



Universidad de Valladolid

**Grado en Derecho y en Administración y
Dirección de Empresas (Programa de
Estudios Conjuntos Derecho y ADE)**

Capacidad Jurídica para Testar

Presentado por:

María Quintana Rodríguez

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín Calero

Valladolid, 24 de junio de 2022

Resumen

El otorgamiento de testamento es un acto jurídico con una gran importancia cuantitativa en la actualidad por ser el único soporte que permite disponer para el futuro del patrimonio de los individuos tras su fallecimiento, razón por la cual procede analizar el régimen jurídico de uno de sus puntos claves, la capacidad para testar.

Los requisitos para realizar el negocio jurídico objeto de estudio en el presente trabajo siempre han sido motivo de una regulación exhaustiva que mostraba ciertas restricciones para determinados sujetos que, por razón de sus características y cualidades, tenían prohibida la posibilidad de disponer *mortis causa* de su patrimonio.

Sin embargo, tras la reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad, la premisa seguida hasta el momento ha sufrido una importante modificación otorgando un mayor protagonismo a la figura del Notario, convirtiéndole en el único sujeto que debe valorar la capacidad del otorgante valiéndose para ello de determinados medios de apoyo y utilizando su experiencia y sentido común.

El juicio de capacidad favorable del Notario ofrece una presunción *iuris tantum* que, junto con el principio *favor testamenti*, vincula la decisión de los Tribunales a la hora de declarar la nulidad del testamento, de manera que únicamente prosperará esta última pretensión si el testamento ha sido impugnado con una prueba concluyente de la falta de capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento.

Palabras clave

Capacidad para testar, reforma, *favor testamenti*, nulidad.

Abstract

Execute a will is a legal act of great quantitative importance nowadays, as it is the only means to dispose the assets of individuals for the future after their death, which is why it is appropriate to analyse the legal regime of one of its key points, the capacity to make a will.

The requirements for carrying out the legal transaction under study in this paper have always been subject of an exhaustive regulation which showed certain restrictions for certain subjects who, due to their characteristics and qualities, were prohibited from disposing of their estate *mortis causa*.

However, following the recent entry into force of Law 8/2021, pf 2 June, reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities, the order known up to now has suffered a major modification, giving greater prominence to the figure of the Notary, making him the only person who must assess the capacity of the testator, using certain means of support and using his experience and common sense.

The notary's favourable judgement of capacity offers a rebuttable presumption, which, together with the principle of *favor testamenti*, binds the decision of the courts when it comes to declaring the will null and void, so that the claim will only prosper if the will has been challenged with conclusive proof of the testator's lack of capacity at the time the will was made.

Key words

Capacity to testate, Notary, reform, *favor testamenti*, nullity.

Listado de abreviaturas

Art: artículo

CC: Código Civil

CDPD: Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad

Núm: número

Págs: páginas

SS: siguientes

STS: sentencia

Vol: volumen

Índice

INTRODUCCIÓN.....	6
2. EL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO: APROXIMACIÓN.....	7
2.1 Delimitación conceptual.....	7
2.2 Características.....	8
2.3 Tipología.....	12
3. EL PRINCIPIO DE <i>FAVOR TESTAMENTI</i> : EXCLUSIONES.....	14
4. EL FACTOR DE LA EDAD.....	17
4.1 Edad mínima para testar.....	17
4.2 La inexistencia de edad máxima.....	19
5. LA IMPOSIBILIDAD DE CONFORMAR LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA.....	21
5.1 La supresión de la premisa “cabal juicio”	22
5.2 La imposibilidad de “conformar o expresar” la voluntad.....	24
6. TIPOS DE DISCAPACIDAD Y TESTAMENTO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS.....	26
6.1 La igualdad de derechos de las personas con discapacidad como principio fundamental.....	27
6.2 Discapacidad física y sensorial: medios de apoyo.....	29
6.3 Discapacidad intelectual: la desaparición de la inhabilitación judicial <i>ex ante</i>	31
7. JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD.....	35
7.1 Vicios del consentimiento.....	37
7.2 Responsabilidad notarial por mala apreciación.....	40
7.2.1 Responsabilidad civil.....	40

7.2.2 Responsabilidad penal.....	43
7.2.3 Responsabilidad administrativa o disciplinaria.....	43
8. IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	44
8.1 Nulidad total.....	47
8.2 Nulidad parcial.....	49
8.3 La acción de nulidad testamentaria.....	50
9. CONCLUSIONES.....	53
10. BIBLIOGRAFÍA.....	57
11. WEBGRAFÍA.....	59
12. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	60

1. INTRODUCCIÓN

El testamento es el acto por el cual un sujeto puede disponer del futuro de sus bienes para después de su fallecimiento y, como es habitual en nuestro ordenamiento jurídico, para realizar este tipo de negocio es preciso poseer la capacidad estipulada en la Ley.

La regulación del Código Civil considera apto para testar a todo aquel a quien la ley no se lo impide y, junto el principio *favor testamenti*, muestra la actitud favorable de nuestro ordenamiento jurídico a preservar la validez del testamento previamente otorgado, presumiendo la capacidad del testador y resolviendo su nulidad únicamente cuando se destruye esta presunción a través de una prueba concluyente. La presunción de capacidad tiene mayor cabida cuando el testamento ha sido otorgado ante Notario, al ofrecer este cualificado profesional del Derecho una valoración positiva sobre la idoneidad del otorgante para testar.

Bajo tales premisas, el tema del presente trabajo fin de grado es “capacidad para testar” y se pueden resumir los objetivos pretendidos atendiendo a la siguiente secuencia:

En primer lugar, la finalidad principal es ofrecer una visión global sobre la capacidad exigida por nuestro ordenamiento jurídico para realizar un negocio tan relevante en nuestra sociedad como es el testamento, diferenciando cada una de las diferentes modalidades que existen en la regulación atendiendo a la voluntad del otorgante y, especialmente, a la situación en la que se encuentre en el preciso momento de testar.

En segundo término, conviene incidir en los supuestos en los que la Ley determina la inaptitud de un sujeto para realizar este acto, centrando la exposición especialmente en uno de ellos, la imposibilidad de conformar la voluntad testamentaria.

Deviene imprescindible detenerse en este motivo de incapacidad para testar, pues su regulación se ha visto modificada en estos últimos tiempos, como consecuencia de la reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021 para el apoyo de personas con discapacidad, la cual reforma el tratamiento conocido hasta el momento sobre la capacidad de las personas y suprime la declaración de incapacidad, promoviendo, a su vez, la utilización de determinados medios para que estas personas puedan ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que los demás individuos.

En tercer lugar, esta nueva Ley afecta a la posibilidad de otorgar testamento por personas que sufren algún tipo de enfermedad o alteración mental, antes permitido o prohibido

directamente en la propia sentencia de incapacitación. Actualmente, el Notario adquiere un elevado protagonismo pues es la única figura que puede valorar la capacidad del otorgante en el concreto momento de otorgar testamento y su juicio positivo de capacidad ofrecerá una presunción *iuris tantum* de veracidad. Por ello, es imprescindible mostrar la función que cumple este cualificado profesional en materia testamentaria, atendiendo a los diferentes medios que le ofrece la Ley para poder desarrollarla.

Como consecuencia de ello, en cuarto término, es preciso incidir en la responsabilidad notarial por *mala praxis* y en la posible declaración de nulidad del testamento por los órganos jurisdiccionales cuando la presunción de capacidad ofrecida por la Ley y el juicio positivo prestado por el Notario se desmienten a través de la impugnación del testamento ofreciendo una prueba concluyente de falta de capacidad.

2. EL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO: APROXIMACIÓN

El testamento se define, en el artículo 667 del Código Civil (CC) como “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*”. Se considera, pues, como la expresión de la última voluntad de una persona física (nunca jurídica), a la que se denomina testador, en la cual decide sobre el futuro de sus bienes y derechos. Por consiguiente, constituye un negocio jurídico “*mortis causa*” cuyo elemento esencial es una declaración de voluntad que se somete a una serie de requisitos formales, entre los cuales cabe destacar la capacidad para testar, la disposición de sus bienes, la escritura y firma en la mayoría de los casos, etc.

2.1. Delimitación conceptual

Habitualmente, se entiende que el testamento atesora un contenido patrimonial; sin embargo, el CC admite otro tipo de finalidades para este negocio jurídico, entre ellas: reconocimiento de un hijo no matrimonial, nombramiento de un tutor o curador, nombramiento de albacea o de contador-partidor, disposición sobre sufragios, funerales y exequias, consentimiento del hombre para utilizar su material reproductor con el fin de fecundar a la mujer en los doce meses siguientes al fallecimiento...

Desde esta perspectiva, se puede diferenciar, por una parte, entre el contenido típico de un testamento, cuando sus disposiciones son en su totalidad atribuciones patrimoniales y, por otra parte, el contenido atípico cuando este recoge cualquier otro tipo de disposición sin carácter patrimonial. Sea como fuere, toda manifestación en un testamento debe tener un carácter imperativo; es decir, el testador ordena su cumplimiento independientemente de que

su contenido se considere patrimonial o no. Es cierto que en el testamento también se pueden encontrar ruegos, recuerdos o consejos; sin embargo, y a diferencia de las órdenes, estos no tienen la consideración de disposiciones testamentarias.

A la luz de las reflexiones anterior, cabe considerar que la definición de testamento otorgada por el Código Civil es, en cierta parte, incompleta, ya que su regulación da a entender que el testador únicamente puede disponer de sus bienes o de una parte de ellos. Sin embargo, en numerosos testamentos se encuentran, como ya consta, disposiciones de contenido atípico, así como también disposiciones de bienes ajenos, como es el caso de legado de cosa ajena.

En fin, atendiendo a esta variedad de cláusulas y siguiendo a la doctrina, el testamento debe definirse de una forma más amplia que la proporcionada por el Código Civil, entendiendo que se trata de un negocio jurídico *mortis causa* por el cual una persona dispone de sus bienes o de una parte de los mismos, de bienes ajenos o de cualquier atribución no patrimonial para después de su muerte¹.

2.2. Características

El testamento cuenta con cinco características principales: es un acto unilateral, un acto unipersonal, un acto personalísimo, un acto solemne o formal y, por último, un acto esencialmente revocable². Así:

1.- En primer lugar, el testamento se considera un acto unilateral. La declaración de voluntad testamentaria se otorga a través de una única persona, el testador, sin necesitar el complemento de ninguna otra exposición. Esta declaración de voluntad, además, no es recepticia; es decir, no requiere para su validez que sea conocida por los beneficiarios de la misma. En este negocio jurídico pueden intervenir otras personas distintas de la figura del testador, como pueden ser el Notario o los testigos, pero estos únicamente acreditan o autorizan la voluntad del testador, sin formar, en ningún caso, parte del negocio testamentario.

Del mismo modo, los herederos o legatarios en el momento de la aceptación o repudiación de la herencia están llevando a cabo otro negocio jurídico esencialmente diferente a la

¹ SÁNCHEZ CALERO, F.J.: Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 509 y ss.

² LASARTE ÁLVAREZ C.: Derecho de Sucesiones, principios de Derecho Civil VII, 14ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 42 y ss.

perfección del testamento, pues este último produce efectos únicamente con la voluntad del otorgante.

2.- En segundo término, es un acto unipersonal, que busca garantizar la formación libre y espontánea de la voluntad testamentaria de la persona que quiere otorgar testamento, tal y como se deduce de lo previsto en el art 669 CC, el cual prohíbe el testamento otorgado por dos o más personas al señalar que *“no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”*.

3- Seguidamente, el art 670 CC resuelve que el testamento es un acto personalísimo de la siguiente manera: *“No podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”* al tiempo que añade que *“tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”*.

Así, la persona testadora debe decidir por sí misma quiénes serán sus herederos y legatarios, designando los bienes y derechos que les corresponderán a cada uno de ellos tras su fallecimiento. Es decir, no es posible el otorgamiento de un testamento por medio de representación voluntaria ni legal. Contravenir el régimen impuesto en este artículo supone la nulidad de pleno derecho del testamento.

No obstante, se puede encontrar una excepción a esta regla en el art 775 CC que regula la sustitución pupilar, de manera que los padres o ascendientes pueden nombrar sustitutos a los descendientes menores de catorce años por si estos murieran antes de esta edad. Con anterioridad a la actualización del Código Civil, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021 por obra de la Ley 8/2021 de 2 de junio, el art 776 CC regulaba otro tipo de sustitución (denominada ejemplar o cuasi pupilar) para casos en los que el descendiente mayor de 14 años hubiera sido declarado incapaz por enajenación mental. Sin embargo, este artículo fue suprimido por la nueva redacción del Código Civil que será objeto de atención en otro apartado del presente estudio.

Con todo, el art 671 CC no se puede considerar una excepción a la regla mencionada ya que, a pesar de que el testador pueda encomendar a un tercero la distribución de cantidades que se hayan dejado a clases de personas en general (como son los parientes, los pobres, o establecimientos de beneficencia) y la elección de las personas en concreto a las que estas cantidades se apliquen, el testamento ya ha sido otorgado previamente y han sido

determinados, de una forma clara, los sucesores, aunque devenga necesaria su concreción posterior.

4.- Por otro lado, el testamento es un negocio formal, tal y como señalan los art 676 al 736 CC, donde se recogen las exigencias que debe mantener el testamento para cada uno de sus tipos, cuya omisión, a tenor del art 687 CC, supone la nulidad del mismo. Se exige una rigurosa formalidad en el otorgamiento del testamento al tratarse de un acto que devendrá eficaz tras el fallecimiento del testador, por lo cual debe sostener una serie de garantías ya que el otorgante en ese momento ya no podrá dar datos o aclaraciones que eviten posibles dudas.

Las formalidades testamentarias están convenientemente delimitadas en el Código Civil y tienen carácter *numerus clausus*. Estos requisitos difieren al tratarse de un tipo de testamento o de otro; sin embargo, existen una serie de elementos imprescindibles, cuya mención es importante.

En primer lugar, en algunos tipos de testamentos el Notario tiene un papel de gran importancia al ser la persona que va a dar fe de la declaración de voluntad mencionada. Se exige que el Notario en cuestión tenga competencia territorial en el lugar donde se va a otorgar el testamento (lo que habitualmente se conoce como Notario hábil). En caso contrario, si se otorga testamento ante un Notario no competente este devendrá nulo. Asimismo, no se permite que el testador disponga de su herencia en favor del Notario o de personas cercanas al mismo para evitar la posible influencia de su persona tratando de ocultar una falta de capacidad para testar o manipulando directamente el contenido testamentario.

En segundo lugar, una formalidad común a todo tipo de testamento es la necesidad de identificación clara y precisa de la persona del testador, ya que es indispensable determinar su capacidad para testar. Dependiendo del tipo de testamento, la forma de identificar al otorgante difiere: en algunos casos es necesario un procedimiento posterior al fallecimiento para comprobar la identidad, en otros es suficiente con el conocimiento directo por parte del Notario o con la identificación por parte de dos testigos (denominados de conocimiento) o mediante documentos expedidos por las autoridades públicas.

En tercer lugar, los testigos constituyen otra formalidad en el otorgamiento del testamento, ya que se encuentran presentes a lo largo del acto, lo firman y lo autorizan (conocidos como testigos instrumentales). Recientemente, se ha flexibilizado la exigencia de testigos en el momento de hacer testamento, siendo únicamente necesarios cuando concurren ciertas

circunstancias, entre las que cabe destacar que el testador no pueda firmar o que dicha presencia la solicite el Notario.

