté «incapacitado judicialmente», a tenor del artículo 421-9.2 del Código civil de Cataluña, en esta Comunidad autónoma es indispensable que el notario recabe el dictamen de los dos facultativos,<sup>58</sup> [véase, por ej., la STSJC de 8 de mayo de 2014<sup>59</sup> y la RDGDEJ de 26 de noviembre de 2015<sup>60</sup>, que añade que el dictamen no es vinculante para el notario, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir este profesional en caso de que autorice el testamento y sea declarado nulo judicialmente]. Al igual que en el caso de que el testador no estuviera «incapacitado judicialmente», los facultativos deberán hacer constar su dictamen en el propio testamento y deberán firmarlo con el notario y, si procede, con los testigos (art. 421-9.3 CCCat). Con buen criterio, afirma Domínguez Luelmo que, en el caso de que la sentencia de modificación de la capacidad de obrar prevé que la persona puede otorgar testamento, no resultaría aplicable el régimen previsto en el referido artículo 421-9.2<sup>61</sup>. Ahora bien, debemos llamar la atención sobre el hecho de que en Cataluña no se exige

<sup>56</sup> RJ 2017, 4760.

<sup>57</sup> RJ 2018\934.

<sup>58</sup> Artículo 421-9.2 del Código civil de Cataluña: «Si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo».

<sup>59</sup> RJ 2014\3737.

<sup>60</sup> DOGC 21/12/2015.

<sup>61</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «El testamento», *op. cit.*, p. 419.

que la sentencia no contenga pronunciamiento alguno acerca de su capacidad para testar.

### 3. IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO. ESPECIAL REFERENCIA A ELEMENTOS DE PRUEBA RELEVANTES

El testamento es nulo si no se respetan todas las prescripciones legales al tiempo de su otorgamiento<sup>62</sup>. En el ámbito que nos ocupa, podría originar la ineficacia del testamento la falta de capacidad del otorgante<sup>63</sup>, el incumplimiento de lo previsto en los artículos 665, 696, 698, 707 párrafo 4º (particularmente) del Código civil, o su otorgamiento con violencia, dolo o fraude (art. 673 CC)<sup>64</sup>. Dado que la capacidad se presume (presunción *iuris tantum*), quien alegue la incapacidad deberá demostrarla. La prueba ha de ser evidente, completa y muy cumplida y convincente<sup>65</sup>; y, la incapacidad o afección mental debe ser grave en el momento de otorgar testamento.

Medios de prueba muy útiles, a estos efectos, pueden ser los informes médicos y la declaración de testigos; a modo de ilustración, cabe traer a colación la SAP de Islas

<sup>62</sup> Artículo 687 del Código civil: «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo».

Artículo 422-1 del CCCat. «Nulidad del testamento»

1. «Es nulo el testamento que no corresponde a ninguno de los tipos establecidos por el artículo 421-5, así como el otorgado sin cumplir los requisitos legales de capacidad y de forma y el otorgado con engaño, violencia o intimidación grave. [...]».

Ley 206 del Fuero Nuevo de Navarra: «Nulidad»

«Son nulos los testamentos y demás disposiciones "mortis causa" en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos prescritos por la ley.

No obstante, la falta de expresión de la hora del testamento no producirá su nulidad si el testador no otorgó otro en la misma fecha».

En Aragón, en cambio, el art. 423 del Código del Derecho Foral de Aragón, bajo la rúbrica «Invalidez del testamento», diferencia supuestos de nulidad y supuestos de anulabilidad.

1. «Son nulos:

a) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.

b) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley. [...]

2. Son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave».

<sup>63</sup> La circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva [STS 29 de marzo de 2004 (Roj: STS 2152/2004)].

<sup>64</sup> Refiriéndose a Navarra, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis, «Comentario...», *op. cit.*, pp. 557, recuerda que «El testamento realizado por el incapaz es nulo de pleno derecho (leyes 7, 17, 19 y 206) por ser contrario a norma imperativa y a prohibición legal (Art. 6.3 y 662 CC)». Por lo que se refiere a la falta de capacidad, derivaría del incumplimiento de lo dispuesto en las Leyes 184 (testamento), 166 (donación mortis causa) y 173 (pactos o contratos sucesorios).

<sup>65</sup> Véase, por ej., STS 12 de mayo de 1998 (Roj: STS 3062/1998) o 29 de marzo de 2004 (Roj: STS 2152/2004).

