Real Academia de Legislación
y Jurisprudencia de Murcia

LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE TESTAR. NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

Discurso leído el día 17 de noviembre de 2022
en el acto de recepción como Académico de Número por el

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ

y contestación del

EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

MURCIA, 2022

Región de Murcia

LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE TESTAR. NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

Discurso leído el día 17 de noviembre de 2022 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por el

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ

y contestación del

EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

MURCIA
2022

Región de Murcia
Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía
Dirección General de Investigación e Innovación Científica

ISBN: 978-84-09-45075-6
Depósito Legal: MU 1085-2022
Imprime: 42lineas-42lineasdigital@gmail.com
Impreso en España - Printed in Spain

SUMARIO

DISCURSO DE INGRESO 9

LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE TESTAR 11

I.- Planteamiento 11

II.- La regulación de la capacidad de testar antes de la reforma del Código Civil de 1991 21

III.- La regulación de la capacidad de testar tras la reforma del Código Civil de 1991 25

IV.- La regulación de la capacidad de testar tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica 37

V.- La Sentencia 129/1972, de 8 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 47

VI.- La Sentencia de 24 de febrero de 1981 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 49

VII.- La Sentencia de 7 de octubre de 1982 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 51

VIII.- La Sentencia de 10 de abril de 1987 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 53

IX.- La Sentencia de 18 de marzo de 1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 55

X.- La Sentencia de 22 de junio de 1992 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 57

XI.- La Sentencia 769/1995, de 24 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 59

XII.- La Sentencia 1017/1995, de 27 de noviembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 61

XIII.- La Sentencia 54/1998 de 27 de enero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 63

XIV.- La Sentencia 848/1998, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 67

XV.- La Sentencia 250/2004, de 29 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 70

XVI.- La Sentencia 280/2004, de 31 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 71

XVII.- La Sentencia 289/2008, de 26 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 73

XVIII.- La Sentencia 140/2013, de 20 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 76

XIX.- La Sentencia 20/2015, de 22 de enero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 80

XX.- La Sentencia 435/2015, de 10 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 82

XXI.- La Sentencia 386/2015, de 26 de junio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 84

XXII.- La Sentencia 234/2016, de 8 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 86

XXIII.- La Sentencia 461/2016, de 7 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 89

XXIV.- La Sentencia 146/2018, de 15 de marzo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 91

XXV.- La Sentencia 535/2018, de 28 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 93

XXVI.- El Auto de 12 de febrero de 2020 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 95

XXVII.- El Auto de 11 de marzo de 2020 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 98

XXVIII.- El Auto de 13 de enero de 2021 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 99

XXIX.- El Auto de 30 de marzo de 2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 103

NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO 107

I.- Planteamiento 107

II.- La Sentencia 557/2011, 18 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 118

III.- El recurso de casación en los litigios sobre interpretación del testamento 121

IV.- El artículo 798 del Código Civil 131

V.- La Sentencia de 1 de febrero de 1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 136

VI.- La Sentencia 947/2003, de 9 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 139

VII.- La Sentencia 902/2006, de 29 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 143

VIII.- La Sentencia 1208/2007, de 20 de noviembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 147

IX.- La Sentencia 291/2008, de 29 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 151

X.- La Sentencia 666/2009, de 14 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 155

XI.- La Sentencia 624/2012, de 30 octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 158

XII.- La Sentencia 682/2014, de 25 de noviembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 162

XIII.- La Sentencia 316/2018, de 30 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 164

XIV.- La Sentencia 531/2018, de 26 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 167

XV.- La Sentencia 539/2018, de 28 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 169

XVI.- La Sentencia 118/2021, de 3 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 171

XVII.- La Sentencia 274/2021, de 10 de mayo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 174

XVIII.- La Sentencia 184/2022, de 3 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 176

CONTESTACIÓN DEL EXCMO. D. ANTONIO SALAS CARCELLER 181

DISCURSO DE INGRESO DEL EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ

LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE TESTAR

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo de las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica, en su Preámbulo declara que se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de a nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.

El Preámbulo señala que se asegura que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de interés ni influencia indebida, que sean proporcionales y adoptadas a las circunstancias de la persona.

El Preámbulo también destaca que particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva.

El Capítulo primero, De los testamentos, del Título III, De las Sucesiones, del Libro III, De Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad, del Código Civil ha sido modificado en los artículos 663, 665, 695, 697, 706, 708, 709 y 742.

El artículo 663 CC dispone que no pueden testar: 1) La persona menor de catorce años. 2) La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyos para ello.

El artículo 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 compresión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

Según el artículo 695 CC el testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos

Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.

El artículo 697 CC prescribe que al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1º. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2º. Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

El artículo 706 CC se ha modificado levemente para disponer que si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida.

El artículo 708 CC dice que no pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer.

Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código.

El artículo 709-4 CC establece que las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero si escribir, podrán otorgar testamento, observándose que las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas.

El artículo 742 CC se ha modificado simplemente para establecer que el testamento cerrado será válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental.

La doctrina española ya se había pronunciado respecto a la necesidad de reformar estos artículos del Código Civil. GUILARTE MARTIN-

CALERO[1] consideró procedente una reforma de los artículos 663-2 y 665 del Código Civil para adaptarlas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, tras ser aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

El artículo 12 de la citada Convención impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso de personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, medidas que deberán ser proporcionales al grado en que afecten a los derechos e intereses de la personas, adaptadas a sus circunstancias y de carácter temporal y, en todo caso, deberán respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y garantizar que no hay conflicto de intereses ni influencia indebida.

Los artículos 663-2 y 665 CC deben ser reformulados, dijo GUILARTE MARTÍN-CALERO, para adaptarse a los postulados de la Convención, por ello se propone en coherencia con los principios que informan la materia pro capacítate y favor testamenti que el artículo 663 reciba nueva redacción que incida en la concurrencia de la capacidad natural en el momento del otorgamiento, de suerte que únicamente queden excluidos de la testamentifacción activa los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento.

Por lo que respecta al artículo 665, siguió diciendo GUILARTE MARTÍN-CALERO, considero procedente su reforma para que distinga según que el testador haya sido incapacitado, según la terminología actual, o provisto de las medidas de apoyo precisas para el ejercicio de su capacidad jurídica sin discriminación, de acuerdo con la Convención, o no lo esté. En el primer caso, sería preceptiva la intervención de dos facultativos que certifiquen

1 GULARTE MARTIN-CALERO, C., La capacidad de testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en Estudios de Derechos de Sucesiones, en Liber Amicorum T.F. Torres García, La Ley, 2014, págs.. 617 y ss.

que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo y en el segundo, los facultativos sólo intervendrían si el Notario lo considera pertinente, bien porque tiene ciertas dudas acerca de la capacidad que disipa la intervención del facultativo, o bien ad cautelam para fortalecer la declaración testamentaria de quien puede ser considerado vulnerable por el entorno más cercano y, en consecuencia, conjurar el riesgo de una posible impugnación de la validez del testamento otorgado. En conclusión, la función notarial constituye el apoyo preciso, adecuado y proporcional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12-3 de la Convención, porque garantiza, de una parte, que toda persona con discapacidad puede testar si tiene la capacidad de entender y querer y, de otra, que su voluntad, encauzada y reforzada por la intervención notarial, surtirá los efectos que le son propios.

GÓMEZ LAPLAZA Y DÍAZ ALABART[2] mantuvieron que hay razones para una pronta revisión del artículo 665 CC. Es palmario que el privar de la capacidad de testar a una persona en absoluto es una medida que pueda protegerle a él personalmente, puesto que la eficacia del testamento solamente se produce una vez que el sujeto ha fallecido. Por lo tanto, si se puede comprobar que, aún incapacitado, se encuentra en un intervalo lúcido, no es posible argumentar que se le priva de un derecho reconocido constitucionalmente (artículo 33) para su protección. Ni siquiera se podría alegar que con esta prohibición se protege a su familia. Aquellos familiares que por parentesco especialmente cercano o por razón de matrimonio podrían considerarse portadores de un interés protegible, ya tienen asegurada dicha protección a través del sistema de legítimas. En cuanto a resto de parientes ulteriores que tendrían derecho a suceder "ab intestato", es claro que no tienen un interés jurídicamente protegible que deba pasar por delante de la propia voluntad del testador.

2 GÓMEZ LAPLAZA, C. Y DÍAZ ALABART, S., La capacidad testamentaria de los incapacitados, en Estudios de Derecho de Sucesiones, en Liber Amicorum T.F. Torres García, La Ley, 2014, págs. 542 y ss.

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, no tanto impedir que sufra perjuicio en su persona o patrimonio, sino 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 ocupan de su guarda puedan aprovecharse ilícitamente de la situación de dependencia que pueda tener el incapacitado respecto de ellas.

GÓMEZ LAPLAZA Y DÍAZ ALABART señalan que no deja de ser llamativo que en aras de la protección del incapacitado se le pueda prohibir disponer para después de su muerte y en cambio se le permita contraer matrimonio o reconocer un hijo extramatrimonial, cuando estos dos actos tienen mucha mayor incidencia en la vida personal del incapacitado y en su patrimonio que el otorgar testamento.

También destacan que la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en su artículo 421-4, incapacitado para testar, declara que son incapaces para testar los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. El artículo 421-9-2 establece que si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el Notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. A la vista de lo dispuesto en este Código, siguen diciendo GÓMEZ LAPLAZA Y DÍAZ ALABART, parece que la discriminación que supone que a los incapacitados se les prive por la sentencia de incapacitación de la posibilidad de otorgar testamento, aunque de hecho se encuentren en un intervalo lúcido, se suma el que dicha privación se dará sólo para la incapacitados sometidos al Código Civil, lo que bien puede percibirse como una doble discriminación.

Resaltan también que en el ordenamiento jurídico español hay desajustes respecto a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

de 2006, ratificado por España en 2008. Uno de ellos es que el artículo 12-5 de la Convención menciona expresamente el derecho de las personas con discapacidad de heredar, lo que innegablemente comprende también el de otorgar testamento cuando tengan la capacidad legal y en el momento en que lo vayan a otorgar tengan el entendimiento y la voluntad suficiente para hacerlo. Por ello, el artículo 665 CC debería ser modificado conforme al principio de no discriminación permitiendo el testamento del incapacitado en intervalo lúcido.

La Ley 1/1973, de 1de marzo, por el que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en su artículo 184, incapacidad para testar, dispone que son incapaces para testar: 1. Los impúberes 2. Los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto al testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Código Civil.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título de Código Civil del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, en su artículo 408, capacidad para testar, en su apartado 1 declara que pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural.

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, Relativo a las Sucesiones, en sus artículos 421-7 a 421-16 regula los testamentos notariales.

La Ley 6/2019, de 23 de octubre, de Modificación del Libro Cuarto del Código Civil, Relativo a las Sucesiones, para Garantizar la Igualdad de Derechos y la no Discriminación de las Personas con Discapacidad Sensorial ha modificado varios de estos artículos.

Como dice el Preámbulo de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, la presente Ley aplica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte, a todos los efectos, del ordenamiento jurídico del Estado español desde el 3 de mayo de 2008, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Preámbulo también declara que se modifica la redacción de varios artículos del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, a fin de eliminar cualquier trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en materia testamentaria. Concretamente se modifican los cuatro artículos siguientes: en primer lugar, el artículo 421-8 relativo al testador que es una persona con discapacidad sensorial, en el momento del otorgamiento; en segundo lugar, el apartado 2 del artículo 421-10 que establece que no es necesaria la intervención de testigos cuando el testador es una persona con discapacidad sensorial; en tercer lugar, el artículo 421-11 del que se suprime la letra b del apartado 2, lo que tiene por consecuencia que las personas con discapacidad sensorial puedan intervenir en calidad de testigos en el otorgamiento de testamento por otra persona; y, en último lugar, el apartado 5 del artículo 421-14, con relación al testamento cerrado, en el que se elimina la expresión ciegos y se permite que las personas con discapacidad visual puedan otorgar un testamento cerrado tal como puede hacerlo cualquier otra persona.

Con la modificación de los citados artículos del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña se consigue promover la igualdad de derechos y eliminar regulaciones discriminatorias que afectan a las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en el momento de otorgar un testamento y de poder intervenir en calidad de testigo en el acto del otorgamiento de testamento por otra persona.

El artículo 421-7, Identificación y juicio de capacidad del testador, declara que el Notario debe identificar al testador y debe apreciar la capacidad legal en la forma y por los medios establecidos por la legislación notarial.

El artículo 421-8, Testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial, establece: 1) Si el testador tiene una discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento, el Notario debe aplicar lo establecido por el presente Código. En cualquier caso, el Notario debe ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar sin que ello pueda comportarle ninguna carga económica adicional. El colegio profesional debe proporcionar al Notario dichos medios. 2) Lo establecido por el apartado se aplica también en el caso de que una persona con discapacidad sensorial actúe como testigo en el otorgamiento de un testamento notarial.

El artículo 421-9, Intervención de facultativo, dispone: 1) Si el testador no está incapacitado judicialmente, el Notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. 2) Si el testador está incapacitado judicialmente puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lucido si dos facultativos aceptados por el Notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. En los casos a los que se refieren los apartados 1 y 2, los facultativos deben hacer constar su dictamen en el propio testamento y deben firmarlo con el Notario y, si procede, con los testigos.

El artículo 421-10, Testigos, dice: 1) En el otorgamiento del testamento notarial, no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en el testador o que éste o el Notario lo soliciten. 2) Concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar. No se considera que concurren circunstancias especiales por el hecho de que tenga una discapacidad sensorial. También se

modificaron entre otros, el artículo 421-11, Idoneidad de los testigos, y el artículo 421-14, Redacción del testamento cerrado.

Disposición Adicional. Uso de medios para suplir la discapacidad sensorial. 1) De conformidad con lo establecido por los artículos 421-8, 421-10 y 421-14 del Código Civil de Cataluña, y a solicitud del otorgante, en el otorgamiento de testamento y demás documentos notariales de naturaleza sucesoria, debe utilizarse el braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permita suplir la discapacidad sensorial que afecte a la compresión oral, la lectura o la escritura.

La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil publicada en 2018 en el Capítulo II, De la sucesión testamentaria, Sección 1ª, De la Capacidad para Disponer por Testamento, en el artículo 462-1, Presunción de capacidad, dice que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

El artículo 462-2, Incapacidad para testar, declara que están incapacitados para testar: a) Los menores de catorce años. b) Quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento.

Según el artículo 462-3, Testamento anterior a la pérdida de capacidad, el testamento hecho antes de perder la capacidad de testar es válido.

El artículo 462-4, Intervención de facultativos, establece que aunque la capacidad de una persona haya quedado modificada, puede otorgar testamento abierto cuando respondan de su capacidad dos facultativos designados por el Notario, que previamente la hayan reconocido.

El artículo 462-5, Momento para apreciar la capacidad, dice que para apreciar la capacidad del testador se atiende únicamente al estado en que halle al tiempo de otorgar el testamento.

II. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TESTAR ANTES DE LA REFORMA DEL DEL CÓDIGO CIVIL DE 1991.

Según el artículo 662 CC pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

El artículo 663 de la primera edición del Código Civil dispone que están incapacitados para testar: 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2º. Los religiosos de Órdenes reconocidas por las leyes del Reino. 3º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

El artículo 663 CC, de la edición reformada, establece que están incapacitados para testar: 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

El artículo 664 CC prescribe que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

El artículo 665 CC establece que siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando estos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

El artículo 666 CC dice que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

El artículo 685 de la primera edición del Código Civil dice que el Notario, y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador, o identificar su persona con dos testigos que le conozcan y sean a

su vez conocidos del Notario y de los testigos, y además asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento.

El artículo 685 de la edición reformada del Código Civil prescribe que el Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento, sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701.

El artículo 695 de la primera edición del Código Civil establece que el testador expresará su **ú**ltima voluntad en presencia de testigos y del Notario. Este redactará las cl**á**usulas y las leerá en alta voz, presente también los testigos, para que el testador manifieste si está conforme con ellas. Si lo estuviere, firmarán el testamento todos lo que sepan y puedan hacerlo. También debe consignar el Notario el lugar, la hora, el día, mes y el año del otorgamiento.

El artículo 695 de la edición reformada del Código Civil declara que el testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviese, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otras personas, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Según el artículo 697 CC el que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe o no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

El artículo 708 CC dispone que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

El artículo 709 de la primera edición del Código Civil declara que los sordomudos y los que no puedan hablar, pero si escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1º. El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año. 2º. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él. 3º. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso.

El artículo 742 de la primera edición del Código Civil dispone que será ineficaz y quedará sin efecto el testamento cerrado, siempre que se hayan quebrantado los sellos y abierto la cubierta, o estén borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen, excepto cuando se pruebe que esto sucedió después de la muerte del testador, o que éste lo verificó en estado de demencia. Se entenderá que el vicio procede de la persona encargada de guardar el testamento, mientras que no se pruebe lo contrario.

Antes de la entrada en vigor del Código Civil, la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 no se ocupaba de la labor del Notario respecto a la capacidad de testar. El artículo 22 de la Instrucción de 12 de junio de 1871 fue el primer texto legal que lo hizo. Posteriormente, la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 estableció en su artículo 6 que los Notarios harán constar en toda escritura que los otorgantes tienen la capacidad legal necesaria para celebrar el acto o contrato a que se refieran, cuya circunstancia se determinará

a juicio propio del Notario, no bastando que éste la consigne en el instrumento, apoyándose en el solo dicho de los otorgantes.

Como explica TORRES GARCÍA[3] respecto al derogado artículo 685 CC, se impone también, aunque con distinto alcance en cuanto a las personas obligadas, que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que a su juicio el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar. Esto significa que para obtener una garantía plena nada más eficaz que hacer constar en el documento la afirmación del Notario de que el otorgante goza de capacidad para el acto y voluntad libre para hacer suyo lo que constando en el documento es reflejo del acto testamentario. En este precepto se parte de la regla de que tanto el valor como el alcance del juicio de capacidad son compartidos entre Notario y testigos.

Ahora bien, concluye TORRES GARCÍA, a pesar de que por la dicción literal del precepto el alcance a los testigos de esta obligación no ofrece duda, sí se ha planteado si debe aplicarse esta norma a todo testamento notarial, ya que en sede de testamento abierto (artículo 695 III CC) como en el acta de otorgamiento del testamento cerrado (artículo 707- 4º CC) esta apreciación por disposición expresa queda de competencia exclusiva del Notario.

Por lo que concierne al derogado artículo 695 II CC en la edición reformada, dice BLANQUER UBEROS[4] que con acierto no impone al Notario la obligación de dar fe de la capacidad del testador, sino la obligación de formular un juicio acerca de ella y de consignarlo en el testamento. Este juicio, emitido por el Notario como tal y en cumplimiento de un encargo legal, y expresado en el testamento, genera una verdad oficial, según la cual el testador es tenido como capaz a efectos de disponer su última voluntad.

3 TORRES GARCÍA, T.F., "Comentario al Artículo 685", en PAZ-ARES, C.-BERCOVITZ, R.-DÍEZ-PICAZO, L.-SALVADOR, P. (Dirs.), Comentario del Código Civil I, Ministerio de Justicia,.Madrid, 1991, p. 1727

4 BLANQUER UBEROS, "Comentario al artículo 695", en PAZ-ARES, C.-BERCOVITZ, R.-DÍEZ PICAZO, L.-SALVADOR, P., op.cit., p. 1758

III.- LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TESTAR TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1991

La Sección Primera del Capítulo Primero del Título III, De la capacidad para disponer por testamento, comprende del artículo 662 al 666 CC.

También los artículos 685, 696 y 704 CC se ocupan de la competencia del Notario en lo concerniente a la capacidad necesaria para otorgar testamento. Es conveniente analizar las opiniones doctrinales sobre esta materia y hacer referencia a las sentencias dictadas por la Sala de los Civil del Tribunal Supremo.

El artículo 662 dice que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente,

Según PUIG FERRIOL[5] en este artículo el legislador establece una regla general en materia de capacidad de testar -denominada testamentifacción activa- y que como tal regla general postula la existencia de unas determinadas excepciones, es decir, la existencia de una serie de incapacidades para testar, basadas en el hecho de que concurren en el testador unas determinadas circunstancias de carácter físico o psíquico, que hacen racionalmente presumir que la persona carece de la inteligencia y voluntad para disponer de su patrimonio para después de la muerte por falta del necesario discernimiento.

El criterio que resulta del artículo 662 del CC es que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción, de acuerdo con el tradicional principio del favor testamenti que preside el derecho sucesorio español y que lleva a proclamar el carácter subsidiario de la sucesión intestada frente a la testamentaria o voluntaria; y que se traduce en que constituye un principio

5 PUIG FERRIOL, L., "Comentario al artículo 662", en PAZ-ARES, C.-BERCOVITZ, R.-DÍEZ PICAZO, L.-SALVADOR, P.., op.cit., pp. 1668 y 1669

general e indiscutido de derecho que la capacidad de las personas para testar se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo.

El artículo 663 CC dispone que están incapacitados para testar: 1) Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2) El que habitual o accidentalmente no se hallarén en su cabal juicio.

Respecto a la edad para testar, RAMS ALBESA[6] señala que, respecto a la edad para testar, hay quien considera demasiado baja la edad exigida en contraste con la capacidad negocial general. Esa diferencia se justifica desde diversos puntos de vista: de una parte el testamento es revocable y no produce efectos sino desde el fallecimiento del testador, de modo que no podría causar daño al que lo otorga, ni tampoco a los acreedores legitimarios que tienen sus derechos garantizados en diversos preceptos legales; tampoco arrebata al menor la posibilidad de cambiar ulteriormente de opinión con juicio más maduro.

El artículo 663-2 del CC estableció que están incapacitados para testar, el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. PUIG FERRIOL[7] mantiene que la incapacidad para testar que ahora se considera alcanza al enfermo mental, al que en el momento de testar se encuentre bajo el influjo de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, en estado de delirio febril o arrebatado por una pasión desordenada y al que pretendiera otorgar testamento en estado de sonambulismo o hipnotismo, pues en ninguna de tales hipótesis el testador se hallaría en su cabal juicio, según exige el artículo 663-2 del CC[8]

6 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., Y RAMS ALBESA, J. Elementos de Derecho Civil, V., cuarta edición, revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., DYKINSON 161, Madrid, 2009, pág.
7 PUIG FERRIOL, L., op. cit., pág. 167
8 ROMERO COLOMA, A.M., La capacidad de testar, Editorial BOSCH, 2007, págs. 21 y ss. Hace referencia a las enfermedades o trastornos mentales que inciden en la capacidad del testador: alcoholismo, alucionosis, alzheimer, demencia vascular, epilepsia, esquizofrenia, manias, neurosis, oligofrenia, panoia y enfermedad del Parkison.

PÉREZ ÁLVAREZ[9] dice que en el ámbito jurisprudencial la expresión cabal juicio se interpreta considerando que en la misma habrán de ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que priven a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos.