5.- Por último, como quinta característica del testamento, procede señalar que se trata de un acto esencialmente revocable, no en vano según el art 737 CC se pueden revocar todas las disposiciones recogidas en un testamento, incluso aquellas que el testador se ha comprometido a no anular, ya que una cláusula de este tipo se tiene siempre por no puesta. El testador puede otorgar todos los testamentos que considere oportunos antes de su fallecimiento, puesto que la designación de una persona como heredero o legatario en un acto como el presente no le otorga ningún derecho hasta el fallecimiento del testador, momento en el cual este testamento deviene eficaz. Precisamente por ser revocable hasta el último momento de vida se le denomina “acto de última voluntad”.

Para revocar un testamento es requisito *sine qua non* observar la misma capacidad que para testar con el fin de evitar situaciones en las que el testador revoque su propio testamento en estado de demencia, sin voluntad o sin conocimiento. Además, la revocación de este tipo de negocios jurídicos exige las mismas solemnidades o formalidades necesarias para testar.

Hay que tener en cuenta una especialidad con relación a la revocación de los testamentos cerrados (en los cuales el testador declara su última voluntad de forma secreta y esta no es revelada hasta el momento de la apertura del mismo tras su fallecimiento), pues en estos casos, se presume revocado el testamento cuando determinadas circunstancias pueden poner en peligro las garantías exigidas para este tipo particular de testamento, por ejemplo, cuando aparezca con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados. A este tipo de revocación se le denomina “revocación real”.

La revocación, además de real, puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando el testador manifieste su voluntad de dejar sin efecto un testamento anteriormente otorgado. Por el contrario, se considera que la revocación es tácita cuando se otorga un nuevo testamento, aunque el testador no manifieste la voluntad de revocar el anterior.

La revocación si es total da lugar a la completa ineficacia del testamento anterior, mientras que una revocación parcial únicamente anula las disposiciones del testamento anterior incompatibles con el nuevo. Cabe señalar también que la revocación de un testamento no conlleva la eficacia directa del otorgado con anterioridad, sino que para que esto sea posible es necesario que lo declare así el testador.

Todo ello sin olvidar que existen ciertas excepciones a esta regla general, y es que hay determinadas disposiciones incorporadas en un testamento que se consideran completamente irrevocables, como el reconocimiento de un hijo hecho en un testamento.

2.3. Tipología

El art 676 CC ofrece una doble clasificación, dividiendo los testamentos en comunes y especiales (se consideran especiales cuando el testador se encuentra bajo determinadas circunstancias que pueden afectar a su persona, al lugar o al tiempo de otorgamiento). El testamento común se subdivide a su vez en ológrafo, abierto y cerrado. Por su parte, los testamentos especiales son los militares, marítimos, los hechos en el extranjero, los otorgados en peligro de muerte o en caso de epidemia.

En realidad, los testamentos especiales son también ológrafos, abiertos o cerrados, con la exigencia de unas formalidades adecuadas a las situaciones concretas del momento de otorgamiento.

Al tiempo, se pueden encontrar variantes de los testamentos abiertos o cerrados teniendo en cuenta, no tanto circunstancias generadas por el momento de otorgamiento, sino particularidades especiales alrededor de la figura del testador como, por ejemplo, aquel testamento expresado en una lengua que el Notario no conoce, cuando el testador no puede firmar o leer y escribir, cuando es sordo o ciego...

Si no concurre ninguna circunstancia especial el testador puede elegir la forma de testamento preferida.

Así pues, en primer lugar, encontramos el testamento abierto, en cuyo caso el testador manifiesta su voluntad en presencia de determinadas personas que la conocerán en ese específico momento, ya que el Notario lee en voz alta el testamento para que el testador lo ratifique.

Una vez declarada de forma oral o escrita la voluntad por parte del testador, el Notario debe redactarla y recoger en el texto el lugar, año, mes, día y hora de otorgamiento, ya que será esta fecha la que se tenga en cuenta para determinar la capacidad del testador y para manifestar la validez del acto.

El Notario procede a la lectura del testamento, el testador lo ratifica y el Notario finalmente lo autoriza. Se requiere unidad de acto; es decir, todas las formalidades mencionadas se deben practicar en un único acto sin interrupción, salvo por un accidente pasajero.

Se consideran variantes de este tipo de testamento, el testamento otorgado en lengua extranjera y el testamento otorgado por un testador que no pueda firmar o que, por ser ciego, no pueda leer. Únicamente en el caso de que el testador no pueda firmar, se requiere la presencia de dos testigos en el acto de otorgamiento.

En algunos casos es posible el otorgamiento de formas testamentarias abiertas sin intervención notarial, por ejemplo, cuando el testador se halla en peligro de muerte o en caso de epidemia. La ausencia notarial se debe a la urgencia requerida por la situación; sin embargo, se requiere la presencia de ciertos testigos para que esta forma testamentaria sea plenamente válida.

En segundo lugar, el Código Civil regula el testamento cerrado en su art 682. Se considera testamento cerrado si el testador declara que su última voluntad se encuentra en un pliego escrito por él mismo a mano o usando algún medio mecánico o por otra persona a petición del testador. Posteriormente, entrega este pliego al Notario para que autorice el acto sin revelar en ningún momento su contenido.

El contenido del pliego es secreto y no puede ser extraído, por lo que hasta una fecha reciente no se permitía realizar testamento cerrado a los ciegos y a las personas que no saben o no pueden leer para evitar fraudes. Por el contrario, los mudos y sordomudos sí podían otorgar testamento cerrado adaptando las formalidades requeridas a su situación. Actualmente, a partir de la redacción introducida por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad que entró en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021, la norma del art 708 CC ha cambiado estas exigencias y permite ahora a las personas con discapacidad visual otorgar testamento cerrado si utilizan para ello los medios tecnológicos pertinentes para que puedan escribir su voluntad y leerla.

Una vez autorizado el testamento, el Notario se lo entrega al testador para que este lo conserve o le encomiende esta tarea a otra persona, pudiendo ser esta el mismo Notario. Hasta el momento del fallecimiento del testador no se presenta el pliego ante Notario para conocer, entonces, la voluntad del fallecido.

Por último, el testamento ológrafo exige ser escrito de puño y letra y firmado por el testador estableciendo el día, mes y año en que se hace. Es preciso que el otorgante sea mayor de edad para este tipo de testamento, contrariamente a los testamentos notariales que se pueden otorgar desde los 14 años.

Este tipo de documento se considera privado por lo que, tras la muerte del testador, se obliga a su adveración y protocolización ante Notario. La adveración consiste en la comprobación de la autenticidad del testamento mediante testigos o mediante el cotejo pericial de la letra y, una vez se ha verificado, se procede a autorizar el acta de protocolización y expedir copia de la misma a los interesados.

Hay que atender, en último lugar, a los llamados testamentos especiales recogidos en el art 677 CC. Es difícil establecer un criterio claro para diferenciar y aglutinar este conjunto de testamentos tan diferentes entre sí (militar, marítimo y hecho en país extranjero) de aquellos testamentos no considerados especiales, pero que cuentan con ciertas peculiaridades, como son los otorgados en peligro de muerte o en caso de epidemia.

El testamento militar no es propio únicamente de los militares, sino de cualquier persona que participe en una guerra (voluntarios, prisioneros, enfermeros, etc). Si se trata de un testamento abierto, se otorga ante el Capitán y dos testigos y si se trata de un testamento cerrado, se sustituye al Notario por el denominado Comisario de guerra. El testamento otorgado de esta manera caduca dos meses después de que el testador deje de participar en esta guerra.

Si el testador está viviendo una situación de asalto, batalla o combate, se puede otorgar la última voluntad ante dos testigos, pero deviene ineficaz si el testador sobrevive a la situación por la cual testó.

El segundo de los testamentos especiales es el marítimo y puede ser otorgado por todas las personas que se encuentren a bordo durante un viaje marítimo. También puede ser abierto o cerrado, al igual que el militar, sustituyendo la autoridad del Notario por el Capitán y dos testigos que deberán ser también pasajeros. Si hay peligro de naufragio, se puede otorgar testamento solamente ante dos testigos.

En último lugar, existe un testamento especial otorgado en un país extranjero siempre que se observe la forma requerida por el país en el que se haga.

3. EL PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI*: EXCLUSIONES

El art 662 CC regula una presunción de capacidad, de acuerdo con el principio tradicional *favor testamenti*, y señala que “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíba expresamente*”. Estas pautas sobre capacidad se aplican únicamente a las personas físicas, ya que las personas

jurídicas no pueden otorgar testamento, solamente pueden en sus Estatutos, establecer el destino futuro de su patrimonio.

El mencionado principio *favor testamenti*, de indiscutible vigencia en nuestro Derecho Civil actual, constituye la base de esta presunción de capacidad para testar. Implica que, si existen dudas en cuanto a la validez del testamento, estas deben resolverse a favor de la eficacia y conservación del mismo. Es muy frecuente la aparición de conflictos a raíz de las decisiones tomadas por el testador respecto a su herencia, ya que estas pueden beneficiar a algunos herederos a la vez que perjudican a otros. En muchos casos, se alega incapacidad para otorgar testamento y es el órgano judicial el que decide si el testador podía o no testar en base a su capacidad. Para ello, debe tener en cuenta la mencionada presunción de capacidad y únicamente declarará nulo el testamento si existen pruebas determinantes de que el testador no contaba con esta capacidad en el momento del otorgamiento de testamento.

El Tribunal Supremo en su sentencia 1627/2016 determina que para declarar nulo un testamento por falta de capacidad mental del testador es necesario demostrar a través de una prueba concluyente esta ausencia de capacidad en el preciso momento del otorgamiento del testamento. En esta resolución, al no acreditar las partes de manera inequívoca la falta de capacidad del testador, el Tribunal aplica el principio *favor testamenti* conectándolo con la mencionada presunción de capacidad y valida totalmente el testamento otorgado con anterioridad³.

El testamento debe manifestar la exacta voluntad del testador que se cumplirá una vez este haya fallecido. Por ello es de clara aplicación el principio *favor testamenti*, el cual presenta una mayor virtualidad cuando en el otorgamiento del testamento interviene la figura del Notario ofreciendo una evaluación positiva de capacidad, como se explicará más adelante.

Ciertamente, para asegurar la protección del tráfico jurídico se exigen una serie de requisitos o limitaciones a la hora de realizar el acto de disposición testamentaria, pero debe prevalecer siempre la verdadera voluntad del otorgante frente a las determinadas formas o características que se ordenan por la regulación. La jurisprudencia busca la conservación de los actos y negocios jurídicos, entre ellos el negocio testamentario, por lo que el antedicho principio *favor*

³ STS, Sala de lo Civil, del 8 de abril de 2016 (núm. 1627/2016). ECLI:ES:TS:2016:1627

testamenti tiene su virtualidad tanto en la presunción de la capacidad del testador como en la conservación de la validez de un testamento previamente otorgado⁴.

La regla general se concreta en el artículo siguiente del Código Civil (art 663) con una serie de exclusiones tasadas referidas a las personas que no tienen capacidad para testar:

- 1) los menores de catorce años (aunque encontramos una excepción en cuanto al testamento ológrafo, ya que se exige mayoría de edad para otorgar este tipo de testamento)
- 2) y, en la nueva redacción, las personas que en el momento de testar no pudieran conformar su voluntad ni siquiera con ayuda de ciertos medios o apoyos para lograrlo (se refiere a personas que no entienden ni quieren claramente lo que transmiten por no comprender la razón y el alcance de sus actos).

Las reglas sobre incapacidad para testar establecidas en el Código Civil son absolutas, los afectados no podrán utilizar ninguna de las modalidades de acto testamentario regulado y, a su vez, estas medidas afectan a todo el patrimonio de la persona. El momento en el que se debe apreciar la capacidad de una persona para testar es aquel en el que se pretenda otorgar testamento, según lo expuesto en el art 666 CC, y será el Notario quien se asegurará de que el testador posee esta mencionada capacidad, por lo que un testamento otorgado antes de la enajenación mental es completamente válido, tal y como se encarga de señalar el art 664 CC.

De la redacción de estos dos artículos, 664 y 666, del CC se desprende una importante conclusión: no es posible invalidar un testamento otorgado por un sujeto que no cuenta con la suficiente capacidad si este acto testamentario se realizó en un tiempo anterior a la pérdida de la misma. Esto es consecuencia directa de que el único momento que se debe tener en cuenta para determinar la capacidad o incapacidad del testador es aquel en el que otorgó el testamento, tanto por el Notario en su juicio de capacidad cuando se pretende otorgar testamento, como posteriormente si se impugna la validez del mismo ante el órgano judicial competente.

Esto significa que la presunción de capacidad para otorgar testamento es una presunción *iuris tantum* y, por tanto, admite prueba en contrario, siendo el Notario quien debe analizar y considerar, finalmente, a la persona incapaz para este acto, siendo también posible una

⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (IZQUIERDO LOSADA, M., Dir.), vol. 8, 2016, págs. 469 y ss.

revocación posterior al otorgamiento del mismo si se constatará más tarde la falta de capacidad.

4. EL FACTOR DE LA EDAD

La primera circunstancia que impide el acto testamentario es la edad.

4.1. Edad mínima para testar

Precisamente, en el caso de los testamentos, la regulación sobre capacidad por razones de la edad es menos restrictiva que la ordinaria para la validez de la mayor parte de negocios jurídicos.

Aunque la edad habitual para poder realizar cualquier tipo de acto jurídico son los 18 años, tiempo en el que un sujeto alcanza la mayoría de edad, para el acto testamentario, al igual que para otros negocios jurídicos usuales, cuentan con la capacidad necesaria los menores de edad.

En concreto, se puede destacar la posibilidad de contraer matrimonio por una persona mayor de 16 años; también cabe la emancipación a partir de los 16 años si media consentimiento de quien ostenta su *patria potestad* o del Juez; puede así mismo transferir datos personales, subir fotografías a internet y abrir cuentas en redes sociales. El reglamento 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos permite a los Estados miembros fijar la edad mínima para este tipo de negocios, siempre que supere los 13 años. Esta franja se eleva a los 14 años en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales (art 7)⁵.

Al tiempo, un individuo menor de 18 años (y mayor de 16) puede trabajar, siempre que esté emancipado o contando con autorización de sus padres o tutores, aun con ciertas especialidades: no pueden realizar trabajos nocturnos, desempeñar puestos insalubres o nocivos ni hacer horas extraordinarias (art 6 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)⁶.

⁵ SERRANO PÉREZ, M.M.: “El consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de datos personales”, en Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, (TRONCOSO REIGADA, A. y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., Dirs.), Civitas, Madrid, Vol 1, 2021, págs. 989 y ss.

⁶ CÁMARA BOTÍA, A.: “Los menores en la legislación laboral española”, *Anales de Historia Contemporánea*, N° 9, 2003, págs. 123 y ss.

En fin, los 14 años representan la edad mínima para que una persona pueda optar por la nacionalidad española o por una determinada vecindad civil; mientras que es necesario haber cumplido los 16 años para poder realizar actos de administración y disposición ante Notario⁷.