Baleares de 14 de febrero de 2011<sup>66</sup> que no considera rotundamente acreditada la incapacidad del testador en un caso en el que los médicos que habían atendido al causante no habían comparecido en autos, la pericial había sido realizada por alguien que ni siquiera había conocido a la persona objeto de la pericia y en la historia clínica constaba que se habían realizado muchos informes médicos con la finalidad de obtener ayudas en el cuidado del testador, para entrar en una residencia, por lo que era plausible que se describiera un estado más grave del real, algo que se veía corroborado por la prueba testifical practicada<sup>67</sup>. En algunas ocasiones, se ha utilizado también como prueba la necropsia (autopsia o examen del cadáver del testador) [STS de 22 de junio de 1992<sup>68</sup>]<sup>69</sup>.

Otro elemento que la jurisprudencia toma en consideración a la hora de apreciar o no la falta de capacidad al tiempo del otorgamiento del testamento reside en el contenido y la complejidad del instrumento otorgado<sup>70</sup>. Así, por ej., el prolijo contenido del testamento o con suficientes datos pormenorizados imposibles de manifestar por la otorgante que ni siquiera conocía a sus hijos es un elemento resaltado por la SAP de Asturias de 26 de mayo de 2003<sup>71</sup> para declarar la nulidad del testamento; la falta de complejidad del acto, en cambio, es alegada por la SAP de Barcelona de 27 de julio de 2010<sup>72</sup> que, partiendo del carácter gradual de la enfermedad de Alzheimer, entiende «no estamos ante el otorgamiento de un acto complejo cuando una madre decide excluir de su testamento a un hijo con el que convivía y al que denunció por coacciones, por haberla sacado de su casa, habiéndose visto obligada a recurrir al Juzgado para recuperar las llaves».

Asimismo se ha estudiado la incidencia que puede tener la proximidad temporal existente entre el otorgamiento del testamento y la declaración de incapacidad a la hora de apreciar la nulidad del testamento<sup>73</sup>. Teniendo en cuenta que, conforme al artículo 664 CC, los testamentos otorgados antes de la enajenación mental son válidos

<sup>66</sup> AC 2011\404.

<sup>67</sup> «La descripción de los síntomas de una enfermedad progresiva» –afirma la Audiencia Provincial– «no bastan».

<sup>68</sup> RJ 1992\5460. Se trataba de un caso de enfermedad de Creutzfeldt-Jacob.

<sup>69</sup> A la necropsia se refiere, entre otros, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Comentario...», *op. cit.*, p. 363.

<sup>70</sup> Ej. SSTS 19 de septiembre de 1998 (Roj: STS 5223/1998) –a la que se refiere también RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M<sup>a</sup>, «Comentario...», *op. cit.*, p. 270– y 22 de enero de 2015 (Roj: STS 195/2015); SAP de Barcelona de 14 de octubre de 2014 (Roj: SAP B 11107/2014).

<sup>71</sup> AC 2003\1611

<sup>72</sup> AC 2010\1515

<sup>73</sup> Un análisis más detenido de esta cuestión puede verse en MESA MARRERO, Carolina, *op. cit.*, pp. 121-130; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.*, pp. 310-312, o DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «El testamento», *op. cit.*, pp. 418 y 419.

y que la sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo (sin efectos *ex tunc*), es lógico que sentencias como la STS de 8 de abril de 2016<sup>74</sup> señalen que la declaración judicial de incapacidad posterior al otorgamiento del testamento, por sí sola, no es prueba determinante de la falta de capacidad del testador. En otros casos como la STS 19 de septiembre de 1998<sup>75</sup> se ha calificado esa proximidad como «significativa», pero la decisión para declarar la nulidad del testamento se ha basado en la suficiente demostración de la incapacidad mediante la prueba pericial médica y demás elementos probatorios. Así pues, la consideración de la sentencia de modificación de la capacidad como indicio probatorio determinante de la incapacidad testamentaria dependerá de la valoración ponderada de todos los elementos de prueba y las circunstancias que concurran en el caso concreto<sup>76</sup>.

#### 4. NUEVAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN

##### 4.1 *La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*

La propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil presenta alguna novedad –fundamentalmente terminológica– en materia de capacidad para otorgar testamento<sup>77</sup>. Las principales residen en que sustituye la expresión «*el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*» por la de «*Quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento*» [art. 462-2 b)]; puntualiza que, al ser un acto personalísimo, no puede otorgarse por representante [art. 462-7]; reputa anulables, entre otros, [art. 462-78.3b)] «*Los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada para ello pero que carezca de capacidad natural, y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave*»<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Roj: STS 1627/2016.