En sentido negativo, sigue diciendo PÉREZ ÁLVAREZ, para el Tribunal Supremo son circunstancias insuficientes por sí mismas para incurrir en incapacidad para testar: a) la edad senil o senectud que no conlleve demencia senil; b) el hecho de que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, siempre que no afecten a su salud mental; c) que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias.

Si se cuestionara la falta de capacidad del testador, habrá que probarla respecto del momento en que se otorgó el testamento. Por ello, el artículo 666 CC declara que para apreciar la capacidad del testador se atenderá al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Ello concuerda con el artículo 664 CC que dispone que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Para el caso de que el testador sea declarado incapaz, el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

Si la sentencia que declara la incapacidad del testador se dicta después de otorgar el testamento como modifica el estado civil de la persona debe entenderse que no tendrá carácter retroactivo, sino que le impedirá testar en el

9 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y CAMARA LAPUENTE, S., Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones, Primera edición, COLEX, 2013, pág. 105 y 106.

futuro, salvo que la resolución haga referencia a su capacidad de testar como dice el artículo 665 CC.

Así pues, la incapacitación del testador no puede privar de eficacia a los testamentos anteriores, salvo que en la sentencia se diga que tenga efectos retroactivos declarando la nulidad de dichos testamentos porque se presuma que las anomalías mentales del testador ya existían cuando se otorgaron. Si entre el otorgamiento de un testamento y la sentencia de incapacitación media muy poco tiempo puede concluirse que el testador no estaba en condiciones de otorgarlo.

El artículo 665 CC prescribe que siempre que el incapacitado por virtud de sentencia siempre que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizara sino cuando éstos respondan de su capacidad.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS[10] entiende por intervalo lúcido aquel estado en el cual un enfermo mental recobra transitoria y completamente sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural de la evolución de su enfermedad, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado.

LASARTE[11] afirma que con la anterior redacción del artículo 665 CC se trataba de determinar la capacidad natural del presunto testador, independientemente de que hubiera o no declaración judicial de incapacitación. Sin embargo, tal planteamiento choca frontalmente con el entendimiento actual de la incapacitación de acuerdo a lo establecido en el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La razón es obvia: si el proceso de incapacitación y, finalmente, la sentencia ha determinado que el incapacitado no puede testar, parece que -pese a encontrarse en intervalo lúcido- pueda hacerlo, ni

10 BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio, en Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 247.
11 LASARTE ÁLVAREZ, L., Derecho de Sucesiones Principio de Derecho Civil, VII, Duodécima edición Marcial Pons, 2017, pág. 47.

el Notario tenga facultad de decidir por sí mismo al respecto, aunque sea con asesoramiento de los facultativos, en contra de lo establecido en Sentencia firme.

El artículo 665 CC excluye de su ámbito de aplicación al supuesto de que la sentencia de incapacitación contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar del enfermo mental, porque en caso de ser negativo tal pronunciamiento el incapacitado no podría otorgar válidamente testamento. Por el contrario, dicho artículo circunscribe su posible aplicación al supuesto de que la sentencia no se pronuncie sobre la capacidad de testar del incapacitado.

LUNA SERRANO[12] es crítico con el artículo 665 CC porque es perfectamente posible que el declarado incapaz pueda atravesar momentos de lucidez, no estar ya en condiciones habituales de que el pronunciamiento judicial le niegue capacidad para testar o incluso haberse curado completamente. Como preveía en su anterior redacción el artículo 665 CC que se refería al demente que pretende hacer testamento en intervalos lúcidos, el precepto parece dar a entender que dicha persona no podría otorgar válidamente testamento. De ser así, la norma sería gravemente inadecuada, si se tiene en cuenta la transcendencia que para todo sujeto puede tener la testamentifacción, en cuanto se negaría a quien se encuentra en condiciones para ello, usar de la facultad de testar.

Respecto a que la sentencia de incapacitación no se pronuncie respecto a la capacidad de testar, LUNA SERRANO mantiene que si bien la vigente redacción del artículo 665 CC ya no habla expresamente del enfermo mental que pretende hacer testamento en intervalo lúcido, es evidente que por su texto -artículos 663 y 664- ha de continuar atendiendo, al lado de otros relativos al cabal juicio del testador, a tal supuesto.

12 LUNA SERRANO, A., en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., Y RAMS ALBESA, J., Elementos de derecho Civil, V Derecho de Sucesiones, quinta edición, José María BOSCH, 1993, pág. 178

El artículo 761-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

Por tanto, se puede instar un nuevo proceso mediante el cual la sentencia de incapacitación quede sin efecto o se modifique. Si se reintegra al sujeto la plena capacidad de obrar, podrá otorgar testamento. Si la sentencia que modifica la extensión de la incapacidad no se pronuncia acerca de la capacidad para testar del incapacitado, será de aplicación el artículo 665 CC por lo que el Notario podría autorizar el testamento siempre que dos facultativos emitan un dictamen favorable a la capacidad del testador.

MESA MARRERO[13]se plantea que sucedería si el incapacitado hubiese otorgado testamento antes de dictarse la sentencia que modifica o deja sin efecto la incapacitación y en esta resolución judicial se declara que sanación del incapacitado se produjo, por ejemplo, dos años antes, siendo éste el período durante el cual se otorgó la disposición testamentaria. La cuestión reside en determinar si el testamento es nulo, por la falta de capacidad del otorgante o, por el contrario, puede considerarse válido, teniendo en cuenta la aseveración que realiza la sentencia, con apoyo en la prueba pericial médica, sobre la recuperación de su capacidad en el tiempo en que hizo el testamento. No hay duda, concluye MESA MARRERO, de que en este supuesto el testamento realizado por el incapacitado es nulo, pues se habría otorgado constante el estado de incapacitación declarado en virtud de resolución judicial. Así pues, el diagnóstico médico retrospectivo sobre la aptitud mental del incapacitado no es suficiente para desvirtuar la presunción de incapacidad derivada de la sentencia de incapacitación.

13 MESA MARRERO, C., Régimen jurídico de los menores e incapaces en el derecho sucesorio, Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre 2002, pág. 186.

Respecto a las clases de testamento a que se refiere el artículo 665 CC, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS[14] comentando la redacción anterior del artículo 665 CC mantiene que en su ámbito se incluye el testamento abierto y se excluye el ológrafo porque aún cuando se demostrase que la declaración vertida en forma ológrafa es libre y consciente por encontrarse el testador en un intervalo lúcido, o en su cabal juicio, sería inválido en la forma, ya que las formalidades del artículo 665 CC no se pueden cumplir en el testamento ológrafo, en cuya confección y otorgamiento no interviene el Notario ni los facultativos.

Es discutible su aplicación al testamento cerrado si se considera que no ha debido ser escrito necesariamente por el testador y que la testamentifacción se concentra en el acto del otorgamiento, en el cual se hace valer como testamento el escrito que antes no lo era. Por ello parece razonable su admisión y de ahí lo dispuesto en el artículo 707-5 CC en relación con el artículo 698 CC.

Respecto del cumplimiento de formalidades, dice BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, a propósito de la anterior redacción del artículo 665 CC, la presencia de los dos facultativos en el otorgamiento del testamento del enfermo mental incapacitado no es necesaria sólo como medio de prueba, sino más bien como requisito o solemnidad exigidos por el artículo 665 CC, o sea, que concurren con el mismo carácter que el Notario en el testamento abierto y cerrado.

El artículo 698-2 CC establece para el testamento abierto que al otorgamiento deberán concurrir, entre otros, los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado. El examen de los facultativos ha de ser anterior al otorgamiento del testamento, pero del artículo 665 CC parece desprenderse que cabe en el mismo acto del otorgamiento, e incluso cabe pensar que guardando la unidad, en ciertos casos de demencia la presencia o ausencia del intervalo lúcido con cabal juicio puede ser cuestión de minutos. En su dictamen favorable los facultativos han de responder de la capacidad del testador, no bastando afirmaciones meramente probabilísticas.

14 BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P., op. cit., pág. 247.

Al respecto el Tribunal Supremo ha declarado que la aseveración hecha por los facultativos en el supuesto del artículo 665 CC de que el testador estaba en un momento de plena lucidez mental, no constituye prueba irrebatible, ya que tal precepto no prohíbe ni se opone a que acerca de la capacidad o incapacidad del testador se aduzcan otras pruebas, decidiéndose en vista de ellas la cuestión que acerca de esto se promoviere. La capacidad ocasional establecida en el artículo 665 CC puede ser destruida por prueba en contrario, por no ser presunción iuris et de iure[15].

El artículo 685 CC declara que el Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le 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. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

En los casos de los artículos 700 y 701 CC, los testigos tendrán la obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad.

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

El artículo 707-4 CC dispone que en el otorgamiento del testamento cerrado se observarán, entre otras, la solemnidad siguiente: sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresado el número y la marca de los sellos con que está cerrado.

Respecto del juicio de capacidad del testador, dicen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN[16] que esta obligación del Notario se diluye, es menos rígida

15 LUNA SERRANO, A., op. cit., pág. 179.
16 DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, IV, novena edición, Tecnos, 2004, pág. 342.

en los testamentos otorgados según lo previsto en los artículos 700 y 701 CC (testamento en peligro inminente de muerte y testamento en caso de epidemia), pues según el artículo 685 CC, párrafo segundo, los testigos entonces procurarán asegurarse de la capacidad del testador.

Por lo que respecta al artículo 685 CC, explica LUCAS FERNÁNDEZ[17] que ante las críticas vertidas contra la redacción existente en la primera edición del Código Civil, que imponía al Notario y los testigos el deber de asegurarse de que el testador tenía la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento, en la edición reformada se dijo que el Notario y los testigos procurarán asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Los autores, concluye LUCAS FERNÁNDEZ, criticaron que el juicio de capacidad se encomiende no sólo al Notario sino también a los testigos, partiendo de la base de que tal juicio no es una mera apreciación de la sanidad mental del testador, sino un juicio jurídico.

GONZÁLEZ PORRAS[18] cree que aunque la posición jurisprudencial mayoritaria es la de entender que la función corresponde al Notario y a los testigos instrumentales, sin embargo cabe cuestionar si es así y en tal sentido se puede apreciar que el testamento abierto, en su forma notarial, se rige en este punto no por el artículo 685 CC que tiene carácter general para todas las formas de testamentos, otorgado ante Notario o sin la intervención del fedatario público, sino por el artículo 695 CC y si fuera cerrado por el artículo 707 CC que no menciona en su apartado III a los testigos.

Con todos esos antecedentes, la modificación del Código Civil de 1.991 afectó, entre otros, como ya se ha dicho, al artículo 685 CC que establece que el Notario deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar. El artículo 685 CC como regla general respecto al juicio de capacidad del testador, abarca todas las formas de testamento común, salvo el

17 LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al artículo 685", en ALBALADEJO, M., Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo IX-volumen 1-a, Edersa, Madrid, 1990, p. 358 y ss.
18 GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "Comentario al artículo 695" en ALBALADEJO, M., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo IX, Volumen 1-B, Edersa, Madrid, 1987, p. 109

ológrafo, porque en el caso de los notariales es el Notario el que debe asegurarse de la capacidad y en el caso de los otorgados en peligro de muerte y en los casos de epidemia serán los testigos los que procurarán asegurarse de su capacidad.

Según RIVAS MARTÍNEZ[19] en los testamentos autorizados por Notario destaca en el juicio de capacidad un aspecto sustantivo recogido en el artículo 685 CC y un aspecto formal plasmado en el artículo 696 CC. La apreciación por el Notario de la capacidad del testador se manifiesta en dos planos íntimamente ligados, aunque recogidos en preceptos distintos. Uno, el plano sustantivo, coincide con la comprobación misma de la capacidad del testador y aparece contemplado en el artículo 685 CC. El otro, el plano formal está en el artículo 696 CC y no es sino toda la materialización en el documento testamentario de la aptitud apreciada en el testador, o si se prefiere la constancia documental de hallarse con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, derivando su exigencia del citado artículo 696 CC para el testamento abierto y del artículo 707 CC para el testamento cerrado. Por lo tanto, dos son los deberes del Notario autorizante: uno, material, el de asegurarse de la capacidad legal del testador según su juicio; y otro, formal, que consiste en hacer constar en el testamento que, a su juicio, el testador se halla con capacidad legal. En consecuencia, la expresión de la capacidad legal del testador constituye en sí misma un requisito formal del testamento. Cabe concluir señalando que la Ley de Reforma del Código Civil de 1991 determinó que, respecto al juicio de capacidad del testador, el Notario tenga que asegurarse de ella, según su juicio, mientras que la redacción anterior del artículo 685 CC sólo disponía que el Notario procurará asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Tras la citada Reforma de 1991, y respecto de dicha capacidad, nada tienen que apreciar los testigos dado que en muchos testamentos se requieren y en otros no les corresponde hacerlo.

TORRES GARCÍA[20], comenta que la manifestación documental se hará en forma de diligencia en la que el Notario hará constar que a su juicio tiene

19 RIVAS MARTÍNEZ, J.J., op. cit., p. 359.
20 TORRES GARCÍA, T.F., op. cit. p. 1728.

el testador la capacidad para testar. Apoyándose en bastantes Sentencias del Tribunal Supremo resalta que el juicio de capacidad del Notario sirve para integrar una presunción iuris tantum a la cual habrá que estar mientras no se demuestre claramente la incapacidad del testador. De la misma opinión es DE ZULUETA[21]

En relación con el artículo 696 CC RIVAS MARTÍNEZ[22] mantiene que el Notario no está obligado a emplear las mismas palabras que expresa el Código en dicho artículo, pudiendo usar otras distintas que indiquen la misma idea, pues lo esencial no son las palabras empleadas sino que el Notario considere al testador con suficiente capacidad para testar. No se requiere, pues, una formula especial para que el Notario haga constar su juicio y será suficiente que del texto del testamento resulte expreso.

MARTÍNEZ ESPÍN[23] cree que no es obligatorio que la manifestación del Notario consigne las palabras precisas e insustituibles de a su juicio y basta con que de cualquier otro modo exprese la idea con claridad. Tampoco es necesario que haga la declaración en párrafo separado. Si es necesario, bajo sanción de nulidad, que figure en el testamento la opinión del Notario respecto a la capacidad del testador, juicio valorativo que, aunque no tenga por qué aceptarse como certidumbre absoluta, debe figurar como una observancia inexcusable, derivada de norma de ius cogens. La forma habitual es la de "hallándose el testador a mi juicio con capacidad legal necesaria para testar u otra similar"

Según GARRIDO MELERO[24] de las Sentencias del Tribunal Supremo se puede deducir una línea jurisprudencial: la capacidad se presume en toda persona; la incapacidad ha de basarse en causas graves; la incapacidad

21 DE ZULUETA SAGARRA, M. "Comentario al artículo 685", en DOMÍNGUEL LUELMO, A. "Comentarios al Código Civil, LEX NOVA, 2010, P.805.
22 RIVAS MARTÍNEZ, J.J., op. cit, pág. 366.
23 MARTÍNEZ ESPÍN, P., Comentario al artículo 696, en BERCOVITZ, R. Comentarios al Código Civil, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5334.
24 GARRIDO MELERO, M., Instituciones de Derecho Privado, Tomo V- Volumen 3º, Director Victor M. Garrido de Palma, Civitas Thomson Reuters, 2018, págs. 103 a 109.

ha de referirse al momento del otorgamiento; la incapacidad no tiene lugar en los momento lúcidos que pueda tener la persona; los facultativos son sólo necesarios en el caso de una persona que se encuentre incapacitada; la valoración de la capacidad por el Notario resulta con valor a tener en cuenta; necesidad de que los informes de los peritos sean concluyentes y que los peritos sean especialistas; la capacidad es una cuestión de hecho que tiene que ser apreciada por los Juzgados de Instancia.

IV. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TESTAR TRAS LA PROMULGACIÓN 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.

Respecto al artículo 662 CC que está vigente desde la primera edición del Código Civil, ÁLVAREZ LATA[25] señala que en este precepto se formula la tradicional presunción de capacidad para testar -proyección del favor testamenti- vigente en nuestro Derecho, de naturaleza iuris tantum, acorde con el principio general de capacidad, y que determina que las excepciones a esa regla se interpreten de forma restrictiva y que hayan de ser probadas completa y efectivamente y con especial rigor. Principio de presunción de capacidad que ha quedado reforzado ya desde la entrada en vigor de la Convención sobre las Personas con Discapacidad- tal y como señala la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 -base de la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021 que, aunque no ha tocado esta norma, debe orientar su aplicación de acuerdo con sus principios.

TORRES GARCÍA Y GARCÍA RUBIO[26], comentando el derogado artículo 663-2 CC que disponía que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, dicen que respecto a la añeja expresión utilizada entiende mayoritariamente la doctrina que alude a una situación de hecho que priva al sujeto de la facultad testatoria porque carece, en el momento que pretende testar, de capacidad suficiente de querer y entender el alcance de sus disposiciones y de apreciar los motivos de hacerlas;

25 ÁLVAREZ LATA, N. Comentario al artículo 662 del Código Civil, en Comentarios al Código Civil, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición, 2021, pág. 907

26 TORRES GARCÍA, T.F. Y GARCÍA RUBIO, M.P., La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, págs.. 65 y 66.

es pues sinónimo de la falta de capacidad natural para testar y puede afectar tanto a la persona incapacitada judicialmente, como a la que no lo está.

Sobre el artículo 663 CC GARCÍA RUBIO[27] resalta que el Anteproyecto de Ley elaborado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación para adaptar el Derecho español a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU elimina la vetusta regla que no permite testar a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio y en su lugar se impedía testar a la persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello. Con ello se subrayaba la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial ex ante para testar, de modo que dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento el testamento.

BARBA[28] destaca que la nueva redacción del artículo 663 CC, al que ya se ha hecho referencia, cambia notablemente no sólo desde el punto de vista lingüístico sino también desde el punto de vista sustancial. Desde el punto de vista lingüístico, la palabra incapacitados desaparece y es sustituida por la expresión más amplia, que supera el binomio capacidad-capacidad de obrar, no pueden testar. Además, ya no se habla de menores de catorce años de uno y otro sexo sino de la persona menor de catorce años.

Desde el punto de vista sustantivo no hay ninguna referencia al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, sino a la persona que en el momento de testar no puede conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyos para ello. La nueva redacción de la norma elimina la referencia al concepto de incapacidad y limita la posibilidad de

27 GARCÍA RUBIO, M.P., Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. Revista de Derecho Civil, Volumen V, número 3, julio-septiembre, 2018, pág. 175.
28 BARBA, V., Capacidad para otorgar testamentos; legitimarios y protección de la persona con discapacidad La Ley Derecho de Familia, nº. 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico. Editorial Wolters Kluwer, págs. 5 y 6.

otorgar testamento sólo a las personas que no pueden conformar o expresar su voluntad. Por tanto, concluye BARBA, el requisito necesario para otorgar testamento no es la llamada capacidad de obrar en su concepción tradicional o, según otra perspectiva, una condición de plenitud de facultades cognitivas y sensoriales, sino simplemente la capacidad de la persona para manifestar su voluntad.

DE AMUNATEGUI[29] mantiene que el texto proyectado evitaba la expresión cabal juicio siendo sustituida inicialmente por tener las facultades necesarias para hacerlo, lo que deriva finalmente en la desafortunada expresión no poder conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyo para ello. Dice que no comparte el aparente alejamiento en la materia de las aptitudes y situaciones intelectuales, para utilizar un concepto equívoco, con el peligro de que puedan incluirse en esta restricción personas que tengan limitaciones de facultades que no afecten a lo que son conocidas como aptitudes de discernimiento o entendimiento, pero que puedan asociarse con el término expresar; de no ser así, lo adecuado habría sido sustituir la conjunción o por la de y.

Sobre el artículo 664 CC se mantiene que es complemento de otros preceptos del Código Civil relativos a la capacidad de testar. En primer lugar, se ha apuntado por la jurisprudencia que explica la expresión cabal juicio, incluida en el derogado artículo 663 CC. De este modo, el término enajenación mental permite incluir dentro de la expresión cabal juicio todas las personas incapaces de gobernarse por sí misma. En segundo lugar, complementa el artículo 666 CC, de ahí la validez del testamento[30].

29 DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., Comentario al artículo 663 del Código Civil, en Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, directora GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 886.
30 RODRÍGUEZ GUITIAN, A.M., Comentario al artículo 664 del Código Civil, en Código Civil Comentado, directores CAÑIZARES, A., DE PABLO, P., ORDUÑA, J. y VALPUESTA, R., volumen II, Cívitas Thomson Reuters, 2011, pág. 274 y 275.

El artículo 664 CC dispone que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido, lo que da lugar a que ÁLVAREZ LATA[31] mantenga que esos términos son obsoletos y anacrónicos y totalmente fuera del contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que incluso podría dar lugar a un problema de interpretación, por lo que podría haberse integrado en las otras normas, procediendo a su derogación. Actualmente poco aporta al respecto sino confusión.

En relación con el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, GARCÍA RUBIO[32] señalaba que el proyectado artículo 665 CC establece que si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundamentalmente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designara dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud. Aunque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, sigue diciendo GARCÍA RUBIO, probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el Notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador.

Según ZURITA MARTÍN[33] el nuevo artículo 665 CC centra su atención en dos funciones notariales: a) la de valorar, según su propio juicio, la aptitud de la persona con discapacidad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones; y b) la de apoyar con los medios necesarios a la persona con discapacidad para que pueda desarrollar su propio proceso de toma de

31 ÁLVAREZ LATA, N., Comentario al artículo 664 del Código Civil, op. cit., pág. 909.
32 GARCÍA RUBIO, M.P., op. cit., pág. 176.
33 ZURITA MARTÍN, I., Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad, Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº 16 bis, junio 2022, pág. 3109.

decisiones, facilitándole su compresión y la expresión de su voluntad, deseos y preferencias. En ningún momento se refiere la norma a la posibilidad de que el Notario acuda a dos expertos que le ayuden a conformar a su juicio de valoración de la aptitud del testador. No es, por tanto, obligatorio que lo haga, según preveían las normas anteriores; y debe considerarse, además, que el recurso a los expertos es una opción que queda a la decisión del Notario sólo si cuenta con la aquiescencia de la persona con discapacidad. Podría suceder, sigue diciendo ZURITA MARTÍN, que si el Notario considera que en la persona con discapacidad no concurre la aptitud necesaria para realizar el otorgamiento, esta quisiese solicitar el dictamen de un experto que certifique su capacidad a dichos fines.

La redacción del artículo 665 CC cambió varias veces en el proceso legislativo. Se suprimió la posibilidad de designar dos facultativos que contenía el artículo 665 CC derogado y que también estaba presente en el Anteproyecto, como ya se ha comentado.

El artículo 665 CC tiene como finalidad cumplir la finalidad de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en materia de testamentificacción activa, poniendo a la persona discapacitada en situación de igualdad en lo concerniente a testar con todas las garantías.

