



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas.

Capacidad jurídica para testar.

Presentado por:

Elisa Galán Millaruelo.

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero.

Valladolid, 17 de julio de 2024.

Resumen.

La sucesión testada es aquella que se defiere a través del testamento, donde el otorgante expresa su última voluntad y dispone para después de su muerte de todos sus bienes. El otorgamiento del testamento es un acto jurídico de gran calibre, el cual no será válido si no recoge con claridad la intención del otorgante de testar y, por ello, es importante analizar la capacidad jurídica del testador en el momento del otorgamiento.

Se trata de un acto solemne, y como tal debe respetar ciertos requisitos que nuestro Código Civil establece, referidos tanto a la forma como a las personas que pueden realizar el mismo atendiendo a su capacidad. No obstante, tras la reforma de 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, ya no se hace distinción entre personas y se reconoce a las personas que sufren algún tipo de discapacidad la capacidad jurídica necesaria para que tengan las mismas condiciones a la hora de testar que quienes no sufren ningún tipo de discapacidad, dando al Notario un mayor protagonismo siendo el quien debe determinar la capacidad del testador lo cual se considera como una presunción *iuris tantum* frente a la cual solo se impugnará el testamento si se presenta prueba en contrario.

Palabras clave:

Testamento, capacidad para testar, Notario, reforma, nulidad.

Abstract.

Testate succession is the succession that is granted by means of a will, in which the grantor expresses his last will and disposes of all his assets after his death. The granting of a will is a legal act of great importance, which will not be valid if it does not clearly reflect the grantor's intention to testament and, therefore, it is important to analyse the legal capacity of the testator at the time of the granting of the will.

It is a solemn act, and as such it must respect certain requirements that our Civil Code establishes, referring both to the form and to the persons who can carry out the act in accordance with their capacity. However, following the reform of Law 8/2021, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, no distinction is made between people and people with some type of disability are recognised as having the necessary legal capacity to have the same conditions when it comes to testamentary capacity as those who do not have any type of disability, giving the notary a greater role in determining the testator's capacity, which is considered to be a rebuttable presumption against which the will can only be challenged if proof to the contrary is presented.

Key words:

Will, testamentary capacity, notary, reformation, nullity.

Listado de abreviaturas.

Art.: artículo.

CC.: Código Civil.

CDPD.: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

PP.: página.

STS.: Sentencia del Tribunal Supremo.

SS.: siguientes.

Núm.: número.

DIR.: director/a.

ROJ.: Repositorio Oficial de Jurisprudencia.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

Contenido

| | |
|---|----|
| 1.INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2.EI TESTAMENTO: MARCO TEÓRICO. | 7 |
| 2.1CONCEPTO DE TESTAMENTO. | 7 |
| 2.2NATURALEZA JURÍDICA..... | 8 |
| 2.3CARACTERES DEL TESTAMENTO. | 9 |
| 2.4TIPOS DE TESTAMENTO..... | 11 |
| 3.REQUISITOS FORMALES DEL TESTAMENTO..... | 13 |
| 3.1NORMAS GENERALES..... | 14 |
| 3.1.1 El Notario o persona autorizante..... | 14 |
| 3.1.2 Identificar del testador..... | 16 |
| 3.1.3 Los testigos..... | 18 |
| 3.2EDAD MÍNIMA PARA TESTAR..... | 19 |
| 3.3EL TESTAMENTO ABIERTO..... | 21 |
| 3.4EL TESTAMENTO CERRADO. | 23 |
| 3.5EL TESTAMENTO OLÓGRAFO..... | 25 |
| 4.DISCAPACIDAD Y TESTAMENTO DESPUÉS DE LA LEY 8/2021..... | 26 |
| 4.1ELIMINACIÓN DEL CONCEPTO DE “CABAL JUICIO”..... | 28 |
| 4.2INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE ANTERIOR A LA REFORMA. . | 30 |
| 4.3TIPOS DE DISCAPACIDAD. | 32 |
| 4.4DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIGUIENDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD..... | 34 |
| 4.5MEDIDAS DE APOYO INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021..... | 35 |
| 4.5.1 Discapacidad física y sensorial..... | 37 |
| 4.5.2 Discapacidad intelectual..... | 39 |
| 5.MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO. | 41 |
| 6.IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DEL TESTAMENTO..... | 46 |
| 6.1NULIDAD TOTAL O ANULABILIDAD..... | 47 |
| 6.2NULIDAD PARCIAL..... | 49 |
| 6.3REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO..... | 50 |
| 7.CONCLUSIONES..... | 53 |
| 8.BIBLIOGRAFÍA..... | 56 |
| 9.WEBGRAFÍA..... | 60 |
| 10.DOCTRINA JURISPRUDENCIAL..... | 60 |

1. INTRODUCCIÓN.

Una sucesión puede deferirse por la voluntad que manifiesta el hombre en el testamento, siendo esta conocida como sucesión testamentaria o, en su defecto, por disposición de la ley, es decir, la legítima, según lo establecido en el artículo 658 del Código Civil (en adelante, CC). No obstante, ambas formas de sucesión son compatibles entre sí, ya que existe la llamada sucesión mixta. En este trabajo nos vamos a centrar en el primer tipo de sucesión (sucesión testada), siendo el testamento el elemento clave para la misma.

Mediante el testamento, los sujetos deciden cual va a ser el destino de todos sus bienes, derechos y obligaciones en el momento posterior a su muerte por lo que es imprescindible que el testamento se realice de la manera adecuada, de acuerdo a la ley, y despliegue todos sus efectos.

En primer lugar, se analizará el marco teórico del testamento, estudiando el concepto del mismo, su naturaleza jurídica y los tipos de testamentos que el CC acepta.

Posteriormente, veremos cuales son los requisitos formales para hacer testamento, haciendo un repaso de las normas generales, la edad mínima para testar y pasar a ver las peculiaridades de los tipos de testamento existentes.

Además, se examinará también el tema de la discapacidad y el testamento, para lo que se va a hacer mención a la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad, 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, suprimiendo la declaración de incapacidad.

De acuerdo con esta reforma, el Notario va a adquirir un papel fundamental, ya que es el quien valora la capacidad del sujeto a la hora de otorgar testamento. Por esto mismo, es necesario mencionar las modificaciones realizadas en la Ley del Notariado tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Para terminar, es importante también tener en cuenta cuando un testamento es válido o no, por lo que analizaremos la impugnación y nulidad testamentaria.

Para la realización de este trabajo, nos basaremos en la recopilación de diferente información, tanto libros, como manuales, artículos informes, la revisión de la opinión de la doctrina especializada o la jurisprudencia.

2. EI TESTAMENTO: MARCO TEÓRICO.

El artículo (en adelante, art.) 662 del CC establece que:” pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. El testamento es uno de los actos jurídicos de mayor trascendencia, ya que trata de fijar la voluntad de una persona que ya no estará en el momento en que comenzará a tener eficacia. Por ello, es importante saber interpretar la última voluntad del otorgante, es decir, el testamento. Así, la interpretación es la indagación, averiguación, comprobación, investigación, determinación o precisión del verdadero sentido de los actos y negocios jurídicos, es decir, de la verdadera voluntad o intención del declarante o declarantes. ¹

2.1 CONCEPTO DE TESTAMENTO.

El testamento se define en el art. 667 del 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 llama testamento”.

Esta definición de testamento ha sido criticada por varios autores, pues se dice que la definición que se realiza del testamento es inexacta e incompleta. Así, Albaladejo señala que la misma es imperfecta, ya que no alude a la institución de heredero, ni a las disposiciones no patrimoniales recogidas en el testamento, entre otras cosas.²

Así, el testamento no es un mero acto, sino que constituye un elemento jurídico “*mortis causa*” cuyo elemento esencial es una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos tras el fallecimiento del testador, que se somete a una serie de requisitos formales. Y, como negocio jurídico “*mortis causa*”, se

¹ ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho de Sucesiones”, T.I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp. 229.

² ALBALADEJO, M., “Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil” en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Edersa, Madrid, 1990, pp. 97.

perfecciona y tiene plena validez desde el momento en que se otorga, aunque no produce sus efectos hasta la muerte del testador. Fallecido el testador, el testamento es la “ley de la sucesión”.³

Normalmente se entiende que el testamento se forma con un contenido patrimonial, sin embargo, el CC admite también que el testamento tenga un contenido no patrimonial. El testamento, como *negotium*, permite un contenido más amplio que la disposición patrimonial. Así, se puede incluir en el mismo el reconocimiento de un hijo o la rehabilitación del indigno para suceder.

De este modo, se suele distinguir entre un contenido típico del testamento conformado por las disposiciones patrimoniales; y un contenido atípico, conformado por las disposiciones no patrimoniales. Desde un punto de vista formal, en cualquiera de los dos casos, estamos ante un testamento.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA.

En cuanto a la naturaleza jurídica del testamento, la mayor parte de la doctrina y el Tribunal Supremo coinciden en que tiene carácter de negocio jurídico, sin embargo, hay ciertos autores que consideran que no tiene dicho carácter, ya que de primeras no tiene ningún efecto, sino que se trata de un proyecto futuro cuyos efectos se producen en el momento de fallecimiento del testador.

Sin embargo, y con independencia de lo que opinen los autores, el testamento es un negocio jurídico puesto que se apoya en la declaración de voluntad de una persona a la que el ordenamiento concede unos efectos jurídicos en tanto que queridos, por lo que se le podrán aplicar, salvo que la naturaleza de las cosas lo impida, en el caso concreto, las reglas generales de esa categoría.⁴

Por otro lado, es muy clara la STS 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689), de la cual se deduce que es requisito esencial de todo testamento que haya una verdadera voluntad mortis causa inteligible. Así, en esta sentencia se dijo que, siendo el testamento acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá

³ PALAZÓN GARRIDO, M.L., “Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familias y Sucesiones”, 11ª ed., Cap. 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 520.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al Código Civil 9 Tomos”, 1ª ed., IV Tomo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5113.

como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante.

2.3 CARACTERES DEL TESTAMENTO.

En la RDGRN 6 de marzo de 1997 se pone el énfasis en las características del testamento, destacando que aparece configurado en el CC como un acto de disposición de bienes para después de la muerte (art. 667), de carácter esencialmente revocable (arts. 737 y ss.), sujeto a formalidades determinadas (art. 687), personalísimo (art. 670) y no susceptible de ser otorgado por dos o más personas mancomunadamente (art. 669).

Los caracteres del testamento pueden ayudar a completar la definición que el CC nos da del mismo, de tal manera, que la ausencia de alguno de estos caracteres puede llevar a la nulidad del testamento.

De acuerdo con este punto de vista, podemos destacar los siguientes caracteres del testamento:

- a) Unilateral: El testamento es un acto unilateral conformado por la sola declaración de voluntad del otorgante, de manera que los efectos que produce tras la muerte del testador los produce por su sola declaración de voluntad.

La aceptación del llamado o llamados es también una declaración de voluntad unilateral, pero no concurre con la declaración de voluntad del testador conformando un único consentimiento. Cuando el llamado por testamento acepta la herencia, el testador ya ha fallecido. Por tanto, testamento y aceptación son actos unilaterales distintos y se mantienen independientes, sin que dé lugar a un único acto unilateral.

- b) Personalísimo: El art. 670 CC establece que no puede dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. De este modo, el otorgamiento de

testamento no puede realizarse a través de representante, bajo ninguna forma de representación, legal o voluntaria, ni de mandato.⁵

Añade, además, este art. 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.”

La persona que hace el testamento es quien decide por sí misma quienes serán sus herederos o legatarios, designando los bienes derechos y obligaciones que les corresponderán a cada uno de ellos tras su fallecimiento. Si no se cumple lo dispuesto en este artículo, la consecuencia será la declaración de nulidad del testamento.