<sup>75</sup> Roj: STS 5223/1998.

<sup>76</sup> Al hilo de esta cuestión, cabe traer a colación también las SSTs 435/2015, de 10 de septiembre de 2015 (RJ 2015\5628) y 26 de junio de 2015 (RJ 2015\3578). En la primera de ellas, atendiendo al *principio favor testamenti*, se declara la validez del testamento otorgado al mes de iniciarse el proceso de modificación de la capacidad de la testadora, quien finalmente vio modificada su capacidad, pero que, a juicio del notario, al tiempo de otorgar testamento, era plenamente capaz. En la segunda, en cambio, se considera probado que el testador -que había otorgado testamento en enero de 2008 y había sido declarado incapaz en octubre del mismo año- carecía de capacidad para otorgar testamento.

<sup>77</sup> Materia regulada en los art. 462-1 y ss del Código civil de Cataluña.

<sup>78</sup> Se mantienen las reglas sobre la presunción de capacidad, la intervención de los facultativos, el momento en que ha de apreciarse, la validez del testamento otorgado antes de la enajenación mental, así como el criterio general en relación a la ineficacia del testamento.



#### 4.2 El Anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación

En septiembre de 2018 se hacía público el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, un Anteproyecto que ha sido elaborado por la Comisión General de Codificación.

En dicho texto, se sigue a estos efectos un planteamiento similar pues: 1) se mantiene el tenor del actual artículo 662 del Código civil, según el cual pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente; y 2) se modifica el apartado segundo del artículo 663 del Código civil, de tal forma que ya no verá limitada su capacidad para testar quien habitual o accidentalmente no se halle en su cabal juicio sino «*la persona que en el momento del otorgamiento (del testamento) tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello*». De esta forma, –como pone de relieve García Rubio– «se subraya la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial *ex ante* para testar»; tal «capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer el testamento, usualmente por el notario y, en su caso, por los facultativos que este designe», como viene defendiendo ya nuestro Tribunal Supremo bajo el paraguas de la normativa actualmente vigente, interpretada –eso sí– a la luz de la CDPD<sup>79</sup>.

El Anteproyecto dota de una nueva redacción también al artículo 665 Código civil que pasaría a disponer que «*Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud*»<sup>80</sup>. El recibimiento del precepto por la doctrina, sin embargo, se vaticina dispar. No terminará de convencer a quienes apuestan por una interpretación radical de la CDPD, pues seguramente considerarán que «mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados»<sup>81</sup>; y tampoco será suficiente para quienes se muestran en contra de eliminar la posibilidad de que la sentencia de modificación prive de la capacidad para testar<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», pp. 175 y 176.

<sup>80</sup> Refiriéndose a la reforma del art. 665 que plantea el Anteproyecto, BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 3359, destaca la supresión de la necesidad de sentencia de incapacitación previa en la que no conste nada sobre la capacidad para testar o se le otorgue la capacidad, a fin de fomentar la capacidad para testar y ampliar al máximo su operatividad en la línea de la Convención.

<sup>81</sup> Así lo reconoce también GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 176.

<sup>82</sup> Entre los detractores de la reforma se encuentra GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *op. cit.*, p. 325, quien, en contra de la eliminación de la posibilidad de que la sentencia de modificación de la capacidad prive de la capacidad para testar, argumenta que: 1) aunque la incapacitación para testar no protege al

GARCÍA RUBIO defiende la dicción que se propone desde la Comisión General de Codificación afirmando que, con ella, «queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones» y que, tratándose de un testamento notarial –y única y exclusivamente en el momento de su otorgamiento–, si el notario tiene dudas sobre la comprensión por parte del interesado de lo que está haciendo, puede pedir el auxilio de los peritos especialistas para que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador. La decisión final corresponde en todo caso al notario, quien no estará vinculado por el dictamen de los citados especialistas<sup>83</sup>. Llegados a este punto, debemos llamar la atención sobre el hecho de que, aunque la autora habla de especialistas, el texto que se propone sigue hablando de facultativos; no precisa que deba tratarse de especialistas en psiquiatría, tal y como venía reclamando una parte de la doctrina desde hace tiempo. En lo que estamos completamente de acuerdo con ella es en que, en muchos casos (particularmente –matiza nuestra autora– cuando nos encontramos ante los testamentos que podríamos calificar como sencillos), el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que precisa el testador para ejercer correctamente su capacidad, pues su competente asesoramiento y su asistencia ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando puede ser suficiente para eliminar las dificultades de comprensión que pueda tener el testador<sup>84</sup>. El estándar reclamado por el notario y sus posibilidades de apoyo efectivo –lógicamente– variarán notablemente en función de «lo que pretenda la persona que desea testar, puesto que las disposiciones mortis causa pueden ser muy sencillas o enormemente