Siendo el testamento un acto personalísimo, si no hay una expresa regulación del testamento de la persona con discapacidad que le aporte todas las garantías a su acto y que aleje los peligros de impugnaciones de terceros que se sientan desfavorecidos, esa persona se vería abocada seguramente a la sucesión intestada de sus bienes[34].

La Disposición Adicional Cuarta del Código Civil dice que la referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7º., 782, 808, 822 y 1041 CC, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad

34 ÁLVAREZ LATA, N., Comentario al artículo 665 del Código Civil, op. cit., pág. 910.

y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad, y a las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Como el artículo 665 CC no está incluido en el párrafo primero de la Disposición Adicional Cuarta habrá que tener en cuenta lo previsto en su párrafo segundo respecto a que la referencia a la discapacidad habrá que entenderla como persona que necesita apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, en su Libro Primero tiene un Título XI, De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, que comprende los artículos 249 a 299 CC.

El artículo 249 CC declara que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. El artículo 250 CC establece que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La persona con discapacidad a la que se refiere el artículo 665 CC puede tener apoyos antes de ir a testar. Ello facilitaría la labor del Notario.

Si la persona con discapacidad no tiene apoyos cuando comparece ante el Notario para otorgar testamento, la labor notarial es mayor. Para otorgar el testamento el Notario tiene que valorar positivamente que el testador puede comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. Además 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 resulte necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

El artículo primero de la Ley 8/2021, ha modificado varios artículos la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y, entre otros, el artículo 25 al que ha incorporado un párrafo final que dice que para garantizar la accesibilidad de la 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, interpretes, 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.

Según BARBA[35] la norma contenida en el artículo 665 CC es de alcance general y se aplica a todos los testamentos, tanto los ordinarios como a los especiales. Sin embargo, no cabe duda de que, mientras que en el caso del testamento ológrafo la valoración de la capacidad para otorgar testamento no se hará en el momento de su otorgamiento y sólo se podrá cuestionar a posteriori. La nueva redacción del artículo 665 CC no sólo cambia radicalmente los supuestos de imposibilidad de testar, sino que también afecta, mediata y reflexivamente, a la norma contenida en el artículo 685 CC en la parte en la que señala que el Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Aunque el artículo 685 CC no ha sido modificado, sigue diciendo BARBA, no cabe duda de que el tipo de control que el ordenamiento exige al Notario

35 BARBA, V., op. cit.

ha cambiado radicalmente. El Notario ya no está obligado a comprobar que la persona está en su cabal juicio, sino que debe, según su propio criterio, constatar que la persona está en condiciones de conformar o expresar su voluntad. El juicio del Notario, como señala el Tribunal Supremo, sigue siendo personal y, por tanto, no hace fe de una condición subjetiva, ya que es una valoración personal del estado del testador, aunque si constituye un refuerzo de la presunción de capacidad. No puede dudarse, sin embargo, que la modificación del artículo 663 CC cambia radicalmente el tipo de juicio que se exige al Notario.

DE AMUNATEGUI[36] señala que la posibilidad de facilitar el otorgamiento de testamento al mayor número de personas con discapacidad tan sólo podía entenderse a través de la colaboración notarial, mediante una labor de información asesoramiento, ajustes razonables, evitación de influencias y constatación del deseo de testar, lo que posibilitaría recurrir exclusivamente al testamento abierto. DE AMUNATEGUI también resalta que la función de ayuda para testar se venia realizando en numerosas ocasiones, pero que en el nuevo entendimiento de la capacidad resulta esencial para poder conocer el derecho a testar de las personas con discapacidad.

ZURITA MARTÍN[37] mantiene que sería más aconsejable que sólo fuera viable otorgar testamento abierto por la persona con discapacidad sometida a instituciones judiciales de apoyo, en tanto que el Notario no puede enjuiciar la capacidad del testador en el momento de la redacción del testamento cerrado. Del articulado del Código Civil lo que se desprende, sin embargo, es la preponderancia del momento del otorgamiento (el artículo 666 CC atiende al momento de otorgar testamento para apreciar la capacidad del testador; y los artículos 696 y 707 CC referidos a la verificación de la capacidad por el Notario en los testamentos abiertos y cerrados, respectivamente)

36 DE AMUNATEGUI, C., Comentario al artículo 665 del Código Civil, op. cit., pág. 892.
37 ZURITA MARTÍN, I., op. cit., pág. 3110.

El artículo 666 CC establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Según PUIG FERRIOL[38] este artículo es hasta cierto punto superfluo pues al precisar que debe atenerse únicamente al estado en que se halle el testador al tiempo del otorgamiento con el fin de apreciar su capacidad realmente nada nuevo añade a lo preceptuado en los artículos 663 y 664 CC. Sólo es posible que tenga algún sentido si se contempla con una cierta perspectiva histórica, pues tal vez con dicho artículo el legislador de 1889 pretendía poner de manifiesto su decisión de superar claramente una situación, en la cual y por diversos motivos no se atendía únicamente al estado en que se hallaba el testador al tiempo del otorgamiento con el fin de apreciar su capacidad, como sucedía en el Derecho romano para los supuestos de falta de capacidad jurídica (esclavos, personas alieni iuris).

GARCÍA RUBIO[39] comentando el Anteproyecto de Ley al que ya se ha hecho referencia, mantuvo que el artículo 695 CC es uno de los contados preceptos que están fundamentalmente dirigidos a discapacidades de índole sensorial (sobre todo que afectan a la vista y al oído), puesto que la mayor parte de la Propuesta de la Comisión General de Codificación se dirige de modo prioritario a regular los apoyos que precisan las personas con discapacidad, de índole cognitiva o en la toma de decisiones, que son precisamente aquellas a las que usualmente se les ha negado la plena capacidad jurídica en el sentido del artículo 12 de Convención sobre las Personas con Discapacidad.

En cuanto al artículo 697 CC, precepto que impone la necesidad de testigos en el testamento abierto de las personas ciegas o enteramente sordas, la Comisión General de Codificación propuso una nueva redacción donde se eliminara la exigencia de los testigos en los testamentos abiertos otorgados por persona con discapacidad auditiva y o visual, los cuales contarán, si lo precisan, con el apoyo que deriva de la reforma del artículo 695 CC con el

38 PUIG FERRIOL, L., Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, 1676 y 1677.
39 GARCÍA RUBIO, M.P., op. cit, pág. 178.

fin de asegurar que el documento notarial elaborado sea expresión fiel de la voluntad del testador.

Según REPRESA POLO[40] la reforma de los artículos 695 y 697 CC intenta poner fin a la discriminación que suponía la especialidad del otorgamiento del testamento de las personas con una discapacidad sensorial, al suprimir los requisitos extraordinarios exigidos tanto en el momento del otorgamiento como en el de su lectura y firma. Dicha especialidad que obligaba a la concurrencia obligatoria de testigos cuando el testador fuera ciego o enteramente sordo, se justificaba en el Código en la necesidad de garantizar la autenticidad de la última voluntad del testador y su coincidencia con lo leído por el Notario y recogido en el testamento, pero a cambio se sacrificaba el reconocimiento de su autonomía y capacidad, así como se atentaba contra la confidencialidad a la que tiene derecho el testador en el otorgamiento de su última voluntad, objetivo buscado con la supresión en 1991 de la concurrencia de testigos en el testamento notarial abierto.

Por lo que respecta al testamento cerrado se introducen modificaciones en los artículos 706 y 708 CC con la finalidad de incorporar la viabilidad de firmar electrónicamente el testamento y de añadir la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan testar de esa forma, al poder utilizar medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, y siempre que se observen los restantes requisitos de validez exigidos por el Código Civil. La referencia a las personas con discapacidad visual se completa con un nuevo párrafo en el artículo 709 CC que ordena a estas al hacer la presentación del testamento, expresar en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de la misma se contiene su testamento, expresando tanto el medio empleado como que está firmado por ellas[41]

40 REPRESA POLO, Comentario a los artículos 695 y 697 del Código Civil, en Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, directora Cristiana Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 894.
41 ZURITA MARTÍN, I., op. cit., pág. 3111 y 3112.

V.- LA SENTENCIA 129/1972, DE 8 DE MARZO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 129/1972, de 8 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo puso fin a un pleito en el que una persona que había sido declarada incapaz por un Juzgado, había otorgado un testamento. El Juez de Primera Instancia declaró nulo el testamento. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación.

Por un Auto de 22 de mayo de 1908 de un Juzgado de Primera Instancia la testadora fue declarada incapaz, constituyéndose el organismo tutelar para guarda de su persona y bienes. Cuando se produjo su fallecimiento ejercía de tutor de la incapacitada su hermano que es el demandante.

Los padres de la incapacitada en sus testamentos abiertos otorgados el 9 de abril de 1901 expresaron el convencimiento de que su hija carecía de instrucción, considerándola en evidente estado de incapacidad, motivo por el cual nombraban tutor al demandante, aun cuando su hija no estaba declarada incapaz en la fecha de los citados testamentos.

En la demanda que da origen al litigio se aportó un dictamen de médicos neuropsiquiatras elegidos por un Notario y emitido ante él a requerimiento del tutor y Presidente del Consejo de Familia, expresaron ambos facultativos su convicción de la grave enfermedad mental de la testadora. Posteriormente, otro neuropsiquiatra emitió un dictamen en el que dejó constancia de que la testadora padecía una oligofrenia que la incapacitaba total y absolutamente para regir su persona y bienes.

A pesar de todo ello, la persona enferma otorgó testamento abierto el 28 de septiembre de 1964 en el que intervinieron dos facultativos, a los efectos de acreditar la capacidad siquiera temporal de la testadora; ésta declaró su

deseo de que su hermano y tutor no percibiera beneficio alguno de ella, ni sea llamado bajo ningún pretexto a recibir bienes de la herencia por el abandono en que la tiene. Por ello, nombraba herederos a sus tres sobrinos.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación porque la otorgante del testamento padeció varios años de antelación a su comparecencia ante Notario de oligofrenia en grado segundo con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente irreversible, no permite que se produzcan intervalos de lucidez y al declararse nula dicha disposición testamentaria por el Tribunal a quo, no incurrió éste en las infracciones denunciadas.

VI.- LA SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1981 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia de 24 de febrero de 1981 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró que no había lugar a un recurso de casación en un litigio sobre la capacidad del testador. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la Sentencia.

El 1 de agosto de 1961 un hombre otorgó testamento ante Notario. El 28 de febrero de 1964 un Auto de un Juzgado de Primera Instancia declaró la incapacidad del testador.

Según el Tribunal Supremo la incapacidad del testador no se acreditó que existiera el día de la realización del acto testamentario, pues ni de los diversos dictámenes médicos sobre la capacidad intelectual del testador, ni de su comportamiento en el momento de otorgar testamento, ni de las disposiciones de éste, ni de las alegaciones en su contra formuladas en el demanda y ni aún siquiera de lo confesado por el propio actor sobre su capacidad mental y de la administración de sus bienes, resultan motivos para sostener la incapacidad.

El Tribunal a quo valoró en su conjunto la prueba practicada que, también de acuerdo con la conocida por lo reiterada doctrina jurisprudencial, no puede desarticularse con un medio aislado, por importante que sea, como la confesión.

Respecto a una serie de documentos (el propio testamento, unos dictámenes médicos y dos resoluciones judiciales) declara que todos ellos fueron examinados y ponderados por el Juzgador, no demostrando por sí mismo y sin ulterior razonamiento, lo contrario de lo declarado por éste y de que los dos últimos tienen fecha posterior del otorgamiento del testamento, siendo, por tanto, inoperantes para el fin pretendido de justificar la incapacidad en un memento anterior.

El artículo 663-2 CC declara que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, circunstancia que en este caso no concurría en el instante de testar (1 de agosto de 1961). El Auto Judicial de incapacitación es de 28 de febrero de 1964, por lo que es de aplicar el artículo 664 CC que establece que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

VII.- LA SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1982 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia de 7 de octubre de 1982 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación en un litigio en el que la Audiencia había revocado la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.

El Juzgado dictó Sentencia por lo que estimando la demanda declaró que son nulos, ineficaces, y sin valor ni efecto alguno todos y cada uno de los testamentos por no hallarse el testador en su cabal juicio. Que el pronunciamiento precedente se ha de hacer constar en las correspondientes matrices u originales de los testamentos a que se refiere, así como quedan canceladas las anotaciones que respecto de los mismos obran en el Registro del Notario en el Colegio Notarial y en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad. Que son herederos ab instestato del finado sus hermanas y su sobrino, hijo de su hermano premuerto, por terceras e iguales partes.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, al aplicar las normas de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 CC, la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1º) Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervada las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti y que impone el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insanía mental. 2º) Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo demostrando que en el acto de otorgarlo no se hallaba el testador en su cabal juicio, esta prueba no deberá dejar margen

racional de duda, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre. 3º) La cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de Instancia, asistida de la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, según disponen los artículos 1243 CC y 632 de la Ley Procesal, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos dejó de constituir el llamado juicio de peritos contemplado en la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el Juzgador.

El Tribunal de Instancia, sigue diciendo, la Sentencia del Supremo, revocando en el presente caso la Sentencia del Juzgado, entiende insuficientemente acreditada la pretendida carencia de voluntad consciente y libre en el causante, fallecido en estado de soltero y sin herederos forzosos el 2 de marzo de 1975, que otorgó cuatro testamentos abiertos (16 de diciembre de 1965, 4 de junio de 1969, 15 de abril de 1970 y 7 de octubre de 1970), efectuando las sucesivas disposiciones ateniéndose a un propósito sin radicales cambios, variando tan sólo las atribuciones a los distintos favorecidos pero manteniendo siempre el caudal dentro del ámbito familiar (hermanos, sobrinos y primos), salvo un legado de escasa cuantía a un vecino. Todo ello comporta un dato en pro de su recto criterio y de la normalidad de la mente, afirmada en las cuatro ocasiones por los respectivos Notarios y testigos instrumentales. Por ello, los informes médicos no conducen forzosamente a la aceptación de la tesis mantenida en la demanda de que en todas las ocasiones el disponente carecía de cabal juicio. Así pues, la psicopatía padecida por el testador no llegó a anular su inteligencia y voluntad, y el proceso esquizofrénico presenta una marcha evolutiva y antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lucidos y, por lo tanto, haga lícito ejercicio de la testamentifacción.

VIII.- LA SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1987 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia de 10 de abril de 1987 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de una Audiencia Territorial que había confirmado la Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia en un pleito en el que se impugnó la capacidad del testador.

La recurrente en casación se apoyó en unos informes técnicos, respecto de los cuales el Tribunal Supremo afirmó: 1º) Que ninguno de los doctores informantes conocieron ni examinaron al interesado, o sea, al otorgante del testamento. 2º) Que el informe de los doctores se basa únicamente y exclusivamente en un conciso e incompleto historial clínico, lógicamente expuesto a los posibles errores diagnósticos. 3º) Que por muy terminantes que sean sus conclusiones- las de dichas pericias- y quizá por eso, dada la contingencia de la ciencia médica, no pueden racionalmente constituir, por si solas, la prueba cumplida, convincente e inequívoca exigida para acreditar el error en que concurrieron Notario y testigos instrumentales al afirmar la capacidad mental del testador. 4º) Que dicha aptitud testamentificadora activa se encuentra además confirmada y adverada por el copioso testimonio concorde de diversas personas que vieron y trataron al testador en los momentos coetáneos a aquel y los inmediatamente posteriores, previos a su muerte, alguno de ellos tan cualificados como el de los médicos que lo asistieron en su dilatada enfermedad, incluido el de la Doctora que por encontrarse de guardia ese día en el centro hospitalario en que fue internado, lo asistió y habló con él la tarde anterior a su fallecimiento, todas los cuales sin contradicción alguna, lo encontraron en su cabal juicio.

Respecto de la pretendida incapacidad del testador que sirvió de base a la recurrente para interesar la nulidad de su última disposición testamentaria, el

Tribunal Supremo para rechazar también dijo: a) Que es un principio general indiscutido en cuanto sancionado por el Código Civil y confirmado por la jurisprudencia, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad, en cuanto a excepción, debe ser probada de modo evidente y completo. b) Que conforme dispone el artículo 666 del referido texto legal, la estimación del estado mental del testador viene referida al tiempo de otorgar el testamento. c) Que es igualmente regla general sancionada por la doctrina de esta Sala, el que salvo en el supuesto de demencia que contempla el artículo 665 CC (que no es el aquí contemplado) en que se impone al Notario autorizante la designación de dos Facultativos para que reconozcan al presunto testador, en los demás se proyecta sobre aquél y los testigos que autoricen el testamento la facultad de determinar que a su juicio tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, que es, precisamente, lo acontecido y realizado en el presente caso. d) Que la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentifacción del otorgante, puesta de relieve en el caso de autos, adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario, pruebas que no existen en el supuesto que aquí se examina. Pero es que, además, olvida la recurrente al formular este motivo: 1) Que está construyendo el error de hecho resultante de los documentos auténticos que cita, sobre una prueba que como la pericial no es instrumental aun cuando aparezca reflejada en un documento, razón por la cual y como tiene dicho esta Sala de modo reiterado, su adecuado encaje casacional está en el error de derecho. 2) Que lo relativo a la apreciación de capacidad realizada por el Notario y los testigos del testamento, es una cuestión de hecho por lo que su apreciación es una facultad de la Sala de Instancia, a la que corresponde valorar con arreglo a las normas de la más sana crítica esta prueba, como aquí ha hecho.

IX.- LA SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1988 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia de 18 de marzo de 1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo puso fin a un litigio en el que una mujer promovió un juicio ordinario de mayor cuantía contra varias personas por una declaración de incapacidad, nulidad de testamento y otros extremos. El Juzgado de Primera Instancia ante el que se planteó la demanda la desestimó el 17 de junio de 1982 y la Audiencia Territorial confirmó la Sentencia el 14 de mayo de 1986. La actora interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El 4 de agosto de 1972, el padre de la demandante otorgó testamento abierto ante un Notario instituyendo como herederos universales por partes iguales a dos de sus hijos y legando a su hija y a otro hijo la legitima que por derecho les corresponde. En dicho documento, el Notario autorizante da fe de conocimiento, ocupación y vecindad del compareciente así como de que el mismo se encontraba, a su juicio, en perfecto uso de sus facultades y por ello con capacidad requerida en derecho para otorgar testamento común abierto. El 18 de abril de 1974 ante un Notario se otorgó una escritura de venta de una finca urbana en la cual y, entre otras diversas personas intervinieron además de los litigantes, el presunto incapaz, representado por un hijo. El 20 de octubre de 1974, la demandante en este pleito, presentó una demanda ante el Juzgado competente solicitando que se declarara a su padre incapaz para regir su persona y bienes, recayendo Sentencia el 21 de abril de 1975 declarando la incapacidad interesada. Apelada dicha resolución fue confirmada por la Audiencia Territorial, siendo desestimado el recurso de casación interpuesto el 11 de marzo de 1976.

La Sentencia 18 de marzo de 1988 declaró: a) Que constituye un principio general indiscutido en derecho, consagrado en el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume

siempre, mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo; b) Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 666 CC, la estimación del estado mental de todo testador viene referida al tiempo de otorgar testamento; c) Que salvo los supuestos de demencia que contempla el artículo 665 CC, que no es el aquí contemplado dado que el testamento impugnado se otorgó el 4 de agosto de 1972, fecha en la que no se había iniciado el juicio especial sumario del artículo 218 CC vigente en dicho momento, que por otra parte concluyó denegando la incapacidad del testador; salvo en dichos supuestos, en lo que se impone al Notario autorizante la designación de dos facultativos para que reconozcan al presunto testador, en los demás y por lo tanto en éste, se proyecta sobre aquél y los testigos autorizantes del testamento la facultad de determinar que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar, que es precisamente lo acontecido en este caso; d) La manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario.

X.- LA SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1992 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia de 22 de junio de 1992 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación en un caso de nulidad de testamento a causa de la falta de capacidad del testador. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad del testamento y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

El 18 de agosto de 1983 se otorgó el testamento objeto de impugnación y la fecha de declaración de incapacidad judicial del testador fue el 31 de octubre del mismo año. Según el Notario autorizante y los dos testigos presenciales, uno de ellos médico de profesión y amigo del testador, expresaron que el testador tenía capacidad para hacerlo.

El Tribunal Supremo declaró que ambas Sentencias de Instancia coinciden, tras un análisis riguroso de la prueba practicada, en la estimación de la insania mental del causante en grado suficiente y con sujeción a los requisitos exigibles para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. Al efecto, la Sentencia recurrida establece: la prueba pericial practicada durante el proceso ha sido con respeto de los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción; extraña, a los que la presente suscriben, la actitud de los demandados comparecidos en la Instancia, que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado post mortem en el Hospital; tal duda debe predicarse de todo fundamento, atendida la documental obrante en autos.

La Sentencia se refirió a la prueba pericial practicada por tres médicos, consistente en un examen cerebral post mortem, quienes a juicio del Juez de Instancia emiten un informe exhaustivo, concluyente y convincente. Según

dicho informe sin ningún género de dudas a la fecha del testamento el testador no estaba capacitado para otorgarlo, porque la enfermedad que padeció (Czeutzfeldt-Jakob) como consecuencia de su origen virásico, que degeneró en una encefalitis espongiforme, permitió su análisis con los resultados de la necropsia, por lo que las características de su incubación y desarrollo posterior, de acuerdo con los criterios científicos, establecen la certeza de la incapacidad que se acogió por la Sentencia recurrida.

La Sentencia del Supremo también señala que aunque el artículo 666 CC dice que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que halle al tiempo de otorgar el testamento, este mandato no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedente de la conducta.

XI.- LA SENTENCIA 769/1995, DE 24 DE JULIO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sentencia 769/1995, de 24 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo puso fin a un litigio entre hermanos por la nulidad de un testamento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad. La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

El testador cuando tenía setenta y tres años (año 1980) empezó a padecer ciertos trastornos mentales (pérdidas de memoria y control intelectual) y abandono de su vida social. A mediados del año 1983, su médico especialista lo visitó en dos ocasiones y observó en él una conducta inadecuada (tendencia a la huida y salir desnudo). El 17 de diciembre de 1983 (quince días después de otorgar el testamento objeto del pleito) fue ingresado en un Hospital Psiquiátrico con la sintomatología siguiente: conducta de tipo delirante con francas ideas de persecución, confusión mental, amnesia, desorientación autopsiquica y temporal, no espacial, siendo incapaz de concretar el número de hijos ni el número de su lugar de residencia. Posteriormente sufrió otros internamientos llegando a un cuadro de demencia profunda sin posibilidad de recuperación.

Con este cuadro clínico se otorga el testamento fechado el 2 de diciembre de 1983. El Notario se trasladó al domicilio del hijo del testador y hubo tres testigos instrumentales.

