

LA ESPECIAL CAPACIDAD DE TESTAR

THE SPECIAL ABILITY TO MAKE A WILL

BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ

Investigador pre-doctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo
campoborja.uo@uniovi.es

RESUMEN: La capacidad de obrar en el Derecho español es uno de los aspectos más relevantes para el Derecho Civil y el Derecho Privado en general. Es un tema de gran interés por su directa relación con el principio de autonomía de voluntad y cuya intensidad varía dependiendo del negocio jurídico en cuestión. Recientemente, el Tribunal Supremo ha estudiado la capacidad para disponer por testamento de una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente.

PALABRAS CLAVE: capacidad de obrar, testamento, Derecho Civil, Derecho Privado

ABSTRACT: *The ability to act in Spanish law is one of the most relevant aspects for Civil Law and Private Law in general. It is a subject of great interest because of its direct relationship with the principle of autonomy of will and whose intensity varies depending on the legal relation. Recently, the Supreme Court has studied the ability make a will of a person with the capacity to act judicially modified.*

KEY WORDS: *ability to act, will, Civil Law, Private Law*

FECHA DE ENTREGA: 30/05/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. STS 146/2018: PLANTEAMIENTO, RELATO FÁCTICO E ÍTER JURISPRUDENCIAL.- II. LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR MODIFICADA: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD Y ART. 665 CC.

I. STS 146/2018: PLANTEAMIENTO, RELATO FÁCTICO E ÍTER JURISPRUDENCIAL

La capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico español constituye un tema de gran importancia en las relaciones jurídico-privadas dada su innegable conexión con el principio de autonomía de la voluntad, recogido en el artículo 1.255 CC. Este principio no deja de constituir uno de los máximos exponentes de la capacidad de obrar.

Se trata, a su vez, de una cuestión sometida a muchas modulaciones y singularidades debido a las circunstancias propias de cada negocio jurídico. De esta forma, el legislador ha establecido ciertas previsiones en las que la exigencia sobre la plena capacidad de obrar en determinados negocios varía de forma notable¹.

Esta premisa viene quizás motivada por su deseo de proteger la voluntad del sujeto sin la interferencia de terceros, según las vicisitudes del negocio en cuestión. Así, por ejemplo, se establece una capacidad de obrar especial a efectos de testamento, matrimonio y adopción. Si bien conviene aclarar que, en estos supuestos, el parámetro sobre la capacidad de obrar es dispar².

Para el testamento (art. 662 y ss. CC) y el matrimonio (art. 46 y ss. CC) la exigencia sobre la capacidad es más laxa, si olvidamos el requisito de mayoría de edad que se impone para el caso del testamento ológrafo. En cambio, en lo referente a la adopción, los requisitos sobre la capacidad presentan un mayor nivel de exigencia (art. 175 y ss. CC).

El Tribunal Supremo ha tenido, muy recientemente, la oportunidad de abordar el tema de la capacidad de obrar testamentaria, al albur de un caso en el que la existencia de figuras tutelares aportaba cierta confusión al respecto. Por tanto, en la Sentencia 146/2018 de 15 de marzo (RJ 2018/1090) se analiza la interesante cuestión sobre la capacidad para disponer por testamento por una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente.

Antes de entrar en el fondo del asunto y examinar los razonamientos jurídicos hechos por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conviene hacer

¹ Cfr. BAYOD LÓPEZ, M.C.: “Capacidad para testar” en AA.VV.: *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento* (coord. por F. Lledó Yagüe, Dykinson), Madrid, 2011, pp. 9-30.

² Cfr. ROMERO COLOMA, A.M^a.: “Capacidad e incapacidad de para testar”, *Revista jurídica del notariado*, 2014, núm. 88-89, pp. 429-468.

referencia a los antecedentes de hecho y al íter procesal que ha seguido el caso para facilitar una mejor comprensión de la teorización y fallo del tribunal.

El 1 de diciembre de 1993 el Ministerio Fiscal presentó una demanda de declaración de incapacidad de D^a Eufrasia, otorgante del testamento y posterior causante, nacida en el año 1933. El 29 de diciembre de ese mismo año, D^a Eufrasia, soltera y sin hijos, otorgó testamento abierto en el que nombraba heredera a su prima, D^a Salomé.

Cabe destacar que tanto D^a Salome como su padre, D. Horacio, tío de D^a Eufrasia, la asesoraban habitualmente en las tareas para las que necesitaba asistencia. Dos años después, el 28 de octubre de 1995, el Juzgado dictó sentencia de modificación de la capacidad de obrar en la que se declara que D^a Eufrasia “es totalmente incapaz para la administración de sus bienes, debiendo adoptarse como régimen protector el de la curatela”.