---

enfermo, tomada de esta manera la relevancia del testamento, sobran «los preceptos sobre nulidad testamentaria por falta de edad, cabal juicio o captación de la voluntad»; 2) la mayor parte de la población quiere determinar a quién van a ir a parar sus bienes tras su fallecimiento y, si no es posible, que «no vayan a parar al más sinvergüenza de cuantos le rodearon en vida»; 3) el Ordenamiento tiene interés en que los actos realizados por el testador respondan a su cabal juicio; 4) existe una gran cantidad de enfermedades mentales sin solución y permitir la testamentifacción en intervalo lúcido supone abrir la puerta a todo tipo de abusos. Por eso, aboga por el mantener las formalidades del artículo 665 del Código civil, al menos para las personas con discapacidad mental sujetas a un régimen más restrictivo de guarda, e insiste en la idea de que los facultativos sean psiquiatras.

<sup>83</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 176.

<sup>84</sup> El art. 12 CDPC, en su párrafo tercero, establece que «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Pues bien, el apoyo –como se indica en la Observación General de 2014– es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. Sobre la regulación de los apoyos que se propone en el Anteproyecto puede verse PAU, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, volumen V, (2018), número 3, julio-septiembre, pp. 5-28.

complejas, y la capacidad de entender y querer aquéllas y éstas dista mucho de ser única e intangible»<sup>85</sup> <sup>86</sup>.

Especial relevancia tiene también en el ámbito que nos ocupa la eliminación de la sustitución ejemplar (figura que tenía por objeto evitar que se abriera la sucesión intestada) en el Anteproyecto de Ley que comentamos. Con la supresión del artículo 776 Código civil, el mayor de catorce años podrá hacer testamento en los términos generales del y con los apoyos que requiera; ahora bien, dichos apoyos, en ningún caso, pueden llegar a suponer la sustitución del testador en su actuación; no en vano, como venimos poniendo de relieve en este trabajo, el testamento tiene carácter personalísimo (art. 670 CC). Esta medida tampoco termina de convencer a todos. La propia García Rubio señala que se puede discutir si ese carácter personalísimo debe revisarse en algunos supuestos extremos (ej. supuestos en los que la persona que quiere testar no puede hacerlo por no superar las exigencias del art. 665 CC, o supuestos en los que el testador otorgó testamento en su momento sin necesidad de cumplir las formalidades del referido precepto –o superando las exigencias contenidas en el mismo– y ahora, arrepentido de aquel testamento y habiendo perdido la mayor parte de sus facultades volitivas y cognitivas, no puede revocarlo por sí solo a pesar de ser esa su voluntad); en su opinión, si esa revisión se considera oportuna, «no se ven razones sensatas para limitar esa posibilidad de “testar por otro” (o “con ayuda de otro”) a las ascendientes de las personas con discapacidad»<sup>87</sup>, que es lo que hace el

<sup>85</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 176.

<sup>86</sup> Aunque la propuesta presentada se centra fundamentalmente en regular los apoyos que precisan las personas con discapacidades de índole cognitiva o en la toma de decisiones -aquellas a las que usualmente se les ha negado la plena capacidad jurídica en el sentido del art. 12 de la CDPD- encontramos también algunos preceptos dirigidos a las personas que presentan alguna discapacidad de índole sensorial (particularmente, las que afectan a la vista y al oído) como, por ej., los art. 695 o 697. El art. 695 permite al testador que otorga testamento abierto «expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano»; en el caso de que tuviera alguna dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, «el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad». El art. 697 elimina la exigencia de testigos en los testamentos abiertos otorgados por personas con discapacidad auditiva y/o visual. Los art. 706, 708 y 709, por su parte, introducen una serie de reformas en relación al testamento cerrado a fin de permitir a las personas ciegas o con discapacidad visual utilizar esta forma testamentaria.