El Notario declaró que no recuerda lo allí ocurrido, ni puede puntualizar las circunstancias del otorgamiento, pero que si le hubieran manifestado la enfermedad que padecía el testador no hubiera autorizado el acto; afirmación que no coincide exactamente con la acotación que figura en el propio testamento, de que el testador que sabe firmar, pero no puede hacerlo por impedirlo su enfermedad, haciéndolo a su ruego un testigo.

Los testigos manifestaron que no conocían al testador con anterioridad, que éste no pronunció ni una sola palabra durante todo el acto del otorgamiento del testamento, permaneciendo recostado en la cama.

El Tribunal Supremo concluye señalando que puestas en relación estas manifestaciones de los testigos presenciales, no interesados en el otorgamiento del testamento, con la historia clínica de la enfermedad que padeció el testador hasta su fallecimiento, y que ya sufría en diciembre de 1983, resulta obligado coincidir con la Sala de Apelación en la declaración de nulidad que hace, respecto a la disposición de última voluntad que se ha impugnado en el pleito.

XII.- LA SENTENCIA 1017 /1995, DE 27 DE NOVIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 1017/1995, de 27 de noviembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación planteado por nulidad de un testamento otorgado por una mujer que el 16 de septiembre de 1982, en el que de forma tácita revocó un testamento anterior otorgado el 19 de mayo de 1959. En el testamento de 16 de septiembre de 1982 nombró como único heredero a uno de sus hermanos. Ello comportó la desheredación de sus otros hermanos y sobrinos que presentaron una demanda reclamando la nulidad del segundo testamento por incapacidad de la testadora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Según el Tribunal Supremo al aplicar las normas de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 CC, la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: a) toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti. b) aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda.

También es cierto que no basta una casi seguridad en los facultativos y que la senilidad o senectud, sigue diciendo la Sentencia, como estado fisiológico es diferente a la demencia senil, como estado patológico, de manera que es igualmente admisible en términos generales que la expresión cabal juicio del número 2 del artículo 663 CC, no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las

circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental. La aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentifacción del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción "iuris tantum" de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

XIII.- LA SENTENCIA 54/1998, DE 27 DE ENERO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 54/1998, de 27 de enero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo puso fin a un litigio sobre la capacidad para testar. La demanda solicitaba que se decretara la nulidad de un testamento otorgado por una mujer el 20 de julio de 1987 y se decretase la validez del testamento otorgado por dicha mujer el 5 de julio de 1985. También se solicitaba que se declararan nulos todos los actos o negocios jurídicos dinamantes del testamento cuya nulidad se insta

El Juzgado estimó la demanda decretando la nulidad del testamento otorgado el 20 de julio de 1987 y declaró la validez del otorgado el 5 de julio de 1985 y también declaró nulos todos los actos y negocios jurídicos dimanantes del testamento y negocios.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación por lo que declaró no haber lugar a decretar la nulidad del testamento otorgado por la testadora el 20 de julio de 1987. Ello porque los actores no han probado de forma muy cumplida y convincente, de manera evidente y completa y con fuerza inequívoca la incapacidad de la testadora en la fecha de 20 de julio de 1987 en que lo hizo, en base a estar anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, o disminuidas en tal grado que se lo impidiera, pues la prueba aportada y practicada a instancia de los actores, no tiene ni puede tener entidad suficiente para destruir la enérgica presunción iuris tantum de capacidad de la testadora, aseverada y constatada por el Notario autorizante- respecto de lo que resulta absurdo lo dicho en la demanda de que era un día de mucho calor y las dos de la tarde, pues no cabe concebir que esta circunstancia pudiera alterar los deberes del Notario- sin que pueda deducirse su falta de capacidad porque en determinados momentos mencionara a su padre o madre, como de presente, pues tales invocaciones o referencias, la práctica cotidiana demuestra que

son frecuentes en la edad senil, sin afectar a otras facetas de sus facultades psíquicas.

El Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia dice que tratándose en el presente supuesto de una acción de nulidad de testamento basada en la falta de capacidad de la testadora ha de tenerse presente la doctrina de esta Sala en torno a la aludida materia que recopila acertadamente la Sala Sentenciadora en el razonamiento contenido en su Fundamento Tercero, que esta Sala acepta expresamente, y según el cual es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido:

a) Que la incapacidad o mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia social de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 abril de 1959)

b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidos de hechos anteriores o posteriores al otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta su muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928)

c) Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene, o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916)

d) Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad:

1) La edad senil del testador, pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso,

ni el Derecho ni la Medicina consiente que por el sólo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre de 1928)

2) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928)

3) No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918).

e) La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa (Sentencias de 8 de mayo de 1922; 3 de febrero de 1951), muy cumplida y convincente (Sentencias de 10 de abril de 1944, 16 de febrero de 1945), de fuerza inequívoca (Sentencia de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (Sentencias de 23 de febrero de 1944 y de 1 de enero de 1956).

f) La falta de capacidad del testador por falta de capacidad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ello es preciso pensar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum (Sentencias de 23 de enero de 1894, Sentencia de 22 de enero de 1913, Sentencia de 10 de abril de 1944, Sentencia de 16 de febrero de 1945) que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de matizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 de marzo de 1944)

g) Restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuesto de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz lo que implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencia de 18 de abril de 1916 y Sentencia de 16 de octubre de 1918, pues el artículo 665 CC no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado, Sentencia de 27 de junio de 1908).

A la luz del examen de estas Sentencias y teniendo en cuenta el caso que había que resolver, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

XIV.- LA SENTENCIA 848/1998, DE 19 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sentencia 848/1998, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un litigio que se planteó sobre la nulidad de un testamento abierto por incapacidad de la testadora, heredera de un destacado pintor. El testamento se otorgó en un conocido Instituto de Investigaciones Neuropsiquiatricas ante un Notario, el día 14 de marzo de 1980

En la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, aparte de la nulidad del testamento, se solicitó que se condene a los demandados a cesar en su labor de albaceas contadores y a entregar a nuestra mandante los bienes de la testadora ya fallecida, como única heredera legal de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y Audiencia Provincial confirmó la Sentencia.

El Tribunal Supremo declaró que la cuestión tiene relación originaria y derivada de la sucesión hereditaria del patrimonio del pintor que tiene notoria fama universal, cuyo prestigio artístico reconocido suficientemente no se puede poner en duda, fue él que mediante testamento ológrafo de 20 de marzo -protocolizado el 4 de julio de 1980- instituyó herederas universales, a la testadora y a otra hermana que falleció antes del otorgamiento del testamento, objeto de controversia.

En relación al artículo 663 CC, el Tribunal Supremo manifestó que este precepto se debe aplicar no sólo a quien por resolución, sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que la testadora fue declarada incapaz en un Auto de 9 de julio de 1981, posterior a la fecha de otorgamiento de su disposición de última voluntad-, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a

que la anomalía mental ya existía a fecha de otorgamiento de su disposición de última voluntad, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el iter del proceso aquél tenga que manifestarse necesariamente.

Respecto a que se había infringido el artículo 666 CC como uno de los motivos del recurso de casación, en cuanto se argumenta que el Tribunal de Apelación tuvo en cuenta, a efectos de apreciar la capacidad de la testadora, actos anteriores y posteriores que se relacionan, el Tribunal Supremo declaró que la decisión de los juzgadores de instancia no se basó exclusivamente en la concurrencia de estas circunstancias, ya que al conformar hechos demostrados, los analizó y sometió a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y que debía tenerse en cuenta, así como la declaración judicial posterior de incapacidad.

El precepto citado (artículo 666 CC) no ha sido infringido. No se trata precisamente de un testamento otorgado en un intervalo lucido que ha de reunir los requisitos del artículo 665 CC. El hecho de que en el abierto que dictó la testadora hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento complejo, como el que es objeto del proceso, pues dichos facultativos sólo actúan como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más (artículos 694, 695, 696, 697 y 698 CC).

El juicio notarial de la capacidad para otorgar testamento, sigue diciendo la Sentencia del Tribunal Supremo, si bien está asistido de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris et de iure, sino iuris tantum que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar incumplida y suficiente

para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial y de acuerdo a la misma el Tribunal de Apelación estableció como hecho probado, tras la valoración conjunta del material probatorio del pleito, la incapacidad discutida de la testadora y tal valoración probatoria, que combaten los motivos estudiados, ha de ser respetada, pues no se acreditó que fuera incorrecta, con lo que es obligado asumir y coincidir con los juzgadores de la instancia, y no pugna con el juicio de capacidad a cargo del Notario y testigos presenciales en cuanto se les supone actuantes de buene fe, pero que, el proceso, con sus garantías de dualidad y contradicción procesal, pone de manifiesto de que se trata de un juicio equivocado, que acarrea la nulidad de la disposición testamentaria otorgada.

XV.- LA SENTENCIA 250/2004, DE 29 DE MARZO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 250/2004, de 29 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación que se planteó en un pleito sobre la capacidad para testar. Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda solicitando, entre otras cosas, la nulidad del testamento abierto otorgado el 15 de diciembre de 1990 por falta de capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento. También que se declare que el último testamento válido se otorgó ante el mismo Notario el 21 de mayo de 1990. El Juzgado dictó Sentencia que estimó la demanda por lo que se declaró la nulidad del testamento otorgado por el testador el 15 de diciembre de 1990.

Se interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia que declaró válido el testamento otorgado el 15 de diciembre de 1990.

El Tribunal Supremo señala como doctrina jurisprudencial en esta materia: a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) Que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; y d) Que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de Instancia.

XVI.- LA SENTENCIA 280/2004, DE 31 DE MARZO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 280/2004, de 31 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación contra una Sentencia de una Audiencia Provincial.

El Juzgado estimó la demanda interpuesta por dos hijos de la testadora contra su hermano. Declaró la nulidad del testamento otorgado por la testadora el 2 de mayo de 1986 ante Notario y declaró la validez y eficacia del testamento otorgado ante Notario el 9 de mayo de 1977 en que instituye herederos por partes iguales a sus tres hijos.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el hermano que defendía la validez del segundo testamento otorgado por su madre el 2 de mayo de 1986 y en el que mejoró al demandado adjudicándole los tercios de mejora y libre disposición.

La Sentencia del Tribunal Supremo declaró que el Tribunal de Instancia sentó la conclusión decisoria de que la testadora en el momento de llevar a cabo la disposición de su última voluntad no padecía limitación severa de su capacidad para realizar tal acto jurídico, y que alcanzó tras la interpretación y valoración de las pruebas, con especial apreciación de la periciales, para poner de relieve que la testadora (nacida el 21 de agosto de 1907), a partir del año 1977 comenzó a padecer trastornos afectivos, negativismo y agitaciones lo que motivó su ingreso en una clínica (del 31 de diciembre de 1977 al 18 de enero de 1978),, siendo diagnosticada en 1982 de sufrir síndrome angustioso involutivo y, a su vez, también permaneció ingresada del 4 al 13 de diciembre de 1982, en un Hospital Psiquiátrico Público, por afectarle síntomas de demencia senil, dando constancia que la última revisión médica había tenido lugar el 28 de junio de 1983, por lo que se ha producido un vacío de información

clínica desde entonces hasta la fecha del testamento (2 de mayo de 1986), que constatase el proceso evolutivo de la enfermedad hasta desencadenar una incapacidad que le imposibilitaría testar, y dicho vacío no lo han cubierto las pruebas periciales médicas obrantes.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta y analizó una prueba suministrada por un perito judicial y señaló que la patología básica de la testadora era demencia de tipo Alzehimer vascular o mixta y sus síntomas son principalmente intelectuales (amnesia, afaxia y apraxia), pero no podía aportar certeza de su estado en la época que testó y los síntomas de la enfermedad de continuar el proceso que venía padeciendo, deberían de haberlos apreciado el Notario otorgante, por lo que no podía establecer la posibilidad de que estuviera muy mal, sin aportar conclusiones definitivas y sólo conjeturas e hipótesis, por lo que se trata de un informe dubitativo al sentar sólo suposiciones y no hechos concluyentes respecto a que la testadora estuviera efectivamente demenciada.

XVII.- LA SENTENCIA 289/2008, DE 26 DE ABRIL, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 289/2008, de 26 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un caso en el que se planteó una acción de nulidad de un testamento. El actor falleció y fue sustituido procesalmente por sus cuatro hijos y herederos.

El testamento abierto fue otorgado por la hermana del actor, que era viuda y sin hijos, el 4 de marzo de 1997, dándose la circunstancia de que la testadora falleció el 13 de abril de 1997. En dicho testamento nombraba herederas a una sobrina y a su hermana, declarada en rebeldía.

La acción de nulidad se sustentaba en dos causas: la primera, por falta de capacidad legal de la testadora (artículo 663-2 CC) al tiempo de otorgar el testamento (artículo 666 CC) y la segunda, por inobservancia de las formalidades legales (artículo 687) al no haber dictado las disposiciones testamentarias (artículo 670) ni constar la razón de la imposibilidad de firmar (artículo 695). Por ello, también interesó la declaración de validez del testamento anterior, de 20 de febrero de 1996 en el que nombraba herederos a él y a unos de sus hijos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial revocó la Sentencia de Primera Instancia declarando respecto a la nulidad que tras el detenido examen de la prueba practicada, que producido el fallecimiento de la causante el 13 de abril de 1997, y resultando que, como consecuencia de la enfermedad, la misma tenía anulada su capacidad volitiva y cognitiva, pudiendo afirmarse que en los últimos cuatro meses de su vida no tuvo intervalo lúcido, es obvio que el testamento de fecha 4 de marzo de 1997 (apenas un mes antes de su fallecimiento) fue otorgado por quien, en tal momento, no se hallaba en su cabal juicio razón por la que conforme a los preceptos anteriormente citados

ha de declararse la nulidad de tal disposición testamentaria, por lo que ha de concluirse que en el caso de autos, efectivamente, concurría incapacidad para otorgar testamento en la persona de la causante a la fecha de tal otorgamiento, como consecuencia de la enfermedad por aquélla padecida.

Por lo que respecta a la pretensión consistente en la obtención de la declaración de validez del testamento de 20 de febrero de 1996 (como ya se ha señalado del que se demandaba su nulidad era de 4 de marzo de 1997) la Audiencia señala que no es posible estimar dicha pretensión porque a la vista del resultado probatorio que ha sido señalado respecto de la manifestación, duración y evolución de la enfermedad de la causante, concurren motivos suficientes para dudar de la capacidad de aquélla a la fecha de tal otorgamiento, extremo este que, no puede ser abordado en la presente resolución dados los términos del suplico de la contestación a la demanda, en el que la demandada se limitó a solicitar de la demanda, y ello, desde luego, sin perjuicio de lo que pueda acreditar en el procedimiento que al efecto pudieran instar la partes litigantes.

Respecto a esta cuestión el Tribunal Supremo resalta que el anterior testamento cuya declaración de validez se pretende tras la declaración de nulidad del testamento abierto de 4 de marzo de 1997, era de 20 de febrero de 1996 y nombraba heredero al demandante, hermano de la causante y al hijo de éste. En uno anterior había nombrado heredera a su sobrina, ahora demandada.

Conforme al artículo 739 CC, dice el Tribunal Supremo, 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. Pero, sigue diciendo el Tribunal Supremo, el testamento de 1996 no ha quedado revocado por el de 1997, al no ser este perfecto sino nulo pero esto no es lo mismo que la declaración de validez, en Sentencia firme que produce cosa

juzgada y que la Sentencia recurrida ha evitado, certeramente, por las serias dudas (motivos suficientes para dudar de la capacidad dice textualmente) de su validez, sobre la que ninguna prueba se ha vertido; antes, al contrario, las pruebas periciales practicadas abonan aquellas serias dudas.

Para desestimar el recurso de casación el Tribunal Supremo declaró que Audiencia Provincial ha declarado categóricamente que la testadora tenía incapacidad para otorgar testamento y que el testamento fue otorgado por quien, en tal momento, no se hallaba en su cabal juicio y esta declaración del estado mental, como cuestión fáctica, es inamovible en casación. Por tanto, la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 662 CC ni el 666 CC, sino que los ha aplicado correctamente, pero partiendo como hecho probado de que la testadora, al otorgar el testamento, carecía de capacidad natural de hacerlo.

XVIII.- LA SENTENCIA 140/2013, DE 20 DE MARZO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 140/2013, de 20 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un pleito en el que se impugnó un testamento abierto por falta de capacidad mental de la testadora en el momento de otorgar el testamento, al no constar en dicho testamento que a juicio del Notario se halla la testadora con la capacidad legal necesario para otorgarlo.

La Sentencia del Juzgado desestimó íntegramente la demanda porque tras la valoración conjunta de la prueba no se acredita la falta de capacidad de la testadora en la fecha de otorgar el testamento. La Sentencia de la Audiencia estimó el recurso de apelación declarando la nulidad del testamento, porque en el documento público sólo consta que en la comparecencia de la testadora, ésta se identifica por medio de pasaporte que exhibe y asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento, no constando que a juicio del Notario se halla la testadora con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. La citada Sentencia del Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto confirmando la Sentencia del Juzgado.

En el caso la cuestión central era el cumplimiento de las solemnidades testamentarias con relación al plano formal del juicio de capacidad del testador y su pertinente materialización o constancia en el testamento autorizado por Notario. Varios hermanos de una mujer ejercitan una acción de nulidad del testamento abierto otorgado por ésta, en el que instituyó heredero único a otro hermano de los demandantes y de la testadora. La demanda se sustentó en la falta de capacidad mental de la testadora en el momento de otorgar testamento.

La Sentencia del Tribunal Supremo tras reconocer la complejidad doctrinal que encierra el caso enjuiciado, señala que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio del favor testamenti. En efecto, en esta línea debe resaltarse que el criterio tendente a flexibilizar las solemnidades testamentarias ha sido seguido desde antiguo por nuestra doctrina jurisprudencial.

La Sentencia cita varias Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. La primera de ellas es de 30 de abril de 1909 que declara que si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo 687 CC será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su transcendencia, el límite dentro del cual puedan conceptuarse cumplidas.

La parte recurrente esgrime también la Sentencia de 24 de diciembre de 1896 que dice que el artículo 695 CC exige, entre otros requisitos, para la validez del testamento abierto que el Notario haga siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgarlo, sin que sea necesario que esta importante manifestación del Notario se consigne en párrafo separado y con las palabras precisas e insustituibles de su juicio, bastando que de cualquier otro modo, o con locución distinta, exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto a la capacidad legal del testador para otorgar testamento.

Otra Sentencia tenida en cuenta es de 19 de septiembre de 1998 que mantiene que la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991 llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia; toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor

complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialista.

La Sentencia 140/2013 también tiene en cuenta la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 que relativa al favor contractus como principio general de Derecho ha declarado que este principio no sólo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización como la Convención de Viena, los Principio de Derecho Europeo de la Contratación y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos. De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio favor testamenti como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos mortis causa, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí que, en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua Sentencia de 24 de abril de 1986, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando que, de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.

En el presente caso, concluye la Sentencia, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza

en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren el consentimiento libremente prestado por la testadora y que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa, expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren de otro modo al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora.

XIX.- LA SENTENCIA 20/2015, DE 22 DE ENERO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 20/2015, de 22 de enero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puso fin a un pleito en el que pedía que se declarase la nulidad de los testamentos otorgados ante dos Notarios por falta de capacidad de la testadora. También se pedía que la sucesión de la testadora se rigiese por un testamento abierto que se había otorgado con anterioridad.

La Sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda y dicha Sentencia fue confirmada por la Audiencia.

En la Sentencia del Tribunal Supremo se analizan ampliamente los antecedentes. La madre otorgó un testamento abierto el 23 de mayo de 2006 nombrando herederos por terceras e iguales partes a sus tres hijos. Posteriormente, la madre otorgó dos testamentos abiertos: el 27 de junio de 2007 y otro el 20 de julio de 2007. Esos testamentos eran favorables a uno de sus hijos que mantenía muy malas relaciones con sus dos hermanos. Esos testamentos se otorgaron en periodos de tiempo en el que la madre convivía con el hijo favorecido. En el año 2007 la madre padecía una demencia de carácter mixto-vascular y alzheimer y en septiembre falleció.

En la Sentencia se recogen una serie de pruebas llevadas a cabo en Primera Instancia a favor de la incapacidad de la testadora: periciales-testificales, informes e indicios. También se incluyen pruebas a favor de la capacidad de testar: pericial-testifical, dictamen, pericial y testifical. Se aportan los juicios de capacidad emitidos por dos Notarios distintos. Uno de los cuales no pudo declarar en el acto del juicio por haber fallecido. El otro Notario dijo no acordarse de nada y sólo explicó su modo habitual de actuar cuando acuden a otorgar testamento personas de avanzada edad, conforme al cual permanece a solas con la testadora y no debió apreciar nada anormal.

En la desestimación del recurso se dice que la Sentencia recurrida no infringe la doctrina de esta Sala sobre la materia que, entre otras, señala la Sentencia de 29 de marzo de 2004, y que más recientemente se recoge en la de 26 de abril de 2008. A saber: a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario. b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) Que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre. Y d) Que por ser una cuestión de hecho relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de Instancia. Esto último es esencial en el presente caso. La Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ha declarado categóricamente, y se ha detenido en resaltar la transcendencia de ello, que en la testadora concurría incapacidad para otorgar testamento en el momento en que se otorgaron, y esta declaración del estado mental, como cuestión fáctica, es inamovible en casación.

Por último, la Sentencia 20/2015 también dice que como afirma la Sentencia de 19 de septiembre de 1998 el juicio notarial de la capacidad de testar, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario. Tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de Instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo de Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad.

XX.- LA SENTENCIA 435/2015, DE 10 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 435/2015, de 10 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró haber lugar el recurso interpuesto, casa la Sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se solicitaba la declaración la nulidad del testamento otorgado por una señora ante Notario. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación declarando la nulidad del testamento otorgado por esa señora ante el Notario. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación porque consideró que el testamento otorgado ante el Notario era válido.

La cuestión litigiosa era si la testadora tenía capacidad para otorgar testamento. Los demandantes cuestionan el juicio de capacidad realizado por el Notario porque cuando se otorgó el testamento ya se había iniciado el procedimiento para la incapacitación de la testadora. De forma que, escasamente a un mes de dicho otorgamiento, el informe forense concluía que la testadora no estaba en condiciones de regirse por sí sola, ni de gobernar sus bienes. Estado que, a juicio del forense, y dado el carácter progresivo del trastorno padecido por la testadora, debió ser muy similar o idéntico al existente un mes anterior, en la fecha del otorgamiento del citado testamento.