Así, como puede comprobarse, aunque la capacidad de obrar de los menores de edad está limitada, existen numerosos actos que pueden ser realizados de forma válida y con plena eficacia por un menor de edad. Bajo esta misma premisa y, como se ha mencionado anteriormente, para otorgar testamento se exige una edad mínima de catorce años frente a la habitual de dieciocho (exceptuando los requisitos especiales relativos al testamento ológrafo); es decir, un menor de catorce años no puede otorgar testamento, pero sí puede hacerlo si acredita o supera esta edad. Esta regla ha sido muy discutida por la doctrina, ya que son muchos los que no consideran aconsejable la posibilidad de testar a una edad tan temprana, al juzgar la persona demasiado joven, no suficientemente madura y fácilmente influenciable. La doctrina ha propuesto en repetidas ocasiones, o bien elevar la edad de testar a los 16 años o incluso a la mayoría de edad, o bien la introducción de criterios flexibles que permitan al Notario decidir si el menor posee capacidad de discernimiento suficiente para llevar a cabo este acto.

Desde un punto de vista cuantitativo, el otorgamiento de testamento a tan temprana edad es una situación poco común que no se da habitualmente en la práctica. Únicamente es interesante para un menor otorgar testamento en tres situaciones: en primer lugar, cuando tiene un patrimonio económico elevado que ha podido obtener a través de una herencia o por haber empezado a trabajar a una edad muy joven; en segundo término, cuando el menor se encuentra en peligro de muerte por su estado de salud o por haber sufrido un accidente y, en último lugar, cuando el adolescente es, a su vez, padre o madre de otro menor.

A pesar de la oposición de un gran número de expertos, se pueden apreciar cuatro razones principales por las que el legislador ha elegido una edad tan temprana para validar el testamento y no ha introducido modificaciones al alza:

- 1) La primera de ellas radica en que los testamentos no generan el riesgo de asumir obligaciones por parte del menor al tener una eficacia *post mortem*, al mismo tiempo que tampoco generan perjuicios para sus acreedores y legitimarios pues sus derechos están claramente protegidos por la ley.

⁷ ESCURA BLOG. ¿Qué puede hacer legalmente un menor? 25 de junio de 2019 <https://blog.escura.com/que-puede-hacer-legalmente-un-menor/>

- 2) Implican actos jurídicos fácilmente comprensibles incluso para personas de poca edad.
- 3) Presentan una característica especial, y es que se trata de un negocio jurídico esencialmente revocable; es decir, el menor puede perfectamente modificar sus deseos y otorgar un nuevo testamento en cualquier momento.
- 4) Por último, la falta de capacidad no se puede suplir o complementar con la representación al tratarse de un acto personalísimo. De esta forma, nadie puede otorgar testamento por el menor de edad y si este fallece sin haber realizado este negocio jurídico, se debe atender únicamente a las reglas de la sucesión intestada.

En España no solo el Código Civil permite otorgar testamento a un menor de edad, también el Derecho Civil de Cataluña, de Aragón y de Navarra ofrecen esta misma posibilidad. Sin embargo, en el Derecho Comparado esta regla no es la habitual y las exigencias de capacidad para testar en lo relativo a la edad, en general, son más rigurosas: en Francia el menor de edad debe haber cumplido 16 años para poder otorgar testamento, mientras que en Argentina se requiere mayoría de edad para este acto jurídico.

Como se ha mencionado, la excepción relativa a la corta edad para otorgar testamento se encuentra en una modalidad del mismo: el testamento ológrafo. La razón de esta exigencia es la necesidad de escribir este tipo de testamento de puño y letra por parte del autor siendo probable que el menor a los 14 años no posea con una caligrafía definida⁸.

Con anterioridad a la codificación, no existía equiparación entre hombres y mujeres en cuanto a la edad mínima para testar. La mujer podía testar a partir de los doce años y, cuando se compensó la edad para otorgar este tipo de negocio jurídico entre hombres y mujeres, se matizó en el Código Civil el cual regulaba la incapacidad para testar de “los menores de uno y otro sexo”. Sin embargo, a partir de la reforma del año 2021 se ha suprimido esta referencia al sexo y el Código Civil regula actualmente, como no podía ser de otra manera, la incapacidad para testar de “*la persona menor de catorce años*”, independientemente de ser hombre o mujer.

4.2. La inexistencia de edad máxima

En lo relativo a la edad, no interesa únicamente el límite a la posibilidad de otorgar testamento para los menores de 14 años, sino que, aunque se desarrollará con posterioridad esta

⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: “Comentario al art. 663 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, Vol.II, BIB 2011/1756, Civitatis SA, enero 2016.

circunstancia, resulta fundamental comentar la ausencia de prohibición por parte del Código Civil en cuanto al otorgamiento de testamento por personas con una edad avanzada.

Hoy en día, la vida de las personas ha sufrido un alargamiento considerable y en los últimos años de vida es habitual el desarrollo de enfermedades degenerativas, como la demencia. Sin duda, el padecimiento de deficiencias cognitivas o deterioros intelectuales es directamente proporcional al sobre-envejecimiento. Por ello, es necesario extremar la precaución en supuestos en los que las personas pueden sufrir un mayor riesgo de incapacidad, como pueden ser quienes estén sometidos a medicación, octogenarios o con graves enfermedades crónicas. Hay que tener en cuenta que la Ley permite testar a los mayores de 14 años, por lo que se puede entender para testar no se exige la capacidad habitual de una persona madura, sino que los requisitos son mucho menos exigentes.

Cuando el testamento elaborado por un anciano se otorga ante un Notario no plantea demasiados problemas, ya que la opinión del Notario es suficiente para determinar si este tiene o no capacidad necesaria en el momento de testar. De esta manera, no se priva al anciano de su libertad de testar siempre que, a juicio del Notario, este conozca las consecuencias de su decisión y no haya coacción o captación de voluntad, al tratarse de una persona especialmente vulnerable.

Actualmente, uno de los principales retos a los que se enfrentan los Notarios a la hora de validar el testamento que un causante anciano pretende otorgar, es averiguar si este se encuentra en el momento de testar bajo la influencia de determinadas personas que quieren captar su voluntad y convertirse en los beneficiarios de la herencia. El Notario debe tomar en cuenta una serie de factores para conformar su decisión y, entre ellos, cabe destacar el entorno social del testador, si convive con un cuidador, si tiene familiares cercanos con los que mantiene contacto, el grado de dependencia del cuidador y posibles enfermedades o discapacidades sensoriales que presente.

El problema se agranda cuando el testamento no se otorga ante un Notario que asegura la libertad de decisión del otorgante, por ejemplo, por tratarse de un testamento ológrafo. Precisamente, para proteger al anciano vulnerable de esta posible captación de voluntad el art 753 CC establece una serie de prohibiciones: *“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 este si es ordenada en testamento notarial abierto”. Este artículo supone una protección *ex ante* que impide la eficacia de una disposición testamentaria en favor de determinadas personas que pueden ejercer una influencia en la voluntad del testador para su propio beneficio⁹.

5. LA IMPOSIBILIDAD DE CONFORMAR LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

La segunda de las circunstancias por las que se impide a una persona otorgar testamento es más controvertida, ya que deviene necesario interpretar cuándo un individuo no puede conformar su voluntad ni siquiera con ayuda de ciertos medios o apoyos encaminados a lograrlo¹⁰.

Con carácter general, todas las personas son capaces y poseen habilidades suficientes para gobernarse a sí mismas; sin embargo, en ciertas ocasiones se hace necesaria la incapacitación de un sujeto alterando su capacidad de obrar. Esto es así cuando una persona no puede gobernarse a sí misma y, por ello, no puede prestar consentimiento. Hay que tener en cuenta que, como ya consta, en la práctica, la mayor parte de los testamentos son otorgados por personas de una edad avanzada que pueden padecer enfermedades crónicas o degenerativas que afecten a su capacidad natural de entendimiento. En materia testamentaria el modelo universal se mantiene, siendo la capacidad la regla general y la incapacidad una excepción y, aunque estas personas habitualmente son más vulnerables e influenciables, la edad no puede suponer directamente un impedimento para testar, por lo que el ordenamiento jurídico debe garantizar el derecho de estas personas a decidir libremente el destino de su patrimonio en el futuro¹¹.

Aclarado el extremo anterior, es importante tener en cuenta el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que establece que se debe reconocer a las personas con discapacidad una capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Por ello, en materia

⁹ VAQUER ALOY, A.: “La protección del testador vulnerable”, Estudios monográficos, ADC, tomo LXVIII, 2015, págs 327 y ss.

¹⁰ RUEDA DIAZ de RÁBAGO, MM: “Capacidad para Testar y para otros Actos Jurídicos” ponencia presentada en las jornadas celebradas en Madrid, 20 de abril de 2012.

¹¹ NIETO ALONSO, A.: “La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.5 N°1, 2018, págs 251 y ss.

testamentaria, la capacidad para otorgar testamento alcanza a todas las personas independientemente de encontrarse en situación discapacidad o no¹².

Con el fin de favorecer el otorgamiento de testamento de las personas con discapacidad, entre otras muchas cuestiones, el día 3 de junio de 2021 se publicó la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad que entró en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021. Esta ley reforma ciertos artículos del Código Civil entre los que se encuentra aquel relativo a la prohibición de testar.

5.1. La supresión de la premisa del “cabal juicio”

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/2021, la regulación impedía el testamento de una persona que no se hallara en su cabal juicio. Se trataba de un concepto muy amplio que abarcaba una gran cantidad de circunstancias: el otorgante que padecía incapacidad natural y se encontraba judicialmente incapacitado a causa de alguna enfermedad psíquica, también aquel que, momentáneamente, no poseía la aptitud para entender y querer de forma accidental por embriaguez o drogadicción, entre otras circunstancias y, por último, personas que padecían un abanico amplio de enfermedades de carácter psiquiátrico o neurológico como la esquizofrenia, el Alzheimer o la demencia. Es decir que, en el momento de otorgar testamento, esta persona padecía una alteración mental que no le permitía mantener sus plenas facultades mentales¹³.

La jurisprudencia y la doctrina han determinado dos condiciones para fundamentar el cabal juicio: el conocimiento por parte del testador del alcance del acto que va a llevar a cabo y su voluntad para conseguir el fin del negocio.

En todo caso, la perturbación a la que se enfrenta el otorgante debía ser grave, sin ser necesario que existiera una sentencia que declarara la incapacidad del sujeto; es decir, esta falta de capacidad no estaba vinculada directamente con la integridad mental. También es posible que una persona que habitualmente no se encontraba en su cabal juicio, en el momento de otorgar testamento se presentara completamente cuerda y en uso de sus

¹² JAO DÍAZ, P.: “El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, tesis doctoral, La Coruña, 2021.

¹³ MOSQUERA & VICENTE ABOGADOS. Testamento nulo por estar incapacitado el testador. 28 de junio de 2021. <https://abogadosmv.es/testamento-nulo-por-estar-incapacitado-el-testador/#:~:text=Recordemos%20que%20nuestro%20C%C3%B3digo%20Civil,medios%20o%20apoyos%20para%20ello>

facultades mentales. Es plenamente válido el testamento otorgado por un sujeto en un intervalo lúcido.

De esta manera se puede diferenciar entre ausencia de cabal juicio habitual o permanente y ausencia de cabal juicio de forma accidental, de manera que, aunque la persona no sufra una enfermedad mental durante un cierto periodo de tiempo, puede encontrarse en una situación de trastorno psicológico suficientemente grave para entender que no se halla en su cabal juicio. Para gran parte de la doctrina, devenía imprescindible hacer una distinción en cuanto a la complejidad de un testamento, variando la capacidad para testar teniendo en cuenta la sencillez o no del mismo. Así, para otorgar un testamento elemental no se debía exigir las mismas facultades que para hacer disposiciones testamentarias muy complicadas.

Aunque el antiguo precepto (el anterior art 663 CC) que regulaba la incapacidad para testar otorgaba una fórmula abierta y vaga, es adecuado hacer un análisis de las circunstancias habituales que impedían el cabal juicio del testador:

1) En primer lugar, la ancianidad. La edad avanzada de una persona puede suscitar la duda de si se encuentra en plenas facultades mentales o si, por el contrario, no mantiene su cabal juicio. Como se ha mencionado, la ancianidad nunca ha sido directamente una causa que incapacitara para testar, ya que siempre ha sido necesario atender al caso y a las circunstancias concretas. Los ancianos suelen padecer trastornos físicos y mentales; sin embargo, la expresión “cabal juicio” únicamente hacía referencia a perturbaciones mentales graves, por lo que trastornos físicos como reuma, lentitud de reflejos o artrosis no impedían otorgar testamento al no afectar a la mente.

En cuanto a problemas mentales derivados de la edad, algunos de ellos no se consideraban suficientemente graves como para afectar al cabal juicio. Era difícil distinguir cuándo un problema mental presentaba una gravedad suficiente, ya que en la mayoría de los casos se trataba de pérdida de memoria, desorientación o confusión de ideas. Por eso, devenía imprescindible extremar la precaución y atender a cada caso concreto para distinguir cuándo se trataba de situaciones derivadas de la propia edad y cuándo, por el contrario, se vinculaban con la demencia.

2) En segundo lugar, una enfermedad física grave. Este tipo de enfermedades, por muy grave que fueran, no incapacitaban directamente para testar, únicamente se daba esta circunstancia si los padecimientos físicos afectaban de forma clara a la mente. Un ejemplo puede ser el

testamento otorgado por un moribundo, en cuyo caso el sufrimiento generado por este último tiempo de vida puede llegar a afectar a las facultades mentales del individuo.

3) Por último, una enfermedad o perturbación mental. Dentro de este apartado se puede hacer referencia, a su vez, a cuatro situaciones:

- Casos de perturbación mental ocasionada por la embriaguez o por el abuso de drogas que pueden afectar a la capacidad de testar de la persona. Se entendía que este estado producía en el testador una cierta inconsciencia y, además, si el alcoholismo o la drogadicción eran habituales se llegaban a deteriorar seriamente las facultades mentales.
- Trastornos mentales ocasionados por un deterioro en el funcionamiento del cerebro que afecta a la memoria, el lenguaje... Estas dolencias suelen manifestar un carácter progresivo, presentando al inicio una fase leve, más tarde comienza a ser moderada y, por último, grave. La mayor parte de las personas en un estadio inicial de la enfermedad pueden tomar decisiones de forma habitual, por lo que su capacidad para testar se encontraba prácticamente intacta. Sin embargo, a medida que avanza la enfermedad, la incapacidad deviene más evidente. Por ello, adquirirían importancia los informes médicos y el juicio del Notario a la hora de autorizar el testamento.
- Trastornos mentales derivados de la depresión. Como regla general, la depresión sufrida por el otorgante no anula su capacidad para testar, salvo en ciertos casos en los que la enfermedad puede encontrarse en un estado de gravedad muy elevado.
- Internamiento del testador en un centro psiquiátrico en el momento de otorgar testamento. También en esta situación es imprescindible atender al caso concreto, ya que una persona hospitalizada puede no presentar una enfermedad sumamente grave que le impida testar, mientras que también puede ocurrir que en el momento de otorgar testamento esté plenamente curado, aunque siga interno. Además, hay que tener en cuenta los posibles periodos de lucidez del testador durante su enfermedad mental¹⁴.