- c) Formal: la declaración de voluntad en que consiste el testamento tiene que atenerse a ciertas formalidades que, de no cumplirse, el mismo se declarará nulo. A estas formalidades haremos referencia mas adelante.
- d) Esencialmente revocable: siguiendo el art. 737 CC: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.” El testador puede otorgar todos los testamentos que considere oportunos antes de su fallecimiento, ya que la designación de una persona como heredero o legatario en un acto como es el testamento no le confiere ningún derecho hasta la muerte del testador, que es el momento en el cual el testamento es eficaz.

Además, hay que tener en cuenta de acuerdo a la revocación del testamento que, para revocar el mismo, es necesario observar la misma capacidad que para testar. Por otro lado, la revocación del testamento exige las mismas formalidades y solemnidades que se necesitan a la hora de testar.

La revocación, además de real, puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando el testador manifieste su voluntad de dejar sin efecto un

⁵ BLASCO GASCÓ, F. de P., “Instituciones de Derecho Civil Derecho de Sucesiones”, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 66.

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.

- e) Unipersonal: el art. 669 CC no permite que dos o mas personas puedan testar mancomunadamente o en un mismo instrumento con independencia de que sea en beneficio propio o en el un tercero. Sin embargo, este tipo de testamentos sí que es válido en algunos Derechos civiles autonómicos (País Vasco, Aragón, Navarra y Galicia). Por lo tanto, es importante atender a la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento.

2.4 TIPOS DE TESTAMENTO.

El art. 676 CC hace una doble clasificación de los testamentos, dividiéndolos en comunes y especiales. El testamento común se subdivide a su vez en testamento ológrafo, abierto y cerrado (art. 676.II CC). En cambio, los testamentos especiales son aquellos en los que el testador se encuentra bajo determinadas circunstancias que pueden afectar a su persona, al lugar o al tiempo de otorgamiento y, dentro de este grupo nos encontramos con el testamento militar, marítimo y el hecho en el país extranjero (art. 677 CC), así como el otorgado en peligro de muerte y en caso de epidemia.

En verdad, los testamentos especiales son también ológrafos, abiertos o cerrados, pero cuentan con unas formalidades necesarias para la situación en la que se encuentran. Por lo tanto, lo que diferencia los testamentos comunes de los especiales son solo las circunstancias personales de la persona del testador.

En los testamentos comunes no concurre ninguna circunstancia especial, y es le testador el que puede escoger una u otra forma, en función de sus preferencias y de que quiera o no mantener secreto el contenido de su testamento.⁶

Además, se pueden encontrar variantes d ellos testamentos abiertos o cerrados centrándonos no en las circunstancias del testador en el momento del

⁶ DOMINGUEZ LUELMO, A y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Manual de Derecho Civil", 1ª ed., La Ley, Valladolid, 2021, pp. 232.

otorgamiento, sino en particularidades generales que afectan a la persona del testador tales como cuando el testador es sordo ciego o mudo, o se hace en una lengua distinta no conocida por el Notario...

Si no concurre ninguna circunstancia especial, el testador puede escoger la forma de testar.

Con todo esto, podemos hacer una clasificación de los testamentos de la siguiente manera:

- a) Testamentos ordinarios: abierto (arts. 694-795 CC), cerrado (arts. 706-715 CC) y ológrafo (arts. 688-693 CC).
- b) Testamentos especiales: el militar (716-721 CC), el marítimo (arts. 722-731 CC), el hecho en país extranjero (arts. 732-736 CC), el otorgado en peligro de muerte (art. 700 CC) y en caso de epidemia (art. 701 CC).
- c) Variantes y excepciones de los testamentos abierto y cerrado en atención a circunstancias especiales del testador: el de la persona con discapacidad (art. 665 CC), el expresado en lengua que no conozco el Notario (art. 684 CC), el testamento del que no sabe o no puede firmar (arts. 697. I y 707. V CC), el del que no sabe o no puede leer (art. 708 CC), el de las personas con discapacidad visual (arts. 708 y 709 CC), y el testamento de quienes no pueden expresarse verbalmente, pero si escribir. (art. 709 CC).

Más adelante entraremos en un estudio más profundo de los testamentos comunes. En cuanto a los especiales vamos a hacer algunas precisiones:

Nos referimos a los testamentos especiales recogidos en el art. 677 CC. Hay que diferenciar estos testamentos (el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero) de los que este artículo no considera especiales, pero tienen ciertas peculiaridades, como son el testamento otorgado en peligro de muerte o en caso de epidemia.

En lo que se refiere al testamento militar, es aquel que pueden otorgar en tiempos de guerra los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a este. Si se trata de testamento abierto, deberá hacerse ante un Oficial que tenga al menos la categoría de

Capitán y la presencia de dos testigos. La particularidad de este testamento es que el mismo caduca pasados 4 meses desde que el testador dejara de estar en campaña. Si estamos ante un testamento militar cerrado, el testador entregará un pliego cerrado y sellado ante un interventor militar que ejercerá como Notario. Este tipo de testamento no caduca y no requiere la presencia de testigos.

El segundo de los testamentos especiales es el testamento marítimo, y puede ser otorgado por todas las personas que se encuentren a bordo durante un viaje marítimo. Este testamento puede ser también abierto o cerrado, con la particularidad de que a la persona del Notario la sustituye quien tenga el mando en la embarcación, en el caso del buque civil será el Capitán, y en el caso del buque de guerra será el Contador con la aprobación del Capitán. Además, se necesita la presencia de dos testigos. Si el testador se encuentra en peligro de naufragio, puede testar de palabra frente a dos testigos. En cuanto al plazo de caducidad, este será de 4 meses después de desembarcar.

Por último, tenemos el testamento hecho en país extranjero, se podrá testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

3. REQUISITOS FORMALES DEL TESTAMENTO.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el testamento es un acto jurídico que requiere de ciertas formalidades que, si no se cumplen, se declararía nulo el testamento. El art. 687 CC: "Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo." En cualquier caso, el testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante. Aunque éste no tuviera capacidad para testar, sólo se puede impugnar un testamento tras el fallecimiento (STS (1ª) 128/2010, de 23 de marzo).

La regla general, en aplicación del principio *favor testamenti*, reconoce la capacidad para testar de carácter amplísimo y muy escasas restricciones. Es una presunción *iuris tantum* de capacidad para testar, que supone que la tiene

todo aquél a quien la ley no se lo prohíbe, admitiéndose prueba en contrario, a cambio de quien sostenga la incapacidad del testador.⁷

La forma en la que debe hacerse el testamento está regulada en el Código Civil, del art. 676 al 687, y las clases de testamento son las que se regulan en la ley con carácter de *numerus clausus*. De acuerdo con esto, no será testamento válido la expresión de voluntad diferente a la que establece el Código Civil.

Dentro de los tipos de testamentos, cada uno tiene peculiaridades distintas a las de los demás, pero sí que es cierto que hay determinadas formalidades comunes a todos ellos.

3.1 NORMAS GENERALES.

3.1.1 El Notario o persona autorizante.

La presencia del Notario o persona autorizante que da fe de la declaración de voluntad y contenido de quien realiza el testamento es más o menos importante dependiendo del tipo de formalidad testamentaria que se vaya a utilizar. Así, esta cuestión no se plantea en el caso del testamento ológrafo, pero sí en el caso de los testamentos abierto y cerrado.

Es en los testamentos notariales donde la figura del Notario que autoriza el testamento cobra mayor relevancia. El Notario debe intervenir en los testamentos abiertos ordinarios y siempre en los testamentos cerrados.

El Notario es quien confiere al negocio jurídico testamentario autenticidad y eficacia mientras no sea impugnado de nulidad. De esta forma, se hace innecesario un control para verificar la autenticidad del testamento gracias a la actuación notarial.

De esta forma, el art. 694 CC exige la presencia de un Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento en los testamentos abiertos. En este tipo de testamento, el testador manifiesta su voluntad ante Notario y, en su caso, ante dos testigos idóneos. Por Notario hábil entendemos aquel que da fe de los

⁷ ACEDO PENCO, A., "Derecho de Sucesiones el testamento y la herencia", Dykinson, Madrid, 2014, pp. 122.

testamentos, teniendo competencia territorial en el sitio donde el testamento va a ser otorgado. Los Notarios tienen competencia territorial en el ejercicio de sus funciones determinada por el territorio donde pueden ejercer sus funciones. Esto se encuentra regulado en los arts. 7 y 8 de la Ley del Notariado (en adelante, LN) y en los arts. 116 a 125 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante, RN), de los cuales se deduce que si se otorga testamento en lugar donde el Notario no es competente, el mismo será nulo.

El Notario se rige por lo dispuesto en la Ley del Notariado, de 28 de mayo, de 1862, pero esencialmente, por el Código Civil. De esta forma, según lo mencionado en el art. 29 LN: “Lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos, y demás disposiciones mortis causa, en las cuales regirá la Ley o leyes especiales del caso.”

Según lo establecido en el art. 754 CC y 22 LN, el testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción del art. 682 CC, el cual establece que en el caso del testamento abierto, tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios instituidos en el mismo, sus cónyuges ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sin embargo, no están dentro de esta prohibición los legatarios, ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Lo dispuesto en el art. 754 CC Y 22 LN, se refiere tanto al testamento abierto como cerrado, ya que tiene como finalidad eliminar cualquier duda acerca de la conducta del Notario que autorice el testamento. Por tanto, se trata de evitar una posible influencia de manera directa en la voluntad del testador, así como la posibilidad de ocultar la falta de capacidad para testar o, incluso manipular al testador. Sin embargo, esta prohibición no se extiende a la posibilidad de nombrar al Notario como albacea o contador-partidor, a pesar de que pueda cobrar honorarios en este último concepto (art. 139 LN).

3.1.2 Identificar del testador.

Uno de los elementos esenciales a la hora de hacer testamento es la necesidad de que la persona del testador quede plenamente identificada en todas las clases de testamentos. Es esencial también determinar si existe o no capacidad para testar en el momento del otorgamiento, de acuerdo con los arts. 663 y 665 CC. Y, para esto, es importante que la persona que expresa su voluntad quede perfectamente identificada.

La manera de identificar al testador es diferente dependiendo del tipo de testamento:

- En el testamento ológrafo, el art. 688 CC exige que todo el testamento esté escrito y firmado por el testador, pero, además, posteriormente, se sigue un procedimiento de adveración para comprobar su identidad (arts. 691 y 693 CC).
- En los testamentos notariales, el art. 685 CC establece que el Notario debe conocer al testador y, en caso de no ser así, lo identificará con dos testigos que lo conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. Cualquiera de estas opciones es apta para identificar al testador y, por lo tanto, todas ellas cuentan con la presunción de exactitud o veracidad en tanto no se demuestre lo contrario por parte de quien alegue falsedad o error en la identidad.

La opción del conocimiento del Notario es el sistema preferente en la Ley, y excluyente del resto, ya que hace innecesario cualquier otro medio de identificación. En la práctica notarial se hace constar en la comparecencia del testamento el número del DNI del otorgante. No se exige que el Notario tenga trato, amistad o relación con el testador, sino que basta con que pueda reconocerlo, saber quien es. En cuanto a la referencia del testador en la comparecencia, esta se rige por las normas de la legislación notarial, según la cual se harán constar: nombre, apellidos, edad (en caso de ser mayor edad es suficiente con que así se exprese), estado civil vecindad civil, domicilio y DNI. Es normal también que, en la parte expositiva, se exprese el nombre de los padres, si estos han fallecido, y

el lugar de nacimiento del testador. La omisión de cualquiera de estas circunstancias no significa que se declare nulo el testamento si cumple con los demás requisitos, entre los que tiene que estar la identificación del testador. La fe de conocimiento solo hace referencia a la identidad, no a las circunstancias personales.