Los demandantes también cuestionan la validez del testamento aportando una prueba pericial. Dicho informe pericial, realizado por un médico especialista en neurología, concluye que en la fecha del otorgamiento del testamento la testadora no estaba capacitada para obrar y tomar decisiones sobre su patrimonio, en este caso, otorgamiento de testamento. Al respecto, en el citado informe no se obtiene dicha conclusión de la exploración directa

de la testadora, sino que se basa en informes médicos anteriores, sobre los que aplica más tablas de análisis de la capacidad para la toma de decisiones durante la evolución de una demencia. La parte demandada defiende la validez del testamento que se otorgó con una serie de pruebas consistentes en dos certificados médicos emitidos uno cinco días antes y otro un día después del otorgamiento del testamento. También un informe pericial emitido en 2008 que concluye que tras el ingreso hospitalario la testadora tuvo una evolución a la recuperación y no al empeoramiento, paralela al tratamiento y mejoría de la misma.

El recurso de casación se planteó por infracción del artículo 687 CC, en relación con los artículos 686 y 696 CC, y el Tribunal Supremo lo estimó porque del examen de las fuentes clínicas, certificados médicos e informes periciales, y de acuerdo con la valoración de la prueba que realizó el Juzgado de Primera Instancia, se desprende que no existe una prueba concluyente sobre la falta de capacidad de la testadora en el momento del otorgamiento del testamento impugnado. Conclusión que resulta reforzada en la valoración conjunta de la prueba, en donde hay que tener en cuenta que tanto los testimonios de las personas que compartieron las fechas cercanas a dicho testamento, como el propio juicio de capacidad que realizó el Notario, refieren que la testadora tenía consciencia y voluntad de sus actos.

XXI.- LA SENTENCIA 386/2015, DE 26 DE JUNIO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 386/2015, de 26 de junio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación relativo a la nulidad de un testamento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda presentada para declarar la nulidad de un testamento. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación por lo que declaró la nulidad absoluta del testamento abierto otorgado el 10 de enero de 2008 por falta de capacidad del testador y sin valor alguno la institución de heredero que se hace en el mismo. Se declara subsistente el testamento abierto otorgado por el mismo testador el 13 de julio de 2001 e igualmente se declara la nulidad de cualquier acto dispositivo de bienes procedentes del testador que haya podido realizar la supuesta heredera de aquél, sin perjuicio del tercero de buena fe.

El Tribunal Supremo declara que la Sentencia de la Audiencia inicia su discurso lógico reconociendo la presunción iuris tantum de la capacidad del testador que basada en el favor testamenti establece el artículo 662 CC que se ve corroborada por la aseveración notarial sobre capacidad (artículos 685 y 696 CC), por lo que adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente su incapacidad en vía judicial.

A continuación, entra en la valoración de la prueba practicada y concluye en la falta de capacidad del testador antes del otorgamiento del testamento. Se basa para ello, con la debida motivación en: informe del centro de reconocimiento; informe del médico de cabecera que le venía tratando desde el año 1998; audiencia realizada al testador en julio de 2008 así como en el informe del médico forense del mismo mes en el marco del procedimiento de incapacitación que concluyó declarando su incapacidad el 29 de octubre de 2008.

En relación con el juicio de capacidad llevada a cabo por el Notario autorizante, es una presunción iuris tantum que cabe destruir mediante prueba en contrario y tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de Instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad.

XXII.- LA SENTENCIA 234/2016, DE 8 DE ABRIL, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 234/2016, de 8 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resolvió un caso sobre la nulidad de un testamento por falta de capacidad mental del testador, derivada de un deterioro cognitivo y de la demencia que padeció el causante.

En la Sentencia hay una serie de hechos que deben ser tenidos en cuenta porque dan a este caso mucha complejidad. Los dos demandantes, sobrinos y anteriores herederos del testador, ejercitan una acción de nulidad del testamento abierto otorgado el 21 de octubre de 2009. En dicho testamento, que revocaba uno anterior otorgado el 20 de mayo de 1981, el Notario autorizante realizó el juicio de capacidad para su otorgamiento y el testador instituyó como heredera universal a otra sobrina, hija de su otra hermana.

En el mes de agosto del 2009 los actores ingresaron a su tío en un Centro Intergeneracional. En él, un médico emitió un informe en el que aludía a la alteración inmediata de la memoria, desorientación en persona, tiempo y espacio, alteración del cálculo y escritura y apraxia y agnoxia, por lo que estimando que su patología neurológica le impedía realizar una vida activa obligándole a precisar ayuda de tercera persona.

Ante tal situación el médico puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía, a fin de iniciar un proceso de incapacitación al que se sumaron los actores y apelantes. En dicho procedimiento, el Médico Forense emitió un dictamen tras examinar al presunto incapaz en el que concluía que el paciente presentaba diagnóstico compatible con delirium, demencia, trastornos amnésicos y otros cognoscitivos estando parcialmente anulada la capacidad de autogobierno de bienes y persona. Demencia senil y afección neurológica permanente. Recomendó su ingreso en un geriátrico para garantizar su cuidado.

Desde su ingreso en el Centro Intergeneracional, el testador recibía visitas de sus sobrinos ahora recurrentes, si bien el 20 de octubre de 2009 otra sobrina compareció en dicho Centro solicitando ser incluida como persona de contacto con su tío, acudiendo a visitarlo desde entonces casi cotidianamente y sacándolo varías horas fuera del mismo. El día 21 de octubre de 2009, el testador compareció en la Notaria a fin de otorgar testamento abierto, habiendo juzgado dicho Notario, con capacidad suficiente para otorgarlo, conteniendo el mismo una única clausula consistente en instituir como heredera universal a esa sobrina (distinta de los instituídos en el testamento revocado) con sustitución vulgar por sus descendientes.

Dos días más tarde, el 23 de octubre de 2009, el testador volvió a comparecer en la misma Notaría a fin de otorgar poder para pleitos, y obviamente personarse en el procedimiento de incapacidad, señalando nuevamente el Sr. Notario que a su juicio tenía capacidad suficiente para dicho otorgamiento.

La Sentencia comentada también se refiere a una denuncia presentada el 31 de octubre de 2009 por un sobrino (anterior heredero) contra la heredera por extracciones bancarias. El Juzgado dictó auto de sobreseimiento de dichas actuaciones en cuya resolución se dice que a pesar de su edad y de su estado de salud aquejado de una demencia senil, sin embargo, como recoge el Médico Forense en su informe y pudo apreciarse en su comparecencia y declaración prestada a presencia judicial ante este Juzgado, no tiene anuladas las facultades de autogobierno de su persona y bienes, y conserva cierto grado de control y conocimiento de su situación personal y patrimonial, habiéndose expresado en todo momento de forma coherente y consciente.

El 15 de abril de 2010 se dictó Sentencia en el procedimiento de incapacitación acordando la procedencia de la modificación de la capacidad de obrar del testador, declarando su falta de capacidad de obrar y habilidades para actuar por sí sólo y prestar consentimiento válido, entre otras cuestiones, para otorgar testamento, designando tutor al sobrino (anterior heredero).

Esta Sentencia de incapacitación fue recurrida y la Audiencia la revocó nombrando tutora a la nueva heredera porque era la propuesta por el incapaz y porque por las declaraciones prestadas por el propio interesado, así como por todos sus sobrinos, en el acto de la vista celebrado en esta Segunda Instancia, resulta que aquélla es el familiar que ha tenido anteriormente y tiene en la actualidad una mayor relación personal con el mismo, y no existe razón para no atender a sus preferencias.

La Sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró la validez del testamento. La Sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación.

Se desestimó el recurso de casación argumentando que la Sentencia de la Audiencia precisa de forma acertada que: para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar de modo concluyente la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos ex tunc de la Sentencia de incapacitación. De ahí que la Sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada, llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador.

Ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la Sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de favor testamenti y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado.

XXIII.- LA SENTENCIA 461/2016, DE 7 DE JULIO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 461/2016, de 7 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación en un pleito en el que una mujer viuda otorgó testamento abierto el 22 de julio de 1999 en el que de manera pormenorizada adjudicaba bienes concretos a sus tres hijos. También ordenaba una serie de legados a favor de sus hijos y nietos. La Sentencia de Primera Instancia y la de la Audiencia desestimaron la demanda.

El 27 de abril de 2001 otorgó otro testamento ológrafo en el que establecía varias modificaciones al anterior.

El 15 de abril de 2011 otorgó un testamento abierto en el que instituía herederos por partes iguales a sus hijos, sustituidos vulgarmente por sus descendientes y no teniéndolos se dará derecho de acrecer. Además, revocaba cualquier otra disposición de última voluntad anterior. El Notario hizo constar que se halla la compareciente con la capacidad legal necesaria para testar y ordena de palabra su última voluntad.

El testamento fue otorgado, previo encargo días antes por su hijo, en un hospital en el que dicho hijo ejercía de médico.

Según la Sentencia del Supremo, la declaración del Notario, si bien no fue muy exhaustiva y concreta, puso de manifiesto con total asertividad el convencimiento del mismo de que había realizado un correcto juicio de capacidad de la testadora. En este contexto, aunque ciertamente llame la atención que el testamento fuese encargado por el demandado, que fue igualmente quien llevo a su madre a urgencias el día del otorgamiento y quien avisó al Notario para que acudiese a dicho centro, y aunque ello pueda inducir a pensar en un evidente

interés del mismo en el otorgamiento y en su contenido, no es suficiente para apreciar una tarea de captación de voluntad de la testadora.

El Tribunal Supremo también dice que la Instancia reconociendo las dudas razonables que presenta este caso en orden a la posible captación de voluntad de la testadora por uno de sus hijos, que la llevó a urgencias el día del otorgamiento del testamento y que, a su vez, encargó dicho testamento al Notario, no obstante, conforme a la valoración conjunta de la prueba practicada, llega a la conclusión de que la parte impugnante no ha acreditado, de forma determinante y suficiente, que la testadora careciera de capacidad mental en el momento del otorgamiento de dicho testamento; sin que su valoración de la prueba resulte ilógica o arbitraria de acuerdo a lo anteriormente señalado.

XXIV.- LA SENTENCIA 146/2018, DE 15 DE MARZO, DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 146/2018, de 15 de marzo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un pleito en el que se demandaba la nulidad de dos testamentos porque la testadora no tenía capacidad para otorgar testamento y no se habían observado las formalidades para su otorgamiento previstas en el Código Civil y en la Legislación Notarial.

La testadora había sido declarada por sentencia judicial totalmente incapaz para la administración de sus bienes, debiendo adoptarse como régimen protector el de la curatela. La Sentencia aprecia que dicha señora tenía un retraso mental que si bien le permitía desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, le incapacitaba totalmente para cuestiones de mayor complejidad, tales como la administración de sus bienes, para lo cual la propia incapaz siempre delegó en otras personas.

El Juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad de los testamentos. La Audiencia revocó la sentencia argumentando que tal como entendió el Notario que autorizó el testamento, ni la sentencia de modificación de la capacidad de obrar privó a la causante de la facultad de testar ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al artículo 665 CC.

También se dice que frente al informe pericial que tuvo en cuenta el Juzgado, existe otro contradictorio aportado por la parte demandada y, en todo caso, para enjuiciar la capacidad de la otorgante debe partirse de la opinión profesional del Notario y de las médicas que apreciaron in situ que si bien no tenían la especialidad de psiquiatría conocían a la paciente.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y para confirmar la Sentencia de la Audiencia dice que el principio de presunción de capacidad,

que ya resultaba de nuestro ordenamiento, ha quedado reforzado por la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. También que hay que tener en cuenta el artículo 662 CC que establece que pueden testar todas a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Además, aparte de otros artículos, el artículo 685 CC que dispone que el Notario deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, sin olvidar que el artículo 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Por último, la Sentencia comentada señala que como ha declarado reiteradamente esta Sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, las Sentencias 250/2004, de 29 de marzo; 289/2008, de 26 de abril; 685/2009, de 5 de noviembre; 20/2015, de 22 de enero; 435/2015, de 10 de septiembre; y 461/2016, de 7 de julio).

XXV.- LA SENTENCIA 535/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 535/2018, de 28 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo abordó un litigio sobre la nulidad de un testamento otorgado tras una sentencia no firme que declaró a la testadora parcialmente incapaz y sometida a un régimen de curatela y el curador debería asistir a la incapacitada en los actos en que la ley exige al tutor autorización judicial. El Notario autorizante había hecho constar que, a su juicio, la testadora se hallaba con capacidad legal de otorgar testamento.

La Sentencia del Juzgado desestimó la demanda argumentando que no existía impedimento alguno para que la testadora pudiera testar. La Audiencia estimó el recurso de apelación declarando la nulidad del testamento apoyándose en el artículo 665 CC que prescribe que siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad.

Además, el artículo 687 CC establece que será nulo es testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas.

Por el contrario, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación declarando que en la ejecución de las sentencias de incapacitación es imposible que sean ejecutadas provisionalmente, según establece el artículo 525-1-1 LEC. Po tanto será necesario que la resolución de incapacitación sea firme para poder ser llevada a cabo. De ahí, que la sentencia declarando la incapacitación es eficaz desde el momento que sea firme, aunque no despliegue sus efectos erga omnes sino desde el momento de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Esta Sentencia 535/2018, de 28 de septiembre tiene en cuenta la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 234/2016, de 8 de abril, que declaró que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS 289/2008, de 26 de abril), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por si sola, de la falta de capacidad de testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos ex tunc de la sentencia de incapacitación.

XXVI.- EL AUTO DE 12 DE FEBRERO DE 2020 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Auto de 12 de febrero de 2020 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, inadmite el recurso interpuesto contra la Sentencia de 7 de julio de 2017 dictada por una Audiencia Provincial.

El recurso de casación se funda en cuatro motivos, pero se va a hacer referencia a dos de ellos porque se centran en la falta de capacidad del testador.

El motivo primero se basa en la infracción del artículo 665 CC por entender que existe jurisprudencia contradictoria.

Al respecto se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de diciembre de 2007 y las Sentencias de las Audiencias Provinciales de La Coruña de 26 de noviembre de 2015, de Murcia de 14 de junio de 2005 y de Burgos de 1 de febrero de 2002.

El motivo segundo se apoya en la infracción de los artículos 667 y 668 CC y se alega que se opone a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1977, 6 de marzo de 1945 y 3 de noviembre de 1989, porque aduce que el testamento es un modo de disponer de sus bienes, por lo que la incapacidad total debe comprender la incapacidad para testar.

El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación teniendo en cuenta, su Sentencia del Pleno 146/2018, de 15 de marzo, que contiene, entre otros, los siguientes argumentos:

1) El principio de presunción de capacidad que ya resultaba de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 10 de la Constitución, artículo 322 CC y artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad formalizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad (artículo 1).

2) El artículo 662 CC consagra el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad de excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

3) La disposición de bienes mortis causa no puede equiparse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (artículo 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (artículo 666 CC). Por eso también el Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (artículo 685 CC)

6) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente, el artículo 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta Sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador puede ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, Sentencias de esta Sala 250/2004, de 29 de marzo; 289/2008, de 26 de abril; 685/2009, de 5 de noviembre; 20/2015, de 22 de enero; 435/2015, de 10 de septiembre; y 461/2016, de 7 de julio).

XXVII.- EL AUTO DE 11 DE MARZO DE 2020 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Auto de 11 marzo de 2020 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo inadmitió un recurso casación por falta de acreditación del interés casacional y por carencia manifiesta de fundamento por alteración de la base fáctica.

El recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 662, 663-2º, 666 y 685 CC por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 20/2015 y 386/2015) relativa a que la capacidad mental se presume salvo prueba en contrario; que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador puede ser destruidas por pruebas ulteriores; que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de Instancia.

El único motivo planteado en casación, sigue diciendo el Auto, no acredita debidamente el interés casacional, porque, aunque el recurrente invoca dos Sentencias de esta Sala, la Sentencia de apelación es conforme con esta jurisprudencia.

El recurso de casación tampoco puede admitirse porque el recurrente sustituye los hechos probados relativos a la no apreciación de incapacidad en el momento de testar, por otros no probados y que sin embargo considera acreditados, en concreto, la falta de capacidad para testar.

XXVIII.- EL AUTO DE13 DE ENERO DE 2021 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Una mujer interpuso una demanda frente a otra mujer y un hombre en la que solicitaba que se declarase la nulidad del testamento otorgado por un hombre el 28 de enero de 2009.

El hombre demandado se allanó y, además formuló demanda reconvencional en la que interesaba se declarase la nulidad del testamento otorgado por el finado el 24 de enero de 2006. Por su parte, la mujer demandada se opuso a ambas demandas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto la demanda principal como la demanda reconvencional al entender que, al tiempo de otorgar ambos testamentos, el causante tenía capacidad bastante para testar.

Las personas demandantes interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó ambos recursos, revocó en parte la Sentencia de Primera Instancia y, en consecuencia, estimó la demanda interpuesta por la mujer y declaró la nulidad del testamento de 28 de enero de 2009.

La mujer demandada formuló recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial en el marco de un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía, siendo esta inferior a 600.000 euros.

El escrito de interposición del recurso de casación se articuló en seis motivos, todos ellos por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el motivo primero alegó infracción del articulo 662 CC por entender que, a pesar de haber sido declarado incapaz para la administración de sus bienes y todo lo relacionado con la salud, la capacidad del testador para

disponer de sus bienes se presume, por lo que requiere prueba en contrario para destruir esa presunción.

En el motivo segundo alegó la infracción del artículo 663 CC en tanto en cuanto el Notario autorizante del testamento apreció que el testador tenía capacidad bastante en el momento de otorgar el mismo y no se ha practicado prueba en contrario.

En el motivo tercero alegó la infracción del artículo 665 CC. La recurrente sostuvo que dicho precepto se opone a lo dispuesto en el artículo 167 del Reglamento Notarial, por lo que si en el momento de otorgar testamento gozaba de capacidad mental necesaria para ello, no es necesario respetar los requisitos legales del artículo 665 CC.

En el motivo cuarto alegó la infracción del artículo 666 CC por entender que, con independencia de la declaración judicial de incapacidad parcial del testador, en el momento de otorgar el testamento se encontraba en su cabal juicio.

En el motivo quinto alegó la infracción del artículo 685 CC en tanto que no se practicó prueba para destruir el juicio de capacidad suficiente que estimó concurrente el Notario autorizante del testamento.

En el motivo sexto alegó la infracción del artículo 687 CC, pues no cabe alegar la nulidad de un testamento, aplicando un criterio excesivamente formalista, sino un criterio flexible que tenga como finalidad conocer la voluntad real del testador.

En cada uno de los motivos se denuncia la infracción de un precepto sustantivo, pero no consta en ellos la Jurisprudencia de esta Sala que la persona recurrente solicita sea declarada fijada o declarada desconocida por la Sentencia recurrida, sino que, en un apartado del recurso, reproduce el contenido de diversas Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo

cuya doctrina entiende ha sido infringida por la Audiencia Provincial. Pues bien, tras el estudio de las mismas, la doctrina que se extrae es que, mientras no se prohíba de forma expresa, todas las personas tienen capacidad para testar de tal forma, que, para negar esta posibilidad, es preciso que se practique prueba en contrario para acreditar que, en el momento concreto de otorgar testamento, el testador no tenía capacidad para ello.

Sin embargo, las Sentencias invocadas no recogen un supuesto análogo al caso de autos, pues en éste el testador fue declarado incapaz para administrar sus bienes y todo lo relacionado con su salud en virtud de Sentencia firme de 21 de marzo de 2006. Por consiguiente, para otorgar testamento el 28 de enero de 2009 deberían haberse respetado las formalidades previstas en el artículo 665 CC según el cual siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad. Así lo establecen, entre otras, las Sentencias 463/1998, de 12 de mayo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, invocada por la recurrente que, a sensu contrario, establece que la intervención de dos facultativos no es necesario en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz y la más reciente 146/2018, de 15 de marzo, de la misma Sala. Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo, como dispone el artículo 670 CC, ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente, ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue testamento. Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (artículo 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (artículo 664 CC). Por eso, también el Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador capacidad legal necesaria para testar (artículo 685 CC). Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente, el artículo 665 CC impone una garantía especial

adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Por consiguiente, concluye el Tribunal Supremo, a la vista de las circunstancias fácticas del caso, la Sentencia recurrida no se opone a la Jurisprudencia de esta Sala. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede declarar inadmisible el recurso de casación y firme la Sentencia recurrida.

XXIX.- EL AUTO DE 30 DE MARZO DE 2022 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de una Audiencia Provincial dictada el 25 de noviembre de 2019.

En el escrito de interposición del recurso de casación se denuncia la infracción de los artículos 662 y 666 CC, dada la validez del testamento otorgado por un hombre el 3 de junio de 2010, con todas las formalidades establecidas y con la previa aseveración notarial sobre el juicio del testador sin necesidad de garantías adicionales ya que su capacidad no había sido modificada judicialmente, puesto que la Sentencia que modificó su capacidad de obrar se dictó el 14 de junio de 2010. Alega vulneración del principio favor testamenti y falta de prueba cumplida por la parte actora en orden a acreditar la ausencia de entendimiento y voluntad del testador al tiempo de testar, ya que los hechos probados en que se basa la Sentencia recurrida para deducir la falta de capacidad natural son los referidos en la Sentencia de modificación judicial de la capacidad que son anteriores al tiempo de testar. Alude, en relación al informe del médico forense de 19 de noviembre de 2009, que se sustenta en informes realizados con anterioridad en los años 2005 y 2008 y que la documentación presentada por la demandada sobre la capacidad cognitiva del testador posterior a dichas fechas, que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia recurrida, evidencia que en el interin desde la validez del consentimiento prestado para contraer matrimonio el 15 de enero de 2010, el testador gozaba de capacidad de testar hasta el 3 de junio de 2010.

En el motivo segundo del recurso de casación se alega la infracción del principio favor testamenti y la oposición a la doctrina jurisprudencial que lo interpreta establecida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 y 7 de julio de 2016 y especialmente en la Sentencia del Pleno del

Tribunal Supremo 146/2018, de 15 de marzo, sobre la capacidad para otorgar testamento una vez iniciado el proceso tendente a modificar la capacidad de obrar del testador. Argumenta la recurrente que no existía impedimento alguno para que el causante pudiera testar de manera eficaz, pese a que se encontrase inmerso en un proceso de incapacitación, ya que en el testamento se había hecho constar por el Notario autorizante que, a su juicio, el testador se hallaba con la capacidad legal para otorgar testamento, lo que se corrobora con la declaración testifical de un hombre que acompañó a la Notaría al testador y de sus dos hermanas junto con el informe de un médico que controlaba periódicamente al testador y constató que éste hasta noviembre de 2011 no perdió su capacidad de discernimiento y voluntad. Precisa que si todos los actos relativos al divorcio (5 de octubre de 2009) y nuevo matrimonio (15 de enero de 2010) próximos al tiempo de testar (3 de junio de 2010) se declararon validos también debe ser el testamento.

En el motivo tercero del recurso de casación de casación se reitera la oposición de la Sentencia recurrida a la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 15 de marzo, en la que el matrimonio celebrado entre el testador y la ahora recurrente fue declarado valido al afirmar la aptitud del testador para contraer matrimonio, pese a hallarse inmerso en el procedimiento de modificación de la capacidad que luego le privó de la facultad para otorgar testamento y considerar que no se había desvirtuado la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial. La parte recurrente pretende extrapolar las conclusiones alcanzadas en dicho procedimiento al presente partiendo de la similitud o identidad entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a testar.