5.2. La imposibilidad de “conformar o expresar” la voluntad

Actualmente, la regulación ya no hace referencia a este requisito de cabal juicio, sino que se refiere a personas que no pueden mostrar su voluntad en un momento determinado

¹⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, AM: “Comentario al art. 663 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, Vol.II, BIB 2011/1756, Civitatis SA, enero 2016.

tratándose básicamente, de sujetos que presentan algún tipo de discapacidad cognitiva o alteración mental. La nueva redacción puede llevar a error al utilizar el término “expresar”, ya que permite incluir en esta limitación a personas que no tienen afectadas sus facultades de entendimiento, pero que presentan dificultades a la hora de expresar su voluntad.

Cuando una persona con cualquier tipo de alteración cognitiva o mental desea otorgar testamento, hay que atender al criterio del Notario sobre la posibilidad de estos sujetos de expresar su voluntad, aunque para ello necesiten la ayuda de ciertos medios o apoyos, posibilidad que permite claramente el Código Civil en este mismo artículo 663. De esta manera se eliminan ciertas medidas restrictivas de derechos que limitaban anteriormente la aptitud para testar y, en consecuencia, para decidir respecto a su patrimonio en igualdad con los demás.

El mayor acceso a la posibilidad de testar permite en numerosas ocasiones evitar la apertura de la sucesión intestada que acarrearía situaciones injustas al heredar en la misma proporción todos los parientes de la persona con discapacidad independientemente de los cuidados y de la atención que le hayan prestado. Sin embargo, esta facultad también presenta un mayor riesgo a sufrir posibles captaciones de voluntad de la persona con discapacidad por parte de sujetos que buscan convertirse en los beneficiados de su testamento.

El Notario evalúa la comprensión de la voluntad testamentaria por parte de la persona, y en ningún caso la posible enfermedad de la misma. Esta valoración del Notario no debe vincularse únicamente con la presencia de una discapacidad en el testador, sino también resulta interesante en casos de medicaciones elevadas, adicción a determinadas sustancias o edad avanzada¹⁵.

Se entiende que el testador comprende su voluntad cuando es capaz de explicar su situación, sabe dónde se encuentra y la trascendencia que tiene el acto que va a realizar. El artículo 25 de la Ley del Notario de 28 de mayo de 1862 regula los medios en los que pueden apoyarse estas personas para facilitar al Notario la determinación de su capacidad de expresar su voluntad: *“Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de*

¹⁵ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: en Comentarios Guilarte (DIR) “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi, Pamplona, 2021, págs 879 y ss.

comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

Por su parte, el art 665 CC reitera también esta mencionada posibilidad de otorgamiento de testamento por una persona con discapacidad cuando, según el criterio del Notario, sea capaz de comprender y manifestar su voluntad. El Notario le asistirá durante el proceso, ayudándole a su asimilación y facilitando la expresión de sus deseos. Este artículo también ha sufrido una reforma en la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad, ya que su redacción previa era notoriamente diferente a la actual.

Con anterioridad a la reforma, este artículo versaba de la siguiente manera: *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”*. En la redacción vigente no se contempla necesaria la intervención de facultativos que aseguren la capacidad del otorgante, por lo que la responsabilidad se deposita completamente en la figura del Notario, a saber: *“El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”*.

Sin embargo, aunque no se imponga como obligación, el Notario puede acudir, si lo estima conveniente como parte de los “ajustes” mencionados en el precepto, a la opinión de facultativos porque habitualmente es difícil determinar si una persona con problemas de salud mental cuenta con la capacidad necesaria para realizar este tipo de actos¹⁶.

6. TIPOS DE DISCAPACIDAD Y TESTAMENTO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Cada persona posee diferentes capacidades para desenvolverse en su actividad cotidiana; sin embargo, en ciertas ocasiones algunas capacidades que habitualmente poseen los seres humanos pueden no desarrollarse o perderse a lo largo del transcurso de la vida y, por tanto, se manifiesta una discapacidad.

¹⁶ FÓRUM DE ENTIDADES ARAGONESAS SALUD MENTAL. Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental. María Jesús Germán Urdiola y José Fernández Iglesias. 2021. <https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/223-novedades-de-la-ley-8-2021-para-personas-con-problemas-de-salud-mental.html#63-pueden-las-personas-con-discapacidad-mental-testar>

Como consecuencia, una discapacidad se puede definir como la falta o limitación de alguna facultad física o mental que dificulta el desarrollo de ciertas tareas por parte de una persona. Esta condición limitativa dificulta o incluso le impide realizar algunas actividades que otros individuos de su edad pueden desarrollar sin mayor complicación.

Con carácter general, se diferencia en tres grandes grupos de discapacidad:

1) Física: este tipo de discapacidad afecta al aparato locomotor y está relacionada con el cuerpo y los miembros y órganos del mismo. La persona afectada por una discapacidad física no presenta una plena funcionalidad de su sistema y por ello, usualmente observa una disminución de capacidad de movimiento de una o varias partes del cuerpo que puede desarrollarse como trastorno muscular o trastorno en el equilibrio.

2) Sensorial: esta discapacidad afecta a alguno de los cinco sentidos, habitualmente la vista y el oído y, como consecuencia de la misma, la persona afectada recoge menos información del ambiente que la rodea. La discapacidad visual disminuye o anula la visión, mientras que la discapacidad auditiva impide o dificulta la audición, lo que en un gran número de casos afecta también a la capacidad de lenguaje y al habla.

3) Intelectual: en este último tipo de discapacidad, la afectación se produce en las cualidades psíquicas. La persona influida por una discapacidad intelectual presenta limitaciones en sus habilidades para comprender su entorno y su vida diaria: no perciben la realidad de la forma habitual, no procesan la información recibida de su alrededor, presentan dificultades a la hora de comprender una serie de circunstancias básicas de su rutina, e incluso pueden tener complicaciones en relaciones con otros individuos al no contar con suficientes habilidades sociales¹⁷.

Ahora bien, la atención a estas circunstancias ha sufrido una importante evolución en los últimos años, transitando desde un modelo asistencial a un modelo de socialización basado en los derechos humanos, que va a tener su impronta lógicamente en el sistema testamentario¹⁸.

6.1 La igualdad de derechos de las personas con discapacidad como principio fundamental

¹⁷ DIVULGACIÓN DINÁMICA. The education club. Características y tipos de discapacidad. 2 de marzo de 2020. <https://www.divulgaciondinamica.es/blog/caracteristicas-y-tipos-de-discapacidad/>

¹⁸ PALACIOS, A. Y BARIFFI, F.: La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Cinca, Madrid, 2007, pág. 23.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 30 de marzo de 2007 (CDPD), presenta una enorme trascendencia para todo el colectivo con discapacidad ya que exige a nuestro ordenamiento jurídico la inclusión de las personas con algún tipo de discapacidad en todos los aspectos de su vida cotidiana. Estas personas deben contar con la misma personalidad y capacidad jurídica que el resto de los individuos y, para ello, rechaza el modelo habitualmente conocido de sustitución de la voluntad mediante representación, abogando por otro completamente distinto basado en la autonomía, siendo ellas mismas las encargadas de tomar sus propias decisiones. Como consecuencia, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para proporcionarles la asistencia que necesiten en todos los aspectos de su vida.

Igualmente, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en su art 21 prohíbe la discriminación por razón de discapacidad y en su art 26 reconoce el derecho de estas personas a utilizar las medidas pertinentes para garantizar su autonomía, integración y participación en la comunidad. La Unión Europea busca reducir y eliminar las barreras para personas con discapacidad para que estas puedan ejercer todos sus derechos en igualdad de condiciones.

A lo largo de los últimos años, una cadena de normas ha expresado su compromiso transversal en la construcción de una sociedad incluyente; de una sociedad accesible a todos y en la que todos dispongan de las mismas oportunidades en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Buena muestra de tal devenir puede encontrarse, como no podía ser de otra manera, en la reciente Ley 8/2021.

Hasta el momento, era importante diferenciar entre discapacidad e incapacidad; es decir, una discapacidad no podía significar directamente falta de capacidad de obrar, que únicamente se podía producir mediante una sentencia de incapacitación modificativa de la capacidad de obrar. Con los sistemas de apoyo ofrecidos por los Estados estas personas afectadas por una discapacidad podían disfrutar de su plena capacidad jurídica para realizar cualquier tipo de acto jurídico, como puede ser el proceso sucesorio, pero las personas con una sentencia de incapacitación judicial podían tener limitada su capacidad de testar en atención al contenido de la propia sentencia.

Sin embargo, la reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio ha destacado una idea principal: ya no existe, de la forma conocida hasta el momento, la figura del incapaz. Por ello, se han eliminado instituciones jurídicas utilizadas habitualmente como la tutela o potestad parental prorrogada y actualmente ya no es posible sustituir la toma de decisiones

de una persona con discapacidad, sino que ella misma debe conformar su voluntad con los mecanismos de ayuda necesarios.

La sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre muestra claramente cómo esta Ley 8/2021 reforma el tratamiento conocido hasta el momento sobre la capacidad de las personas y suprime, de esta manera, la declaración de incapacidad sustituyéndola por la provisión de determinados medios para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica de igual forma que los demás sujetos¹⁹.

6.2. Discapacidad física y sensorial: medios de apoyo

A lo largo de la elaboración del testamento habitualmente es necesario realizar ciertos actos físicos como la escritura o la firma, la lectura, la recepción de comunicaciones... Existen personas que, por su determinada condición, no pueden ejecutar algunas de estas actuaciones. No por ello se les debe considerar incapaces para otorgar testamento, sino que el ordenamiento jurídico está obligado a ofrecerles una serie de medidas de apoyo para casos en los que el testador sea ciego o sordo y también cuando no sabe o no puede escribir, circunstancias que impiden, *a priori*, el cumplimiento de las exigencias formales de este negocio jurídico²⁰.

Una dificultad para oír o para ver puede hacer más vulnerable a una persona a la vez que condiciona también su toma de decisiones testamentarias. Pueden darse situaciones en las que el Notario redacte un testamento que difiera en su totalidad o en parte de lo expresado por el sujeto, quien no podrá percibir esta diferencia debido a su discapacidad sensorial. El art 695 CC regula la utilización de medios técnicos, materiales o humanos para asegurar que el testamento recoge la voluntad exacta del otorgante cuando este tenga alguna dificultad para leer o para escuchar. Actualmente, existen varias posibilidades materiales que permiten la interacción de personas ciegas o sordas: cabe la posibilidad de redacción de un testamento haciendo uso del sistema Braille, se puede utilizar el lenguaje de signos como medio de comunicación o se puede habilitar a una persona que haga de intérprete entre el Notario y el testador. Sin duda, las nuevas tecnologías son de gran ayuda a la hora de implementar mecanismos de auxilio.

Por el contrario y de forma habitual en la práctica, estas dificultades se salvan a través la utilización de los “medios humanos” mencionados por el artículo, que consisten en el

¹⁹ STS, Sala de lo Civil, del 8 de septiembre de 2021 (núm. 589/2021). ECLI:ES:TS:2021:589

²⁰ DE BARRÓN, P.: “Personas con discapacidad y libertad para testar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°12, 2020, págs 448 y ss.

nombramiento de dos testigos, que leen y comprueban la voluntad del testador en el texto o firman por él en caso de que fuera necesario.

El art 697 CC establece la obligación de designar estos dos testigos en una situación concreta, cuando el testador presenta una discapacidad física que le impide firmar: *“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.”* En la redacción anterior se exigía la presencia de estos dos testigos también cuando el testador, aunque pudiera firmarlo, era ciego o sordo; es decir, cuando presentaba una discapacidad visual o auditiva, pero esta última previsión ha sido suprimida. Con la modificación de este precepto se pone fin a la discriminación que sufrían las personas que padecían algún tipo de discapacidad sensorial, como ceguera o sordera, ya que se suprimen los requisitos extraordinarios previamente exigidos para el otorgamiento de testamento por estas personas con los que se atentaba contra su autonomía y contra la confidencialidad que caracteriza a este tipo de actos.

Incluso se permite a las personas con discapacidad visual otorgar testamento cerrado según el art 708 CC, que expresa esta posibilidad si utilizan medios tecnológicos que permitan a la persona escribir el documento y leerlo. Este artículo también ha sido recientemente modificado suprimiendo la prohibición de otorgar testamento cerrado por parte de las personas ciegas, lo cual preveía la redacción anterior. Su nueva redacción pretende ampliar los supuestos en los que estas personas pueden otorgar testamento cerrado, impidiendo que su discapacidad visual constituya una limitación, la cual no tenía ningún sentido desde hace un tiempo, pues estos sujetos pueden expresarse de manera mecánica a través de un medio de escritura perfectamente reconocible.

Así se logra cumplir con el mandato regulado en el art 12 de la mencionada Convención de Naciones Unidas que exige a los Estados poner a disposición de las personas con discapacidad sensorial un modelo que les permita expresar su voluntad formada libremente. Únicamente parece imprescindible la concurrencia de los testigos cuando el testador que sufre la discapacidad visual no conoce el sistema Braille y, por lo tanto, no es posible una comunicación entre el Notario y el otorgante. Lo mismo sucede cuando el testador tiene una discapacidad sensorial auditiva grave, no sabe o no puede leer y no conoce el lenguaje de signos con el que comunicarse con el Notario a través de un tercero que actúa como

intérprete²¹. En estas dos situaciones pueden intervenir en el acto los correspondientes testigos a petición del testador o por decisión del Notario.

En cuanto a la discapacidad física relacionada con la movilidad, cuando una persona ve limitada su posibilidad de movimiento, no se regulan específicamente en el Código Civil demasiados medios de apoyo necesarios para que pueda testar. Sin embargo, en algunos casos es suficiente con que el Notario cuente en su establecimiento con un acceso adecuado para personas con movilidad reducida e incluso, en situaciones en las que estas personas no cuentan con ningún tipo de movilidad y no pueden desplazarse por sí mismas, es posible que el Notario se traslade hasta el lugar donde se encuentran para que puedan otorgar testamento sin desplazarse²².

Por lo que hace a los testamentos ológrafos, teniendo en cuenta que en ellos no está prevista la figura interviniente del Notario para dar fe de la capacidad del otorgante, deviene necesario tomar una serie de precauciones cuando un sujeto con algún tipo de discapacidad física quiere otorgar este tipo de testamento. La identificación del individuo, en estos casos, se hace posteriormente a su fallecimiento a través de la caligrafía en su escritura y firma, por ello se entiende que sí pueden otorgar testamento ológrafo las personas afectadas con un defecto físico, siempre que se cumpla con el requisito de autografía requerido.

Uno de los supuestos que más divide a la doctrina es la admisión de otorgamiento de testamento ológrafo por parte de una persona con una discapacidad visual. Su forma habitual de escribir es el Braille; sin embargo, este tipo de escritura no permite identificar la caligrafía del testador ni sus rasgos personales, por lo que no sería posible una identificación plena. Sin embargo, si el ciego es capaz de plasmar su letra y firma en el documento, cumpliría los requisitos establecidos en la Ley y poseería total capacidad para otorgar este tipo de negocio jurídico al igual que cualquier otro individuo²³.

6.3. Discapacidad intelectual: la desaparición de la inhabilitación judicial *ex ante*

²¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: en Comentarios Guilarte (DIR) “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi, Pamplona, 2021, págs 879 y ss.

²² PLANAS BALLVÉ, M: “Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, N°5, octubre a diciembre 2020, págs 365 y ss.