La sentencia aprecia y considera que D^a Eufrasia padece “un retraso mental que si bien le permite desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacita totalmente para cuestiones de mayor complejidad, tales como la administración de sus bienes para lo cual la propia incapaz siempre delegó en otras personas”.

Este pronunciamiento fue aclarado por auto del Juzgado de 15 de noviembre de 1995 en el sentido de que “se establece que la incapaz (...) lo es para los actos de disposición de sus bienes, y no de administración, tal y como erróneamente figura en el fallo, permaneciendo los demás pronunciamientos de la misma”. La propia sentencia de modificación de la capacidad de obrar fue confirmada por la Audiencia Provincial por sentencia de 17 de julio de 1996.

El 15 de octubre de 2012, D^a Eufrasia otorgó nuevo testamento abierto en el que nombraba heredera universal a su prima D^a Salomé y legaba a D^a María Cristina, hija de la anterior, una finca de su propiedad. En el acto de otorgamiento del testamento, intervinieron dos facultativos que constataron y acreditaron la capacidad de D^a Eufrasia para disponer por testamento.

La otorgante falleció, en estado de soltera y sin descendencia, el 29 de octubre de 2012. De estos primeros datos del relato fáctico, cabe destacar la escasa distancia temporal entre la fecha de fallecimiento y la fecha de otorgamiento de testamento. Aunque, en este caso, esta cuestión carece, como podrá comprobarse en líneas posteriores, de relevancia.

Con fecha de 27 de mayo de 2013, D^a Rosalía y D. Fermín, hijos de D. José Carlos (único hermano de D^a Eufrasia, fallecido el 3 de marzo de 1986), interponen demanda contra D^a Salome y D^a María Cristina. Solicitan la declaración de nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por D^a Eufrasia, por no tener capacidad bastante para otorgarlos o, alternativamente, por no cumplir las formalidades de los testamentos.

A través de una demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación, se solicita textualmente que “se declare la nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y de 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia (...) al no tener D.^a Eufrasia capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización y cumulativamente o alternativamente los testamentos son nulos por no haberse observado las formalidades para su otorgamiento previstas en el Código Civil o la Legislación Notarial”.

Para apoyar sus pretensiones, la línea argumental de los demandantes gira en torno al convencimiento de que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual. Además, sobre el segundo de los testamentos otorgado por D.^a Eufrasia, añaden que, además, tenía modificada judicialmente su capacidad cuando lo otorgó.

Por su parte, las demandadas se oponen alegando que la testadora si bien padecía una discapacidad intelectual, ésta no le impedía hacer vida autónoma y desenvolverse en su vida privada con independencia. Asimismo, afirman que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición *inter vivos*, no para otorgar testamento.

Respecto de la segunda de las pretensiones, la referida al segundo testamento, añaden que fue otorgado cumpliendo las previsiones del art. 665 CC, dado que el notario requirió la intervención de dos facultativos de los que la testadora era paciente para que quedase acreditase su suficiente capacidad dispositiva.

Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa dictó sentencia n.º 1 de fecha 7 de enero de 2015. El fallo estimaba “(...) la demanda formulada por (...) D.^a Rosalía y D. Fermín, contra D.^a María Cristina y D.^a Salomé” y se declaraba “la nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia (...), al no tener (...) capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización”. Las costas causadas en el procedimiento fueron impuestas a la parte demandada.

La fundamentación jurídica de la nulidad del testamento otorgado el 15 de octubre de 2012 se basó en que para entonces ya existía una sentencia de modificación de la capacidad de obrar. Razona, a su vez, que en la modificación de la capacidad de obrar de D.^a Eufrasia para realizar actos de disposición de sus bienes se entiende incluida la incapacidad para poder testar, ya que en la sentencia de incapacitación no se hacen distinguos entre los actos de disposición de bienes que se puedan realizar o no, y el testamento es un acto de disposición de bienes (art. 667 CC).

Añade, además, que la naturaleza de la enfermedad que padecía la testadora no permitía la existencia de intervalos lúcidos y que los facultativos que intervinieron en el otorgamiento no realizaron reconocimiento ni prueba alguna que determinara

cuál era su estado mental en ese preciso acto de testar.

Respecto a la pretensión de nulidad del primer testamento, otorgado el 29 de diciembre de 1993, el Juzgado consideró que “si bien el testamento se otorgó antes de la sentencia por la que se declaró la falta de capacidad para realizar actos dispositivos, sin embargo, la dolencia que dio lugar a dicha declaración existía ya previamente, coincidiendo el otorgamiento del testamento con el tiempo del emplazamiento para contestar a la demanda de modificación de la capacidad de obrar promovida por el Ministerio Fiscal”.