El Tribunal Supremo declara que del desarrollo argumental del recurso se observa que la parte recurrente parte de la validez del testamento y de que la presunción de capacidad del testador no ha sido destruida por prueba en contrario, cuestionando la valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia recurrida, al primar la aseveración notarial sobre la capacidad del testador, las declaraciones testificales y la documental que ella aporta, misma

conclusión que el Juez de Instancia y es que, cuando otorgó testamento el 3 de junio de 2010, el testador se encontraba inmerso en un proceso de incapacitación cuya Sentencia se dictaría 14 días después en la que se restringe su capacidad de obrar y queda privado para realizar actos de gobierno de su persona y de administración y disposición de bienes, sujeto a tutela y privado de la posibilidad de otorgar testamento. Considera que si bien es cierto que el testador realizó con anterioridad a estas fechas ciertos actos en los que se determinó su capacidad, como es contraer matrimonio, tales actos son del año 2009 y principios de 2010 y además la Sentencia donde se declara su incapacitación para otorgar testamento con base en la pruebas practicadas con anterioridad lo fue con una inmediatez en el tiempo que conllevan apreciar que la enfermedad que padecía, Alzheimer, ya diagnosticada desde noviembre de 2009 (informe médico forense de 17 de noviembre de 2009) no iba a mejorar en su compresión y emisión de voluntad.

De lo anterior cabe concluir que la recurrente configura su recurso mostrando su disconformidad con la valoración de los hechos efectuada por la Sentencia, efectuando un nuevo examen de la prueba practicada, de forma que el recurso obvia la base fáctica tenida en cuenta por la resolución recurrida, para concluir contrariamente a lo resuelto en segunda instancia y sin respetar su base fáctica, que el testador gozaba de capacidad en el momento de otorgar testamento.

Dicha cuestión, de naturaleza plenamente probatoria, se sustrae del ámbito de la casación, para incardinarse de pleno en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, en este supuesto, no interpuesto por la parte recurrente.

NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

I.- PLANTEAMIENTO

La tradición de respeto a la voluntad del causante proviene del Derecho Romano clásico en el cual, según Paulo (Digesto 50,17,12), in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur, en los testamentos se interpretan más plenamente las voluntades de los testadores.

MESTRE RODRÍGUEZ[42] señala que las reglas del Digesto son el antecedente de algunas normas que sobre interpretación contiene nuestro Código Civil. Las normas sobre interpretación testamentaria del Derecho Romano fueron recogidas por las Partidas (Partida 7, Título 33, Ley 5ª) que se refiere a los testamentos y como deben resolverse las dudas.

Las modificaciones realizadas por las Leyes de Toro o el Ordenamiento de Alcalá no afectaron a la interpretación del testamento.

Estando vigentes las Partidas, sigue diciendo MESTRE RODRÍGUEZ, los jueces desarrollaron casi todas las reglas de interpretación de testamentos

42 MESTRE RODRÍGUEZ, M.L., La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil. Universidad de Murcia, 2003, págs. 40 y 41. "Las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, e non el Judgador partir del entendimiento dellas; fueras ende, quando pareciese ciertamente, que la voluntad del testador fuera otra que non como suenan las palabras que están escritas". Partida 7, Título 33, Ley 5.

que son actualmente utilizadas, como lo prueba la jurisprudencia posterior al Código Civil que ha proseguido en el mismo sentido, profundizando aún más en la necesidad de averiguar en todo caso la verdadera intención del testador y la finalidad que se propuso alcanzar con sus disposiciones, o la voluntad o no de testar en el caso de los documentos ológrafos, es decir, la voluntad de llevar a cabo una disposición de última voluntad.

El Código Civil español tiene una regla de carácter general, aplicable a toda clase de disposiciones testamentarias, y algunas reglas especiales, aplicables a casos concretos y determinados. La regla general es la contenida en el párrafo primero del artículo 675 CC que establece que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

CASTÁN TOBEÑAS[43] señala que la doctrina ha destacado la importancia del artículo 675 CC pero ha disentido respecto del alcance porque hay quien ha mantenido que es una norma dirigida a los Tribunales para que diriman las cuestiones. También quien ha sostenido que es una norma que se dirige no sólo a los Tribunales sino a todos los ciudadanos como norma de interpretación que es. En todo caso, concluye, no ofrece duda la naturaleza del precepto en cuanto verdadera norma general y de derecho dispositivo que entraña una regla sobre interpretación.

43 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Sexto, Volumen Segundo, Octava Edición, Instituto Editorial Reus, 1979, pág. 340, Castán tras señalar la importancia primordial de la norma, se hace eco de las opiniones de García Amigo, Albaladejo y De Castro que, respectivamente, mantienen que el artículo 675 se dirige sólo a los Tribunales, que se dirige a los Tribunales y a todos los ciudadanos y, por último, que es una verdadera norma general. GARCÍA AMIGO, M. Interpretación del testamento, en Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 941. ALBALADEJO GARCÍA, M. El negocio jurídico. Librería Bosch, 1958, pág. 335. DE CASTRO y BRAVO, F., El negocio jurídico, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, pág. 80

Según JORDANO BAREA[44] la interpretación de los testamentos presenta características propias frente a la de los contratos, porque la interpretación de las disposiciones testamentarias debe orientarse únicamente por la verdadera voluntad del testador, con exclusión del juego de los principios de la autorresponsabilidad del declarante y de la confianza de los demás. La doctrina dominante preconiza una interpretación rigurosamente subjetiva de la declaración de última voluntad.

Al respecto, CAÑIZARES LASO[45] cree que en materia de interpretación testamentaria lo esencial es la fijación de la voluntad del testador en el momento en el que otorgó testamento pues el intérprete debe hallar la voluntad del testador de alguna manera manifestada en el testamento. Se trata de averiguar el sentido de la declaración de voluntad, por lo que es evidente que la declaración de una manera u otra ha de existir, por tanto no cabrá la interpretación en ausencia de declaración de voluntad y en ese sentido el silencio no es objeto de interpretación. Cuestión distinta es si la voluntad del testador puede ser objeto de integración.

El Código Civil contiene un buen número de preceptos que constituyen verdaderas reglas de interpretación de determinadas disposiciones testamentarias. Según SÁNCHEZ ROMÁN[46] tales preceptos dan soluciones concretas de interpretación a distintos puntos por ministerio de la ley y, por tanto, reducen la labor interpretativa del caso singular, cuando de ello se trate, y constituyen reglas de derecho de preferente aplicación. JORDANO BAREA[47] llama a estas reglas normas interpretativas particulares y ALBALADEJO[48] normas interpretativas. CASTÁN TOBEÑAS[49] cita, entre otros, los artículos 346 y 347 CC, que fijan

44 JORDANO BAREA, J. Comentario al artículo 675 del Código Civil, Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, I, 1991, pág. 1697.
45 CAÑIZARES LASO, A., Comentario al artículo 675 del Código Civil, en Código Civil Comentado, directores Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña y Rosario Valpuesta, Volumen II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 308.
46 SÁNCHEZ ROMÁN, F. Estudios de Derecho Civil, VI-2, 2ª edición, pág. 1375.
47 JORDANO BAREA, J., Interpretación del testamento, Editorial Bosch, 1958, pág. 55.
48 ALBALADEJO GARCÍA, M., El negocio jurídico, Librería Bosch, 1958, pág. 333.
49 CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., pág. 341 y 342.

el sentido de las frases referentes a bienes muebles e inmuebles; el artículo 768 CC que dice que el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario; el artículo 747 CC que determina el alcance de las disposiciones para sufragios y obras piadosas en beneficio del alma del testador; el artículo 749 CC que establece que cuando el testador instituya a los pobres, sin designar persona y pueblo, se entenderán las del último domicilio de aquél; el artículo 751 CC, según el cual, cuando se dispone genéricamente en favor de los parientes, se entenderán los más próximos en grado; el artículo 769 CC, a cuyo tenor, si el testador nombra a unos herederos individualmente y a otros colectivamente, éstos se considerarán como si fueran nombrados individualmente; y el artículo 771 CC, al disponer que cuando se llame a una persona y a sus hijos se entenderán llamados todos simultáneamente.

CASTÁN TOBEÑAS también se refiere a otros preceptos del Código Civil sobre los que la doctrina mantiene que son reglas especiales de interpretación del testamento. Artículos 668 párrafo segundo, 765, 767, 772, párrafo tercero, 773, 779, 780, 792, 797 párrafo primero, 798, 1070-1 y 1075.

Al respecto, MESTRE RODRÍGUEZ[50] mantiene que entre las normas que atribuyen un determinado significado o sentido atribuido a la voluntad del testador, salvo que se pueda probar que era otro diferente, se pueden distinguir los siguientes grupos por razón de la materia. Hay normas que se ocupan del alcance del llamamiento en las instituciones conjuntas (artículos 765, 769, 770, 771 y 779 CC), que se trata de verdaderas normas integradoras, al proporcionar un dato indispensable en toda institución sucesoria siempre que el causante no lo haya fijado.

Otro grupo de normas se ocupan de fijar el contenido de las expresiones genéricas (artículos 346, 347, 749-1, 751, 772-3 y 774-2 CC). También existe otro sector de normas que establecen consecuencias jurídicas que ya se hallaban implícitas en la disposición testamentaria (artículos 780, 797-1, 859-2 y 873-1 CC).

50 MESTRE RODRÍGUEZ, M.L., op. cit, pág. 93.

Refiriéndose al artículo 675 que, como ya se ha dicho, es el precepto general del Código Civil para la interpretación del testamento, ALBALADEJO[51] dice que en él se ve claro que el sentido que debe darse a la declaración testamentaria es el que hubiera querido expresar en ella el testador, siempre que quepa en el tenor del testamento, y siendo de presumir, salvo que aparezca con claridad otra cosa, que la voluntad del testador es la que corresponde al significado literal de lo que dijo.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN[52] se plantean si es posible la aplicación en la interpretación testamentaria las normas relativas a la interpretación de los contratos y concluyen que por carecer el Código Civil de una normativa sobre el negocio jurídico hay que aplicar la de los contratos como supletoria en todo lo que consienta la naturaleza del testamento. En consecuencia, podrán utilizarse: 1. El artículo 1284 CC. Es el equivalente del principio favor testamenti. 2. El artículo 1285 CC. Es el llamado canon hermenéutico de la totalidad, equivalente a la interpretación sistemática del testamento. 3. El artículo 1289 CC Especialmente para los legados, por predominar en ellos al aspecto de atribución a título gratuito. Por tanto, si los medios de interpretación de la voluntad del testador no hacen salir de la duda sobre circunstancias accidentales de aquéllos, se resolverán en favor de la menor atribución de derechos e intereses, y si al legatario se le hubiesen impuesto cargas, en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si la declaración de voluntad testamentaria es absolutamente ininteligible, no produce efecto. Por último, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN se preguntan si cabe la aplicación del artículo 1287 CC para interpretar las ambigüedades del testamento. Los usos y costumbres no serán los del testador, sino usos generales del tráfico. Los partidarios de la interpretación subjetiva a ultranza lo rechazan, pero eso es ponerse de espaldas a la realidad. Pensemos, por ejemplo, en el uso de testar en una determinada localidad. No hay duda, concluyen, de que influye en los vecinos de la misma.

51 ALBALADEJO GARCÍA, M., Curso de Derecho Civil, V, Librería Bosch, 1982, pág. 346
52 DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, IV, novena edición, TECNOS, 2004, pág. 338 y 339.

GARRIDO MELERO[53] señala que la doctrina suele aplicar algunas de las normas de interpretación de los contratos a la interpretación testamentaria. Al respecto señala los artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285 CC. En cambio, las reglas de interpretación objetiva de los contratos 1286, 1287, 1288 y 1289 CC no son aplicables porque están inspiradas en los principios de auto responsabilidad y confianza del declarante.

En relación con el artículo 1284 CC JORDANO BAREA[54] considera que el principio de conservación de los testamentos está subordinado al principio voluntas est spectanda, de forma que aunque la fórmula ambigua pueda tener objetivamente un significado, si una indagación subjetiva guiada por la voluntad real o hipotética determina que dicho significado no es atendible desde el punto de vista del testador, no podrá entrar en juego la norma del artículo 1284 y la única solución posible sería la ineficacia del negocio.

PÉREZ ÁLVAREZ[55] señala que el artículo 675 CC ha sido objeto de una copiosa jurisprudencia cuyo significado y alcance se puede clasificar si se aprecia que en el precepto subyace una diferencia entre el objeto de la interpretación testamentaria y los cánones que al efecto habrán de ser utilizados. Así, tras analizar muchas sentencias concluye:

A) Por lo que al objeto se refiere, a la vista de lo dispuesto en el artículo 675 CC, cabe afirmar que la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador.

B) Por lo que a los cánones concierne, cuando la literalidad del testamento no suscite dudas habrá de entenderse que en ella se refleja la verdadera

53 GARRIDO MELERO, M., Instituciones de Derecho Privado, Director Victor Garrido de Palma, V- Volumen 3º, 2ª edición, Cívitas Thomson Reuters, 2018, págs. 148 y 149.
54 JORDANO BAREA, J., Comentario al artículo 675 del Código Civil, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigido por Manuel Albaladejo García, Tomo IX- Volumen 1, Edersa, 1990, pág. 238
55 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; y CÁMARA LAPUENTE, S., Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones, Edisofer, 2016, págs. 109 a 112

voluntad del testador de manera que en tales casos habrá de atenerse a la interpretación gramatical. La voluntad real del testador constituye el objeto de la interpretación testamentaria y para ponerla de manifiesto sólo es aplicable el canon gramatical cuando la literalidad del testamento no plantea dudas sobre cual fue la intención del otorgante

C) La interpretación testamentaria emerge como problema cuando el empleo del canon gramatical no permite determinar la voluntad real del testador. Ello sucederá cuando la literalidad suscite dudas derivadas de la insuficiencia, oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las cláusulas testamentarias y cuando se aprecie la existencia de una voluntad clara del testador en contra de la literalidad. Si ello ocurre deberá indagarse la verdadera voluntad del testador sin limitarse al empleo del canon gramatical y sin ceñirse, por tanto, a la literalidad.

D) Para los casos de duda, la norma del artículo 675 CC establece que se atienda a la intención del testador según el tenor del mismo testamento; es decir, a lo que resulte de conjunto de las cláusulas testamentarias (canon de la totalidad). Sin embargo, en sede jurisprudencial se admite que, además del recurso al conjunto del testamento, a los efectos de determinar la voluntad real del testador puede acudirse a la prueba extrínseca; es decir, a otros medios de prueba ajenos al propio testamento de cuya interpretación se trata, como los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento y la opinión del Notario autorizante del testamento o la del albacea.

E) En el ámbito jurisprudencial se reitera que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria. En consecuencia, la interpretación judicial sólo podrá ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado fuesen absurdas, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador.

GARRIDO MELERO[56] examina bastantes casos resueltos por los Tribunales relativos a la interpretación de las disposiciones de última voluntad. Los temas que aborda son: la voluntad del testador como base del sistema; la interpretación teleológica y total; la interpretación literal como principio; canon hermenéutico de la totalidad del testamento; rechazo a la aplicación de los artículos 1286 a 1289 CC en la interpretación de las disposiciones testamentarias; admisión de determinador artículos de la interpretación de las disposiciones de última voluntad; la interpretación es función de la tribunales de instancia; no se acude al principio de la confianza en la declaración o al de auto responsabilidad y el uso de medios extrínsecos en la interpretación.

Por lo que concierne a la integración de la disposición testamentaria, LACRUZ[57] mantiene que si el intérprete no puede suplir la disposición testamentaria, sí puede, una vez reconstruido el mandato del testador en sus elementos esenciales, además de seguir interpretándolo con arreglo a su voluntad, completar lo que en él está dudoso (integración), y eso aunque el testador no tuviera intención alguna al respecto. Es normal que en la traducción práctica de una disposición mortis causa surjan lagunas, como ocurre con la ley, pese a ser ésta a veces obra de técnicos en Derecho: aun cuando el testador tuviera presentes todas las posibles implicaciones de las disposiciones en el momento de otorgarla, cosa prácticamente inalcanzable, tampoco podría prever todas las contingencias que pueden surgir en el futuro.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN[58] señalan que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de lo que se ha llamado una interpretación integrativa de la disposición testamentaria. Cuando las cláusulas del testamento se revelan como inexpresivas, su sentido literal puede ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del

56 GARRIDO MELERO, M., op. cit., pág. 159 y ss.
57 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECFHEVERRIA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; Y RAMS ALVESA, J.; Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones cuarta edición, revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, Dykinson 2009, pág. 211.
58 DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit. pág. 337 y 338.

documento testamentario, o lo que es igual, del tenor del mismo testamento, del cual pueda extraerse de modo claro la verdadera y completa voluntad del disponente (Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 6 de marzo y de 26 de noviembre de 1974). La integración conlleva el riesgo de convertirse en una disposición que se atribuye al testador.

CAÑIZARES LASO[59] dice que en ocasiones mediante la interpretación integradora se colman lagunas en la declaración de voluntad del testador tomando como base el propio testamento, en el que pueda hallarse algún indicio, de manera que se pueda reconstruir la voluntad presumible de ese testador en concreto. Se trata de una voluntad presunta y será de ese testador en concreto, se trata también de la voluntad real del testador- Distinta función de la anterior cumpliría la integración del testamento cuando para colmar las lagunas existentes en él se aplican las normas dispositivas reconstruyendo la declaración testamentaria con la solución que las normas dispositivas han acogido tomando en cuenta la voluntad de un testador medio; en este caso ya no estaremos hablando de la voluntad de ese testador concreto sino de la aplicación de una norma que recoge la voluntad de un testador hipotético.

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en su artículo 421-6, interpretación de las disposiciones testamentarias, en el apartado 1 dispone que en la interpretación del testamento, es preciso atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin haberse de sujetar necesariamente al significado literal de las palabras utilizadas. Según el 421-6-2 las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretan en sentido favorable a su eficacia, comparando las unas con las otras, y si existe una contradicción irreductible, no es válida ninguna de las que pugnan sustancialmente entre ellas. Las disposiciones ininteligibles se consideran no formuladas. El 421-6-3 establece que, en los casos de duda, las disposiciones que imponen cualquier carga se interpretan restrictivamente.

59.CAÑIZARES LASO, A., op. cit., pág. 310.

LARRONDO LIZARRAGA[60] dice que muchas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña han establecido los criterios que son la base para una correcta interpretación de los testamentos y demás disposiciones testamentarias. Al respecto señala las Sentencias de dicho Tribunal de 23 de abril de 1998 que afirma que la interpretación de las cláusulas testamentarias ha de perseguir su eficacia y la de 18 de diciembre de 1997 que declara que si la redacción del testamento no deja duda racional, en su interpretación debe atenderse al significado literal de las palabras.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas en su artículo 416, interpretación del testamento, dispone:

1. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o, si el testamento fuera mancomunado, la común de ambos testadores. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador o testadores según el tenor del mismo testamento.

2. La cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia, comparando unas con otras, y de existir contradicción irreductible no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre ellas. Las disposiciones ininteligibles se considerarán no formuladas.

3. En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente.

60 LARRONDO LIZARRAGA, J.; El Nuevo Derecho de Sucesiones Catalán, Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña, Bosch, 2008, págs. 58 y 59.

4. En la interpretación de las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado deberá integrarse lo dispuesto en este artículo con las normas de interpretación de los contratos.

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco en su artículo 46, la voluntad del testador como criterio de interpretación, declara que la voluntad prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección.

La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el artículo 462-9, interpretación, establece que toda disposición testamentaria debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda ha de observarse lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

II.- LA SENTENCIA 557/2011, DE 18 DE JULIO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMOS

La Sentencia 557/2011, de 18 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un caso en el que se pleiteó sobre el alcance que había que darle a una cláusula testamentaria en la que se establecía la condición de que los sobrinos se hicieran cargo y cuidaran de su tía causante.

Para centrar la cuestión hay que señalar que una señora soltera y sin hijos otorga un testamento donde constaba la siguiente cláusula "llegado el día en que por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por períodos de tiempo iguales cada uno. Si alguno de los nombrados herederos se negase a atenderla en estas circunstancias quedará excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás.

Si alguno de los herederos, hermanos de la testadora, por razones de enfermedad grave o senectud no pudiera atenderla, será sustituido en la obligación por los respectivos hijos de los mismos, sobrinos de la testadora; en ese caso con sustitución fideicomisaria en lo que respecta a los bienes que les correspondan en la herencia, a favor de los sobrinos que efectivamente le atiendan. No se considerará incumplido el deber de asistencia, si ha de producirse el internamiento de la testadora en un centro hospitalario o geriátrico por necesidad de asistencia médico sanitaria."

Prescindiendo de otros hechos irrelevantes para este comentario, el pleito que dio lugar al recurso de casación se planteó entre una hermana de la testadora y los tres hijos de otra hermana porque los demás hermanos y sobrinos aunque inicialmente fueron demandados por la hermana que pleiteó, posteriormente ésta desistió respecto de ellos.

La demandante cuidó en su casa a la testadora hasta finales del año 2000. En enero del 2001 la testadora fue incapacitada, nombrándose tutora a la demandante y en marzo de ese mismo año la testadora fue ingresada en un centro geriátrico (antes había estado en otro centro geriátrico desde finales de diciembre del año 2000) en el que estuvo hasta el 5 de marzo de 2005 en que falleció.

Antes de ser ingresada en los centros geriátricos, la testadora había sido acogida por otra hermana distinta de la demandante, otros no acogieron en sus casas a la testadora, mientras que otra alegó problemas de salud para no hacerlo y su obligación pasó a sus hijos, los recurridos en casación, quienes no atendieron físicamente en su casa a su tía pero se mostraron abiertos a acogerla en su domicilio.

Muerta la testadora, la hermana recurrente en casación demandó a todos sus hermanos y sobrinos (aunque posteriormente, como se ha dicho, desistió de la demanda respecto de bastantes de ellos) pidiendo que se declarara que era la única y universal heredera de su hermana fallecida por haberla atendido tal como había dispuesto en la cláusula testamentaria que se ha transcrito anteriormente. Los tres sobrinos (hijos de la hermana de la causante que había aducido problemas de salud para no acogerla) contestaron a la demanda alegando que no se habían negado a cumplir la voluntad de la testadora.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda diciendo que: a) aunque los sobrinos demandados contestaron ofreciéndose para el cuidado de su tía, más que un ofrecimiento era una negativa encubierta; el testamento excluye de la herencia a quien se niega a atender a la testadora y los demandados, pese a sus palabras, no tuvieron intención real de acoger a la testadora y aparece con claridad que la voluntad de la testadora fue la de ser cuidada en caso de necesidad. Con esta voluntad sólo cumplió la demandante; b)la obligación de cuidado cesó en el momento del ingreso en el centro geriátrico, pero hasta entonces quien prestó sus atenciones a la causante fue la demandante; c) la condición impuesta tiene la naturaleza de potestativa y suspensiva; d) si la

voluntad de la testadora consiste en condicionar la adquisición del título de heredero al cuidado efectivo de la causante, no habiendo existido esta atención, como en el caso que nos ocupa, no puede tenerse por cumplida la condición.