En caso de que el Notario no pueda identificar al testador, será necesaria la presencia de dos testigos para poder acreditar la identidad del mismo, es decir, dos testigos que lo conozcan y que estos sean conocidos del Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. Ambos medios se encuentran situados en el mismo plano, no siendo uno preferente al otro. En consecuencia, el Notario que no conozca al testador puede acudir a un sistema o a otro de acuerdo a su criterio, llamándose el primero testigos de conocimiento, cuyo objetivo es acreditar la identidad del testador. Además, cabe mencionar que los testigos instrumentales pueden intervenir como testigos de conocimiento.

En lo que se refiere a los documentos expedidos por las autoridades públicas, tendrán preferencia los carnés y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado. El Código Civil no establece los documentos permitidos para esta identificación, por lo que se entiende que será aceptable cualquier documento actual o futuro que permita cumplir esta finalidad.

Es importante destacar que el art. 685 CC establece que el Notario debe asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar, el cual es propio y personal. El momento en el que hay que apreciar dicha capacidad es el momento del otorgamiento del testamento (art. 666 CC), en el cual el Notario deberá saber si el testador es mayor de catorce años y si puede expresar su voluntad, debiendo acreditar todo esto en un documento.

En el caso de que estemos ante personas con discapacidad, siguiendo la SSTS 289/2008, de 26 de abril, y la 234/2016, de 8 de abril, el juicio de capacidad no requiere de facultativos, y se trata de una presunción *iuris tantum* mientras no se demuestre lo contrario.

Por último, cuando por ninguno de los medios descritos anteriormente se puede identificar a la persona del testador, habrá que actuar de acuerdo a lo establecido en el art. 686 CC: “Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.”

3.1.3 Los testigos.

Por último, debemos hablar también de los testigos. Éstos son quienes presencian voluntariamente el acto de otorgamiento del testamento enterándose de todo su contenido o, al menos, de que se ha otorgado la última voluntad. El legislador hace referencia a los testigos de distintas formas, asignándoles contenidos distintos, hablando de testigos de conocimiento y testigos instrumentales.

- Se llaman testigos de instrumentales a quienes presencian el acto de lectura, consentimiento, firma y autorización (art. 180 LN). En el caso del testamento abierto, estos testigos no solo presencian el acto de otorgamiento, sino también el contenido del mismo, mientras que cuando estamos ante un testamento cerrado, únicamente presencian su entrega, la declaración del testador de que en la cubierta que entregue se contiene su última voluntad, y el acta del otorgamiento.
- Los testigos de conocimiento son quienes se encargan de identificar a los otorgantes a quienes el Notario no conozca directamente. Por lo tanto, su única función es acreditar la identidad del testador, sin que sea un requisito que el testador conozca a estos testigos siempre y cuando que estos conozcan al testador.

Hay que destacar que los testigos instrumentales pueden ser testigos de conocimiento.

En todos los casos en los que se exige la intervención de testigos, los mismos han de ser idóneos, es decir, no incurso en causas de incapacidad o inhabilitación. Con respecto a estas últimas, se encuentran reguladas en los arts. 681 a 683 CC. Serán causas de incapacidad absoluta las referidas en los apartados primero, segundo y cuarto del art. 681 CC:

Primero: los menores de edad salvo la excepción del art. 701 CC.

Segundo: los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

Cuarto: los que no estén en su sano juicio.

Por el contrario, serán causas de incapacidad relativa las establecidas en los apartados tercero y quinto del art. 681 CC y en el art. 682 CC.

Además, en el testamento abierto, cuando se trate de herederos y legatarios instituidos en el testamento, de sus cónyuges, parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto los legatarios o cónyuges y parientes de legado de cosa mueble u objeto de poca importancia en relación con el caudal hereditario.

Tras la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dejó de ser obligatoria la presencia de testigos en el otorgamiento del acto de última voluntad. La regla general es que no será necesaria la presencia de estos testigos en el caso de los testamentos comunes, salvo en los casos en los que haya que atender circunstancias personales del testador.

3.2 EDAD MÍNIMA PARA TESTAR.

Es necesario hacer referencia también a la edad a la hora de testar, ya que es la primera circunstancia que permite a una persona testar o no.

En el caso de los testamentos, al igual que en el de las donaciones, existe una regulación específica y menos restrictiva que la genérica sobre capacidad requerida para que sean válidos.

El art. 662 CC dice que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe”. Sin embargo, en su siguiente artículo, el 663, también establece una

restricción para testar, determinando que no será capaz de testar el menor de catorce años y la persona que habitual o accidentalmente no se hallare en su “*cabal juicio*”. Por lo tanto, se presumirá la capacidad para testar de toda persona mayor de catorce años sobre la que no recaiga sentencia de incapacitación y esta presunción persistirá hasta que se pruebe suficientemente la incapacidad del testador. Al *cabal juicio* hacía referencia el Código Civil antes de la reforma de la Ley 8/2021, sin embargo, después de la misma, se establece que no podrá testar “La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Con esto, se elimina el concepto de *cabal juicio* y no se necesitará sentencia de incapacitación.

Aunque la edad habitual para realizar cualquier tipo de acto jurídico son los 18 años, para el acto testamentario no se requiere dicha edad, siempre que los menores de edad y mayores de 14 años cuenten con la capacidad necesaria.

Esta regla ha sido muy discutida por la doctrina, ya que hay muchos autores que no consideran aconsejable la posibilidad de poder testar a una edad tan temprana, al poder carecer de inmadurez o poder ser personas influenciables.

La explicación a porque se establece una edad tan pequeña para testar puede ser por diferentes razones:

- a) Que se trate de un negocio jurídico esencialmente revocable, por lo que el testador puede en cualquier momento modificar el mismo.
- b) Con efecto *post mortem* por lo que no puede acarrear perjuicios graves e irremediables para el menor que lo otorga.
- c) Además, al ser el testamento un acto personalísimo y, por lo tanto, ni el representante legal del testador podría otorgar testamento en nombre de él.
- d) Se trata de un acto jurídico fácilmente comprensible para personas de menor edad.

Por último, cabe destacar la excepción a esta regla, y es que, en el caso del testamento ológrafo, para poder otorgarlo se requiere mayoría de edad, tal y como establece el art. 688 CC. El porqué de esta excepción la podemos encontrar en lo dicho por otros autores, que defienden que puede ser debido a

la necesidad de escribir este tipo de testamento de puño y letra por parte del autor siendo probable que le menos a los catorce años no posea una caligrafía definida.⁸

3.3 EL TESTAMENTO ABIERTO.

Según el art. 679 CC: “Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone”. Las personas que presencian el otorgamiento se enteran del contenido del testamento.

Se deberá otorgar el testamento abierto ante Notario hábil para actuar en el lugar de otorgamiento y bajo su responsabilidad. Debe dar fe tanto de la identidad del testador como de su voluntad testamentaria. Además, el art. 696 CC establece que deberá dar fe también de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

De acuerdo con el art. 695 CC, el Notario, tras advertir al testador del derecho que tiene de leer el testamento por sí mismo, lo leerá en voz alta para que el testador manifieste si está conforme o no con su voluntad. Expresará también el testador de forma oral, por escrito o mediante medio técnico, material o humano, su última voluntad ante Notario. Tras esto, comienza la formación del testamento por el Notario, quien debe regirse por el Código Civil, la legislación autonómica y la legislación notarial. Se trata de una expresión de voluntad real, previa, efectiva y personal, sin que sea posible que intervenga una tercera persona.

En caso de expresar el testador su última voluntad de forma oral, el Notario redactará el testamento de acuerdo con lo manifestado por el testador, manifestando lugar, día, mes año y hora de su otorgamiento. Una vez redactado, se advertirá al testador de que tiene derecho de leer el testamento por sí mismo y, posteriormente, el Notario lo leerá en voz alta para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. La lectura del testamento debe realizarse en

⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “Comentario al art. 663 del Código Civil”, Código Civil Comentado, Vol. II, BIB 2011/1756, Civitatis S.A., 2016.

presencia del testador y de las demás personas que, en su caso, deban intervenir.

De estar conforme, el testador y quienes tengan que concurrir, firmarán en el acto el testamento. La manifestación de la fecha y la hora es crucial para determinar la capacidad del testador, la idoneidad de los testigos en su caso, y si se trata del último testamento. No es posible eludir estos requisitos ya que, en caso de no expresarlos en el testamento, no se podrá proceder a su convalidación.

En caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Si el testador tiene imposibilidad o dificultad para leer u oír el testamento, el Notario deberá asegurarse de que el testador entiende la información y las explicaciones que sean necesarias, y de que afirma que el testamento recoge fielmente su última voluntad.

Como se ha indicado, la firma del testador puede ser sustituida según que casos, sin embargo, en el caso del Notario, su firma no puede ser suplida, siendo su omisión sancionada con nulidad (art. 27 LN).

Cabe indicar también los casos en los que es necesaria la presencia de dos testigos idóneos, lo cual regula el art. 697 CC:

- Cuando el testador declare que no puede o no sabe firmar el testamento.
- Cuando el testador sea ciego o no sepa o no pueda leer por sí mismo el testamento, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y declararán que coincide con la voluntad manifestada.
- Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

En cuanto a las formalidades relativas, el art. 699 CC nos dice que todas ellas se practicarán en un solo acto que dará comienzo con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero. De esta manera, se consagra el principio de unidad de acto. Si el testamento abierto se declara nulo por inobservancia de las solemnidades exigidas, el Notario puede incurrir en responsabilidad.

3.4 EL TESTAMENTO CERRADO.

Al testamento cerrado se dedican los arts. 680 CC y 706 a 715.

El art. 680 CC contiene la definición de este tipo de testamento, diciendo que se trata de aquel testamento que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se haya contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto. Este testamento se caracteriza por la certeza de su otorgamiento y el secreto de su contenido. Y esto es hasta tal punto que, una vez otorgado el testamento, el mismo no puede ser extraído del pliego en que se contiene, ni siquiera por el testador.

En cuanto a su preparación, el legislador exige que el mismo sea escrito en todo caso, ya sea de puño y letra del testador o mediante la utilización de cualquier otro medio mecánico. En el primer caso, la firma se establece al final, y en el segundo deberá hacerlo en todas las hojas y al pie del testamento como también en el caso de que no pudiendo o no sabiendo firmar lo haga un tercero expresando la causa de la imposibilidad y salvando, en todo caso, las enmiendas y tachaduras. (art. 706 CC).

Cuando el testamento está escrito ya por el testador, se entra en la fase de otorgamiento propiamente dicha, fase en la que el testamento deberá cerrarse, introduciéndose, como ya se ha dicho, en cubierta cerrada y sellada, ante todo en el momento de presentarlo al Notario. En uno u otro caso el testador manifestará por sí o por intérprete que su testamento se encuentra en cubierta o pliego, especificando si el mismo se encuentra escrito a mano o por cualquier otro medio mecánico, por el mismo o por otro.⁹

Por otro lado, según el art. 708 CC no pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Con esta norma se pretende evitar fraudes que podrían producirse al no ser posible que el testador compruebe por sí mismo el contenido del testamento, así como que el escrito que se introduce en la cubierta o pliego es efectivamente su testamento.

⁹ SANMARTÍN ESCRICHE, F., LACALLE SERER, E., URTASUN APARICIO, C., "Sucesiones y herencias", 1ª ed., Cap. II., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008., pp. 63.

En cuanto a las personas con discapacidad visual o que no puedan expresarse verbalmente, pero si escribir, pueden otorgar testamento cerrado utilizando los medios necesarios que les permitan escribirlo y leerlo, atendiendo a los requisitos establecidos en el art. 709 CC.

Existen una serie de formalidades que deben tenerse en cuenta a la hora de otorgar testamento, reguladas en el art. 707 CC:

- a) Introducción del pliego que contenga el testamento en cubierta cerrada y sellada de forma que no se pueda extraer de ella sin romperla.
- b) Comparecencia del testador ante Notario y, en su caso, dos testigos idóneos.
- c) El testador manifestará por sí mismo, o si estamos en el caso del art. 684 CC, por medio de intérprete, en presencia del Notario, que el pliego presentado contiene su testamento. Deberá expresar si lo ha escrito y firmado él o si lo ha hecho una mano ajena o por un medio mecánico y si está firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.
- d) Extensión del acta notarial de otorgamiento.
- e) Lectura, conformidad y firma del acta.