<sup>87</sup> Nuestro Alto Tribunal, en Sentencias como la STS 14 de abril 2011 (Roj: STS 2026/2011) deja claro que la sustitución ejemplar supone «testar por otro». Esta denominada «tesis amplia o extensa» es seguida también por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones como la RDGRN de 10 de mayo de 2018, (RJ 2018/2484) que directamente dice que «el ascendiente otorga testamento en representación del sustituido». Un interesante comentario sobre esta Resolución puede verse en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituido antes de su incapacitación. Comentario a la RDGRN de 10 de mayo de 2018 (RJ 2018,2484)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 108, septiembre-diciembre, 2018, pp. 367-379.

actual artículo 776 del Código civil<sup>88</sup>. Con anterioridad, autores como LINARES NOCI ya se habían manifestado a favor de mantener esta figura<sup>89</sup>.

Esta medida se aparta de la adoptada por el legislador foral. En Navarra, planteada la cuestión de la conveniencia de suprimir las sustituciones pupilar y ejemplar, se optó por considerarlas como supuestos de sustitución fideicomisaria. La Ley 227 del Fuero Nuevo de Navarra, bajo la rúbrica «Sustitución pupilar y ejemplar» establece hoy que «*Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años o de que, habiendo sido modificada judicialmente su capacidad, la misma no le haya permitido otorgar testamento válido*»<sup>90</sup>. Mezquita García-Granero califica la solución ofrecida por el legislador foral como «más moderna y acorde con los principios y necesidades actuales, consistente en considerarlas simples sustituciones fideicomisarias». Se elimina así –afirma– «la habilitación legal para testar por otro», algo digno de aplauso dado el carácter personalísimo del testamento. En su opinión, la sustitución pupilar y la ejemplar no existen en Navarra; el Fuero «obliga a interpretar la voluntad del testador de forma unívoca y en el sentido de que tales sustituciones sólo serán eficaces como sustituciones fideicomisarias» (quedan sometidas, por tanto, a las reglas de éstas). El resultado que se obtiene es muy parecido al inicialmente perseguido pues, siempre que se disponga de bienes a título gratuito (donación, testamento) se podrá evitar que se abra la sucesión intestada en caso de que el instituido o el donatario fallezca sin haber podido otorgar testamento, disponiendo un fideicomiso condicional sobre tales bienes a favor de un fideicomisario que sustituya al donatario, legatario o heredero «en el caso de que éste fallezca sin testamento»; «no se podrá sustituir al menor o incapaz sino en los bienes fideicomitidos y, nunca, en los demás bienes propios del sustituido»<sup>91</sup>. Lo que no precisa la ley navarra es si puede ser un fideicomiso normal (con obligación de conservar) o si ha de ser una sustitución de

<sup>88</sup> Así lo pone de relieve GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 179 y 180, quien comienza reconociendo que la eliminación de esta figura puede resultar controvertida.

<sup>89</sup> LINARES NOCI, Rafael. «La sustitución pupilar y ejemplar» en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 503-518.

<sup>90</sup> El precepto ha visto afectado por la reforma operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, que modifica y actualiza la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, pero sólo a efectos de concretar la edad de catorce años frente a la anterior expresión «antes de llegar a la pubertad» y sustituir la expresión «*habiendo sido declarado incapaz por enajenación mental*» por la de «*habiendo sido modificada judicialmente su capacidad*».

<sup>91</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> Dolores, «Comentario a la Ley 227» en RUBIO TORRANO, Enrique (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 665-667.

residuo; dependerá, pues, de cada caso, pero convenimos con la autora en que lo más acorde con la norma sería presumir que se trata de un fideicomiso de residuo.

En Cataluña, la figura de la sustitución ejemplar se contempla en los artículos 425-10, 11, 12, 13 y 14 del Código civil de Cataluña<sup>92</sup>; con relación a la misma cabe destacar que, a diferencia de la pupilar (regulada en los art. 425-5,6,7 y 8 CCCat) –en la que se limita la sustitución a los bienes de la herencia del que testa por el menor–, en el caso de la sustitución ejemplar, se adopta la tesis extensiva. Desde la doctrina, se viene señalando que “actualmente ha desaparecido el disfavor con el que se contemplaba la sucesión intestada, por lo que cabe poner en tela de juicio la conveniencia de unas figuras que pueden suponer una alteración de la voluntad del sustituido respecto del destino de sus bienes; además, la sustitución preventiva de residuo ya permite conseguir algunas de las finalidades perseguidas con las sustituciones pupilar y ejemplar”<sup>93</sup>.