Los sobrinos demandados apelaron a la Audiencia Provincial que estimó el recurso y revocó la Sentencia apelada. Los argumentos fueron: a) la testadora impuso una condición suspensiva referida a hechos pasados, que habían de cumplirse antes del fallecimiento de la testadora; b) tiene, además, la naturaleza de condición potestativa; c) la condición debe tenerse por cumplida de acuerdo con la prueba practicada, puesto que si bien los sobrinos no le prestaron atención y asistencia, ello no determina el incumplimiento, ya que conocieron su incapacidad el 2 de febrero de 2001, por medio de requerimiento notarial dirigido por la demandante y la respuesta de los recurrentes no puede calificarse de vaga o genérica o carente de cualquier decidida atención de asumir el cuidado de la testadora, sino por el contrario de compromiso en tal sentido, concluyendo que de los documentos aportados se deducía una clara disposición al cumplimiento de la condición; d) el cumplimiento resultaba imposible por cuanto desde el 27 de diciembre del 2000 la testadora permanecía ingresada en un centro geriátrico, lo que su hermana no había comunicado a ninguno de los codemandados. Por ello, la condición había que tenerla por cumplida.

Se planteó un recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido por el Tribunal Supremo. También se planteó un recurso de casación que fue admitido pero que fue desestimado confirmándose la Sentencia de la Audiencia Provincial por los argumentos que a continuación se van a comentar.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN EN LITIGIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTOS

Como ya se ha dicho, la interpretación de los testamentos presenta características propias frente a la de los contratos porque la interpretación de las disposiciones testamentarias debe orientarse únicamente por la verdadera voluntad del testador, por ello la doctrina dominante preconiza una interpretación rigurosamente subjetiva de las declaraciones de última voluntad.

Desde hace bastantes años la jurisprudencia ha seguido el mismo camino, al respecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 4 de mayo de 1966, 26 de noviembre de 1974, 6 de febrero de 1978, 10 de marzo de 1978, 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1977, 23 de junio de 1998 y 18 de julio de 1998.

ÁLVAREZ LATA[61] tras referirse a esta jurisprudencia insiste en que el Tribunal Supremo considera esencial la voluntad real del testador que es su voluntad en el momento en que otorgó testamento (la ya citada Sentencia de 9 de junio de 1987 y la de 29 de diciembre de 1997), por lo que no es relevante la voluntad última, aquella que se deduce de actos o palabras antes del fallecimiento pero que no fue querida en el instante del otorgamiento. Y ello porque el principio formalista que rige en materia testamentaria restringe el objeto de la interpretación a lo expresado, a la voluntad declarada, aunque sea de forma defectuosa o incompleta en la concreta forma testamentaria.

61 ÁLVAREZ LATA, NATALIA, Comentario al artículo 675 del Código Civil, en BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Comentarios al Código Civil, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 828

JORDANO BAREA[62] se hace eco de la Sentencia de la Sala de lo Civil de 3 de mayo de 1965 que afirma que a diferencia de lo que ocurre con los negocios jurídicos inter vivos, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o al menos probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores. Esta doctrina es reiterada en las Sentencias de 12 de febrero de 1966 y 29 de enero de 1985, lo que a juicio de JORDANO BAREA es un acierto pues en materia de testamentos no pueden jugar los principios de la autorresponsabilidad ni de la confianza, por la propia esencia y estructura del acto de última voluntad, donde no hay contrapartes o contrainteresados en situación de conflicto de intereses, como por el contrario acontece en los negocios jurídicos del tráfico ordinario.

Otra cuestión importante a abordar es que, como dice la Sentencia de 18 de julio de 2011, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la infracción del artículo 675 CC que esa es una tarea atribuida al Juzgado de Instancia y que sólo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Como ejemplo, sigue diciendo la Sentencia de 18 de Julio de 2011, la Sentencia de 30 de enero de 1997 declara que es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de Instancia (asimismo las Sentencias de 26 de julio y 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 29 de diciembre de 1997, 23 de junio de 1998, 12 de junio de 2002 y 9 de octubre de 2003, entre otras). En el presente caso, la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial llega a una conclusión correcta.

62 JORDANO BAREA, JUAN BAUTISTA, op. cit.

Respecto a esta cuestión LASARTE ÁLVAREZ[63] opina que la multiplicidad de Sentencias del Tribunal Supremo se debe en buena medida a una decisión del propio Tribunal, relativa a la mecánica de la casación; teóricamente dicho se trataría de determinar si la interpretación del testamento es una mera cuestión de hecho o, por el contrario, una cuestión de derecho, en el consabido sentido de que las cuestiones de hecho quedan sometidas exclusivamente al conocimiento y decisión de los Tribunales de Instancia mientras que, en cambio, las cuestiones de derecho pueden ser sometidas al enjuiciamiento del Tribunal Supremo a través del recurso de casación.

El Tribunal Supremo, sigue diciendo LASARTE ÁLVAREZ, tiene repetido que la cuestión planteada debe considerarse inicialmente como una mera cuestión de hecho, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente al juez a quo. Sin embargo, son abundantes también las Sentencias en las que se afirma que dicho principio se mantiene sólo cuando la interpretación realizada por los Tribunales de Instancia arrojen un resultado que no sea o no pueda considerarse contrario a la voluntad del testador. Con ello, a la postre, el Tribunal Supremo está determinando la naturaleza puramente jurídica de la cuestión debatida y, por tanto, permitiendo el acceso a través del recurso de casación de múltiples supuestos de debate testamentario. En algunos casos dicho debate se debe ciertamente a la oscuridad o a la relativa ambigüedad de las cláusulas testamentarias. En otros supuestos, sin embargo, el ánimo de litigiosidad sobre la interpretación del testamento se debe sólo a los evidentes intereses de cualquiera de los que han sido llamados a la sucesión.

En general, concluye LASARTE ÁLVAREZ, dado que la mayor parte de los testamentos se otorgan ante Notario y que la preparación técnica de los Notarios está fuera de duda, podría pensarse que la ambigüedad testamentaria está erradicada de la práctica jurídica. Sin embargo, no es así porque aunque la intervención notarial garantiza la adecuada correspondencia entre la voluntad del testador y la formulación del clausulado testamentario, sin embargo es frecuente

63 LASARTE, C., CERVILLA, M.D., GARCÍA PÉREZ, C.L. y PLANA ARNALDOS, M.L. Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII, Marcial Pons, 2021, pág. 156.

que se generen problemas de comprensión por la identificación de algunos bienes del testador o por la insistencia de éste en utilizar una determinada fórmula.

El motivo primero por el que se plantea el recurso de casación que da lugar a la Sentencia de18 de julio de 2011 es por infracción del artículo 675 CC.

Para SALVADOR CODERCH[64] lo que tiene que ser objeto de interpretación es la declaración de voluntad testamentaria, y no, en manera alguna, la voluntad interna entendida como un puro hecho psicológico. De entender esto último desaparecería la diferencia entre objeto y medios de la interpretación: la declaración testamentaria sería un medio más junto con los extrínsecos usados para conocer la voluntad interna.

Si nos atenemos al texto del artículo 675 CC para interpretar un testamento hay que partir de su letra, porque no en vano el citado artículo dice que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras. Como mantiene ÁLVAREZ LATA[65] son varios los medios o elementos a tener en cuenta. El primero al que se acaba de hacer referencia es el elemento literal o gramatical. También deben tenerse en cuenta los elementos sistemático, lógico y finalista, utilizados de forma conjunta y combinadamente considerando el testamento como unidad (Sentencias de 9 de marzo de 1984, 31 de diciembre de 1992 y 6 de octubre de 1994). Según ÁLVAREZ LATA junto a los elementos ya reseñados hay que tener en cuenta los medios de prueba extrínsecos pese a que del carácter esencialmente formal del testamento podría deducirse la limitación de los datos extratestamentarios como elemento interpretativo.

Es una cuestión controvertida si el intérprete puede acudir a conductas o declaraciones o actos del testador que están fuera del testamento para indagar su verdadera voluntad. Se trataría, en sustancia, según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN[66], en aplicar al ámbito testamentario lo que el artículo 1282 CC

64 SALVADOR CODERCH, P., Comentario a la Sentencia de 26 de marzo de 1983, en Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil, 1983, pág. 289.
65 ÁLVAREZ LATA, N., op. cit.
66 DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., op. cit., pág.338.

dispone para los contratos estableciendo que para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

Al respecto, ALBALADEJO[67] mantiene que para buscar el verdadero espíritu que encierra la declaración testamentaria es posible recurrir no sólo a lo que en el testamento se diga, sino a cualesquiera elementos y datos no contenidos en él, con tal de que el sentido así hallado quepa entenderlo expresado en la declaración de voluntad contenida en el testamento. Esto es así porque tratándose de un negocio solemne, sólo vale para ser objeto de interpretación lo declarado guardando la forma esencial exigida. Pero eso es una cosa, y otra distinta es que para la averiguación del sentido que la declaración formal encierre, se pueda acudir –como se puede- a datos que lo iluminen aunque sean extratestamentarios.

La jurisprudencia a partir de la Sentencia de 8 de julio de 1940 ha admitido los medios de prueba extrínsecos señalando que cuando con el texto del propio testamento no pueda desarrollarse su sentido cabe acudir a otros extraños a él, si bien por razón del carácter formal o solemne que tiene el testamento es preciso que el sentido averiguado y desenvuelto merced a tales elementos tenga una expresión, cuando menos incompleta, en sus cláusulas, y pueda así la declaración formal ser considerada, por si sola, como expresión del contenido de la voluntad del testador. O sea que el testamento contenga disposición interpretable.

SALVADOR CODERCH[68] mantiene el abandono definitivo de la idea, residuo de la antigua polémica sobre la admisibilidad o no de la prueba extrínseca, de que a ésta se acude sólo in extremis, cuando no hay otro medio testamentario de probar el significado atribuido por el testador a su declaración. La prueba extrínseca no es ningún último recurso. Antes bien, es un elemento

67 ALBALADEJO, M., Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 344.
68 SALVADOR CODERCH, P., op. cit.

más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias

LACRUZ[69] señala que habitualmente la jurisprudencia acepta, para averiguar el contenido de las disposiciones a causa de muerte, el recurso a circunstancias externas al testamento (por ejemplo Sentencias de 6 de noviembre de 1962 y, sobre todo, la citada de 8 de julio de 1940) e incluso de tipo negativo, como la abstención de la testadora de modificar su testamento (Sentencia de 6 de diciembre de 1952), habiéndose de apreciar todas las circunstancias del caso, para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador (Sentencias de 3 de junio de 1942 y de 5 de junio de 1989). Incluso cabe apreciar, como elemento interpretativo del testamento externo a la voluntad del testador, la significación que han venido dando a sus disposiciones, durante largo tiempo, los afectados por dichas disposiciones (Sentencia de 8 de mayo de 1979). La Sentencia de 29 de febrero de 1984 enumera algunos datos extrínsecos que sirvieron para el caso: testamento anterior, testigos, situación de la finca, y sus medidas, así como la clara intención de los testadores respecto a su voluntad de igualar a los tres hijos.

La jurisprudencia ha admitido también la posibilidad de lo que se ha llamado una interpretación tendente a la integración de la voluntad testamentaria. Cuando las cláusulas del testamento se revelan como inexpresivas, su sentido literal puede ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del testamento, o lo que es igual del mismo, del cual pueda extraerse de modo claro la verdadera y completa voluntad del disponente (Sentencias de 6 de marzo de 1944 y 26 de noviembre de 1974). La integración conlleva el riesgo de convertirse en una disposición que se atribuye al testador[70]

Junto al artículo 675 del CC que contiene la regla fundamental en materia de interpretación testamentaria, el Código Civil contiene, como es sabido,

69 LACRUZ, J.L., Y OTROS, op. cit., pág. 214.
70 DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., op. cit., pág. 338. ALBALADEJO, M., op. cit. pág. 345.

otra serie de normas concretas aplicables a la interpretación testamentaria. LASARTE ÁLVAREZ[71] señala algunas: 1) Los artículos 346 y 347 sobre el alcance que debe darse a las expresiones cosas o bienes inmuebles y cosas o bienes muebles. 2) Los artículos 747 y 749 expresan como ha de ser interpretada la voluntad testamentaria (en defecto de ella, claro está) en el supuesto de las instituciones pías o de disposiciones hechas a favor de los pobres. 3) El artículo 751 en lo concerniente al alcance que debe darse a la disposición hecha genéricamente a favor de los parientes y el artículo 769 en lo que atañe a la designación de herederos individual o colectivamente, siempre que no conste claramente la voluntad del testador. 4) El artículo 770 ordena que los hermanos de doble vínculo hereden doble porción que los medios hermanos, salvo que el testador disponga otra cosa. 5) El artículo 771 prescribe que cuando se llame a la sucesión a una persona y a sus hijos se entenderán todos instituidos simultáneamente, salvo previsión testamentaria en contra. 6) El artículo 879 fija la duración de los legados de educación y de alimentos, salvo que el testador haya previsto otra cosa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011, que confirma la Sentencia dictada por la Audiencia, tiene en cuenta que el elemento fundamental para conocer la voluntad del testador es el tenor del testamento al cual hay que atenerse cuando falta razón válida para dudar de su significado. La voluntad de la testadora era ser acogida por sus herederos el día en que por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga no pudiera valerse por sí misma. El tiempo fijado para ser atendida por cada uno de sus hermanos a los que nombra herederos es el mismo para cada uno. Es decir, que cada uno de los herederos tiene el mismo deber de cuidarla.

Antes ya se dijo que el testamento contiene una previsión muy clara porque dispone que si alguno de los nombrados herederos se negase a atenderla en estas circunstancias quedará excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás. Como ya se ha comentado, esta cuestión es el núcleo del pleito

71 LASARTE ÁLVAREZ, C., CERVILLA, M.D., GARCÍA PÉREZ, C. L. Y PLANA ARNALDOS, M.C., op. cit., pág. 157.

entre los herederos porque la recurrente en casación mantiene que ella fue la única dispuesta a atender a la testadora. Como dice la Sentencia comentada la testadora expresó su deseo de ser atendida preferentemente por sus hermanos y cuando ellos no pudieran por sus sobrinos.

Al respecto el testamento también establece que en el caso de que a los herederos les fuese imposible (por enfermedad grave o senectud) atender a la testadora, serán sustituidos en la obligación por los respectivos hijos, recibiendo los sobrinos que efectivamente la atiendan los bienes que hubiera correspondido a su progenitor a través de una sustitución fideicomisaria. Como ya se ha dicho, la testadora también previó en su testamento la eventualidad de que necesitara ser internada en un centro hospitalario o geriátrico para recibir asistencia médico sanitaria. En tal caso no se considerará incumplido el deber de asistencia por parte de los hermanos o sobrinos.

LACRUZ[72] se hace eco de varias Sentencias del Tribunal Supremo sobre la interpretación literal. Así la Sentencia de 3 de junio de 1942 declara que cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para elegir de modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el juzgador de atenerse a ese literal contexto.

Según la Sentencia de 10 de abril de 1986 la primera regla interpretativa es la de la literalidad y para que nazca otra es precisa la concurrencia de unos datos y elementos indicativos de que claramente fue otra la voluntad del testador: elementos que deberán estar acreditados con la misma fuerza e idéntica seguridad que lo están las palabras literales que constan en el testamento. Según las Sentencias de 10 de febrero de 1986 y 5 de junio de 1989 a las palabras hay que darles el sentido que de ellas se desprende en relación con las circunstancias personales y sociales.

LACRUZ se refiere a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1987 que dice que: es

72 LACRUZ, J.L., y OTROS, op. cit., págs. 211 y 212.

lógico entender que en un testamento autorizado por Notario, las palabras que se emplean en la redacción tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que la preocupación del Notario deber ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad del lenguaje.

Como explica TORRES GARCÍA,[73] el artículo 679 CC señala como presupuestos básicos del testamento abierto fundamentalmente dos: a) que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto; b) quedando enterados de lo que en él se dispone. Se puede decir que los fines del formalismo testamentario quedan cumplidos con ellos; lo que varía entonces son las diversas personas ante quienes el testador manifiesta su última voluntad y en consecuencia llamadas a autorizar ese acto, así como otras formalidades del mismo. En relación con las primeras será el Notario (artículo 694) o los testigos (artículos 700 y 701). Respecto al artículo 680 dice que dos son los presupuestos a través de los cuales se delimita la figura del testamento cerrado: a) declaración del testador de que su última voluntad se encuentra escrita en el pliego; b) presentación del mismo a las personas que deben autorizar el acto. Debiéndose cumplir además otros requisitos como son la apertura y protocolización del testamento (artículo 712).

Parece claro que si, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 695 CC y concordantes, se hace testamento interviniendo Notario, al ser éste el que lo redacta según lo ordenado entre otros, por los artículos 147 y 148 del Reglamento Notarial, no cabe duda de que la expresión de la voluntad del testador, realizada personalmente de forma oral o mediante entrega de borrador, se plasman de forma adecuada. El Notario debe redactar el testamento conforme a la voluntad del testador, en estilo claro y preciso, observando de acuerdo con la ley la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma[74]

73 TORRES GARCÍA, T.F., Cometarios a los artículos 679 y 680 del Código Civil, , Comentario del Código Civil I, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1705 a1709.
74 MARTÍNEZ ESPIN, P., Comentario al Artículo 695 del Código Civil, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario al Código Civil, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 849 y 850.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 557/2011, de 18 de julio, entiende que la testadora expreso su deseo de ser atendida por sus hermanos y en defecto de ellos por sus sobrinos y la cuestión a dilucidar es si la conducta de los sobrinos se ajustaba o no a lo establecido por la testadora en relación al cuidado que exigía para que sus sobrinos pudieran ser sus herederos. Se desestima el motivo primero del recurso de casación porque la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial llega a una conclusión correcta.

IV.- EL ARTÍCULO 798 DEL CÓDIGO CIVIL

Según dicha Sentencia de 18 de julio de 2011, el segundo motivo por el que se plantea el recurso de casación es por infracción del artículo 798 CC. Según la recurrente la condición impuesta por la testadora tiene las características de suspensiva porque impide adquirir el derecho si no se cumple y se refiere a hechos pasados, puesto que se tienen que haber producido antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa. El hecho de que no la conocieran cuando estaban llamados a cumplirla no implica que tenga que tenerse por cumplida. Se alega la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990.

Según el artículo 798 CC cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad. Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición.

Como acaba de señalarse, en el recurso de casación se argumenta que la condición de ser atendida por sus hermanos o sobrinos es suspensiva y se refiere a hechos pasados. Por ello, se ha producido el incumplimiento de la condición por lo que los herederos (en este caso los sobrinos de la testadora) pierden definitivamente el derecho a la herencia y los bienes correspondientes pasarán, de acuerdo a lo previsto en el testamento, a acrecer a los que correspondan a la recurrente en casación.

En el recurso de casación también se mantiene que la condición además de suspensiva es potestativa. Entendiéndose por tal aquella que consiste en la realización de un hecho dependiente de la voluntad de los herederos. El artículo 795 CC dispone que la condición puramente potestativa impuesta al

heredero o legatario ha de ser cumplida por estos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador. Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse. La redacción del testamento obligaba a los herederos a cumplir la condición antes del fallecimiento de la testadora pues el cuidado de ésta tenía que haberse producido antes de que el testamento desplegara su eficacia.[75]

La Sentencia de 18 de julio de 2011 encuentra apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009. El caso era muy parecido. Una señora viuda y sin hijos instituye herederos a dos hermanos y a dos sobrinos, hijos de un hermano premuerto. Los hermanos son instituidos por cabezas y los sobrinos por estirpes. La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora. Uno de los hermanos impugnó las operaciones particionales y además pidió que se declarara que sólo él se había ocupado de su hermana antes del fallecimiento, por lo que en cumplimiento de la condición del testamento le correspondía ser el único heredero.

La Sentencia del Juzgado desestimó la demanda con los siguientes argumentos: a) que el actor no había intentado ni siquiera probar que los herederos llamados conocieran la condición de la institución antes de la muerte de la testadora, que tampoco él conocía, por lo que mal puede exigírseles a dichos demandados que acrediten haber cumplido dicha condición cuya existencia ignoraban; b) la condición contenida en la cláusula segunda del testamento no puede afectar a la validez de la institución de heredero porque no fue conocida por los herederos instituidos hasta después de la muerte de la testadora, la cual

75 Sobre esta cuestión puede verse PÉREZ CONESA, M.C. Comentario al Artículo 795 del Código Civil, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,Comentarios al Código Civil, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 943. TORRALBA SORIANO, V., Comentario al artículo 795 del Código Civil, Comentario del Código Civil, I., en Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1946 y 1947

estando en vida no consta ni que comunicase la existencia de dicha cláusula a los herederos, ni que propiciase el cumplimiento de la misma yéndose a vivir con alguno de ellos para su cuidado y asistencia últimos. Cuidado y asistencia que fue imposible de cumplir voluntariamente por ninguno de los herederos; c) que siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento, aplicando así la doctrina derivada de los artículos 795 y 798 CC.

La Audiencia Provincial confirmó la Sentencia empleando parecidos argumentos reforzados porque señala que no se ha demostrado que la causante se encontrase en situación de necesidad, porque se hallaba en una residencia proveyendo su coste con sus propios recursos; aunque el demandante le hubiese prestado una mayor atención debido a la proximidad de su residencia, las circunstancias personales de los demás lo impedía, lo que era conocido por la propia causante.

Se interpuso recurso de casación por la no aplicación de los artículos 675 y 790 CC y en particular la aplicación indebida de los artículos 795 y 798 CC. Prescindiendo de lo concerniente al artículo 675, lo más importante de la Sentencia de 3 de diciembre de 2009 es lo siguiente: la calificación de las instituciones, en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que sólo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión, es ciertamente difícil. La Jurisprudencia ha calificado en ocasiones como un modo la obligación impuesta por el testador al heredero o legatario, de convivir con él y cuidarle hasta su fallecimiento. En la Sentencia de 21 de enero de 2003, esta Sala calificó como modo y no como condición el supuesto en que la causante había efectuado a uno de sus hijos un legado con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen, sanos o enfermos, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes; en la Sentencia referida, esta Sala consideró que debía interpretarse como una institución modal, porque se usaba este término en la disposición y el criterio de menor vinculación, a fin de evitar la revocación de la institución. En sentido parecido se pronunciaron las Sentencias de 3 de junio de 1967 y 18 de diciembre de 1965.