Una vez que el testamento cerrado se ha autorizado, el art. 710 CC dice que el Notario lo entregará al testador una vez haya puesto en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento.

En cuanto a la conservación del testamento cerrado, el art. 711 CC menciona que el testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado o encomendárselo a alguien de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su poder. En los dos primeros casos, es suficiente con que la persona que lo tenga en su poder lo guarde de manera adecuada. En el último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, ya sea al margen o a continuación de la copia del acta del otorgamiento, que el testamento lo tiene él en su poder.

En caso de estar en los dos primeros casos, los arts. 712 y 713 CC regulan la obligación de presentar el testamento cerrado ante el Notario competente, una vez fallecido el testador, y la responsabilidad en la que puede incurrir el tenedor

en determinadas circunstancias. En cuanto a la apertura y protocolización del testamento cerrado una vez ha llegado el momento de abrirse, hay que remitirse a la legislación notarial (arts. 57 a 60 LN).

El art. 715 CC señala que será nulo el testamento cerrado para cuyo otorgamiento no se hayan seguido las solemnidades necesarias. Nos habla también de la responsabilidad por daños y perjuicios del Notario que lo autorice, si la falta surge de su negligencia o ignorancia para las que no hay excusas. Además, plantea una peculiaridad: la posibilidad de que el testamento cerrado se transforme en ológrafo, si todo el estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este tipo de testamento, reguladas en el art. 688 CC. En este caso, estaríamos ante una conversión formal y no material, ya que se sigue manteniendo el negocio, pero con otra forma.

3.5 EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Frente a los testamentos notariales (el abierto y el cerrado), que se pueden otorgar a partir de los catorce años, nos encontramos con el testamento ológrafo, el cual exige para su otorgamiento ser mayor de edad.

En el art. 678 CC encontramos la definición de esta forma de testar diciendo que el testamento ológrafo es aquel que es escrito por el testador en la forma y con los requisitos establecidos en el art. 688 CC. Estos requisitos son los siguientes:

- Sólo lo podrán otorgar personas mayores de edad.
- Para que sea válido, el mismo debe estar escrito y firmado todo él por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Se trata de un requisito *ad solemnitatem* que determina el momento de su otorgamiento, lo que permite conocer si existe otro posterior que lo revoque.
- Si, a lo largo del testamento, se emplean palabras tachadas, enmendadas o entre reglones, las salvará el testador bajo su firma.
- Además, los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Si se cumplen estos requisitos, el testamento será completamente válido. No obstante, una vez fallecido el testador, se deben cumplir una serie de formalidades en orden a ejecutar el contenido testamentario. Estas se encuentran reguladas en los arts. 689 a 693 CC y.

La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. El incumplimiento de este deber le hará responsable de los daños y perjuicios que haya causado. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto (art. 690 CC).

La adverbación supone que, una vez fallecido el otorgante, se debe comprobar la autenticidad del testamento. Para esto, el art. 689 CC establece que el testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante Notario. Este último extenderá el acta de protocolización de conformidad con la legislación notarial.

Una vez adverbado el testamento, es decir, acreditada su autenticidad por parte del Notario, se procede a su protocolización:

- 1) Si el Notario considera que la autenticidad del testamento es justificada, se autoriza el acta de protocolización y se expide copia de la misma a los interesados que así la soliciten.
- 2) Si, por el contrario, el Notario no autoriza la protocolización del testamento por considerar que no ha quedado probada su autenticidad suficientemente, los interesados podrán ejercer sus derechos en el juicio que corresponda (art. 693.3 CC).

En su caso, el Notario deberá enviar al Registro General de Actos de Última Voluntad copia del acta de protocolización del testamento ológrafo.

4. DISCAPACIDAD Y TESTAMENTO DESPUÉS DE LA LEY 8/2021.

Por regla general, todas las personas son capaces y cuentan con las habilidades suficientes para gobernarse a sí mismos; sin embargo, hay ocasiones en las que es necesario incapacitar a determinadas personas por sus circunstancias personales, modificando de esta manera su capacidad de obrar. Esta situación se da cuando una persona no es capaz de actuar por sí sola y, por lo tanto, no puede prestar su consentimiento.

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación y, se pone énfasis sobre todo en la ejercida a causa de discapacidad.

Desde esta perspectiva, es importante también mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), realizada en Nueva York en diciembre del 2006, según la cual se debe reconocer a las personas con discapacidad una capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Es por esto que, en materia testamentaria, la capacidad para otorgar testamento alcanza a todas las personas independientemente de encontrarse en situación de discapacidad o no. ¹⁰

Así, La SAP de Badajoz de 14 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 284007) se pronuncia con una interpretación conforme a la CDPD y declara que “la privación anticipada de la facultad de testar es incompatible con la Convención de Nueva York”.

Anterior a la reforma se decía que en nuestro Ordenamiento jurídico existía una presunción de capacidad de toda persona mayor de edad que sólo podía ser destruida a través de un procedimiento judicial, en el que se constatase la necesidad de protección y donde la discapacidad por sí misma no es relevante y, por tanto, sólo si constituía una discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica. ¹¹

¹⁰ JATO 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.

¹¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Estudios de Derecho de Sucesiones *Liber Amicorum T.F. Torres García*”, 1ª ed., DOMINGUEZ LUELMO, A. Y GARCÍA RUBIO. M.P., (DIRS.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 620.

4.1 ELIMINACIÓN DEL CONCEPTO DE “CABAL JUICIO”.

Anterior a la reforma de la Ley 8/2021, la regulación prohibía que una persona pudiera testar si no se encontraba en su cabal juicio. Así, el art. 663 CC dice que: “Están incapacitados para testar: 2º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Ya no se habla de incapacidades, sino de medidas de apoyo.

Vamos a analizar este precepto, anterior a la reforma, para poder entender la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de todos y la posibilidad de que todas las personas puedan realizar testamento.

Con anterioridad a la reforma se afirmaba que toda persona que fuera a otorgar testamento, debía estar en su cabal juicio. El testamento que se hubiera hecho anterior a la falta de cabal juicio sería válido, y así nos lo expresa el actual art. 664 CC: “El testamento hecho antes de la enajenación mental es perfectamente válido”.

Por lo tanto, lo que debe interesar es el momento de testar, de tal forma que, si en este momento, la persona no se encuentra en su cabal juicio, el testamento deberá declararse nulo.

El concepto de cabal juicio es muy amplio, por lo que abarcaba una gran cantidad de situaciones, sin embargo, ha sido concretada por la jurisprudencia como la existencia de algún tipo de alteración psíquica que impide al testador entender y querer lo que está realizando al ordenar el destino de sus bienes. Esta alteración psíquica puede devenir de una enfermedad mental, siendo habituales en la jurisprudencia, por ejemplo, los casos de demencias graves en los ancianos. Esto se debe a que en la etapa final de la vida es habitual tomar decisiones sobre el testamento, modificando el ya realizado o incluso redactándolo por primera vez en esta etapa, cuando la persona ve próximo su fallecimiento.¹²

¹² AVQ LEGAL, “La incapacidad del testador como motivo de nulidad del testamento” <https://www.avqlegal.com/la-incapacidad-del-testador-como-motivo-de-nulidad-del-testamento/#:~:text=La%20falta%20de%20cabal%20juicio,el%20destino%20de%20sus%20bienes.>

El código Civil da un papel muy importante en este asunto al Notario, que es quien tiene que realizar un juicio de capacidad al testador, el cual se puede destruir mediante prueba en contrario.

De este modo, podrá destruirse la capacidad del testador con evidentes y concretas pruebas convincentes, sobre todo médicas y testificales, que permitan demostrar que en el momento en el que firmó el testamento, esa persona no gozaba de la capacidad necesaria para testar a causa de la existencia de enfermedad mental degenerativa o psíquica.¹³

Sin embargo, es posible que una persona que habitualmente no se encuentre en su cabal juicio, en el momento de otorgar testamento sí que tenga un intervalo lúcido y, por lo tanto, sería válido su testamento. Por intervalo lúcido entendemos aquel estado en el cual un enfermo mental recobra transitoria y completamente sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado.¹⁴

Así, hay que diferenciar entre ausencia de cabal juicio habitual o accidental de forma que, aunque la persona de normal no sufra ninguna alteración en su capacidad, pueda tener episodios en los que si se vea afectado su cabal juicio y esto es lo que se deberá determinar en el momento de otorgar testamento.

Hoy en día, la doctrina ya no hace referencia a la expresión “cabal juicio”, sino que se hace referencia a personas que no pueden mostrar su voluntad en determinados momentos. Hay que atender a lo que diga el Notario en el momento de otorgar testamento por la persona del testador sobre la posibilidad de este de expresar su voluntad, aunque se necesite la ayuda de medios o apoyo para ello.

De esta manera, pasamos de un concepto muy amplio como es “cabal juicio” a un concepto más reducido y con mayor facilidad para poder realizar testamento y expresar su última voluntad.

¹³ SUREDA DÍEZ, P., “La falta de capacidad del testador y la nulidad del testamento”, Illeslex Abogados, febrero, 2023. <https://www.illeslex.com/es/testador-nulidad-testamento/>

¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P., “Incapacidad de testar del que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, Revista de Derecho Privado, n.º 50, marzo, 1963, pp. 247-261.

4.2 INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE ANTERIOR A LA REFORMA.

La incapacitación es una medida judicial que desapareció tras la reforma de la Ley 8/2021. Como se ha comentado anteriormente, esta reforma legal se debe a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en diciembre de 2006, que establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Hasta este momento, la incapacitación suponía que el juez competente limitaba la capacidad de obrar de una persona con discapacidad, total o parcialmente, y se le nombraba a esa persona un tutor para actuar en el tráfico jurídico, que podía ser persona física o jurídica.

Una persona es absolutamente incapaz para obrar por sí misma en los asuntos que afecten su persona o sus bienes si se dan las siguientes situaciones: La persona tiene disminuidas o afectadas de forma permanente o significativa sus destrezas cognoscitivas o emocionales por lo que le imposibilita reconocer el alcance de sus actos; o cuando la persona padece de una condición física o mental que no le permite cuidar sus asuntos o bienes de manera adecuada. Los actos que lleve a cabo una persona que es absolutamente incapaz serán únicamente válidos si se encontraba en un estado lúcido y esto se puede probar.

Por el contrario, Una persona podrá encontrarse incapacitada parcialmente si su capacidad para actuar por sí misma en asuntos personales o de bienes se encuentra afectada. Según establecía la ley, podían estar incapacitadas parcialmente, entre otras, las siguientes personas: una persona menor no emancipada; persona con discapacidad mental moderada con una vida independiente; persona que demuestra menosprecio por su patrimonio.

Es por esto que la figura del Notario cobra una gran importancia, ya que debía designar dos facultativos que previamente reconocieran al testador dicha capacidad, que se configura como un requisito *ad solemnitatem*.¹⁵

Del art. 664 CC podemos concluir que el testamento que se haya hecho antes de la declaración judicial de incapacitación va a ser válido. De aquí podemos concluir varias cosas: en primer lugar, no es necesaria esta declaración para que el presunto incapaz no tenga permitido otorgar el testamento. En segundo lugar, no es correcto pensar que la declaración de incapacitación tiene carácter concluyente, es decir, que bajo ninguna circunstancia el que se encuentre afectado por la declaración judicial de incapacitación no podrá otorgar testamento. La imposición absoluta de la incapacitación para testar a través de una declaración previa solo puede llevarse a cabo cuando en la sentencia se incluya dicha incapacitación de manera expresa.