Diferente es la regulación que encontramos en el Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de Illes Balears, de cuyo artículo 14 (párrafo 3º, 4º y 5º)<sup>94</sup> parece inferirse que la sustitución ejemplar opera como una sustitución vulgar.

En el texto proyectado, se advierte además una reacción de la Comisión General de Codificación ante los posibles intentos de captación de la voluntad por quienes prestan

<sup>92</sup> Con anterioridad, artículos 171 y 179 del derogado Código de Sucesiones catalán.

<sup>93</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil...*, op. cit., p. 145. Sobre la sustitución preventiva de residuo, véanse las pp. 200-202; entre los aspectos sobre los que hay que llamar la atención cabe destacar dos: 1) su eficacia se restringe a los «*bienes que el heredero o el legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no hayan dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de muerte*» (art. 426-59.1 CCCat) ;2) es una sustitución condicional: por una parte, exige que el heredero o legatario fallezca sin haber otorgado testamento (art. 426-59.3 CCCat) y, por otra, despliega su eficacia el heredero o legatario –término incierto-, razón por la cual la sustitución queda sin efecto por el hecho de premorir todos estos al heredero o al legatario sustituidos (art. 426-59.5 CCCat).

<sup>94</sup> Artículo 14 (párr. 3º, 4º y 5º) del Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de Illes Balears: «*En las sustituciones pupilar y ejemplar, el ascendiente, en el testamento que otorgue para su propia herencia, puede, en relación a la del descendiente, instituir herederos de éste y establecer otras disposiciones, sin perjuicio de las legítimas, cuyo pago podrá asimismo autorizar en dinero, sin embargo, la ejemplar quedará sin efecto si el descendiente hubiere otorgado testamento o donación universal válidos.*

*Ambas sustituciones implican la vulgar tácita respecto de los bienes procedentes de la herencia del sustituyente.*

*Si varios ascendientes sustituyen pupilar o ejemplarmente al mismo descendiente, cada sustitución tendrá eficacia en relación con los bienes que el sustituido haya adquirido por herencia o por legado del ascendiente y subsistan al fallecimiento de aquel; pero, en relación con la herencia del menor o del incapacitado, únicamente tendrá eficacia la ordenada por el ascendiente fallecido de grado más próximo y, si son de igual grado, la del último que fallezca».*

los apoyos a las personas con discapacidad de naturaleza cognitiva y en la toma de decisiones (o, dicho con más suavidad, ante la vulnerabilidad en que se encuentran estas personas a la hora de redactar su testamento frente a quienes se ocupan de su cuidado). En este sentido, cabe destacar la acertada reforma que se pretende realizar en el artículo 753 del Código civil en materia de incapacidad relativa para suceder, que afecta a los titulares de los apoyos que tuvo en su día la persona fallecida y a las personas e instituciones que se dedicaron a su cuidado, así como a los administradores y empleados de éstas. La redacción que se propone es la siguiente:

*«Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.*

*Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.*

*Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto.*

*Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato.»*

A la vista de la misma, creemos conveniente llamar la atención sobre las siguientes cuestiones: 1) En el párrafo 1º, cuando el precepto habla del tutor, se está refiriendo al tutor del menor de edad, pues esta figura tutiva queda restringida en el Anteproyecto a ese ámbito, y, cuando habla del curador, se refiere únicamente al curador representativo<sup>95</sup>; si el testamento se hubiera otorgado una vez extinguida la curatela, ya no parece amenazada la integridad de la voluntad del testador por lo que el curador no incurrirá en causa de privación del derecho a la herencia; 2) en el párrafo 3º, en el que se aborda el supuesto de los cuidadores personas físicas –supuesto en el que la tensión entre el peligro de influencias indebidas y el deseo de gratificar y agradecer la dedicación (e incluso el sacrificio que representa el cuidado personal) es más que evidente–, la Comisión General de Codificación sigue el modelo catalán<sup>96</sup>, y para

<sup>95</sup> La curatela es la institución que se regula con mayor detenimiento en el Anteproyecto. Será, primordialmente, de naturaleza asistencial, pero el texto contempla la posibilidad de que, en los casos en los que sea preciso, se atribuyan al curador funciones representativas, las cuales, solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general.

