

LA CAPACIDAD PARA TESTAR: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

CAROLINA MESA MARRERO

NOTARIADODHOY

[BOSCH]



Colección NOTARIADO HOY

dirigida por Ángel Serrano de Nicolás

**LA CAPACIDAD PARA TESTAR:
ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES**

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© Carolina Mesa Marrero, 2017

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

Avenida Carrilet, 3

Edificio D, 9.ª planta

08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

Primera edición: Septiembre 2017

Edición electrónica: <http://www.wolterskluwer.es>

Depósito Legal: M-29299-2017

ISBN impreso: 978-84-9090-252-3

ISBN digital: 978-84-9090-270-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

cho personalísimo como es el de otorgar testamento. En todo caso, lo procedente sería someter la posibilidad del otorgamiento a las cautelas previstas en el citado art. 665 CC, de forma que el notario sólo podría autorizar el otorgamiento si dos facultativos responden de la aptitud del testador¹⁷⁴.

4. LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCAPACITACIÓN O DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD POSTERIOR AL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO

Como es sabido, para apreciar la capacidad del testador «*se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*» (art. 666 CC)¹⁷⁵. Y en consonancia con esta regla, el art. 664 CC establece que «*el testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido*». Dicha norma reconoce la validez del testamento otorgado por una persona que, en el momento de testar, goza de la presunción de capacidad, por lo que se mantiene la validez de la disposición testa-

174. TORRES GARCÍA, T., y GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La libertad de testar: el principio de igualdad...*, p. 76; GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C., y DÍAZ ALABART, S., «La capacidad testamentaria de los incapacitados», pp. 542-545; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil...», p. 628.

175. Sobre este precepto, señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a, «Comentario al art. 666», en *Código Civil comentado*, Vol. II, CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 282, que «su finalidad es establecer que

mentaria aunque, posteriormente, sufra algún trastorno o enfermedad que afecte intensamente su capacidad natural de entendimiento¹⁷⁶. Aunque el precepto citado es claro al proclamar la validez del testamento otorgado antes de sufrir «la enajenación mental», cabe preguntarse la incidencia que podría tener una eventual sentencia de incapacitación o de modificación de la capacidad posterior al testamento, es decir, si esa declaración judicial podría o no considerarse un indicio probatorio determinante o confirmatorio de la falta de capacidad del testador al tiempo de otorgar testamento.

Pues bien, si atendemos a la presunción favorable a la capacidad testamentaria y a la regla del art. 664 CC, puede afirmarse que la sentencia de incapacitación posterior al otorgamiento del testamento no es, por sí misma, razón suficiente para privar de eficacia un testamento anterior a la

es válido el testamento de quien es capaz de testar en el otorgamiento del instrumento aunque ya no lo sea después en el momento de la muerte. (...). La afirmación que puede concluirse de lo preceptuado en el artículo 666 del Código Civil es que, en principio, ni las circunstancias anteriores ni las posteriores al otorgamiento del testamento, por sí solas, han de tomarse en cuenta para acreditar la falta de capacidad suficiente en el testador (...).

176. En efecto, como señalé en un trabajo anterior sobre el tema, MESA MARRERO, C., «Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio», p. 173, «La referida regla, según la cual el testamento otorgado no queda invalidado por la enajenación mental posterior del testador, se basa en que al tiempo de testar el sujeto no padecía la perturbación psíquica (o enajenación mental), por lo que debe presumirse la capacidad testamentaria que tenía en aquel momento».

declaración judicial de incapacidad¹⁷⁷, salvo que se demuestre con pruebas sólidas y convincentes que la situación de incapacidad ya existía en la fecha en que se otorgó el testamento¹⁷⁸. Además, es sabido que la sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo¹⁷⁹, de forma que la limitación de la capacidad que establezca la resolución judicial

177. En opinión de PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 664», en *Comentario del Código Civil*, t. I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1672, «aunque no existiera el repetido art. 664 CC, habría motivo suficiente para estimar que el testamento era válido pues si según el art. 663.2º CC no puede testar el que no se halle en su cabal juicio, y con arreglo al art. 666 del propio CC para apreciar la capacidad del testador se atiende únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, de tales preceptos resulta sin más la validez de la disposición testamentaria otorgada antes de la enajenación mental, y por tanto desde esta perspectiva el art. 664 que ahora se comenta es, hasta cierto punto, superfluo».

178. Respecto a la prueba para combatir la presunción de capacidad de la que goza el testador, la STS de 18 de mayo de 1998 (Roj 3194/1998) subraya que «debe exigirse con especial rigor».

179. Sobre el tema, vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. II, reimpresión por ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 290-305 y ss., quien afirmó en su momento que «la declaración judicial de incapacidad es el acto constitutivo y el título del cambio de estado que origina la incapacitación (...); es el momento en que cambió su estado civil y desde su fecha tiene la condición de incapacitado. Hasta entonces era capaz, desde entonces será incapaz (...)». Precisamente en relación con las tesis defendidas por este jurista sobre la incapacitación, cabe resaltar las reflexiones de TORRES GARCÍA, T., «La incapacitación: de Don Federico De Castro al momento actual», en *Glosas sobre Federico de Castro*, Díez-Picazo, L. (Director), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 385-392, quien destaca las importantes aportaciones que hizo el profesor De Castro sobre esta institución y subraya que «elaboró una de las mejores construcciones jurídicas del siglo XX».

sólo tendrá efectos para el futuro, pero nunca eficacia retroactiva. En este sentido, entre las más recientes, se expresa la STS de 8 de abril de 2016¹⁸⁰, al señalar que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, no es prueba determinante, *«por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado (...) dado el carácter constitutivo y sin efectos ex tunc de la sentencia de incapacitación»*.