Para saber si una persona es capaz o no para otorgar testamento, hay que atender a la situación en la que se encuentre en el momento de ese otorgamiento. Hay una serie de supuestos en los que no podrá otorgarlo: cuando el testador sea declarado incapaz tras haber otorgado el testamento; que el testador sea declarado incapaz mediante sentencia firme, en la cual se incluya un pronunciamiento expreso acerca de su incapacitación para testar.¹⁶ También el caso en que el testador sea declarado incapaz mediante sentencia firme, pero dicha sentencia no incluya un reconocimiento expreso de la ausencia de la capacidad para testar.

Si la privación de la capacidad testamentaria en la sentencia de incapacitación no protege la persona o el patrimonio del incapacitado, se podría pensar que lo que se pretende es garantizar que el testamento otorgado lo ha sido con el suficiente entendimiento y voluntad, evitando que se le pueda captar la voluntad o viciarla con dolo, intimidación, o violencia, o incluso que las personas que se

¹⁵ MONTSERRAT PEREÑA, V.: “Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad”, Marcials Pons, 2021, Madrid.

¹⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Tratado de Derecho de Sucesiones”, Tomo I, Civitas, Barcelona, 2017, pp. 417.

ocuparan de su guarda pudieran aprovecharse ilícitamente de la situación de dependencia que pudiera tener el incapacitado respecto de ellas.¹⁷

Sin embargo, con la reforma de la Ley 8/2021, se elimina la incapacitación judicial y, con ella, la figura de la tutela para las personas con discapacidad. Actualmente existen las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.¹⁸

4.3 TIPOS DE DISCAPACIDAD.

Hay que tener en cuenta que cada persona tiene unas capacidades y habilidades distintas a las de los demás. Sin embargo, existen una serie de capacidades o habilidades que, siendo comunes a todos, hay ciertas personas que no las poseen, siendo personas con alguna discapacidad.

La persona con discapacidad es aquella que precisa de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, la única discapacidad que será relevante desde el punto de vista del otorgamiento notarial será la de tipo psíquico, no físico, aunque más adelante sí que haremos un breve apunte sobre este tipo de discapacidad.

Sin embargo, cuando la ley habla de medidas de apoyo para la persona con discapacidad para poder ejercer su capacidad jurídica, se refiere a la discapacidad psíquica y no física, sin perjuicio de que las personas con discapacidad física necesiten de apoyos o ayudas para tener una vida digna y para proporcionarle los medios necesarios a la hora de hacer el testamento.

Históricamente se entendía que, según el grado de discapacidad, era necesario que las decisiones jurídicas y, sobre todo, las que afectaban a su patrimonio, fueran tomadas por otra persona que asistía a la persona con discapacidad, cuando la enfermedad mental era leve, o lo sustituía en casos más severos.

La Convención de Nueva York cambia radicalmente la perspectiva y no considera la discapacidad como una enfermedad, sino simplemente como

¹⁷ GÓMEZ LAPLAZA, M.C. Y DÍAZ ALABART, S., “Estudios de Derecho de Sucesiones *Liber Amicorum T.F. Torres García*”, 1ª ed., DOMINGUEZ LUELMO, A. Y GARCÍA RUBIO, M.P., (DIRS.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 543.

¹⁸ SIMARRO Y GARCÍA ABOGADOS, “La incapacitación judicial en España tras la reforma legal”, septiembre, 2023. <https://simarroabogados.com/blog/incapacitacion-judicial/>

interacción entre una circunstancia personal de una persona y factores del entorno que dan lugar conjuntamente a la discapacidad y afectan a la participación de ese individuo en la sociedad.¹⁹ de esta forma, la Convención pretende garantizar la inclusión de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 define en su Preámbulo el concepto de capacidad jurídica como “aquella que abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”. Lo que se pretende es respetar al máximo la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y cuando dicha persona no pueda ejercitar adecuadamente su capacidad jurídica, se trata de proporcionarle ayuda, para con su consentimiento, según su proyecto vital, poder ejercitar dicha capacidad.

Con todo esto, podemos diferenciar tres grandes grupos de discapacidad:

- 1) Sensorial: es aquella que afecta a uno o varios de los 5 sentidos, siendo las más reconocidas la discapacidad visual, la cual afecta a la capacidad de ver, y la discapacidad auditiva, que afecta a la capacidad de oír, lo que en la gran mayoría de casos suele afectar también a la capacidad del lenguaje y al habla. La persona que padece este tipo de discapacidad, recoge menos información del entorno que la rodea.
- 2) Física: La discapacidad física o motora es aquella en la cual hay una disminución total o parcial de la movilidad en uno o más miembros del cuerpo. Esto se traduce en la dificultad o el impedimento para realizar las actividades que requieran capacidades motrices. Esta condición puede ser permanente o transitoria.
- 3) Intelectual: Otro de los tipos de discapacidad es la intelectual. Tiene lugar cuando una persona presenta dificultades o limitaciones en las habilidades cognitivas. Estas comprenden el procesamiento de la información, la percepción, la memoria, la atención, la resolución de problemas, etc.

¹⁹ BUENO BIOT, A., CHAPARRO MATAMOROS, P., Y DE VERDE Y BEAMONTE, J.R., “La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31.

Es muy frecuente que las personas que padecen este tipo de discapacidad también tengan dificultades para vivir y trabajar en comunidad. Hay diferentes grados de severidad de la limitación; esta puede ser leve, moderada, grave o profunda.

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 testamentario.²⁰

4.4 DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIGUIENDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El propósito de la CDPD es, según establece su art. 1, el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas que padecen una discapacidad física o psíquica, así como el de promover el respeto de su dignidad. A tales efectos, la CDPD introduce importantes novedades en el tratamiento jurídico de la discapacidad y exige a los Estados Parte que, en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos contra las personas con discapacidad.²¹

Siguiendo este nuevo enfoque de la discapacidad, la Convención establece en su art. 3 los principios fundamentales que, pueden agruparse de la siguiente manera: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual y la independencia de las personas; la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la igualdad entre el hombre y la mujer; la participación y la inclusión; el respeto por la diferencia y la aceptación de la diversidad humana; la

²⁰ 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, pp. 23.

²¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., CAYO PÉREZ BUENO, L. Y DE LORENZO GARCÍA, R., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 1ª ed., Aranzadi, 2021, pp. 101.

accesibilidad, y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Según el nuevo modelo, la persona con discapacidad es plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y el apoyo sólo sirve para ayudarle a superar las barreras que le impiden la plena inclusión social.²²

El derecho a ejercer la capacidad jurídica no es únicamente un derecho subjetivo que la persona tiene *erga omnes*, sino un derecho humano.

De acuerdo con esto, el artículo 12 CDPD reconoce plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, puedan necesitar apoyo en el ejercicio de dicha capacidad.²³

Las personas con discapacidad son personas que no tienen limitada su capacidad de obrar y que, para garantizar su seguridad y que puedan ejercer libre y eficazmente sus derechos, los Estados, como ya se ha mencionado, establecerán sistemas de apoyo en esta dirección.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre muestra cómo la Ley 8/2021, reforma el tratamiento conocido hasta el momento sobre la capacidad de las personas y suprime la declaración de incapacidad sustituyéndola por la provisión de determinados medios para que la persona con discapacidad ejerza su capacidad jurídica igual que los demás sujetos.²⁴

4.5 MEDIDAS DE APOYO INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021.

Como consecuencia de este nuevo enfoque se establece una regulación sobre las medidas de apoyo que deben proporcionarse a la persona con discapacidad que precisa ayuda para ejercitar su capacidad jurídica. De esta forma, se elimina la tutela como la principal institución de protección que se designaba a la persona incapacitada o con la capacidad modificada judicialmente.²⁵

²² BUENO BIOT, A., y otros, Op. Cit, pp. 33.

²³ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., y otros, Op. cit., pp. 102.

²⁴ STS, Sala de lo Civil, del 8 de septiembre de 2021 (núm. 589/2021). ECLI:ES:TS:2021:589

²⁵ ALVENTOSA DEL RIO, J., "La curatela tras la Ley 8/2021", 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 98.

La capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de poder realizar actos jurídicos que tengan gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia tiene que ser tratada de acuerdo a las nuevas circunstancias.

Tal y como dice el notario GOMÁ, “Las medidas de apoyo se podrían definir en mi opinión como personas ayudando a otra persona a conformar y expresar su voluntad jurídica, en primer lugar y a cumplir su voluntad y deseos expresados de una determinada manera, en segundo lugar.

Finalmente, de manera excepcional, podrían representar a esa persona si no puede ejercer su capacidad jurídica.”²⁶

Si bien la reforma operada por la Ley 8/2021 se dirige fundamentalmente a las personas con discapacidad cognitiva o intelectual, alcanza también a las personas que presentan ciertas discapacidades sensoriales, a las que se imponían ciertas restricciones en sede testamentaria que les impedían ejercitar sus derechos en las mismas condiciones que a los demás testadores.²⁷

El art. 663 CC nos dice que se prohíbe otorgar testamento a “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios u apoyos para ello”.

De acuerdo con este artículo, la norma ahora se centra en la persona y no en su condición. El notario, a la hora de querer realizar el testador su testamento, no debe evaluar si el mismo está en su “cabal juicio”, sino que, de acuerdo a su criterio, deberá comprobar que el testador puede conformar y expresar su voluntad.

Por otra parte, el art. 665 CC establece que “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su

²⁶ GOMÁ, F., “Nueve cuestiones prácticas notariales sobre la Ley 8/2021 de personas con discapacidad”, Notarios y Registradores, Madrid, septiembre de 2023.

²⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”, PEREÑA VICENTE, M., Y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., (DIR), 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 522.

comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Por lo tanto, podemos concluir que se prescinde del aspecto médico como elemento determinante de la capacidad de discernimiento del testador.

Cabe mencionar la SAP de Cantabria 375/2021 de 23 de septiembre, que establece que: “Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el artículo 250 CC, la reforma introduce las medidas voluntarias de auto organización, medidas judiciales o de hetero-regulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho.”

4.5.1 Discapacidad física y sensorial.

La discapacidad física que está relacionada con la movilidad no se encuentra regulada en el CC, lo cual es lógico ya que para que estas personas puedan otorgar testamento, sería únicamente necesario que el Notario competente establezca en su Notaría el acceso adecuado para estas personas y, en los casos en los que no puedan desplazarse, se prevé la posibilidad de que sea el Notario quien se desplace hasta el lugar donde se encuentra la persona con dificultad de movilidad.

En cuanto al testamento cerrado, no hay ningún problema en que las personas con discapacidad física puedan otorgar este tipo de testamentos.

En los testamentos ológrafos no interviene el Notario y la identificación del testador se da después de su muerte a través de su caligrafía y firma, por lo que tampoco habría ningún problema en que pudieran expresar su última voluntad a través de este tipo de testamento siempre que se tenga la posibilidad de autografía requerido.

Es habitual que, a lo largo del testamento, la persona que lo esté realizando tenga que realizar determinados actos tales como escribir, hablar o firmar. Sin embargo, hay ocasiones en las que ciertas personas no pueden llevar a cabo estos actos, pero no por ello se les debe considerar incapaces para otorgar testamento.

La discapacidad sensorial se considera objeto de protección, no porque estas personas sean consideradas en absoluto incapaces para otorgar un testamento, sino porque se entiende que precisan de ciertos apoyos personales consistentes en la presencia de dos testigos idóneos en el momento del otorgamiento.²⁸ Se trata de una formalidad necesaria, pero nunca un complemento de la capacidad del testador.

La persona que no ve o no oye puede ser más vulnerable a la hora de otorgar testamento, ya que el Notario puede redactar un testamento que no sea acorde con la última voluntad de estas personas con dificultades. Por esto, el art. 695 CC establece la necesidad de utilizar medios técnicos, materiales o humanos para asegurar que el testamento recoge de manera pulcra la voluntad del testador cuando este tenga alguna dificultad para ver o para oír.