<sup>96</sup> Según el 412-5.2 del Código civil de Cataluña, «Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio». Un breve análisis de este

considerar que el cuidador no incurre en causa de incapacidad para suceder exige que la atribución *mortis causa* se haya realizado en testamento notarial abierto a fin de que el fedatario público pueda controlar la ausencia de presiones o influencias indebidas en la voluntad del testador<sup>97</sup>; y 3) en el párrafo 4º, se amplía el espectro de familiares a favor de los cuales –pese a haber actuado como tutor, curador o cuidador– serán válidas las disposiciones realizadas por el testador<sup>98</sup>.

No se agota aquí la regulación que plantea el Anteproyecto en materia de Derecho de sucesiones para adecuar nuestro Ordenamiento a las exigencias de la CDPD, pero el análisis en profundidad de las demás disposiciones excede del objeto del presente trabajo<sup>99</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

A la espera de una reforma normativa, el Tribunal Supremo y, tras él, la jurisprudencia menor empieza a ser consciente de que la CDPD no resulta compatible con la limitación *a priori* de un derecho personalísimo como es el derecho a otorgar testamento. Además, si lo que se pretende con la modificación de la capacidad de obrar es proteger a la persona y el testamento produce sus efectos una vez que ésta ha fallecido, no es posible argumentar que se le priva *a priori* de tal posibilidad para protegerla. Lo importante, en nuestra opinión, es garantizar que la persona otorga testamento con el suficiente entendimiento y voluntad, evitando que se pueda captar su voluntad o viciarla con dolo, intimidación o violencia. Para ello, contamos con el juicio notarial de capacidad y, en su caso, con el dictamen de dos facultativos. La propia función notarial constituye la medida de apoyo que precisa la persona con discapacidad intelectual que pretende otorgar testamento notarial. De esta forma, obtendremos un nivel de seguridad razonable; ahora bien, el riesgo estará siempre presente. Sin embargo, dado que es posible impugnar ante los tribunales el testamento otorgado por falta de

---

precepto puede verse en VAQUER ALOY, Antoni. «La protección del testador vulnerable», *ADC*, (2015), fascículo II, pp. 347-350, ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección...», *op. cit.*, pp. 92-95.

En el ámbito del Derecho común, nuestra jurisprudencia ha abordado este tema en sentencias como las SSTs de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990\3696) o 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010\269), referidas a disposiciones formuladas como condición.

<sup>97</sup> Compartimos la opinión de GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 179.

<sup>98</sup> Con la redacción actual sólo serán válidas «las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador» (art. 753, párrafo 2º CC); sin embargo, herederos ab intestato pueden ser también los parientes en línea colateral hasta el 4º grado.

<sup>99</sup> Se mantiene la posibilidad de gravar la legítima para favorecer a descendientes con discapacidad (art. 782 y 808 CC), el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor del legitimario discapacitado (art. 822 CC). Se prevé que no estarán sometidos a colación los gastos destinados a cubrir las necesidades especiales a favor de los hijos con discapacidad (art. 1041 CC); se da nueva redacción a los art. 1052, 1057, 1060.

capacidad del otorgante, vale más asumir dicho riesgo que negar a la persona de entrada la posibilidad de ejercitar este derecho personalísimo<sup>100</sup>.

En esta línea avanzan también los trabajos presentados con vistas a promover la referida reforma (trabajos doctrinales, por una parte, y muy especialmente el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación).

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel «Comentario a los art. 662-666 del Código civil» en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, volumen 1-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 66-95.

ÁLVAREZ LATA, N. «Comentario al art. 665 del Código civil» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 828-829. (BIB 2009\7696)

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena "Título III. De la sucesión testamentaria" en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, (dir), *Comentarios al Código del derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 577-615.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, «Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio"», *RDPr*, número 50, (1966), marzo, pp. 247-261.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, número 770, 2018, pp. 3339-3371.

BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo «Comentario a los art. 662-686 del Código civil», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. *Comentario del Código civil*. Tomo 4. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 251-334.

DE CASTRO GARCÍA, Jaime. «Comentario al art. 665 del Código civil», en ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis (dir.), *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1991, p. 181-186.

DE ZULUETA SAGARTE, María «Comentario a los art. 680-687 del Código civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.). *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 799-807.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

<sup>100</sup> En la misma línea. GÓMEZ LAPLAZA, Mª del Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, pp.542-544.



DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. «El testamento», en Gete-Alonso, M<sup>a</sup> del Carmen (dir.) *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, pp.391-420.

— «El testamento notarial», en GETE-ALONSO, M<sup>a</sup> del Carmen (dir.) *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 421-471.