²³ ESPINO BERMELL, C: El testamento ológrafo, la importancia de la escritura y firma del testador. El cotejo pericial de letras (prueba caligráfica), tesis doctoral, Córdoba 2016. Págs 105 y ss.

El negocio jurídico por el cual se otorga testamento solo se puede llevar a cabo cuando se posee una libertad de discernimiento suficiente, ya que esta exigencia impide una manipulación o influencia por parte de un tercero en el momento de disponer el testador de su patrimonio para el futuro.

El Código Civil adopta una premisa esencial: pretende conceder una capacidad de testar para todas las personas en igualdad de condiciones, sin posibilidad de discriminación por algún tipo de discapacidad, siendo el Notario la única entidad que puede valorar la habilidad de discernimiento del testador, incluso cuando este había sido sometido a un proceso de modificación de su capacidad de obrar.

Por esta razón, y como se ha mencionado en varias ocasiones, se ha modificado recientemente el art 663 CC que versa sobre la prohibición de testar. La nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos y el respeto a su libre voluntad y también en los principios de proporcionalidad y necesidad de las medidas de apoyo que puede necesitar una persona para ejercer su capacidad jurídica en igual de condiciones que el resto. Mientras la anterior redacción impedía otorgar testamento a quien no se hallara en su cabal juicio, actualmente esta expresión se ha sustituido por otra notablemente distinta, mucho menos restrictiva, que impide realizar este acto jurídico únicamente a las personas que, en el momento de testar, no pudieran conformar su voluntad ni siquiera con ayuda de ciertos medios o apoyos para lograrlo.

Con anterioridad, si se trataba de una persona incapacitada judicialmente, lo habitual era que la propia sentencia de incapacitación determinara si podía o no otorgar testamento. En la práctica, era habitual incluir en la sentencia de incapacitación una prohibición para testar. Esta situación contradecía claramente el mencionado art 12 de la CDPD. Tras la ratificación por España de esta CDPD, devino completamente necesario que la persona mantuviera su capacidad de testar en el momento de hacer testamento, independientemente de lo dispuesto en la sentencia de modificación de su capacidad²⁴.

Si, por el contrario, la sentencia no resolvía sobre este punto o no existía sentencia alguna por no encontrarse la persona incapacitada judicialmente, cuando el Notario albergaba dudas sobre el otorgante, debía designar a dos facultativos para que decidieran sobre la capacidad de la persona para testar. Así, el Notario únicamente podía denegar la posibilidad de realizar

²⁴DOMÍNGUEZ LUELMO. A.: “la reforma del derecho de sucesiones en la ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, en “El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento”, LLAMAS POMBO, E; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N Y TORAL LARA, E. (DIRs) Wolters Kluwer, Madrid, diciembre 2021, págs 369 y ss.

el acto testamentario cuando estos dos médicos no aseguraran que la persona disponía de capacidad suficiente para ello.

Por el contrario, actualmente es el Notario quien debe determinar si la persona en cuestión es capaz de discernir su voluntad y sus deseos, buscando siempre el bien del futuro de su patrimonio, por lo que ya no intervienen obligatoriamente los dos facultativos mencionados. Para decidir sobre la capacidad del posible otorgante, el Notario puede hacer uso de ciertos medios de ayuda como pueden ser la utilización de un lenguaje claro y simple o un mayor número de explicaciones para facilitar la comprensión. De esta manera no se admite por la nueva redacción del Código Civil una inhabilitación judicial *ex ante* para testar²⁵. No es correcto privar de la posibilidad de testar para el futuro en el preciso momento en el que se dicta la sentencia de modificación de la capacidad, ya que el sujeto puede recobrar más tarde la lucidez y realizar perfectamente el acto jurídico por el cual otorga testamento.

De este nuevo orden se extraen dos conclusiones claras:

- 1) En primer lugar, el protagonismo del Notario al ser la persona que debe valorar la capacidad del otorgante
- 2) y, en segundo lugar, que la decisión del Notario prevalece frente a posibles declaraciones judiciales de modificación de la capacidad de obrar²⁶.

La ley, en su redacción actual, no establece, sin embargo, la forma en la que el Notario debe realizar la evaluación de capacidad del otorgante, por lo que fundamentalmente utilizará para esta tarea su experiencia y su juicio. La evaluación positiva por parte del Notario fortalece la presunción *iuris tantum* de capacidad y es considerada una decisión válida y certera dado el prestigio y la confianza social con los que cuenta habitualmente este profesional del derecho²⁷.

Este nuevo papel que desarrolla el Notario es imprescindible cuando se trata del otorgamiento de un testamento abierto. Sin embargo, no han cambiado los requisitos para el caso de otorgar por parte de una persona con discapacidad un testamento ológrafo o cerrado.

²⁵ DE BARRÓN, P.: “Personas con discapacidad y libertad para testar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°12, 2020, págs 448 y ss.

²⁶ RODRÍGUEZ CATIVIELA, E.J.: “El Testamento de los In(dis)capacitados”, *Notario del Siglo XXI*, N° 101, enero-febrero 2022.

²⁷ CORVO LÓPEZ, F.M.: “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.7 N°4, octubre-diciembre 2019, págs 135 y ss.

En primer lugar, los testamentos ológrafos no están sometidos a la evaluación de capacidad por parte del Notario y este tampoco conoce el contenido de las disposiciones en el caso de ser el testamento cerrado, por lo que ambos generan problemas a la hora de asegurar si realmente lo manifestado en el testamento se corresponde con la voluntad del testador o si, por el contrato, pudo existir algún tipo de dominio o interferencia a la hora de disponer del patrimonio para el futuro, al tratarse de personas especialmente vulnerables e incluso influenciables. Esta es una de las cuestiones que se plantean habitualmente ante los tribunales.

Precisamente, para garantizar la libertad del testador y la ausencia de influencia sobre el mismo se impide otorgar testamento cerrado a las personas que no puedan o no sepan leer. Sí pueden, por el contrario, los individuos que sufren una discapacidad visual y aquellos que no pueden hablar, pero sí escribir observando una serie de formalidades adaptadas a su situación, como haber expresado en la cubierta que dentro se encuentra su testamento.

En segundo término, en cuanto al papel del Notario en el caso de testamento cerrado, sus funciones son varias. De un lado, el testador debe manifestar ante él que el pliego que se entrega contiene sus disposiciones y el Notario debe entregar el acta de otorgamiento en la cual da fe de la identificación del testador y de que, a su juicio, este se encuentra con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Sin embargo, no se le ofrecen al Notario medios especiales que pueda utilizar para conocer esta capacidad, tarea que deviene más difícil cuando no puede advertir el contenido del propio testamento.

Es más difícil incluso evaluar la capacidad del otorgante cuando este dispone en testamento ológrafo, ya que no existe la función notarial en este tipo de testamento. Por ello, en primer lugar, para utilizar este tipo particular de testamento, el otorgante debe contar con la mayoría de edad y no con los 14 años exigidos para los testamentos notariales. La justificación para requerir esta edad superior se centra en asegurar la autenticidad y evitar las falsedades; es decir, alejar el peligro de suplantación y evitar una declaración de voluntad falsa. Además, al no intervenir la figura del Notario, no se identifica previamente al autor y únicamente se puede hacer una vez fallecido a través de la escritura y firma del documento. Por ello, es esencial que la caligrafía esté desarrollada, lo cual no suele ser habitual a una edad temprana de 14 años.

La Ley exige para otorgar testamento que la persona en el momento de testar pueda conformar y expresar su voluntad, cuya apreciación es difícil en el caso de testamentos ológrafos por su carácter secreto y por la falta de intervención del Notario que asegure esta capacidad. Por ello, para apreciar la capacidad del testador en esta forma ológrafa hay que

partir de la presunción de capacidad regulada en el Código Civil, por lo que se entiende que si alguien alega incapacidad debe demostrarlo y será el juez quién determinará si el testador estaba finalmente capacitado o no en el momento de otorgar testamento²⁸.

A pesar de los numerosos beneficios que aporta la nueva redacción del Código Civil al permitir un mayor ámbito de actuación de las personas con discapacidad, también acarrea un grave peligro: se está reconduciendo la posibilidad de testar de las personas con discapacidad únicamente a los testamentos notariales. Parece que el nuevo texto imposibilita el otorgar testamento a estas personas si el Notario no ha ejercido previamente su juicio de capacidad, dejando fuera de su alcance otros tipos de testamento, como el ológrafo.

7. JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD

El Notario en materia testamentaria, y dentro del Derecho Civil en general, desempeña una función de enorme relevancia y singularidad pues es el funcionario público encargado de ofrecer soporte y validez a los actos jurídicos realizados por las personas. Esta función del Notario se deduce del art 1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 que regula lo siguiente: *“El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”*. En el Derecho de sucesiones el acto jurídico que debe legitimar el Notario se concreta en el otorgamiento de testamento.

La doctrina no cuenta con un criterio unánime sobre el asunto tan comprometido que resulta ser el juicio notarial de capacidad. Por una parte, algunos autores prefieren utilizar la denominación de calificación notarial, mientras que otros, la mayoría, por el contrario, se refieren al mismo como un juicio propiamente dicho, esto es una afirmación o una negación del Notario que cuenta con la presunción *iuris tantum* de certidumbre y veracidad (no se configura con una presunción *iure et de iure* y puede destruirse probando lo contrario en el procedimiento judicial correspondiente, aunque resulta bastante complicado en la práctica).

Teniendo en cuenta el criterio de la mayor parte de la doctrina, se puede definir el juicio notarial de capacidad como la declaración que realiza el Notario en la que expresa, según su perspectiva y su punto de vista, la idoneidad del sujeto concreto para realizar el acto o negocio que desea²⁹. Concretamente, dentro del derecho de sucesiones, el Código Civil establece como obligatorio este juicio de capacidad por parte del Notario en el art 685 CC, en virtud

²⁸ ESPINO BERMELL, C.: El testamento ológrafo, la importancia de la escritura y firma del testador. El cotejo pericial de letras (prueba caligráfica), tesis doctoral, Córdoba 2016. págs 105 y ss.

²⁹ PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas”, Revista de Derecho, N°17, 2014, págs 153 y ss.

del cual *“deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar”*. Más tarde, ya en la regulación propia de la modalidad de testamento abierto y de testamento cerrado, el Código Civil reitera este mismo cargo del Notario con frases similares a la mencionada en sus art 696 (testamento abierto) y 707 (testamento cerrado).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 por la que, como se ha dicho en repetidas ocasiones, se modificaron diversos preceptos del Código Civil, el art 665 CC establecía una regla imprescindible en cuanto al juicio de capacidad, exigiendo como obligatoria la intervención de dos facultativos que debían dar una opinión favorable a partir de la cual el Notario podría autorizar el otorgamiento de testamento, si bien únicamente se aplicaba este artículo cuando el otorgante era una persona incapacitada judicialmente cuya sentencia de incapacitación no se pronunciaba sobre su capacidad para testar.

Sin embargo, tras la modificación de este artículo, ya no se exige la participación de los facultativos (si bien el Notario puede acudir a ellos si lo estima pertinente), sino que únicamente recae en el Notario la importante tarea de apreciar la capacidad de la persona, siempre procurando que esta tome sus propias decisiones ayudándole a comprender y a razonar.

El Notario debe asegurar que el otorgante tiene capacidad suficiente de discernimiento, a la vez que entiende y quiere realizar el acto por el que comparece. Ciertamente, este fedatario público no es un perito ni un médico experto en psicología; sin embargo, debe aplicar su experiencia y su sentido común para asegurar que el otorgante posee la capacidad suficiente para realizar el negocio jurídico que pretende, ya que únicamente con su autorización, el testamento devendrá válido. El Notario ofrece una valoración o apreciación propia a la que se otorga una gran credibilidad por el papel relevante que ejerce esta figura en la sociedad al ser considerado un gran profesional del Derecho dotado de una sobresaliente cualificación.

Para ofrecer una conclusión cierta y veraz, el Notario debe cerciorarse, en primer lugar, que la persona otorgante está consciente, tarea no demasiado complicada. Sin embargo, la dificultad deviene porque debe asegurarse también de que conoce sus circunstancias personales a través de un interrogatorio y un diálogo con ella, por ejemplo, si sabe cuántos hijos tiene o dónde vive y constatar que comprende asimismo las consecuencias y efectos del acto que quiere ejecutar. Para ello, el Notario debe aclararle las repercusiones del negocio y sus características esenciales, entre ellas es imprescindible para el Notario mencionar la

revocabilidad del mismo (particularidad esencial y no siempre conocida) adaptándose a su nivel cultural del interlocutor y utilizando un lenguaje fácilmente comprensible³⁰.

Si el juicio de capacidad llevado a cabo por el Notario es positivo, ofrece una presunción *iuris tantum* de capacidad, siendo posible destruirla mediante prueba en contrario. Sin embargo, cuando el juicio notarial es negativo aparece un problema mayor: el futuro del patrimonio de la persona que no puede testar. Antes de la reforma se resolvía acudiendo a la sustitución ejemplar que permitía nombrar un sustituto a la persona mayor de catorce años afectada por una enajenación mental, evitando así la apertura de la sucesión intestada que generaban injusticias para personas que se habían dedicado al cuidado y la atención de este individuo y que no recibirían ningún tipo de compensación en la herencia. Sin embargo, a raíz de la reforma esta posibilidad se ha eliminado y ya no es posible determinar el destino futuro del patrimonio de las personas que no pueden testar³¹.

7.1 Vicios del consentimiento

En no pocas ocasiones, en la práctica, es difícil diferenciar entre una ausencia de capacidad para otorgar testamento y los vicios que pueden afectar al consentimiento del otorgante. Estos últimos influyen en la formación de la voluntad de un individuo, la cual termina por materializarse de una forma evidentemente distinta a cómo devendría con la ausencia del vicio. Cuando media un defecto en el consentimiento en un determinado negocio jurídico, es necesario ejercitar la acción de anulabilidad para impedir los efectos del mismo. Sin embargo, es posible que en el otorgamiento de un negocio jurídico no medie ningún tipo de consentimiento. En esta segunda situación el tratamiento es completamente distinto, siendo en este caso, la nulidad absoluta la acción que habría que ejercitar para determinar la inexistencia del acto.

El testamento, en concreto, es un negocio jurídico que depende absolutamente de la voluntad del otorgante, por ello este debe hacerlo de una forma libre y consciente, pero es ciertamente habitual la interferencia de determinados fenómenos que actúan sobre su declaración de voluntad quedando esta desnaturalizada y viciada.

³⁰ GÓMEZ TABOADA, J.: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, *Jornadas Hispano-cubanas sobre capacidad*, N° 2009, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), 24 noviembre 2005, págs 5 y ss.

³¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “la reforma del derecho de sucesiones en la ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, en “El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacidad al pleno reconocimiento”, LLAMAS POMBO, E; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N Y TORAL LARA, E. (DIRS) Wolters Kluwer, Madrid, diciembre 2021, págs 369 y ss.

La voluntad testamentaria se entiende válida únicamente cuando la otorga una persona con la capacidad necesaria para testar y si esta nace de la autonomía íntegra del sujeto; es decir, cuando se ha forjado en ausencia de estos vicios del consentimiento que pudieran desvirtuarla. En el Derecho de Sucesiones los defectos de voluntad tienen una mayor relevancia que en otros tipos de actos jurídicos debido a la eficacia *post mortem* del negocio, momento en el cual ya no es posible para el otorgante impugnar las posibles deficiencias manifestadas en el mismo.