Estas dificultades suelen salvarse a través de medios materiales, es decir, como ya se ha mencionado antes y, de acuerdo al art. 697 CC, se nombrará a dos testigos idóneos cuando el testador presente alguna dificultad para otorgar testamento por sí solo: “Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.” Dichos testigos tienen la función de comprobar que la voluntad de la persona coincide con lo enunciado en el texto del testamento.

Con esto, se suprime la discriminación que sufrían las personas con discapacidad con anterioridad a la reforma de la Ley 8/2021.

Así, se permite también a estas personas la posibilidad de realizar testamento cerrado, según establece el art. 708 CC, siempre que se utilicen medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, y siempre que se cumpla con los demás requisitos. Con esta nueva redacción se suprime también la redacción anterior que prohibía a estas personas realizar el mismo y, se amplía la posibilidad para estas personas de elegir la forma en la que quieran expresar su última voluntad.

Por lo tanto, se entiende que las personas que tienen estas dificultades pueden otorgar testamento por sí solos y que solo se necesitarán los dos testigos que

²⁸ DE BARRÓN, P., “Personas con discapacidad y libertad para testar”, Actualidad jurídica Iberoamericana, Nº 12, 2020, pp. 456.

enuncia el art. 697 CC cuando el testador que tiene una discapacidad visual no conoce el sistema Braille, de tal forma que el Notario no pueda comunicarse con el mismo y tengan que intervenir estos testigos. Esto mismo pasa con quienes tienen una discapacidad auditiva y no saben o no pueden leer y no conocen el sistema de signos, no pudiendo el Notario comunicarse con este y requiriendo la presencia de un intérprete. En el caso de una persona que esté sorda, puede ser necesaria la intervención de un intérprete que conozca la lengua de signos cuando el notario no lo haga. No obstante, dicho intérprete no podrá ser considerado imprescindible siempre que haya otros medios disponibles. Podemos deducir esto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de junio de 2018.²⁹

Por último, hay controversia de si se debe aceptar que una persona con discapacidad visual pueda realizar testamento ológrafo, ya que la forma de hacer testamento en estos casos es a través del sistema Braille. Sin embargo, si la persona con discapacidad visual puede escribir y firmar el documento, si que pueden hacer testamento ológrafo. Quienes tengan una discapacidad auditiva también podrá hacer testamento ológrafo, ya que se entiende que no tienen problemas para escribir y firmar el testamento.

Los avances tecnológicos y las modificaciones legales que reconocen la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas con discapacidad visual y auditiva, garantizan que el otorgamiento de testamentos sea una expresión real de su voluntad.

Esto hace posible que estas personas en situación de discapacidad puedan otorgar testamento sin restricciones. Estos avances suponen un importante paso hacia la igualdad de condiciones, así como la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito jurídico.

4.5.2 Discapacidad intelectual.

²⁹Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia num. 2563/2018, de 25 de junio [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ECLI:ES:APV:2018:2563].

Con la reforma de la Ley 8/2021 se ha querido conceder a todas las personas capacidad para otorgar testamento en las mismas condiciones, sin que se las discrimine por tener algún tipo de discapacidad. De esta forma, el Notario debe ser la única persona que valore la posibilidad del testador de hacer testamento.

Así, el art. 663 CC establece que “No pueden testar: la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Antes de la reforma se impedía otorgar testamento a quien no se hallara en su “cabal juicio”, sin embargo, ahora se hace alusión a la capacidad del testador en el momento de otorgar testamento ni siquiera con la ayuda de medios para ello.

Antes de la reforma, era el Notario quien debía decidir si el otorgante podía o no podía otorgar testamento, pero si el Notario tenía alguna duda sobre la capacidad o no del testador, tenía que designar a dos facultativos para que decidieran sobre la capacidad o no del otorgante. El Notario podía no realizar el testamento de la persona si estos dos facultativos consideraban que no tenía capacidad para otorgarlo.

Actualmente, es únicamente el Notario quien debe designar si el testador tiene la suficiente capacidad para hacer testamento en el momento del otorgamiento, por lo que la intervención de los dos facultativos ya no es necesaria. El Notario puede contar con medios de apoyo para decidir si el otorgante puede o no hacer testamento. Así, no existe una previa inhabilitación judicial antes de testar.

De esta forma, se aprecia que el Notario ha pasado a tener un papel fundamental a la hora de otorgar testamento una persona con discapacidad intelectual, prevaleciendo su decisión frente a declaraciones judiciales sobre la capacidad jurídica para otorgar testamento.

El notario debe asegurarse de que a su juicio el testador tiene la capacidad legal necesaria para ello dando fe de tal circunstancia. El juicio de capacidad que emite el notario, vale como presunción *iuris tantum*, de manera que quien alegue lo contrario tendrá que demostrarlo.³⁰

³⁰ CORVO LÓPEZ, F.M., “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, Revista de Derecho Civil, 2019, pp. 140.

El testador debe tener lo que la Ley llama capacidad natural, es decir, el testador debe tener la inteligencia suficiente para querer y entender precisamente las disposiciones que establece y para apreciar los motivos que tiene para hacerlas.

Hay que destacar que el papel del Notario es crucial en el caso de los testamentos abiertos, pero en cuanto a los testamentos cerrado y ológrafo, no han cambiado los requisitos para otorgar testamento.

Para asegurar la libertad del testador y evitar influencias a la hora de otorgar testamento, no se permite realizar testamento cerrado a personas que no sepan o no puedan leer o escribir.

La Ley exige que la persona, en el momento de otorgar testamento, pueda conformar y expresar su última voluntad, lo cual va a ser muy difícil de determinar en el caso del testamento ológrafo. Para apreciar esta capacidad, 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 quien determinará si el testador estaba finalmente capacitado o no en el momento de otorgar testamento.³¹

Lo lógico sería pensar que a las personas con discapacidad intelectual se les permita únicamente realizar testamento notarial abierto, ya que el Notario es quien debe estudiar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento.

5. MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO.

Según el art. 1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. En concreto, en el Derecho de Sucesiones, el acto jurídico al que el Notario debe dar fe es el del otorgamiento del testamento.

La intervención del Notario en el acto del otorgamiento representa una de las medidas más importantes para tratar de asegurar que el testador tiene en el momento de otorgar su testamento la capacidad necesaria para que este sea

³¹ ESPINO BERMEJIL, C.: El testamento ológrafo, la importancia de la escritura y firma del testador. El cotejo pericial de letras (prueba caligráfica), tesis doctoral, Córdoba 2016, pp. 105 y ss.

válido.³² En este sentido, señala la doctrina que la intervención del Notario en el juicio de capacidad cumple varios fines garantistas, pues está destinada a asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto.

El art. 25.4 LN establece, por su parte, que “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 comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”. No se habla de medidas de apoyo, sino de apoyos, instrumentos y ajustes razonables, haciendo referencia tanto a la persona con discapacidad psíquica como física.

En el Código Civil se establece la obligación del Notario en relación con la capacidad del testador. En primer lugar, nos encontramos con el art. 685 CC, el cual dice que “deberá el Notario asegurarse que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.” El Notario debe actuar con la diligencia necesaria para tratar de asegurar de que el testador tiene las condiciones legales necesarias para realizar el testamento. Como complemento a este precepto, tenemos el art. 696 CC que se refiere al testamento abierto, y el art. 707.4 CC, el cual hace referencia al testamento cerrado.

En lo que se refiere al contenido de la obligación, en cuanto a la apreciación de la capacidad del testador, el Notario tiene dos deberes. Por un lado, tiene un deber material, el de asegurarse de la capacidad del otorgante en el momento de testar (juicio de capacidad, el cual se define, según PÉREZ GALLARDO, 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 desea)³³. Por otro lado, tiene también un deber formal,

³² MESA MARRERO, C., La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 81-82.

³³ PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas”, Revista de Derecho, N°17, 2014, pp. 153 y ss.

relacionado con el juicio de capacidad, que consiste en hacer constar en el propio testamento que, a su juicio, el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, tal y como establece el art. 696 CC.

No se exige “probar la capacidad de la persona, como exigía la redacción anterior del precepto, sino que debe, según su propio criterio, constatar que la persona está en condiciones de conformar o expresar su voluntad. Dicha valoración la realiza únicamente el Notario, pues se ha suprimido la presencia de los dos facultativos para determinar la capacidad del otorgante, que exigía la anterior redacción del precepto. Sin embargo, se ha señalado por la doctrina que, aunque no es preciso llamar a dichos facultativos, el Notario puede solicitar su dictamen si tiene dudas de la capacidad del testador”.³⁴

En cuanto a la obligación del Notario, la STS 19 de septiembre de 1998³⁵ que “no se limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo de la legalidad, le impone los asesoramientos precisos que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad”.

En la redacción actual del art. 665 CC se regula que “la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. 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”.

³⁴ ALVENTOSA DEL RIO, J., “Reformas en Derecho de Sucesiones”, en AA.VV.: “La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021”, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 466.

³⁵STS 19-09-1998 (ROJ: 5223/1998).

Esta previsión, relativa al testamento de la persona con discapacidad, es aplicable con carácter general a todo otorgamiento. Se trata de una función impuesta por la condición de los Notarios de apoyo institucional.

Además, este precepto establece que será el Notario el encargado de determinar la posibilidad de testar o no de la persona. El precepto se refiere al momento temporal en el que se debe expresar la voluntad de la persona para otorgar testamento válido, que se concreta en el momento de testar. Por lo tanto, la valoración de capacidad del testador se referirá a ese momento y no a otro.³⁶

Así, el art. 696 CC mantiene el juicio de capacidad emitido por el Notario, que deberá relacionarse con las medidas de apoyo a la hora de otorgar testamento, no siendo la finalidad de estas ayudar a la persona con discapacidad a otorgar testamento, ya que el testamento es personalísimo y debe ser la expresión de voluntad libre de quien ha de testar.

A tenor de lo establecido en el Código Civil podemos sostener que, en principio, toda persona se encontrará facultada para poder testar, siempre que no se encuentre prohibido de manera expresa.³⁷

De acuerdo a lo dispuesto en la CIRCULAR INFORMATIVA 3/2021 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, DE 27 DE SEPTIEMBRE, SOBRE EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “a la luz de la nueva legalidad hay que extraer dos consecuencias importantes:

a) La primera es que el juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento.

b) La segunda, que ese juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario, que no es ni puede ser un mero

³⁶PLANAS BALLVÉ, M., “Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. Y GARCÍA MAYO, M., (DIRS.), Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 655-668.

³⁷ MONCADA FERNÁNDEZ, I., (2024), “INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TESTAMENTO Y LAS INCAPACIDADES RELATIVAS” (Trabajo de Fin de Master, Universidad de la Coruña), Repositorio Universidade Coruña.

espectador.”³⁸

Esta circular que acabamos de mencionar, hace referencia a una serie de posibles actuaciones notariales para tener en cuenta la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, y propone que se levante un acta anterior al otorgamiento, en la que se reflejen los posibles informes sociales o documentos complementarios y la ayuda de las personas que presten su apoyo para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. De esta manera, también se pretende que el notario refleje, en su caso, en la correspondiente acta su colaboración o apoyo que ha servido para que la persona con discapacidad pueda tomar sus propias decisiones.

Dicha acta será un complemento en muchas ocasiones, y en alguna lo será imprescindible, para hacer constar de manera correcta y veraz todo lo que tenga que ver con el otorgamiento.

En cuanto al juicio de capacidad que debe realizar el Notario, es el mismo quien debe enjuiciar no la patología que sufre el sujeto sino si ella le priva de aptitud de autogobierno según un patrón social de normalidad, tratando de indagar si entiende y quiere estar y pasar por las resultas del documento que suscribe, en este caso el testamento. Se trata de un juicio formulado en base a sus propias percepciones, sin exigir ninguna investigación. Lo que efectúa el Notario es una apreciación o juicio sobre la capacidad del testador.³⁹

Como ya se ha comentado, el momento clave para apreciar la capacidad del testador es el de su otorgamiento, como indica el art. 666 CC. De esto, se puede concluir que el Notario autorizante:

- 1) Adquiere un gran protagonismo por lo que se convierte en el instrumento fundamental para valorar esta capacidad.