Sin embargo, en ciertas ocasiones la proximidad temporal entre el testamento otorgado y la declaración judicial de incapacitación o, en su caso, el inicio de dicho procedimiento¹⁸¹, podría hacer pensar que la falta de aptitud para testar ya existía al tiempo del otorgamiento. Así sucedió, por ejemplo, en el caso de la STS de 19 de septiembre de

180. Roj 1627/ 2016.

181. En la SAP de Las Palmas de 7 de mayo de 2014 (Roj 1093/ 2014), se considera acreditada la grave enfermedad (síndrome demencial tipo Alzheimer) que afectaba al causante y que lo incapacitaba para todo tipo de actividad en fechas próximas al otorgamiento del testamento; y añade que *«es igualmente significativo que el testamento, de 5 de junio de 2008, se hubiera otorgado 25 días antes de que se instara la demanda de incapacitación judicial del testador, dictándose sentencia de incapacitación el 25 de septiembre de 2008»*. El Tribunal subraya que *«la posterior sentencia judicial que lo incapacitaba ciertamente produce efectos ex nunc y no ex tunc pero confirma la previa situación de hecho de incapacidad del presunto incapaz en fecha tan próxima a la testificación»*. Igualmente, en el caso enjuiciado en la SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2016 (Roj 9255/ 2016), el testamento se otorgó unos meses antes (el 12 de junio de 1997), cuando ya se había presentado la demanda de incapacidad por la madre del causante (el 23 de mayo de 1997), que se basaba en *«la existencia de un retraso mental discreto que podía afectar a su capacidad volitiva y de decisión»*. Tras valorar la prueba

1998¹⁸² que confirma la sentencia dictada en grado de apelación declarando la nulidad del testamento otorgado el 14 de marzo de 1980 por incapacidad mental de la testadora, reconoce que la proximidad temporal entre el otorgamiento del testamento y la declaración judicial de incapacitación, de 9 de julio de 1981, es *«significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental (...)»*¹⁸³. Con todo, la sentencia no basa su decisión en la resolución judicial que decretó la incapacidad de la testadora (aunque sí la tiene en cuenta), sino en su incapacidad de hecho suficientemente demostrada, ya que la prueba pericial médica y el resto de los elementos probatorios permitieron alcanzar esa conclusión; por ello, no constituye infracción del art. 666 CC, tal

practicada, el Tribunal concluye que los datos *«conducen a la certeza de que antes, al momento y después de otorgar testamento presentaba una situación de incapacidad para regir su persona y bienes derivada de su propia situación mental, en la que ya se hallaba antes de la sentencia de incapacidad y tal conclusión se corrobora con lo consignado en el propio informe médico forense efectuado para ese procedimiento (...)»*.

182. Roj 5223/1998.

183. En una sentencia anterior del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1992 (Roj 4992/1992) se estima suficientemente probada la situación de incapacidad del testador en el momento de otorgar testamento, en fecha muy próxima a la resolución judicial de incapacitación, aunque este dato no resulta especialmente significativo en el presente caso, a juicio del Tribunal, si bien se valora *«como un elemento más en el conjunto de los probatorios»*, y atendiendo a la regla contenida en el art. 666 CC, la sentencia declara que *«este mandato no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta»*.

y como afirma el Alto Tribunal, el hecho de tener en cuenta actos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, ya que *«actúan corroborando la prueba pericial (...), pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que responden a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo»*.

En esta misma línea, la STS de 26 de junio de 2015¹⁸⁴, confirma la sentencia recurrida y declara la nulidad del testamento otorgado el 10 de enero de 2008, unos meses antes de dictarse la sentencia de incapacitación. El Alto Tribunal acoge íntegramente la valoración de la prueba efectuada por la sentencia dictada en grado de apelación, que lleva a concluir que la falta de capacidad del causante ya existía antes del otorgamiento del testamento. La decisión se basa en varios informes médicos emitidos con anterioridad al testamento, así como en el informe del médico forense realizado en el marco del procedimiento de incapacitación (aunque no se indica la fecha, parece lógico que dicho procedimiento fue iniciado antes del testamento), el cual finalizó con sentencia declarando esa incapacidad en octubre de 2008.

En otros supuestos los Tribunales destacan el breve intervalo temporal entre el otorgamiento del testamento y el reconocimiento por el médico forense durante la sustanciación del procedimiento de incapacitación —obviamente, cuando dicho reconocimiento confirma la falta de aptitud del incapaz—, a los efectos de valorar que la incapacidad ya

184. Roj 3164/2015.

La capacidad para testar que reconoce nuestro Derecho sucesorio como regla general queda excluida en los supuestos previstos en el artículo 663 del Código civil, siendo particularmente relevante la prohibición que afecta a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Este trabajo tiene por objeto analizar los aspectos problemáticos que plantea el tema, principalmente en relación con testamentos otorgados por personas de edad avanzada y por tanto con más posibilidades de padecer enfermedades que pueden afectar su capacidad natural de entendimiento para comprender la razón y el alcance de sus actos. Atendiendo al elevado grado de litigiosidad de esta materia se ha considerado oportuno abordar su estudio desde una perspectiva jurisprudencial, lo que permitirá identificar aquellas cuestiones más controvertidas en la práctica, así como conocer y valorar los criterios de actuación de nuestros Tribunales.



NOTARIADOHOY