El art 1265 CC enumera los vicios que afectan al consentimiento y a la voluntad de los contratos con la siguiente regulación: “*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”. En materia testamentaria es imprescindible atender al art 673 CC que considera nulo cualquier testamento otorgado con violencia, dolo o con fraude.

Hay que diferenciar estos tres vicios que no son propiamente vicios del testamento, sino del acto por el cual este se otorga, de los vicios encontrados en el propio texto testamentario, los cuales se deben a diversos posibles errores. Empezando por estos segundos, esto es, en cuanto a los vicios en el testamento, hay que discernir claramente entre el error de hecho y el error de derecho. Por un lado, el error de hecho afecta al objeto y a las circunstancias del negocio jurídico. Es indispensable para el Notario evitar este tipo de errores en el texto, para lo cual deben utilizar un lenguaje simple y comprensible fácilmente por el otorgante, sin términos complicados y de difícil entendimiento. Por su parte, el error de derecho recae en los efectos jurídicos del negocio y es debido a la ignorancia o el conocimiento inadecuado de la normativa que regula el negocio jurídico. Este tipo de error está muy relacionado con la capacidad, pues cuanto menos capacidad se tiene es más común este tipo error y por ello, el Notario debe asegurar que el otorgante no caiga en el mismo ofreciendo una explicación clara de los efectos del negocio y cerciorándose de que el otorgante los haya comprendido.

Existen también posibles errores de menor entidad cometidos en el texto testamentario que, sin embargo, no suponen un gran problema para la validez del mismo. En concreto, el art 773 CC determina que un error en el nombre, apellido o cualidades de un heredero no impide su institución si se puede conocer por otro medio a la persona nombrada.

De mayor importancia es atender a los vicios que aparecen en el acto de otorgamiento de testamento (violencia, dolo y fraude) pues pueden acarrear la nulidad del mismo:

En primer lugar, nuestro ordenamiento hace referencia a la violencia. Generalmente, en materia contractual, se entiende fuerza como sinónimo de violencia, pudiendo ser esta fuerza

tanto física (se emplea contra el otorgante una fuerza física irresistible), como moral, más conocida como intimidación (se inspira un temor en el otorgante a sufrir un mal en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes).

Para que se entienda que la voluntad está viciada es necesario un nexo causal entre la fuerza ejercida sobre el otorgante y la declaración de voluntad finalmente recogida en el testamento. Este vicio del consentimiento no está realmente relacionado con la capacidad para otorgar testamento por dos motivos evidentes:

- 1) aunque un individuo cuente con la capacidad debida para este negocio jurídico, la violencia le obligará a disponer de una determinada manera y
- 2) este tipo de acto se desarrollan en presencia de un Notario y, por ello, es muy improbable que suceda este tipo de violencia física.

La intimidación, por su parte, es sustancialmente diferente y también improbable que concorra cuando esté presente la figura del Notario. Sin embargo, este tipo de temor puede haber sido infundado con anterioridad a encontrarse en presencia del Notario y, en el caso de ser detectado, este no autorizará el acto. Sin embargo, no siempre le es posible evitarlo al no ser fácilmente identificable.

En segundo término, el dolo testamentario hace referencia al uso de palabras o maquinaciones por parte de una persona que afectan al otorgante, engañándole o induciéndole a error, y le presionan a otorgar testamento de una forma diferente a cómo lo hubiera hecho sin ellas. También se entiende que existe dolo testamentario cuando el objetivo de la manipulación no es otorgar un nuevo testamento de una forma determinada, sino revocar uno otorgado con anterioridad.

Se establecen determinados requisitos para determinar la existencia de dolo testamentario, de los cuales cabe referirse a tres de ellos:

- 1) el testador no puede ser consciente de que su voluntad ha sido influida,
- 2) las palabras o maquinaciones deben ser lo suficientemente graves para alterar o viciar la voluntad testamentaria del causante
- 3) y debe existir un nexo de causalidad entre el dolo y lo dispuesto finalmente en el testamento.

Por último, en lo que respectivo al fraude, la doctrina considera que tanto dolo como fraude atienden a un mismo vicio del consentimiento con diferentes matices. Se considera que el fraude es equivalente al engaño y va unido a él, mientras que el dolo se entiende de manera general como una falta de buena fe. Por ello, para que exista fraude se necesita un engaño como medio utilizado para anular la voluntad del otorgante, mientras que el dolo, por su parte, recoge diferentes supuestos en los que no se exige una forma determinada³².

En todos estos supuestos, el cometido del Notario es significativamente mayor, pues debe valorar además de la capacidad que posee el otorgante para realizar el acto jurídico, la posible aparición o intervención a lo largo del proceso de estos vicios del consentimiento que, aunque pueden manifestarse en un otorgante con plena capacidad, es habitual la simultaneidad con la ausencia o limitación de capacidad por la mayor vulnerabilidad de estos individuos³³.

7.2. Responsabilidad notarial por mala apreciación

7.2.1. Responsabilidad civil

El Notario es un funcionario público y un profesional con una gran preparación jurídica. Entre sus funciones destaca la de legitimar y dar validez a los documentos jurídicos previamente definidos cuando entiende su contenido adecuado y veraz. Para ello trabaja bajo los principios de independencia e imparcialidad.

Debido a la importante misión que supone el ostentar la fe pública que se le adjudica en el ámbito del Derecho a este profesional, está sometido al mismo tiempo a una equivalente responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda ocasionar en el ejercicio de su función. Estos daños y perjuicios pueden deberse tanto a una actuación voluntaria y de tipo doloso por parte del Notario, como a una negligencia en su proceder y, aunque no está expresamente regulado, la jurisprudencia entiende que la diligencia exigida para este funcionario del Estado es muy elevada debido a su amplia preparación y trascendencia en los quehaceres desarrollados.

La responsabilidad exigida al Notario frente a los sujetos que solicitan sus servicios es contractual; sin embargo, si los perjudicados por la falta de diligencia o por la conducta dolosa del Notario son terceros que no han instado su intervención, su responsabilidad es de carácter extracontractual. El art 146 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba

³² STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2014 (núm. 4981/2014). ECLI:ES:TS:2014:4981

³³ GÓMEZ TABOADA, J.: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, *Jornadas Hispano-cubanas sobre capacidad*, N° 2009, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), 24 noviembre 2005, págs 5 y ss.

con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado regula esta responsabilidad a la que debe hacer frente este funcionario público de la siguiente manera: “El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados”³⁴.

Esta regulación se vincula, a su vez con los art 1101 (*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*) y 1902 (*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*) del CC, que establecen la norma relativa a la mencionada responsabilidad contractual o extracontractual, estableciéndose un plazo de prescripción de cinco años para la primera y de uno para la segunda.

En todo caso, para que concurra responsabilidad civil por el ejercicio de las funciones realizadas por parte de un Notario deben coincidir al mismo tiempo tres requisitos esenciales:

- 1) En primer lugar, es necesaria una actuación negligente o dolosa por parte del Notario.
- 2) En segundo lugar, la persona que reclama la responsabilidad del Notario debe haber sufrido un daño constatable. El Notario se responsabilizará de la reparación del daño ocasionado si es posible y, en aquellos casos en que no lo sea, reparará el valor económico del daño.
- 3) Por último, debe haber una relación de causalidad entre los dos primeros requisitos mencionados, entre el acto del Notario y el daño patrimonial que ha sufrido el reclamante.

Descendiendo de lo general a lo particular, en materia testamentaria, las funciones notariales se centran en la redacción de la voluntad del otorgante y en el posible asesoramiento que este sujeto necesite para tomar su decisión. Por ello, la diligencia exigida al Notario en este tipo de negocios jurídicos es aún mayor pues debe encargarse además de las habituales tareas de asesoramiento, redacción y del correcto cumplimiento de los requisitos formales, también de asegurar la capacidad del otorgante para el acto de disposición que pretende realizar. Ciertamente, la capacidad del otorgante se presume; sin embargo, esta presunción se puede destruir tanto por la afirmación en contra por parte del Notario como probando la falta de

³⁴ BONET PORTO, A.: “La responsabilidad civil profesional de los Notarios”, *El Economista*, 22 de mayo de 2019.

capacidad posteriormente ante la correspondiente autoridad judicial. Por ello, el Notario debe extremar su atención a la hora de realizar esta tarea, pues debe basar su decisión únicamente en su experiencia y en el sentido común.

En numerosas ocasiones, el Notario únicamente observa al otorgante o le hace una serie de preguntas básicas que este puede responder con relativa facilidad, creando una imagen falsa de plena capacidad que únicamente podría desmentirse con una conversación más profunda. De esto deriva la exigencia de una mayor diligencia por parte del Notario, siendo imprescindible en casos de sospecha que formule preguntas más particulares que podrían llevarle a aclarar esta falta de capacidad para testar.

Si, posteriormente al otorgamiento del testamento, se probara la incapacidad del otorgante la cual no fue observada previamente por el Notario, este deberá responder por los daños y perjuicios causados por su mala *praxis* en la formación o declaración del juicio de capacidad. El afectado tendría, como consecuencia de esta negligencia o dolo, una acción directa contra el Notario por los perjuicios sufridos³⁵.

La responsabilidad civil del Notario por el juicio de capacidad emitido es una forma de proteger los intereses derivados del acto de otorgamiento de testamento. De esta manera, los intereses del Notario deben coincidir con los intereses generales pues la decisión de este fedatario tiene importantes repercusiones para ambas partes: para el otorgante por ser la que valida el testamento y también para sí mismo pues, si lo hace de una forma incorrecta, responderá por ello.

Debido a la alta responsabilidad en la que pueden incurrir los Notarios por el incorrecto ejercicio de sus funciones, el art 24 del Reglamento Notarial exige la acreditación de un seguro de responsabilidad civil profesional de carácter obligatorio cuyo tomador es el Consejo General del Notariado. Este seguro cubre las responsabilidades a las que deba hacer frente el Notario y también sus empleados, ya que abarca las responsabilidades derivadas de la función pública notarial y de servicios jurídicos análogos³⁶.

Este tipo de seguros son habituales en las profesiones colegiadas pues su finalidad es resarcirse del perjuicio que se ocasionaría en su patrimonio por las obligaciones de indemnizar daños a causa de su actuación incorrecta. Numerosos autores no los consideran

³⁵ DOMINGO MONFORTE, J.: “Responsabilidad notarial: mala praxis en la formación del juicio de capacidad”, *Economist and jurist*, 16 de marzo de 2021.

³⁶ TAPIA HERMIDA, A.J.: “La responsabilidad civil del Notario y su aseguramiento”, *Notario del Siglo XXI*, Nº76, noviembre-diciembre 2017.

completamente adecuados pues generan un resultado inapropiado al ser una forma de relajar la diligencia exigible por parte de los Notarios y también favorecen a un aumento de las demandas por particulares.

7.2.2. Responsabilidad penal

La realización de las funciones que les otorga la Ley a los Notarios puede llevar a la comisión de errores y negligencias por su parte, pero también pueden suceder conductas contrarias al derecho y tipificadas como delitos, normalmente graves, en el Código Penal. De esta manera, los Notarios, además de en responsabilidad civil, pueden incurrir en responsabilidad penal. Uno de los delitos más habituales dentro de la actuación Notarial es el de falsificación documental, tipificado en el art 390 CP: *“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”*.

El siguiente art 391 CP tipifica y regula las penas impuestas a un funcionario público que desarrolla las conductas mencionadas en el artículo anterior sin voluntad dolosa, sino con la modalidad de imprudencia grave; es decir, por una actuación negligente. Las penas son más leves, estableciendo el Código Penal una multa de seis a doce meses y suspensión de su cargo, sin mencionar en ningún caso privación de libertad. Como consecuencia de la comisión de este tipo de delito, además de una responsabilidad penal también lleva aparejada una responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados³⁷.

Otro delito vinculado con el cargo de Notario es el previsto en el art 404 CP sobre prevaricación administrativa: *“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”*. La diferencia entre el primer delito y el mencionado aquí es que este último

³⁷ JURISTAS EMPEDERNIDAS: “La responsabilidad del Notario por actos de sus empleados”, *IV Edición Premio “Sesmero y Pérez-Batista”*.
<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/154526/71152.pdf?sequence=1>

únicamente cuenta con la modalidad dolosa; es decir, no se puede llevar a cabo una conducta constitutiva de delito de prevaricación administrativa por mera negligencia³⁸.

7.2.3. Responsabilidad administrativa o disciplinaria

Además de la responsabilidad civil o penal, el Notario puede tener que asumir responsabilidad disciplinaria o administrativa, cuyo objeto no es sino garantizar que la función notarial se ejerza de acuerdo con unos principios claros, pues su actuación en el tráfico jurídico debe salvaguardar la seguridad y el resto de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico como la justicia, libertad e igualdad³⁹.

El régimen disciplinario, regulado en Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se concreta en una serie de actividades que investigan y sancionan ciertas conductas de los Notarios que suponen un incumplimiento de los deberes que la Ley les impone, una extralimitación de sus derechos o la violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o prohibiciones regulado. En este régimen disciplinario aplicable a los Notarios se distingue entre infracciones muy graves, graves o leves. Las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, la Dirección General de los Registros y del Notario y el Ministerio de justicia son los órganos competentes para iniciar el procedimiento y para imponer las sanciones correspondientes. Como en todo proceso disciplinario, se garantiza el derecho a la defensa del Notario que puede exponer sus argumentos y probar su buena conducta. Tras la obtención de la decisión motivada y adecuada, se le impondrán las sanciones que se consideren pertinentes, pudiendo consistir tanto en una amonestación, como una suspensión temporal del ejercicio de su cargo o, en los casos de mayor gravedad por el tipo de conducta desarrollada o por el perjuicio causado, en la destitución.

Habitualmente, una conducta que deriva en una sanción disciplinaria también impone la indemnización por daños y perjuicios ocasionados al afectado.

8. IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DEL TESTAMENTO

El testamento es nulo si no se respetan los requisitos establecidos en la Ley referentes a su modo de otorgamiento, a sus características específicas (como la unipersonalidad) y también cuando fue otorgado existiendo algún vicio en la voluntad. Precisamente, una de estas condiciones mencionadas en la Ley para otorgar testamento es la suficiente capacidad del

³⁸ DE URBANO, E.: “La responsabilidad penal del Notario”, *Notario*, N° 102, marzo-abril 2022.

³⁹ VELASCO RAMÍREZ, C.: “Régimen Disciplinario”, *Notario del S.XXI*, N°56, julio-agosto 2014.

otorgante para testar y la ausencia de la misma deriva en la ineficacia del testamento, aunque este haya sido previamente otorgado.

La capacidad se presume y esta presunción es más fuerte incluso si un Notario ha autorizado el otorgamiento del testamento después de haber comprobado la suficiente capacidad del sujeto que quería realizar este acto de disposición. Sin embargo, esta suposición, incluso con la intervención del Notario, es una presunción *iuris tantum*; es decir, se puede contradecir con una prueba que demuestre que efectivamente, el otorgante no contaba con la capacidad requerida en el momento de otorgar el testamento. Quien alega la falta de capacidad del otorgante, debe demostrarlo ante la autoridad judicial correspondiente, y la prueba debe ser completa y convincente para conseguir la invalidación de un testamento otorgado con anterioridad.