³⁸ CIRCULAR INFORMATIVA 3/2021 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, DE 27 DE SEPTIEMBRE, SOBRE EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

³⁹ RODRÍGUEZ CATIVIELA, E.J., “El testamento de los in(dis)capacitados”, Notario del siglo XXI, mayo-junio 2024.

- 2) En segundo lugar, la capacidad del testador en el momento de otorgar y, por lo tanto, el juicio notarial, prevalece frente a declaraciones judiciales de incapacitación o modificación judicial de capacidad.

6. IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DEL TESTAMENTO.

Para que un testamento se declare nulo, el mismo tiene que no respetar los requisitos que la Ley exige. Como ya se ha mencionado, uno de los requisitos necesarios para otorgar testamento es la capacidad del otorgante a la hora de testar, por lo que su ausencia supone la ineficacia del testamento, aunque el mismo se otorgara con anterioridad. Esta ineficacia puede afectar a todo el testamento o solo a determinadas disposiciones testamentarias, de tal forma que estaríamos hablando de ineficacia parcial.

La ineficacia es total si el testamento se otorga sin observar los requisitos legalmente establecidos, de manera que el defecto se ha producido en el momento en el que se hubiera otorgado el testamento.

Será parcial la ineficacia si afecta a una o algunas de las disposiciones testamentarias concretas, pero no al acto de otorgamiento.

Pueden destacarse tres causas por las que declarar ineficaz o impugnar un testamento:

- 1) Que el testador no tiene, en el momento de otorgar testamento, capacidad suficiente.
- 2) No se han cumplido todas las formalidades que la ley exige para la redacción de un testamento.
- 3) El testamento es revocado después de ser otorgado por el propio testador.

El art. 743 CC dice que “caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”.

Hay que hacer referencia al principio de *favor testamenti*, el cual establece que, en caso de duda, se opte por la ineficacia parcial del testamento.

Por otro lado, hay que hablar también de lo conocido como inexistencia del testamento, lo que supone que el acto jurídico ni siquiera es reconocible como tal de manera que no produce ni los mínimos efectos que produce el acto nulo.⁴⁰ El testamento es inexistente cuando la declaración de voluntad del testador ni siquiera puede ser identificada como testamento.

Además, el art. 675.2 CC afirma que “el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”. La persona que tenga algún tipo de interés en la impugnación de un determinado testamento, puede intentarlo.

6.1 NULIDAD TOTAL O ANULABILIDAD.

El art. 673 CC contempla los vicios del consentimiento en sede testamentaria: “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”. Estos vicios del negocio jurídico se corresponden con supuestos de anulabilidad. La anulabilidad es una causa de ineficacia propia de los contratos que no se asemeja con la esencia y estructura de los testamentos. De esta forma, en materia testamentaria únicamente se puede denominar a esta invalidez como nulidad. Ello por distintas razones y la que cobra más envergadura es el hecho de que en esta sede no podemos acudir a la teoría de la impugnabilidad debido a que el testamento despliega su eficacia una vez muerto el causante, por lo que el sujeto legitimado para impugnar ya no dispone de personalidad.⁴¹

Como manifiesta DÍEZ-PICAZO⁴², la anulabilidad es acción que no tiene encaje en los testamentos, pues protege al contratante que ha sufrido el vicio (art. 1302). El testador obviamente carece de ella, la protección de sus intereses se atiende mediante el poder de revocar el testamento viciado que en todo momento ostenta. Luego sus sucesores no están legitimados para actuar una acción que él no tenía.

Se considera nulidad total cuando los defectos afectan a todo el testamento invalidándolo por completo. Es decir, supone que en el momento del

⁴⁰ BLASCO GASCÓ, F. de P., op. cit., pp. 144.

⁴¹ VERDERA IZQUIERDO, B., “La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias”, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 21.

⁴² DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil IV”, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 446.

otorgamiento no se salvaguardaron las formalidades prescritas, ya sean referidas a la capacidad, libertad de testar, solemnidades o prohibiciones.

Podemos destacar ciertas causas que generan la nulidad total del testamento:

- a) En primer lugar, por inobservancia de las formalidades legales, ya que el testamento es un acto solemne y se exige que cuente con determinados requisitos los cuales son distintos dependiendo del tipo de testamento que se realice por parte del otorgante. Se debe reflejar la última voluntad del testador, entre otras cosas, pero es importante destacar que, al tratarse de un acto solemne, la forma en la que se tiene que realizar es la establecida por la Ley, siguiendo la misma de manera pura.
- b) En segundo lugar, otro motivo por el que declarar nulo el testamento es si el mismo se realiza de alguna manera que no se encuentre regulada en la Ley. Los tipos de testamento que pueden llevarse a cabo se encuentran regulados en nuestro Código Civil, por lo que, si se lleva a cabo un testamento distinto a los que regula el mismo, se procederá a declarar nulo el testamento.
- c) En tercer lugar, si concurre algún vicio en la voluntad del testador también se declarará nulo el testamento. Como ya se ha mencionado, nos referimos al art. 673 CC, el cual menciona como vicios la violencia, el dolo o el fraude.
- d) Por último, y como se lleva hablando durante todo el trabajo, la falta de capacidad del otorgante es motivo de nulidad del testamento. El testamento es un acto personalísimo, por lo que es crucial que quien tenga la intención de hacer testamento cuente con la capacidad necesaria.

Hoy en día, la mayor parte de los testamentos se realizan ante Notario, por lo que el mismo realizará un juicio de capacidad para saber si realmente el causante tiene o no capacidad para realizar el testamento. Por lo tanto, si alguien alega que el otorgante era incapaz, deberá aportar las pruebas pertinentes para demostrar su alegación.

En principio, se entiende que la acción de nulidad del testamento no es apreciable de oficio por los Tribunales, sino que se debe alegar a través del ejercicio de esta acción de nulidad, que deberá hacerse por las personas que estén legitimadas para la impugnación del testamento. Sin embargo, cabe mencionar la STS de 14 de octubre de 1997⁴³, la cual sostiene que si que se podría apreciar de oficio la misma.

En lo que se refiere a la legitimación, la parte que está legitimada de forma activa para ejercitarla podría ser cualquier persona con interés legítimo en la declaración de invalidez del testamento. Existe también una parte pasiva, la cual tendrían quienes se vean perjudicados por la declaración de invalidez del mismo.

En cuanto a los efectos de declarar nulo un testamento, en primer lugar, habrá que investigar si existe o no un testamento anterior válido. Si se declara la nulidad de un testamento, el efecto que tiene es que se entiende que el mismo nunca ha existido, por lo que, si existe un testamento anterior al nulo que sea válido, el mismo va a cobrar toda su eficacia y se entenderá que lo establecido en el mismo conforma la última voluntad del causante. Así, el art. 739 CC dice que un testamento anterior queda revocado por otro posterior perfecto y, por tanto, por uno posterior válido.

Si, por el contrario, no existe testamento anterior válido, la solución sería acudir a la sucesión intestada, regulada en nuestro Código Civil.

6.2 NULIDAD PARCIAL.

No es necesario que se produzca la nulidad total del testamento, sino que puede ser nulo solo en parte, es decir, una cláusula o disposición testamentaria, de forma que el resto del testamento si cumple con las formalidades que el Código Civil establece.

Así, la nulidad de una concreta disposición testamentaria determina la nulidad parcial, es decir, se trata de aquellos supuestos en los que por la declaración de última voluntad se transgrede una norma imperativa, por lo que de acuerdo al

⁴³ STS de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/7408).

art. 6.3 CC, se declarará la nulidad parcial del testamento, es decir, de esa concreta cláusula testamentaria.⁴⁴

Podemos hablar en nuestro ordenamiento de tres tipos de nulidad parcial:

- a) Nos encontramos en primer lugar con la nulidad parcial por mandato de Ley, es decir, se exceden los límites que la norma establece, por lo que será nulo el exceso manteniéndose el resto del testamento válido.
- b) Nulidad parcial conforme a la interpretación legal del negocio: contamos con negocios jurídicos divisibles e indivisibles. La nulidad parcial solo podrá aplicarse a los divisibles.
- c) Nulidad parcial para evitar el fraude de ley: en estos casos se conserva válido la parte del testamento en la que no se incurra en fraude de ley.

Las cláusulas de un testamento pueden ser imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres, así se declarará la nulidad de las disposiciones afectadas.

Puede darse el caso de que la nulidad afecte a todas las disposiciones introducidas en el testamento, sin embargo, no se declararía la nulidad total del testamento, siempre y cuando tuviese los elementos esenciales del negocio jurídico. Se declararía su ineficacia, pero no su nulidad. Por lo tanto, no cabe la posibilidad de admitir la nulidad de un testamento porque las disposiciones contenidas en el mismo sean contrarias a lo dispuesto en la Ley.

Podemos encontrar en el Código Civil referencias a la nulidad de estas disposiciones. Por ejemplo, en el art. 750: “Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta”. O, el art. 755 CC: “Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta.”

6.3 REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO.

⁴⁴ VERDERA IZQUIERDO, B., op. cit., pp. 24.

La STS 405/2010 de 17 de junio concluye que “la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto, ya que recoge la última voluntad del testador, solo la última, y esta es variable hasta el momento mismo de la muerte.” De esta forma, una de las características del testamento es su revocabilidad, y así lo establece el art. 737 CC, es decir, el testador tiene la posibilidad de dejar sin efecto todo o parte del testamento que realiza, realizando un nuevo testamento donde vuelva a expresar su última voluntad.

Podemos definir la revocación como un negocio o acto jurídico que tiene como efecto fundamental el de dejar sin efecto o invalidar testamentos anteriores.

La revocación tiene su base en la propia razón de ser de los testamentos, por cuanto estos recogen y deben recoger la última voluntad del testador, por lo que sólo permitiéndole que la exprese y la modifique hasta el final de su vida se puede entender que recoge ésta y que el testamento cumple por tanto con sus fines propios, y es reflejo también del carácter unilateral de los mismos y del hecho de que éstos no produzcan efecto hasta la muerte del causante. Este derecho es, por tanto, irrenunciable, al devenir de la propia esencia de los testamentos.⁴⁵

La revocación puede ser expresa o tácita y requiere cumplir las mismas formalidades que para testar, tal y como dice el art. 738 CC. No es preciso que el testamento se revoque otorgando otro de la misma clase que el que pretende revocarse. La revocación es, pues, un acto formal.⁴⁶

Nos encontramos ante una revocación expresa cuando la voluntad de dejar sin efecto el testamento anterior se realiza de forma solemne y directa en el testamento posterior. El artículo 738 CC nos dice que la revocación expresa debe hacerse necesariamente en otro testamento ya que dispone que “el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.”

⁴⁵ GOZALO FERMOSEL, J. (2014) Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense - Repositorio Institucional de la UCM.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. Y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., op. cit., pp. 243.

En cuanto a la revocación tácita, el artículo 739 CC nos dice que “el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.”

Se trata de un negocio jurídico *mortis causa*, con los mismos caracteres que el testamento: tiene naturaleza unilateral, es personalísimo, individual y voluntario.

Existen autores, como LACRUZ, que considera que la revocación presenta una doble naturaleza, es decir, se trata de un acto inter vivos ya que tiene efecto inmediato porque opera ex nunc al invalidar el testamento anterior y, por otro lado, es un acto mortis causa porque el objetivo final de la revocación es dejar sin efecto un acto mortis causa: el testamento.⁴⁷

Debemos hacer mención a la revocación real, prevista en el caso del testamento cerrado, a la cual hace mención el art. 742 CC: “Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.” Se considerará válido el testamento cuando se pueda probar que el desperfecto se ha producido sin voluntad ni conocimiento del testador.