— «Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituido antes de su incapacitación. Comentario a la RDGRN de 10 de mayo de 2018 (RJ 2018,2484)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 108, septiembre-diciembre, 2018, pp. 367-379.

ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, «¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?», *Revista de Derecho Civil*, volumen II, 2015, número 2, abril-junio, pp. 285-287.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personal con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2017-2018, pp. 143-192.

— «Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, volumen V, (2018), número 3, julio-septiembre, pp. 173 y 197. Disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/369/287> (último acceso 28/05/2019).

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018,1090)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 108, septiembre-diciembre 2018, pp. 297-325.

GETE-ALONSO, M<sup>a</sup> del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, LLOBET AGUADO, Josep, SOLÉ RESINA, Judith, Ysás Solanes, María, *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis, «Comentario a la Ley 184» en RUBIO TORRANO, Enrique (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del derecho civil foral de Navarra*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 554-557.

GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz. (dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 529-546.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Comentario al Capítulo I del Título III Libro III del Código civil» en SALAS CARCELLER, Antonio (coord.), *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepín, Madrid, 2009, pp. 1968-2150.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La capacidad para testar: una propuesta de reforma del art. 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz (dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 615-634.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín), *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, 13<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2018

LINARES NOCI, Rafael, «La sustitución pupilar y ejemplar», en Lledó Yagüe, Francisco, FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 491-518.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, «El juicio sobre la capacidad del testador emitido por el notario ¿es impugnable?», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco, FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 207-233.

MESA MARRERO, Carolina, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2017.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> Dolores, «Comentario a la Ley 227» en RUBIO TORRANO, Enrique (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 665-667.

NIETO ALONSO, Antonia, «La "testamenti factio" activa de la persona con discapacidad a la luz de la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006: a propósito del "apoyo" notarial, como salvaguardia de la "voluntas testatoris"» en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias : [Salamanca, 24, 25 y 26 de octubre de 2018]*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.1453-1458.

— «Reseña bibliográfica. Carolina MESA MARRERO: La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales», volumen V, (2018), número 1, enero-marzo, pp. 251-267.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código civil. Comentado y con Jurisprudencia*, 6<sup>a</sup> ed. La Ley, Madrid, 2008.

PAU, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, volumen V, (2018), número 3, julio-septiembre, pp. 5-28. Disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/373> (último acceso 28/05/2019).

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «El testamento» en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.) *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.) *Curso de Derecho civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid. 2016.

PUIG FERRIOL, Luis «Comentario a los art. 662-666 Código Civil» en Aa. Vv., *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1668-1677.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, Tomo I, 4ª ed. Dykinson, Madrid, 2009.

— «Comentario a los art. 676-687 Código civil» en Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier y Valpuesta Fernández, Rosario (dir.). *Código civil comentado*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 312-382.

ROCA TRÍAS, Encarnación, «Comentario al art. 665» en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 947-954.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1995.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma Mª, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Cuadernos Civitas, Madrid. 2006.

— «Comentario a los art. 662-666 del Código civil» en Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier y Valpuesta Fernández, Rosario (dir.). *Código civil comentado*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 260-284.

ROMERO COLOMA, Aurelia Mª, *La capacidad de testar*, 2007.

— «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», *Diario la Ley*, número 7439, (24 febrero 2010), (LA LEY 20289/2009).

RUBIO GARRIDO, Tomás, «Comentario a los art. 662-666 del Código civil» en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5111-5142.

TORRES GARCÍA, Teodora F., «Comentario a los art. 676-693», en AA.VV, *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1698-1753.

— «Efectos de la incapacitación», en GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen (dir.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur menor, 2013, pp. 123-171.

TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, Mª Paz, *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.

VAQUER ALOY, Antoni. «La protección del testador vulnerable», *ADC*, (2015), fascículo II, pp. 327-368.

VELA TORRES, Pedro José, «Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente», *Diario La Ley*, Número 9220, 18 de Junio de 2018.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento», en GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen, *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 117-131

VICENTE DOMINGO, Elena «Comentario a los art. 662-675 del Código civil», en Domínguez Luelmo, Andrés. *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 781-796.

ZURITA MARTÍN, Isabel. «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en VAQUER ALOY, Antoni, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Paz y BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coord.) *La libertad de testar y sus límites*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Fecha de recepción: 25.07.2019

Fecha de aceptación: 28.11.2019