El pronunciamiento de instancia hizo pivotar su razonamiento y fallo en un informe psiquiátrico aportado por la parte demandante y elaborado el 11 de marzo de 2013 que concluyó que D^a Eufrasia “no tenía capacidad médico-legal en el momento de firmar el testamento de 29/12/1993 ni en el de 15/10/2012”.

En esta misma línea, la sentencia restó importancia al hecho de que la testadora comprara en el año 1978 un piso. A juicio de la jueza de instancia, no se trató de un acto de disposición y, en cualquier caso, contaba con la intervención de su madre y hermano.

Ante la estimación de las pretensiones de la parte demandante, la sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D^a María Cristina y D Salomé. La resolución de este recurso le correspondió a la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el n.º de rollo 120/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015.

El fallo acoge “el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a María Cristina y D^a Salome, contra la sentencia de 7 de enero de 2015 dictada en autos de P. Ordinario 1337/13 seguidos en el Juzgado de primera Instancia e Instrucción 1 de Villaviciosa”. En su virtud, dispone “revocar la apelada y desestimar la demanda formulada por la representación de D^a Rosalía y D. Fermín, frente a D^a María Cristina y D^a Salome”. Se impusieron las costas de instancia a la parte demandante. No hubo, en cambio, declaración sobre las del recurso.

Para llegar a este punto, la Audiencia sustenta su decisión en varios argumentos. En primer lugar, considera que ni la sentencia de modificación de la capacidad de obrar privó a la causante de la facultad de testar ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al art 665 CC.

En segundo lugar, señala que los informes médicos que se elaboraron para el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar se hace constar el coeficiente intelectual de D^a Eufrasia, considerado como aceptable para el contacto con la realidad, su autonomía personal y la celebración de la compraventa de un piso que luego arrienda³.

³ Cfr. GARRIDO DE PALMA, V.M. Y VELAYOS JORGE, J.L.: “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *Revista jurídica del notariado*, 2015, núm. 95-96, pp. 401-438.

En tercer y último lugar, la conclusión de la Audiencia Provincial sobre la contradicción de las pruebas aportadas por las partes y la sucesión de actos es “(...) que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, que no son otras que su prima Isabel y la hija de ésta y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tenía ninguna relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ella hoy actores; voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron (...)”.

Con posterioridad, D^a Rosalía y D. Fermín interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido por auto de 17 de octubre de 2017 por, según afirma el propio tribunal, “carencia manifiesta de fundamento, en atención a que la sentencia recurrida motiva las razones de su decisión y no se aprecia error notorio en la valoración de la prueba en los términos definidos por la doctrina de la sala”.

II. LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR MODIFICADA: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD Y ART. 665 CC

Dejando a un lado la cuestión eminentemente fáctica y los pormenores procesales, conviene examinar ya la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo. Comienza el tribunal haciendo una necesaria referencia al objeto de la controversia al señalar que “el presente litigio versa sobre la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad pero cuando el Ministerio fiscal ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar. El segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición”.

El primer motivo de casación plantea la posibilidad otorgar testamento conforme al art. 665 CC una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. Se trata pues de una situación con dos elementos muy a tener en cuenta: el otorgamiento de testamento y la existencia de una persona incapacitada judicialmente, asistida por curador.

El motivo se desestima por varias razones. En primer lugar, el Tribunal Supremo recuerda la operatividad del principio de presunción de capacidad y su presencia en

diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico (art. 10 CE, art. 322 CC y art. 760.1 LEC).

Para reforzar su argumento el Tribunal Supremo indica que conviene no olvidar lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴ que “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)”.

Continúa con su razonamiento el tribunal señalando que “el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se 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”.

Cabe señalar que el Tribunal Supremo hace una adecuada interpretación de lo dispuesto en el citado precepto. La propia redacción del artículo parece impedir cualquier interpretación que limite la capacidad para testar de aquellas personas sometidas a algún tipo de cargo tutelar⁵.

En este sentido, la redacción abierta y genérica de este concepto y el espíritu de la legislación *ad hoc* parece querer proteger la autonomía y voluntad de las personas cuya capacidad de obrar no sea plena, como así se deduce de los arts. 662 y concordantes de nuestro Código Civil. Cuestión bien distinta sería, lógicamente, si hubiera una prohibición expresa de testar o un *numerus clausus* sobre este extremo.

“Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres”, avanza el Supremo, “la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual”.