En cuanto a los efectos de la revocación, estos dependerán de si la misma es total o parcial. Será total si se produce la completa ineficacia del testamento anterior. Sin embargo, en los casos de revocación parcial, serán ineficaces las disposiciones del testamento anterior determinadas por el testador o que sean incompatibles con el segundo testamento.

Cabe también la posibilidad de que, siempre que el testador lo disponga, el testamento anterior vuelva a ser válido y se revoque el posterior. Así, el art. 739.2 CC regula que: “el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

⁴⁷LACRUZ BERDEJO, J.L., “En su traducción y anotación del libro de Binder”, Derecho de Sucesiones, 1953, pp. 119.

7. CONCLUSIONES.

Tras haber hecho este análisis de la capacidad jurídica para testar en el ordenamiento español, podemos establecer una serie de conclusiones:

- I. Podemos hablar de dos tipos de sucesiones: la testada, que es la que se defiere a través del testamento, donde el otorgante expresa su última voluntad, y la intestada, es decir, por disposición de la ley.
- II. El Código Civil regula la presunción general de capacidad para testar afirmando que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Para romper esta presunción de capacidad, es necesario alegar y probar la ausencia de la misma.
- III. El testamento puede definirse como “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. Así, no valdrá el testamento en el que no conste con claridad la intención del otorgante de testar. El Código Civil regula dos exclusiones para hacer testamento: los menores de catorce años y las personas que en el momento del otorgamiento no pueden conformar su voluntad, siendo este preciso instante el único que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la capacidad de una persona.
- IV. Estamos ante un negocio jurídico *mortis causa* que requiere de ciertas formalidades establecidas en la Ley que, de no cumplirse, puede llegar a declararse nulo el testamento.
- V. El testamento adquiere plena validez desde el momento en que se otorga, sin embargo, sus efectos no van a producirse hasta después de la muerte del testador.

VI. Como características del testamento podemos destacar que el mismo es un acto unilateral, personalísimo, formal, esencialmente revocable y unipersonal.

VII. El Código Civil regula las clases de testamento existentes, pudiendo dividir los mismos en tres categorías: Testamentos ordinarios, testamentos especiales y variantes y excepciones de los testamentos abierto y cerrado en atención a circunstancias especiales del testador.

Como testamentos ordinarios tenemos el abierto, el cual se realiza ante Notario y es el más común, el cerrado, a través del cual el testador no desvela su última voluntad, pero afirma que se encuentra en la cubierta que entregue al Notario y el ológrafo, que exige ser mayor de edad para su otorgamiento y es escrito por el testador de su puño y letra.

Dentro de los testamentos especiales tenemos el militar, que se otorga en tiempos de guerra, el marítimo, que se otorga a bordo durante un viaje marítimo y el hecho en país extranjero.

VIII. Cuando hablamos de testamentos notariales nos referimos al testamento abierto y cerrado y, aunque cada uno tenga sus particularidades, podemos destacar ciertas normas comunes a ambos: el Notario o persona autorizante, es necesario identificar al testador, pudiendo existir la posibilidad de necesitar a dos testigos idóneos que identifiquen al testador.

IX. En cuanto a la edad mínima para testar, que es una de las exclusiones mencionadas en el Código Civil a la hora de testar, no será capaz de testar la persona que sea menor de catorce años salvo en los testamentos ológrafos, que será la mayoría de edad. Podemos afirmar con esto que existe una regulación específica y menos restrictiva que la genérica en materia de capacidad para testar.

- X. Aunque la regla general sea que todas las personas son capaces y cuentan con las habilidades necesarias para no necesitar ayudas ni apoyos, es cierto que hay ciertas personas que no cuentan con las mismas, y se ve alterada su capacidad de obrar, estando prohibida cualquier clase de discriminación. Es por esto que cobra gran importancia la CDPD que establece que debe reconocerse a las personas que sufren algún tipo de discapacidad la capacidad jurídica necesaria para que se encuentren en iguales condiciones que quienes no sufren ninguna discapacidad. Se reconoce por ello capacidad para otorgar testamento a todas las personas con independencia de sus condiciones personales.

Así, se elimina el concepto de cabal juicio el cual era muy amplio, y se da más protagonismo al Notario, que es quien debe realizar un juicio de capacidad al testador en el momento en el que otorgue testamento el mismo. De esta misma manera, se elimina también la incapacitación, la cual consistía en que el juez limitaba la capacidad de obrar de la persona con discapacidad y ya no es necesaria la misma, debiendo acudir a la situación en la que se encuentre la persona que desea testar en el momento del otorgamiento y determinar si puede o no realizar testamento, introduciendo medidas de apoyo para las personas con discapacidad.

Lo que se quiere hacer es respetar lo máximo que se pueda la autonomía de la persona con discapacidad, pudiendo acudir a los medios de apoyo que deben proporcionárseles en caso de necesitarlos, y, tal y como establece la CDPD, siendo la capacidad jurídica un derecho para todas las personas, reconociendo en su art. 12 la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en iguales condiciones que el resto de las personas.

- XI. EL Notario es quien debe dar fe del otorgamiento del testamento. Por lo tanto, es quien debe asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto. Se convierte en

el instrumento fundamental para valorar la capacidad del testador, por lo que el juicio notarial va a prevalecer frente a posibles declaraciones judiciales de incapacitación.

- XII. El testamento puede llegar a declararse ineficaz, la cual puede ser total si el mismo se otorga sin respetar las formalidades requeridas, o parcial si afecta a una o varias disposiciones.

- XIII. Cuando hablamos de anulabilidad de testamento nos estamos refiriendo a los vicios del consentimiento en sede testamentaria. Sin embargo, esta anulabilidad no encaja en los testamentos ya que protege al contratante que ha sufrido el vicio y el testador carece de ella.

- XIV. Puede declararse nulo el testamento y podemos hablar de nulidad total o parcial. La primera de ellas se refiere a aquellos defectos que afectan a todo el testamento que se cometieron en el momento del otorgamiento incumpliendo los requisitos que el Código Civil exige. Por nulidad parcial nos referimos a la nulidad de una o varias cláusulas o disposiciones testamentarias, quedando el resto del testamento válido.

- XV. Por último, el testamento puede ser también revocado, lo cual es una de las cosas que caracteriza al testamento. La revocación es el acto a través del cual el causante puede dejar sin efecto todo o parte del testamento que realiza, haciendo uno nuevo donde exprese de nuevo su voluntad.

8. BIBLIOGRAFÍA.

ACEDO PENCO, A., "Derecho de Sucesiones el testamento y la herencia", Dykinson, Madrid, 2014, pp. 122.

ALBALADEJO, M., "Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil" en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Edersa, Madrid, 1990, pp. 97.

ALVENTOSA DEL RIO, J., "La curatela tras la Ley 8/2021", 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 98.

ALVENTOSA DEL RIO, J., "Reformas en Derecho de Sucesiones", en AA.VV.: "La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021", DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 466.

BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P., "Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio", Revista de Derecho Privado, n.º 50, marzo, 1963, pp. 247-261.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al Código Civil, 9 Tomos," 1ª ed., IV Tomo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (DIR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5113.

BLASCO GASCÓ, F. de P., "Instituciones de Derecho Civil Derecho de Sucesiones", 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 144.

BUENO BIOT, A., CHAPARRO MATAMOROS, P., Y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio", 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31 y 33.

CORVO LÓPEZ, F.M., "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", Revista de Derecho Civil, 2019, pp. 140.

DE BARRÓN, P., "Personas con discapacidad y libertad para testar", Actualidad jurídica Iberoamericana, Nº 12, 2020, pp. 456.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., "Sistema de Derecho Civil IV", Tecnos, Madrid, 2006, pp. 446.

DOMINGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Manual de Derecho Civil", 1ª ed., LLAMAS POMBO, E. (DIR), La Ley, Valladolid, 2021, pp. 232 y 243.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Tratado de Derecho de Sucesiones”, Tomo I, Civitas, Barcelona, 2017, pp. 417.

ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”, PEREÑA VICENTE, M., Y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., (DIR), 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 522.

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, pp. 105 y ss.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C. Y DÍAZ ALABART, S., “Estudios de Derecho de Sucesiones Liber Amicorum T.F. Torres García”, 1ª ed., DOMINGUEZ LUELMO, A. Y GARCÍA RUBIO. M.P., (DIRS.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 543.

GOZALO FERMOSEL, J. (2014) Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial [Tesis doctoral, Universidad complutense de Madrid]. E-Prints Complutense - Repositorio Institucional de la UCM.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., CAYO PÉREZ BUENO, L. Y DE LORENZO GARCÍA, R., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 1ª ed., Aranzadi, 2021, pp. 101 y 102.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Estudios de Derecho de Sucesiones *Liber Amicorum T.F. Torres García*”, 1ª ed., DOMINGUEZ LUELMO, A. Y GARCÍA RUBIO. M.P., (DIRS.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 620.

JATO 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.

LACRUZ BERDEJO, J.L., “En su traducción y anotación del libro de Binder”, Derecho de Sucesiones, 1953, pp. 119.

MESA MARRERO, C., La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 81.82.

MONCADA FERNÁNDEZ, I., (2024), “INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TESTAMENTO Y LAS INCAPACIDADES RELATIVAS” (Trabajo de Fin de Master, Universidad de la Coruña), Repositorio Universidade Coruña.

MONTSERRAT PEREÑA, V., “Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad”, Marcials Pons, 2021, Madrid.

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.

PALAZÓN GARRIDO, M. L., “Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familias y Sucesiones”, 11ª ed., Cap. 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 520.

PLANAS BALLVÉ, M., “Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. Y GARCÍA MAYO, M., (DIRS.), Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 655-668.

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

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., “Derecho de Sucesiones”, T.I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp. 229.

RODRÍGUEZ CATIVIELA, E.J., “El testamento de los in(dis)capacitados”, Notario del siglo XXI, mayo-junio 2024.

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

SANMARTÍN ESCRICHE, F., LACALLE SERER, E. y URTASUN APARICIO, C., “Sucesiones y herencias”, 1ª ed., Cap. II., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 63.

VERDERA IZQUIERDO, B., “La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias”, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 21 y 24.

9. WEBGRAFÍA.

AVQ LEGAL, “La incapacidad del testador como motivo de nulidad del testamento” <https://www.avqlegal.com/la-incapacidad-del-testador-como-motivo-de-nulidad-del-testamento/#:~:text=La%20falta%20de%20cabal%20juicio,el%20destino%20de%20sus%20bienes>

GOMÁ, F., “Nueve cuestiones prácticas notariales sobre la Ley 8/2021 de personas con discapacidad”, Notarios y Registradores, Madrid, septiembre de 2023. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/nueve-cuestiones-practicas-notariales-sobre-la-ley-8-2021-de-personas-con-discapacidad/>

SUREDA DÍEZ, Paula, “La falta de capacidad del testador y la nulidad del testamento”, Illeslex Abogados, febrero, 2023. <https://www.illeslex.com/es/testador-nulidad-testamento/>

SIMARRO Y GARCÍA ABOGADOS, “La incapacitación judicial en España tras la reforma legal”, septiembre, 2023. <https://simarroabogados.com/blog/incapacitacion-judicial/>

10. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

- SAP de Valencia num. 2563/2018, de 25 de junio.
- SAP de Badajoz de 14 de septiembre de 2020.
- SAP de Cantabria 375/2021 de 23 de septiembre.
- STS de 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689).
- STS de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/7408).
- STS de 19 de septiembre de 1998 (ROJ: 5223/1998).
- STS 289/2008, de 26 de abril.
- STS (1ª) 128/2010, de 23 de marzo.
- STS 405/2010 de 17 de junio.

- STS 234/2016, de 8 de abril.
- STS 589/2021, de 8 de septiembre.