El problema se plantea, en primer lugar, por la ausencia de una regulación generalizada y aceptada para el tratamiento de la impugnación y la nulidad del testamento, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los contratos regulados en el Código Civil o con los negocios jurídicos en general. Aunque nuestro código recoge en su Capítulo I, del Título III, del Libro III una sección titulada “*De la revocación e ineficacia de los testamentos*” únicamente el art 743 CC menciona la ineficacia testamentaria y recoge una norma relativa a ella: “*caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*”. Esta norma hace referencia al principio *favor testamenti* enunciado previamente en numerosas ocasiones, que considera la nulidad una solución que se debe aplicar siempre de manera restrictiva.

Cabe, a su vez, mencionar el segundo párrafo del art 675 CC: “*el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley*”. Esta norma determina que la persona que tenga interés en la impugnación de un determinado testamento puede intentarlo, pues una prohibición mencionada en el propio testamento sobre su impugnabilidad se tiene por no puesta.

Aunque se considera a los testamentos como negocios jurídicos, su regulación es singularmente diferente a estos siendo necesario acudir al caso particular y concreto para determinar la ineficacia o validez de este acto, pues el art 743 CC remite al resto de disposiciones mencionadas en el Código. Esta regla es claramente demasiado general, pero, gracias a la inclusión del testamento entre los negocios jurídicos recogidos en nuestro ordenamiento, se encuentra una solución apropiada para esta carencia en la regulación, pues

permite la aplicación de su régimen a los testamentos si no existe incompatibilidad con las características propias de estos últimos.

Aunque hay diversas opiniones doctrinales en cuanto a la forma de subsanar la regulación escasa que proporciona nuestro Código Civil a la ineficacia del testamento, el parecer general es rellenar este vacío legal aplicando la teoría general del contrato a este ámbito. Ahora bien, esta aplicación de las normas contractuales al acto testamentario no se puede hacer de forma global o general, sino que se deben respetar las peculiaridades determinadas de los testamentos y de los negocios *mortis causa*.

Generalmente, cuando se trata de ineficacia negocial para la mayor parte de los negocios jurídicos, los regímenes utilizados para su declaración son nulidad y anulabilidad. En concreto, la nulidad supone la ineficacia del negocio jurídico con carácter *erga omnes* y de manera definitiva; sin embargo, la anulabilidad reconoce la posibilidad que tiene un sujeto de optar por la impugnación de un determinado negocio jurídico, siendo también lícita su convalidación mediante la confirmación del mismo, pues permitir únicamente su anulación puede atentar contra de los intereses de la persona.

En materia testamentaria nuestro ordenamiento alude a la nulidad sin especificar si se trata propiamente de nulidad o de anulabilidad. Por ello, deviene necesario verificar si se pueden aplicar al testamento las características de ineficacia reguladas para el contrato genérico y la doctrina se plantea la mejor aplicación del régimen de la acción de nulidad o, por el contrario, de anulabilidad.

Una gran parte de los autores entiende que no se puede trasladar el régimen de la anulabilidad al acto testamentario, ya que habitualmente no existe un único sujeto afectado por las disposiciones realizadas en el testamento, sino que hay varios individuos a los que se les reconoce legitimación activa para impugnar su contenido, lo cual no encaja con el régimen propio de la anulabilidad. Además, si el testador aprecia en algún momento una irregularidad en su testamento puede revocarlo, no siendo necesario la impugnación del mismo.

Al mismo tiempo, otra corriente doctrinal considera que la anulabilidad puede tener una importante cabida cuando se trata de ineficacia testamentaria pues habitualmente son negocios realizados por personas que no cuentan con la capacidad suficiente para ello o que presentan algún tipo de vicio en su consentimiento. Son negocios contrarios a la Ley, pero no deben ser declarados directamente nulos, ya que la figura de la anulabilidad protege mejor

los intereses del incapaz o de la persona con voluntad viciada cuando el mantenimiento del negocio beneficia al individuo.

Pese a estas tesis divergentes, lo cierto es que, en la práctica, mayoritariamente, al no admitirse, de forma general, la regla de la anulabilidad testamentaria se entiende que el régimen aplicable a la ineficacia del testamento es la nulidad absoluta. Nuestro ordenamiento otorga la facultad de solicitar la nulidad de un testamento a las personas que tengan un interés legítimo, tras el fallecimiento del causante (ninguno de ellos puede confirmar un testamento viciado, sino únicamente impugnarlo, por ello se interpreta que la acción pertinente es la de nulidad).

Como consecuencia y, aunque la mayor parte de la doctrina entiende que el único régimen admisible es el de la nulidad, en muchas situaciones son admitidos ambos dos: de un lado, el régimen de nulidad testamentaria cuando el testamento no produce ningún efecto, como puede ser por falta de capacidad o por defectos de forma y, de otro, el régimen de la anulabilidad en aquellos casos en los que la irregularidad no es tan categórica, de manera que el testamento producirá sus efectos correspondientes mientras no sea impugnado, por ejemplo, en casos de vicios de la voluntad⁴⁰.

8.1. Nulidad total

Una vez esbozadas estas divergencias doctrinales, se puede diferenciar entre dos grupos de causas que provocan la nulidad de un testamento. En primer lugar, se considera nulidad total cuando los defectos afectan a todo el testamento invalidándolo por completo y, en segundo lugar, también existen causas de nulidad parcial que afectan únicamente a determinadas cláusulas, manteniendo la vigencia y los efectos del resto del testamento.

Empezando por las primeras, hay que destacar diversas causas que generan la nulidad total de un testamento:

1) En primer lugar, por inobservancia de las formalidades legales exigidas en nuestro ordenamiento, ya que el testamento es un acto solemne y exige una determinada forma para cada tipo de testamento regulado (abierto, cerrado, ológrafo, otorgado en país extranjero, etc). En el testamento debe reflejarse claramente la voluntad del otorgante, pero este no es el único fin de las solemnidades exigidas, ya que están encaminadas a conseguir una mayor

⁴⁰ CAPILLA RONCERO, J.: “Nulidad e impugnabilidad del testamento, algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido”, Estudios monográficos, *Anuario de Derecho Civil*, Vol 40, N°1, 1987, págs 3 y ss.

seguridad en el tráfico jurídico. Por ello, se exige un mayor formalismo para este tipo de negocio.

2) En segundo término, también deviene totalmente nulo el testamento cuando se utiliza una modalidad no regulada en la Ley. Nuestro Código Civil establece las clases de testamento permitidos y son estas modalidades las únicas que se pueden utilizar. De la misma manera, también prohíbe directamente otros tipos de testamento, por ejemplo, el mancomunado.

3) En tercer lugar, la siguiente causa de nulidad total es la concurrencia de algún vicio en la voluntad del testador. Los vicios aquí tratados no son propios del testamento, sino del acto testamentario y destaca la violencia, el dolo y el fraude.

4) En último término, invalida de forma total el testamento la falta de capacidad del otorgante. Al igual que ocurre con cualquier otro negocio jurídico, se exige una determinada capacidad en la figura del otorgante pues su declaración de voluntad debe ser realizada con pleno conocimiento de lo que se está haciendo y de sus consecuencias.

Es difícil probar la falta de capacidad para testar del otorgante por este último motivo ya que, en principio, se presume plena capacidad para realizar este negocio jurídico como consecuencia del principio *favor testamenti*. Asimismo, la mayor parte de los testamentos actuales se realizan ante Notario que incrementa esta presunción de capacidad al haber sometido al testador a un juicio de capacidad por un profesional del Derecho de alta cualificación. La persona que alega incapacidad debe probar que la afectación mental sufrida en el momento del otorgamiento era suficientemente grave y evidente, sin ser bastante para demostrarlo ciertas presunciones o conjeturas sin fundamento. Cobran gran importancia aquí los informes médicos y de expertos relativos al paciente que quiere otorgar testamento y de quien se cuestiona la capacidad necesaria.

Es el caso que se desarrolla en la Sentencia 3317/2017 del tres de marzo de la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal consideró que los demandantes no demostraron suficientemente la falta de capacidad del testador y, por consiguiente, no declaró la nulidad del testamento otorgado previamente. Los informes médicos que aportaron las partes como prueba no demostraban ningún síntoma de demencia ni confusión en el momento de otorgar testamento. Únicamente otros informes médicos redactados con posterioridad al otorgamiento (casi ocho meses) probaban la demencia que alegaban los actores. Además, el testamento fue otorgado ante Notario conocedor de la posible afectación mental del testador

y tras someterle al apropiado juicio de capacidad consideró que este presentaba plena capacidad para el acto que realizaba⁴¹.

Es imprescindible también atender a la dificultad del testamento que se pretende otorgar, no siendo necesarias las mismas facultades mentales para un negocio jurídico simple y básico que para disposiciones demasiado complejas como, por ejemplo, para las que sea necesario realizar operaciones matemáticas⁴².

Sea como fuere, esta variedad de causas que anulan por completo un testamento cuenta con un fundamento común: este tipo concreto de negocio jurídico debe cumplir las exigencias formales vinculadas con un negocio *mortis causa*, y también obedece a los requisitos de consentimiento, objeto y causa exigidos para cualquier tipo de negocio jurídico.

El testamento no produce efectos hasta el momento del fallecimiento del testador y, por ese motivo, ese también es el momento en el que puede tratarse la nulidad del mismo. Además, con anterioridad a la muerte del otorgante, el testamento es revocable.

Por lo demás, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de un testamento, hay que atender a la existencia o no de un testamento anterior válido, ya que su resultado es notoriamente distinto. En primer lugar, al declarar la nulidad de un testamento posterior, se entiende que este nunca ha existido y, como consecuencia, si hubiera un testamento anterior plenamente válido este recupera su eficacia, ya que realmente nunca la había perdido al no haber sido derogado por otro testamento posterior y perfecto. Esta conclusión deriva del art 739 CC que dice que un testamento anterior queda revocado por otro posterior perfecto y, por tanto, por uno posterior válido.

Por el contrario, la nulidad de un testamento sin existir otro anterior válido, abre la sucesión *ab intestato*, esto es, el tipo de sucesión que se regula en el Código Civil para casos en los que el causante muera sin haber otorgado testamento previamente.

8.2. Nulidad parcial

La nulidad de un testamento no siempre es total, sino que esta puede afectar únicamente a una parte del mismo, a una cláusula o a una disposición concreta, de manera que el resto del testamento es conforme a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico. Esta situación lleva a invalidar la parte del negocio que se considera nula, mientras se conserva el resto

⁴¹ SAP Madrid de 3 de marzo de 2017 (núm 3317/2017). ECLI:ES:APM:2017:3317

⁴² BAOS, C.: “Nulidad del testamento español por falta de capacidad del testador”, *White and Baos legal boutique*, mayo 2011.

siempre que este mantenga una entidad suficiente y satisfaga los intereses del otorgante de la misma manera en que lo hacía el primero.

Existen, en nuestro ordenamiento, tres tipos de nulidad parcial:

- 1) Nulidad parcial por mandato de la Ley: nace por haberse excedido de los límites establecidos en la normal para un negocio jurídico determinado, de forma que será nulo este exceso manteniéndose el resto del contenido como válido.
- 2) Nulidad parcial conforme a la interpretación legal del negocio: para su aplicación es necesario distinguir entre negocios jurídicos divisibles e indivisibles. Únicamente se podrá aplicar esta nulidad parcial a los primeros.
- 3) Nulidad parcial para evitar el fraude de ley: en este caso deviene necesario conservar el negocio en su parte válida. Es habitual en circunstancias en las que se busca proteger a la parte débil de la contratación, como pueden ser contratos de arrendamientos o con consumidores y usuarios.

Tratándose de un caso de falta de capacidad del testador, independientemente de la causa que la genere (no tener la edad suficiente o no presentar las facultades necesarias para el acto) la nulidad del testamento no podrá ser nunca parcial. El testamento será válido en su totalidad si el otorgante es plenamente capaz para la realización de este negocio jurídico o inválido también en su totalidad si ocurre lo contrario.

Es sustancialmente diferente de la situación anterior, cuando un testamento es plenamente válido por concurrir la capacidad suficiente en la figura del otorgante, pero en él alguna cláusula o disposición cuente con otra causa de nulidad. Aquí entran en juego los posibles vicios en el consentimiento del otorgante que afectan a su voluntad. Cualquier circunstancia que afecte a esta voluntad del otorgante hará que su consentimiento sea total o parcialmente inválido dependiendo de su grado de afectación al conjunto del testamento. Si la influencia ha variado el contenido del total del testamento este será nulo en su totalidad, mientras que, si la influencia solo ha modificado o ha incluido determinadas cláusulas, estas serán nulas, pero se mantendrá el resto del testamento al hacer esta última parte referencia a la verdadera voluntad del otorgante, reflejada de forma libre y real. Esta es una consecuencia clara del

principio *favor testamenti* gracias al cual se elimina únicamente el contenido considerado estrictamente necesario por no representar la verdadera voluntad del testador⁴³.

8.3. La acción de nulidad testamentaria

El Código Civil recoge la acción de nulidad testamentaria bajo la denominada impugnación mencionada en su art 675: *“el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”*.

Para que se invalide un testamento por alguna de las causas mencionadas en apartados anteriores de este trabajo es necesario que concurran, además de la propia causa de nulidad, el ejercicio de la acción correspondiente para invalidar este tipo de disposiciones por alguna de las personas legitimadas por la Ley para ello. Al encontrar en la práctica casos de nulidad absoluta (el testamento no cuenta con la entidad suficiente para ser eficaz) y de nulidad relativa (no se puede dudar de la existencia del testamento, pero este tiene algún defecto, por lo que se otorga la posibilidad a ciertos individuos para declarar su ineficacia), los legitimados para ejercitar este tipo de acción son los individuos que presentan un interés legítimo en la declaración de nulidad, pudiendo ser también apreciada de oficio cuando se dan ciertas circunstancias.

Esta acción tiene diversas características, entre las que cabe destacar en primer lugar, que es una acción de orden público por lo que el testador no puede impedir que se ejerza si concurren los requisitos necesarios, no puede impedir que se impugnen sus disposiciones incluyendo en el propio testamento una cláusula de prohibición pues esta se tiene por no puesta. En segundo lugar, es una acción personal y declarativa pues su único fin es demostrar que existe una causa en el testamento que puede llevar a su nulidad. Tiene competencia para conocer la demanda el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado.

La característica más discutible de esta acción es si puede ser apreciada de oficio o únicamente se puede declarar la nulidad de un testamento a instancia de parte. Respecto a esta cuestión, se ha admitido la posibilidad de una apreciación de oficio cuando se trata de nulidad absoluta, aunque también en estos casos se permite que pueda ser ejercitada la acción por una persona determinada. Sin embargo, en los supuestos de nulidad relativa únicamente pueden ejercitar

⁴³ GONZALO FERMOSEL, C: Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial, tesis doctoral, Madrid, 2014.

la mencionada acción aquellos individuos con un interés legítimo, siendo imposible su apreciación de oficio en estos casos.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de esta acción de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia, la poseen todos aquellos individuos que podrían resultar beneficiados de la declaración de nulidad del testamento; es decir, que tuvieran un interés legítimo en la ineficacia del mismo. El testador, por el contrario, no es uno de los legitimados por la Ley, ya que hasta el momento de su fallecimiento el testamento no deviene eficaz y hasta ese mismo momento, el otorgante tiene a su disposición la posibilidad de revocación del mismo. Entre los legitimados por la Ley para el ejercicio de esta acción pueden destacarse a los siguientes sujetos:

- Los beneficiarios por alguna disposición establecida en otro testamento anterior al que se pretende anular.
- Los herederos que sucederían *ab intestato* si se declarara la nulidad del testamento al no existir otro válido y perfecto otorgado con anterioridad.
- Los sustitutos, en casos en los que se impugne el primer llamamiento.
- Los herederos de los legitimados para ejercer la acción de nulidad.