A este respecto, la primera de las afirmaciones es más discutible. Aunque no pretende ser objeto del presente estudio sí cabe apuntar que la forma *–inter vivos o mortis causa–* no incide, en demasía y a mi juicio, sobre el carácter dispositivo de los propios actos. Consecuentemente, una distinción a este respecto podría carecer de la trascendencia suficiente como para mantener ese régimen no equiparable que el Tribunal Supremo defiende.

⁴ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La capacidad de testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en TORRES GARCÍA, T.F.: *Estudios de derecho de sucesiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 615-634.

⁵ Cfr. ESPÍNEIRA SOTO, I.: “¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. 2, núm. 2, pp. 285-287.

El alto Tribunal, nos recuerda que “el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC)”, por lo que, “ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento”, todo ello conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento (arts. 664, 666 y 685 CC)

En efecto, para el otorgamiento de testamento por una persona con la capacidad modificada judicialmente, el art. 665 CC impone una garantía, un requisito adicional sobre la capacidad de obrar para otorgar testamento. Esta regla impone el juicio favorable, emitido por dos facultativos, sobre la capacidad para testar de la persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente. Se trata pues de un mecanismo que busca la especial protección de la real, libre y verdadera voluntad de la persona incapacitada, siempre que se encuentras en las adecuadas condiciones para emitirla.

Ahora bien, el Tribunal Supremo advierte que “como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes ((entre otras, sentencias de esta Sala 29 marzo (RCL 2004, 2310), 26 abril (RJ 2008, 2680), 5 noviembre (RJ 2010, 84), 22 enero (RJ 2015, 465), 10 septiembre (PROV 2015, 238319), 7 julio (RJ 2016, 3157))”.

El motivo segundo del recurso de casación denuncia, de manera acumulada, la infracción de los arts. 662, 663, 665, 666 y 685 CC. Se estructura, como la propia sentencia indica, en dos partes que denomina «primer desarrollo del motivo» y «segundo desarrollo del motivo».

En el primer desarrollo, la pretensión de la recurrente es que se haga un nuevo juicio de valoración sobre la capacidad de la ahora causante. Así que, como bien señala el tribunal “lo que en casación solo es posible con carácter excepcional en los casos en los que se aprecie una clara infracción legal. Examinado el juicio realizado por la sentencia recurrida”, la sala “no observa ninguna vulneración evidente o manifiesta en la valoración de la capacidad para otorgar testamento”. El motivo, por tanto, se desestima.

En el segundo desarrollo, la parte recurrente considera que se ha infringido lo dispuesto por el art. 665 CC por estimar que “la discapacidad intelectual que padecía la causante no es una enfermedad que permita intervalos de lucidez, por lo que no es aplicable el art. 665 CC”. A su juicio, la admisión de la validez del testamento otorgado en atención a los informes médicos y al juicio del notario, infringe el citado precepto.

Teoría que no comparte ni asume el Tribunal Supremo, al entender que “hay que aclarar que la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la

discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar”. Por consiguiente, el fallo desestima los motivos de la parte recurrente y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial.

Este razonamiento constituye el núcleo de la sentencia. Conviene, por tanto, hacer alguna consideración a modo de conclusión. En primer lugar, el Tribunal Supremo, en su facultad interpretativa de la norma, nos aclara cuál es la finalidad de la norma que regula la capacidad de testar: acreditar las facultades del testador respecto al propio negocio jurídico testamentario.

En segundo lugar y como correctamente, desde el punto de vista técnico, expone el Tribunal Supremo en el desarrollo de la fundamentación jurídica de la sentencia el art. 665 CC supone el reconocimiento legal de la capacidad de testar de aquellas personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente. Este reconocimiento se hace, como muy bien se indica, al margen de la enfermedad que motive la modificación de la capacidad de obrar y de la evolución de la misma.

Así y como conclusión, puede extraerse que la existencia y exigencia de intervención de una figura tutelar (en este caso, la curatela) para realizar actos de disposición no priva, ni mucho menos de forma automática, la capacidad de otorgar testamento, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos recogidas en los arts. 662 y ss. del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

BAYOD LÓPEZ, M.C.: “Capacidad para testar” en AA.VV.: *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento* (coord. por F. Lledó Yagüe, Dykinson), Madrid, 2011.

ESPIÑEIRA SOTO, I.: “¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 2, 2015.

GARRIDO DE PALMA, V.M. Y VELAYOS JORGE, J.L.: “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 95-96, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La capacidad de testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en TORRES GARCÍA, T.F.: *Estudios de derecho de sucesiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

ROMERO COLOMA, A.M^a.: “Capacidad e incapacidad de para testar”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 88-89, 2014.