En cambio, si alguno de estos sujetos ha reconocido de forma expresa o tácita la validez del testamento en cuestión, pierden su legitimidad activa.

En cuanto a la legitimación pasiva de la acción de nulidad, son aquellas personas a las que la invalidez del testamento les perjudica pues fueron los beneficiarios de estas disposiciones que se pretenden anular. Se ha planteado en algunas ocasiones la posibilidad de demandar también a personas no perjudicadas por la anulación del testamento, como pueden ser los Notarios, albaceas o contadores-partidores. Es necesario dirigir la acción contra los albaceas por ser los individuos que deben sostener la validez del testamento y algo similar ocurre con los contadores-partidores, los cuales también deben ser demandados para que concurra el litisconsorcio pasivo necesario.

Sin embargo, en lo que respecta a los Notarios, no es necesario demandarlos para el ejercicio de la acción de nulidad testamentaria. Por el contrario, es habitual que se les demande de forma particular como consecuencia de las acciones de responsabilidad a las que se les somete por el mal ejercicio de sus funciones, ya sea de forma voluntaria y dolosa o como consecuencia de una falta de diligencia grave.

En lo referente a la prescripción de esta acción de nulidad, ha sido un tema bastante cuestionado pues el Código Civil no fija un plazo de prescripción concreto para ella. El debate surge especialmente si se acepta la teoría de la anulabilidad testamentaria. En los supuestos de nulidad absoluta, la acción no prescribe por lo que no está sujeta a ningún tipo de plazo, pero en los supuestos de nulidad relativa la discusión se centró en la fijación de un plazo de 15 o 30 años desde el fallecimiento del testador o desde que el heredero recibió una copia válida del testamento si la lectura del mismo no se efectúa inmediatamente después de la muerte del causante. El Tribunal Supremo se ha decantado finalmente por el plazo general de 15 años para esta prescripción al considerarla una acción personal⁴⁴.

9. CONCLUSIONES

Tras analizar la capacidad para testar en el ordenamiento jurídico actual, cabe alcanzar las siguientes conclusiones:

PRIMERA:

El Código Civil regula una presunción de capacidad para testar, pues pueden testar todas las personas excepto aquellas a las que la ley se lo prohíba expresamente. El principio *favor testamenti* es la base de esta presunción y aboga por la conservación y la eficacia del testamento cuando existen dudas sobre su validez. La mencionada presunción tiene mayor cabida en nuestro ordenamiento jurídico cuando el testamento ha sido otorgado ante Notario, ya que este cualificado profesional del Derecho habrá ofrecido una valoración positiva sobre la idoneidad del otorgante para testar.

Para romper esta presunción de capacidad y declarar la nulidad de un testamento previamente otorgado, es necesario que un sujeto interesado en ello alegue ausencia de capacidad para testar y pruebe de una manera clara e inequívoca que el testador no contaba con las cualidades pertinentes en el momento del otorgamiento. Por lo tanto, la mencionada presunción tiene un carácter *iuris tantum* y admite prueba en contrario.

SEGUNDA:

El Código Civil regula dos exclusiones tasadas en cuanto a la capacidad de las personas para testar: los menores de catorce años y las personas que en el momento de testar no pueden conformar su voluntad, siendo este preciso instante el único que se debe tener en cuenta para

⁴⁴ GONZALO FERMOSEL, C: “Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial”, tesis doctoral, Madrid, 2014.

determinar la falta de capacidad de un sujeto, pues un testamento otorgado con anterioridad a la pérdida de la misma es plenamente válido.

Cuando la causa que genera falta de capacidad es la edad, no se plantean demasiados problemas pues es un dato objetivo; sin embargo, la segunda de las razones es más controvertida pues se debe interpretar si un individuo presenta o no la capacidad suficiente para realizar este acto jurídico.

TERCERA

En la antigua redacción del Código Civil, anterior a la reforma introducida por la Ley 8/2021, se prohibía realizar testamento a una persona que no se hallaba en su “cabal juicio” por padecer una alteración psicológica que no le permitía mantener sus plenas facultades mentales.

Si la persona se encontraba incapacitada judicialmente, la propia sentencia de incapacitación solía determinar si podía o no otorgar testamento. Por el contrario, si la sentencia no resolvía sobre este punto o no existía tal sentencia y, a la hora de otorgar testamento ante Notario, este albergaba alguna duda sobre la idoneidad del otorgante para testar, debía designar dos facultativos que decidieran sobre la capacidad del individuo pudiendo únicamente negarle el acto testamentario si así lo decidían dichos facultativos.

Esta situación contradecía el art 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que determina que cualquier persona que presente una discapacidad debe contar con una capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de los individuos. Con el fin de adaptarse a las exigencias de esta Convención, la Ley 8/2021 suprimió la premisa del “cabal juicio” y modificó otros preceptos del Código Civil para asegurar la misma capacidad jurídica de todas las personas en materia testamentaria.

CUARTA:

Existen determinadas personas que, por su condición, no pueden realizar determinados actos físicos requeridos en la elaboración del testamento como la firma o la lectura. Ante estas situaciones, el ordenamiento jurídico debe ofrecerles ciertas medidas de apoyo de carácter técnico, material o humano para que puedan otorgar testamento de una forma válida. Las nuevas tecnologías son de gran ayuda a la hora de ofrecer mecanismos de apoyo a personas que presentan algún tipo de impedimento; sin embargo, es habitual el nombramiento de dos testigos que leen y comprueban la voluntad del testador y firman por él si fuera necesario.

No se admite por la nueva redacción del Código Civil una prohibición judicial *ex ante* para testar; es decir, el único momento que se debe tener en cuenta para determinar la capacidad de un sujeto para realizar este acto es el del otorgamiento y, por ello, es el Notario el profesional que debe verificar que el testador cuenta con la idoneidad requerida por el ordenamiento jurídico, aunque deba utilizar alguna de las medidas de apoyo para ello.

Se suprime también la obligación de designar a dos facultativos para determinar la capacidad del sujeto y únicamente serán nombrados si el Notario lo estima pertinente. El protagonismo del Notario es, pues, absoluto al recaer sobre este sujeto la tarea de valorar la capacidad del otorgante y su decisión prevalece frente a posibles declaraciones judiciales de modificación de la capacidad de obrar.

QUINTA:

El Notario desempeña una función de gran relevancia en materia testamentaria y dentro del Derecho Civil en general. Es el funcionario público que ofrece validez a los actos jurídicos realizados por las personas y, en concreto, en el área de las sucesiones se encarga de juzgar la idoneidad del sujeto para realizar el acto por el cual se otorga testamento; es decir que el otorgante tiene capacidad suficiente de discernimiento, a la vez que entiende y quiere realizar el acto por el que comparece.

Como consecuencia de esta importante tarea que se le asigna a la figura del Notario, se le somete a su vez a un régimen estricto de responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda ocasionar en el ejercicio de su función tanto por una actuación voluntaria y dolosa como por una negligencia. La diligencia que se le exige a un Notario en este tipo de negocios jurídicos es realmente elevada pues debe encargarse además de las tareas habituales de asesoramiento y cumplimiento de los requisitos formales, también de asegurar la capacidad del otorgante para realizar este acto. Si, posteriormente al otorgamiento del testamento, se probara la incapacidad de la otorgante no observada por el Notario, este deberá responder por su mala *praxis*.

Además de en responsabilidad civil, el Notario puede incurrir también en responsabilidad penal si presenta conductas contrarias a derecho y tipificadas como delitos en el Código Penal y, finalmente, en responsabilidad disciplinaria o administrativa cuando el Notario no realiza sus tareas de acuerdo con los principios inherentes a su cargo.

SEXTA:

El testamento es nulo si no respeta los requisitos formales establecidos en la Ley y también si se otorgó existiendo algún vicio en la voluntad. Nuestro ordenamiento otorga la facultad de solicitar la nulidad de un testamento a las personas que tengan un interés legítimo en ello (beneficiarios de un testamento anterior, herederos *ab intestato* y sustitutos), pudiendo ser también apreciada de oficio cuando se dan ciertas circunstancias.

Se encuentran en la práctica casos de nulidad absoluta cuando el testamento no cuenta con la entidad suficiente para ser eficaz, pudiendo solicitar su nulidad tanto de oficio como a instancia de un interesado y también casos de nulidad relativa, cuando el testamento presenta algún defecto que posibilita a ciertos individuos para declarar su ineficacia, no pudiendo en este caso ser declarada de oficio.

El testamento puede ser nulo en su totalidad, invalidándolo por completo si los defectos afectan a todo el testamento, como es el caso de la falta de capacidad del otorgante y también puede ser nulo de forma parcial, en el supuesto de alteración de alguna cláusula o disposición concreta, manteniendo la vigencia del resto del testamento no afectado por los defectos. En esta última modalidad de nulidad aparecen los vicios en el consentimiento del otorgante, que dependiendo de su grado de influencia afectan al conjunto del testamento o únicamente a una parte de él.

10.BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: en “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, GUILARTE MARTÍN CALERO, C (DIR). Aranzadi, Pamplona, 2021, págs 879 y ss.

BAOS, C.: “Nulidad del testamento español por falta de capacidad del testador”, *White and Baos legal boutique*, mayo 2011.

BONET PORTO, A.: “La responsabilidad civil profesional de los Notarios”, *El Economista*, 22 de mayo de 2019.

CÁMARA BOTÍA, A.: “Los menores en la legislación laboral española”, *Anales de Historia Contemporánea*, N° 9, 2003, págs. 123 y ss.

CAPILLA RONCERO, J.: “Nulidad e impugnabilidad del testamento, algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido”, Estudios monográficos, *Anuario de Derecho Civil*, Vol 40, N°1, 1987, págs 3 y ss.

CORVO LÓPEZ, F.M.: “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.7 N°4, octubre-diciembre 2019, págs 135 y ss.

DE BARRÓN, P.: “Personas con discapacidad y libertad para testar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°12, 2020, págs 448 y ss.

DE URBANO, E.: “La responsabilidad penal del Notario”, *Notario*, N° 102, marzo-abril 2022.

DOMINGO MONFORTE, J.: “Responsabilidad notarial: mala praxis en la formación del juicio de capacidad”, *Economist and jurist*, 16 de marzo de 2021.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (IZQUIERDO LOSADA, M., Dir.), vol. 8, 2016, págs. 469 y ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO. A.: “La reforma del derecho de sucesiones en la ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, en “El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento”, LLAMAS POMBO, E; MARTÍNEZ

RODRÍGUEZ, N Y TORAL LARA, E. (DIRs) Wolters Kluwer, Madrid, diciembre 2021, págs 369 y ss.

ESPINO BERMELL, C.: El testamento ológrafo, la importancia de la escritura y firma del testador. El cotejo pericial de letras (prueba caligráfica), tesis doctoral, Córdoba 2016. Págs 105 y ss.

GÓMEZ TABOADA, J.: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, *Jornadas Hispano-cubanas sobre capacidad*, N° 2009, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), 24 noviembre 2005, págs 5 y ss.

GONZALO FERMOSEL, C.: Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial, tesis doctoral, Madrid, 2014.

JAO DÍAZ, P.: “El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, tesis doctoral, La Coruña, 2021.

LASARTE ÁLVAREZ C.: Derecho de Sucesiones, principios de Derecho Civil VII, 14ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 42 y ss.

NIETO ALONSO, A.: “La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.5 N°1, 2018, págs 251 y ss.

PALACIOS, A. Y BARIFFI, F.: La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Cinca, Madrid, 2007, pág. 23.

PLANAS BALLVÉ, M.: “Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, N°5, octubre a diciembre 2020, págs 365 y ss.

PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas”, *Revista de Derecho*, N°17, 2014, págs 153 y ss.

RODRÍGUEZ CATIVIOLA, E.J.: “El Testamento de los In(dis)capacitados”, *Notario del Siglo XXI*, N° 101, enero-febrero 2022.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, AM: “Comentario al art. 663 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, Vol.II, BIB 2011/1756, Civitatis SA, enero 2016.

RUEDA DIAZ de RÁBAGO, MM: “Capacidad para Testar y para otros Actos Jurídicos” ponencia presentada en las jornadas celebradas en Madrid, 20 de abril de 2012.

SÁNCHEZ CALERO, F.J.: Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 509 y ss.

SERRANO PÉREZ, M.M.: “El consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de datos personales”, en Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, (TRONCOSO REIGADA, A. y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., Dirs.), Civitas, Madrid, Vol 1, 2021, págs. 989 y ss.

TAPIA HERMIDA, A.J.: “La responsabilidad civil del Notario y su aseguramiento”, *Notario del Siglo XXI*, N°76, noviembre-diciembre 2017.

VAQUER ALOY, A.: “La protección del testador vulnerable”, Estudios monográficos, ADC, tomo LXVIII, 2015, págs 327 y ss.

VELASCO RAMÍREZ, C.: “Régimen Disciplinario”, *Notario del S.XXI*, N°56, julio-agosto 2014.

11. WEBGRAFÍA

DIVULGACIÓN DINÁMICA. The education club. Características y tipos de discapacidad. 2 de marzo de 2020. <https://www.divulgaciondinamica.es/blog/caracteristicas-y-tipos-de-discapacidad/>

ESCURA BLOG. ¿Qué puede hacer legalmente un menor? 25 de junio de 2019 <https://blog.escura.com/que-puede-hacer-legalmente-un-menor/>

FÓRUM DE ENTIDADES ARAGONESAS SALUD MENTAL. Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental. María Jesús Germán Urdiola y José Fernández Iglesias. 2021. <https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/223-novedades-de-la-ley-8-2021-para-personas-con-problemas-de-salud-mental.html#63-pueden-las-personas-con-discapacidad-mental-testar>

JURISTAS EMPEDERNIDAS: “La responsabilidad del Notario por actos de sus empleados”, *IV Edición Premio “Sesmero y Pérez-Batista”*. <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/154526/71152.pdf?sequence=1>

MOSQUERA & VICENTE ABOGADOS. Testamento nulo por estar incapacitado el testador. 28 de junio de 2021. <https://abogadosmv.es/testamento-nulo-por-estar-incapacitado-el-testador/#:~:text=Recordemos%20que%20nuestro%20C%C3%B3digo%20Civil,medios%20o%20apoyos%20para%20ello>

12. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

SAP Madrid de 3 de marzo de 2017 (núm 3317/2017). ECLI:ES:APM:2017:3317

STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2014 (núm. 4981/2014). ECLI:ES:TS:2014:4981

STS, Sala de lo Civil, del 8 de abril de 2016 (núm. 1627/2016). ECLI:ES:TS:2016:1627

STS, Sala de lo Civil, del 8 de septiembre de 2021 (núm. 589/2021). ECLI:ES:TS:2021:589