Sin embargo, sigue diciendo la Sentencia de 3 de diciembre de 2009, la Sentencia de 9 de mayo de 1990 ante una cláusula muy parecida a la del testamento que nos ocupa, señala que la lectura revela que se trata de una condición suspensiva que impide adquirir el derecho si no se cumple y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativa (artículo 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados. En definitiva, el contenido de la condición consiste en la asistencia en la necesidad y debía cumplirse, lógicamente, antes del fallecimiento de la testadora y tal condición devino inútil porque dicha testadora nunca tuvo necesidad de ser asistida.

La Sentencia 557/2011, de 18 de julio, indica que es cierto que el Código Civil no prevé las condiciones suspensivas potestativas consistentes en hechos pasados pero la autonomía del testador permite que se puedan introducir en el testamento. El Tribunal Supremo cree que la Sentencia de la Audiencia calificó de forma adecuada la figura porque se trata de una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de potestativa impuesta a los herederos, debiendo haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión.

La Sentencia recurrida es correcta porque los sobrinos se mostraron dispuestos a acoger en su casa a la testadora; quien impidió esta solución fue la propia demandante, ya que al haber ingresado a su hermana en una residencia para su mejor cuidado, hizo que se cumpliese el supuesto de exclusión contenido en el último párrafo de la cláusula testamentaria, ya que la condición devino de cumplimiento imposible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 798 CC

párrafo segundo que dispone que cuando el interesado en que se cumpla o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición.

Los argumentos esgrimidos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para confirmar la Sentencia son muy convincentes.

V.- LA SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1988 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sentencia de 1 de febrero de 1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un litigio que se planteó por el que una mujer otorgó varios testamentos, testamentos que eran incompatibles entre sí y se cuestionó la validez del último testamento.

El día 4 de octubre de 1985 un Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente una demanda planteada por un hombre contra dos mujeres y declaró compatibles los testamentos otorgados el 21 de julio de 1980 y el 21 de enero de 1981 por una mujer. Apelada la Sentencia, la Audiencia Provincial revocó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso de casación.

Según el Tribunal Supremo el tema de la revocación testamentaria tácita puede plantearse, en el plano de lege ferenda, en una doble vertiente: el mero otorgamiento del nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, igualmente considerado de forma unitaria, o más bien, la revocación sólo debe producirse en tanto en cuanto que el contenido de la última disposición testamentaria, sea incompatible con el de la anterior; nuestro Código Civil se inclina por el sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un estamento posterior, y en el artículo 739-1 establece 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. Este sistema, que goza de las ventajas de la sencillez, ha prevalecido en la aplicación práctica del derecho, imponiéndose el criterio rigorista de exigir que la manifestación de voluntad del testador, dejando subsistente todo o parte del anterior testamento, tenga que aparecer constatada explícitamente en el posterior; rigorismo en contradicción con la realidad práctica de que el causante, en ciertos casos, haya querido solamente

complementar, aclarar o interpretar su disposición anterior, deduciéndose claramente del propio tenor testamentario su voluntad compatibilizadora, pero sin la constancia expresa. La armonización hermenéutica es posible hacerla conciliando el comentado artículo 739 CC, con el 675 del mismo cuerpo legal, e interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con los del posterior, según la prevalente voluntad del de cujus, implícita en la disposición testamentaria, y deducida en el sentido literal de sus palabras; postura más acorde con la moderna doctrina científica, al entender que la voluntad que se exige en el artículo 739-1 CC para dejar subsistente un testamento anterior, puede no sólo ser la expresa allí mencionada, sino también la deducida que acoge el artículo 675 del mismo cuerpo legal; doctrina integradora que ya hizo suya la Dirección General de los Registros en varias resoluciones.

En cuanto a la aplicación del artículo 675 CC, es necesario dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiere la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interprete extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas.

Así pues, sigue diciendo el Tribunal Supremo, los precedentes reglas interpretativas nos conducen a la obligada conclusión de que la testadora no quiso compatibilizar sus diversos testamentos, pues aún en los dos primeros, que en nada afectan al problema aquí debatido, cuando decide hacer solamente un pequeño legado relativo a ropas usadas y nombrar el albacea, lo efectúa mediante una disposición revertida de todos los elementos necesarios, y

repitiendo o reiterando la institución de heredero que ya tenía efectuada. En el tercer testamento, disposición que se pretende compatibilizar con el último, cambia la testadora de voluntad, e instituye herederas a sus sobrinas, convirtiendo al recurrente en legatario de una casa y del saldo de las cuentas habidas en una Caja de Ahorro. Esa voluntad sufre nuevamente una radical transformación en el definitivo testamento de fecha 21 de enero de 1981, ya que en éste sus sobrinas pasan a ser únicamente legatarias del saldo de la libreta de ahorro abierta en la Caja de Ahorro, aparece con nuevo albacea con facultades, no sólo para retirar y entregar a los legatarios los fondos existentes en la Caja de Ahorro, sino también para disponer de la totalidad de la cuenta de otra Caja de Ahorro que en el anterior testamento constituía parte del legado del recurrente, y significativamente expresa por último, su voluntad clara y terminante de permanecer, por el momento, sin heredero instituido, ya que, según dice, no lo tiene decidido y lo deja para un último testamento; voluntad definitiva la citada, puesto que no se otorgó posterior disposición testamentaria, que constituye la ley fundamental de la sucesión, sin permitir modificación de clase alguna después de la muerte del "de cujus", y tal modificación se produciría contraviniendo tanto la voluntad expresa como la deducida de la testadora, si se accediera a la pretendida compatibilización de los testamentos, pues resultaría que la causante tendría unos herederos expresamente no queridos por ella, y unos legatarios distintos de los pensados últimamente, como en lo relativo a la casa y al saldo de las cuentas de la Caja de Ahorro, interpretación comparativa que imposibilita la coexistencia de los testamentos de fecha de 21-6-1980 y 21-1-1981, según la voluntad de la testadora, directamente deducida del tenor de las disposiciones testamentarias.

VI.- LA SENTENCIA 947/2003, DE 9 DE OCTUBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 947/2003, de 9 de octubre, declaró haber lugar a un recurso de casación interpuesto, casa y anula la Sentencia de una Audiencia Provincial y, en su lugar, estimó parcialmente la demanda declarando válida y existente la carga prevista en la cláusula segunda de la disposición testamentaria de un hombre de repartir entre todos sus sobrinos carnales los bienes del testador, sin excluir a ninguno de tales beneficios de la herencia de su tío; distribución que ordena hacer de acuerdo entre los llamados a la misma o judicialmente, absolviendo de las pretensiones de la demanda a unos demandados.

Unos hermanos y los hijos de un hermano formularon demanda para cumplimiento de disposiciones testamentarias contra la hermana del testador fallecido y contra un hijo de ésta. En el curso del procedimiento falleció la tía demandada. La acción también se dirigió contra otros dos primos, en situación de rebeldía durante todo el pleito.

El testador falleció soltero y sin herederos forzosos el 8 de febrero de 1988. Los tres primeros demandantes eran sobrinos carnales del fallecido, hijos de unos de sus hermanos. Las otras dos demandantes eran sobrinas nietas del fallecido, hijas de unos de sus sobrinos. La demandada fallecida en el curso del pleito era hermana del testador; el demandado es hijo de ésta y las otras dos demandada son sobrinas carnales del testador y por tanto primas de las tres primeras demandantes.

Los demandantes formulan la pretensión de recibir con su primo demandado la herencia de su tío, mediante su reparto entre todos los sobrinos y sobrinos nietos, a lo que la fallecida demandada y su hijo se han opuesto.

En el testamento que da lugar a este litigio se contiene disposición testamentaria que literalmente dice: Primera. Instituye por su única y universal heredera de todos los bienes, derechos y acciones a su hermana, quien, en caso de premoriencia, será sustituida por su hijo.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la Sentencia recurrida.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo es indiscutible señalar que la disposición testamentaria discutida prevé la carga de la distribución de bienes del testador a realizar por el hijo únicamente para el caso de premoriencia de la única y universal heredera, hermana del testador. El supuesto para la sustitución de la heredera universal por su hijo en el cometido indicado no se ha producido. La heredera instituida ha fallecido con posterioridad a su hermano el testador, es decir, no se ha producido la premoriencia prevista, por lo que el hijo de la hermana no puede ser llamado a efectuar el cometido discutido y el ejercicio de la acción contra él mismo en tal condición tiene que ser, en cualquier caso, desestimada. Cuestión distinta es que ocupa el lugar de su madre demandada por la sucesión procesal derivada del fallecimiento de ésta el día 6 de noviembre de 1999 y en virtud del testamento otorgado el día 28 de octubre de 1998 por el que su madre le instituye y nombra único y universal heredero a su mencionado hijo y en su defecto a sus descendientes matrimoniales.

De este testamento se infiere que la demandada fallecida no practicó la distribución a que se refiere el apartado segundo de la cláusula testamentaria en cuestión, toda vez que en su propio testamento manifiesta la testadora su deseo de incluir en la presente disposición los bienes, derechos y acciones que integran la herencia de su hermano, de la que la testadora es titular por virtud del último testamento de éste, de fecha de 20 de marzo de 1986.

El testamento es un negocio unilateral, no receptivo, y por tanto su contenido no está orientado a suscitar la confianza en un posible destinatario,

es por tanto lógico que se atribuya subjetivamente preferencia al testador en el extremo de interpretar su voluntad. Esta ha sido la orientación jurisprudencial. Ya es clásica la distinción de tres elementos fundamentales en todo proceso interpretativo: el gramatical, el lógico y el sistemático; el primero, con base en las palabras cuando no ofrece duda la claridad de las cláusulas; el segundo, cuando surge esa duda entre la letra y el espíritu; y el tercero utilizando el conjunto armónico de las disposiciones para cerrar el ciclo interpretativo; pero es unánime la doctrina y la jurisprudencia afirmando que su uso debe ser conjunto y nunca aislado, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego de un proceso interpretativo unitario; proceso al que, según más reciente doctrina, debe unirse el elemento teleológico o finalista.

Con estricta sujeción a la jurisprudencia de esta Sala, sigue diciendo la Sentencia, en cuanto a la aplicación del artículo 675 CC, es necesario dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiere la duda se observará lo que aparezca más conforme con la intención pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca, oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención.

La Sentencia concluye declarando que la interpretación de la cuestionada cláusula testamentaria es errónea de todo punto y ha de ser modificada, asumiendo la Sala la instancia. La literalidad de la cláusula encarga a la heredera el reparto de los bienes hereditarios entre todos los sobrinos del causante, pues cuando deja al reparto al buen criterio de la heredera instituida no aparece locución alguna que permita interpretar que la heredera podía dejar de hacerlo. Y tal interpretación que forzosamente ha de prevalecer sobre la errónea e

irracional de las sentencias de instancia, viene reforzada y determinada por la circunstancia de que hace el mismo encargo al hijo de la heredera para el supuesto de su premoriencia. Si la interpretación personalísima que ha de prevalecer fuera la elegida por las sentencias de instancia la heredera hubiera estado en libertad de disponer de los bienes del causante sin otras limitaciones que las derivadas de la institución de la legítima, como así unilateralmente lo hizo en su testamento, en la forma ya señalada, con lo que pretendía, sin más, hacer suya, sin carga alguna, los bienes procedentes de la herencia de su hermano. Por todo lo expuesto, ha de estimarse en parte fundados los motivos de casación que se han articulado en este recurso

La circunstancia de que la demandada no haya realizado la carga de la distribución, no lleva consigo que esta carga recaiga sobre su hijo, pues como ya se ha referido, no se ha producido el supuesto de premoriencia que hubiera determinado la sustitución prevista. De ahí que la distribución de los bienes haya de hacerse por todos los llamados a la misma de común acuerdo o judicialmente; sin que se pueda condenar al codemandado que ha sido directamente demandado, en esta acción, y sólo la declaración de validez de la carga de distribución le afecta por la sucesión procesal que se ha producido.

VII.- LA SENTENCIA 902/2006, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sentencia 902/2006, de 29 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró haber lugar a un recurso de casación y anuló una Sentencia de una Audiencia Provincial que aunque había revocado parcialmente la Sentencia del Juzgado mantuvo la desestimación de la pretensión de declaración de ostentar la cualidad necesaria para tener la condición de heredera testamentaria del causante, pero declaró que la demandante es hija del hermano del testador.

Un hombre otorgó testamento abierto ante notario el 18 de abril de 1962, en el que, entre otras disposiciones, legó a su hermano y su esposa el usufructo de determinadas bienes, disponiendo que si su hermano dejase hijos o descendientes legítimos los bienes que sean objeto del usufructo vitalicio, al fallecimiento del último de los usufructuarios pasarán en pleno dominio a los hijos o estirpes de los mismos dejados por su hermano y en caso de que no dejase hijos o descendientes los atribuye a determinado municipio.

El testador falleció el 25 de marzo de 1991, sin tener herederos forzosos. El hermano del causante adoptó, en forma menos plena, a una mujer el 8 de agosto de 1966, y con los efectos propios de la adopción plena, el 13 de marzo de 1992, una vez fallecido el causante. La hija adoptada interpuso demanda contra sus padres adoptivos, que se allanaron, y contra el Ayuntamiento del municipio, en la que, esencialmente, solicitaba que se declarara que ostenta la cualidad necesaria para tener la condición de heredera testamentaria del causante o, subsidiariamente, que la voluntad última del testador fue considerar a la actora como hija de su hermano y en consecuencia heredera en pleno dominio de los bienes sobre los que constituyó usufructo, una vez fallecidos los usufructuarios.

La Sentencia de la Audiencia se fundó, en síntesis, en que la institución de herederos fue hecha a favor de los hijos o descendientes legítimos, que dejase su hermano al fallecimiento del último de los usufructuarios, por lo que, aún estando equiparada a todos los efectos a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (108 CC), debe respetarse la voluntad del testador que, al emplear el término legítimos en la institución de herederos, designó a quienes fueron hijos consanguíneos y habidos dentro del matrimonio, requisitos legales de los hijos legítimos conforme a la legislación entonces vigente, artículos 108 y siguientes CC.

El recurso de casación fue estimado por varios motivos. El primero de ellos es que el testador se refiere de forma genérica a todo tipo de hijos, separadamente de los descendientes legítimos; y de las circunstancias del testamento se desprende que la voluntad del testador era incluir a los hijos, a los que estaban equiparados testamentariamente los adoptivos (artículo 772 CC, modificado en 1958) y, además, el testador fue testigo de la proclamación constitucional de la igualdad de los hijos, con independencia de su filiación, y de las reformas legislativas.

La Sentencia del Tribunal Supremo señala que, tras la reforma del CC de 13 de mayo de 1981, el artículo 108 CC establece que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva (el término plena fue suprimido por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código. En el régimen sucesorio aparece reflejado en el artículo 807 CC, mediante la desaparición de toda referencia a la naturaleza de los vínculos de filiación al establecer que son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

La Sentencia también resalta que a partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita inter vivos o mortis causa o con efectos sucesorios como comprensivas de los

hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad. Para ello tiene en cuenta las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997, de 28 de junio de 2002 y de 15 de diciembre de 2005.

La Sentencia también cita la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de julio de 2004 argumentando que el valor de cuya jurisprudencia no sólo deriva de la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también de la referencia en el artículo 10 de la Constitución Española a este tipo de instrumentos internacionales para orientar la interpretación de los derechos fundamentales, considera como exigencia del principio de no discriminación la inclusión en el concepto de hijo de los adoptivos, argumentando que un niño que ha sido objeto de una adopción se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello. Para ello declara que la cláusula testamentaria deber ser interpretada y aplicada muchos años después de la muerte del testador tras profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, de tal suerte que el juez no puede ignorar estas nuevas realidades y debe conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio.

El Tribunal Supremo concluye que pocas dudas pueden abrigarse sobre la interpretación que debe darse al concepto de hijos que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención del testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. Al no haberlo entendido así la Sentencia de Instancia -que mantiene el criterio de atenerse a una interpretación de la expresión utilizada por el testador, con el valor jurídico restrictivo que tenía

en el momento en que fue emitida, al margen de las concepciones sociales y de su evolución y, con ello, de la intención presunta del testador- no se atiene a esta interpretación y, por ende, incurre en las infracciones legales que se le reprochan.

VIII.- LA SENTENCIA 1208/2007, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 1208/2007, de 20 de noviembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de una Audiencia Provincial y confirmó íntegramente la Sentencia del Juzgado sobre la interpretación de un testamento.

El objeto del litigio consistió en la determinación del alcance que ha de reconocerse a un legado instituido por una causante en su testamento de fecha 4 de diciembre de 1982, en el cual, careciendo de herederos forzosos, establece varios legados a favor de sus sobrinos, actores y demandados.

En un apartado del testamento dispone que lega el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión a dos sobrinos por mitades iguales. El Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda en su integridad, entendió que dicha disposición se refería a todos los bienes de la testadora que se hallaban depositados en entidades bancarias, incluso los que se encontraban en cajas de seguridad.

La Audiencia, sin embargo, al resolver el recurso de apelación formulado por los demandados que eran familiares y herederos testamentarios, estimó que dicho legado no se extendía a los títulos – valores, derechos de crédito y demás documentos depositados en cajas de seguridad ni a las alhajas y joyas que se encontraban en la misma, admitiendo no obstante la inclusión de las monedas de oro y plata, que aun no siendo de curso legal, se encontraban igualmente depositadas en dicha caja. A juicio de la Audiencia las monedas de oro y plata, pese a no ser de curso legal, deben entenderse incluidas en el concepto de metálico, pues en la propia caja de seguridad, de la que los actores eran cotitulares con la testadora, se contenía un sobre dirigido a ellos en el que se indicaba el peso en oro de las monedas, por lo que no debe acudirse

a un concepto eminentemente jurídico de metálico, como el que incluye exclusivamente a las monedas de curso legal (artículo 1170 CC), sino también encajable en las monedas depositadas en la caja de seguridad, por expreso deseo de la testadora, pues la voluntad del testamento queda aclarada con la nota manuscrita dirigida a los actores. La testadora no ha excluido algunos bienes por el hecho de encontrarse en la caja de seguridad como son las monedas de oro y plata, por lo que dado que en la referida caja había numerario en gran cantidad, se deberá entender legado el mismo a los actores al ser integrante del concepto saldo de depósitos sin exclusión; pero, por el contrario, no pueden entenderse incluidas en el legado las joyas, dado que no son numerario, ni metálico, ni monedas, ni saldo por lo que aunque depositadas no integran los conceptos mencionados.

En lo concerniente al recurso de casación interpuesto en nombre del actor, el Tribunal Supremo teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 675 CC, la cláusula testamentaria establecía que el legado atribuido a los actores había de comprender el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión. Dicha cláusula admitía una interpretación, según la cual únicamente comprendería dinero de curso legal, bien estuviera depositado en caja de seguridad o reflejado en el saldo de las cuentas existentes, o bien otra más amplia que, atendiendo a la interpretación del término depósitos en un sentido amplio como comprensivo de todos los bienes de la testadora existentes en entidad bancaria sin exclusión que comprendiera igualmente el contenido de la caja de seguridad. No obstante, la Audiencia ha acogido una interpretación de la cláusula testamentaria que no se ajusta a ninguno de los criterios señalados, pues por un lado incluye las monedas de oro y plata en caja de seguridad y, por otro, excluye otros bienes que se encontraban en dicha caja como son los títulos-valores, así como las joyas y alhajas, lo que efectúa bajo el argumento de considerar metálico a las monedas de oro y plata- que no son de curso legal- cuando, por el contrario, es claro que no pueden ser comprendidos en tal concepto. Se da así una interpretación que rompe la lógica respecto del contenido de la cláusula y que, en consecuencia, según la jurisprudencia ha de ser revisada para entender que la verdadera voluntad del causante al referirse a

depósitos sin exclusión se refería a totalidad de los bienes que, además de los saldos de sus cuentas, se encontraban en entidad bancaria. Así cabe extraerlo no sólo del hecho de que en caja de seguridad se encontrara un sobre con el nombre de los actores referido a las monedas de oro y plata, sino también del hecho de que otros títulos-valores, que no se encontraban en caja de seguridad, fueran atribuidos de forma específica a otros legatarios en el testamento. Por ello, en definitiva, procede la estimación del motivo y el acogimiento integro de la demanda en la forma que se recoge en la Sentencia de Primera Instancia.

Por lo que respecta al recurso interpuesto por los demandados, el Tribunal Supremo declara que no puede considerarse infringido por la sentencia impugnada el contenido del artículo 675 CC en el sentido que propugnan los demandados, ahora recurrentes, por cuanto la interpretación del testamento que esta Sala acepta en atención a la intención de la testadora, según el tenor del propio testamento, es que la expresión depósitos sin exclusión ha de comprender todos aquellos bienes de los que era titular el causante y que se encontraban custodiados por las entidades bancarias. Tampoco puede aceptarse la denunciada vulneración de lo dispuesto en el artículo 672 CC según el cual toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cedulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en el domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos en el testamento ológrafo, pues dicha norma se refiere a las cédulas o memorias testamentarias que menciona en el testamento el propio testador y ésta no es la situación que se da en el caso, en el que simplemente la Audiencia tuvo en cuenta para interpretar el alcance del legado la existencia de un sobre dirigido a los actores que se encontraba en una caja bancaria y que se refería a las monedas de oro y plata lo que le llevó a deducir la voluntad de la testadora en un sentido que no es el ahora aceptado. Por último, carece de relevancia el tercero de los motivos que denuncia la infracción del artículo 1170 CC por haber considerado la Audiencia que las monedas de oro y plata podían ser incluidas en el concepto de metálico a que se refiere la disposición testamentaria otorgada a favor de los actores, ya que, aún cuando haya de entenderse así, procede estimar que las

mismas forman parte del legado según la interpretación que ahora se sostiene en consideración a la voluntad de la testadora. Procede, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto por la parte actora y la desestimación del de los demandados.

IX.- LA SENTENCIA 291/2008, DE 29 DE ABRIL DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 291/2008, de 29 de abril, de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por una Audiencia Provincial. El litigio surgió porque una mujer otorgó testamento abierto el 3 de febrero de 1992 ante un Notario en el que, tras manifestar que era viuda y que carecía de descendientes, estableció, entre otras, como cláusula tercera del testamento que lega a su sobrina carnal doña Aurora, el usufructo vitalicio de las acciones que posee la testadora en determinado Banco y lega la nuda propiedad de las citadas acciones a sus sobrinas carnales doña Olga y doña Lina por partes iguales.

En la misma cláusula testamentaria dispone que por acuerdo entre la heredera usufructuaria doña Aurora y sus primas hermanas herederas nudo-propietarias doña Olga y doña Lina, o la que de ellas viva, podrá llevarse a cabo la venta de todo o parte del paquete de acciones citadas anteriormente, subsistiendo para el resto de ellas, en su caso, lo que se dispone en este testamento.

Según la cláusula quinta del testamento en el resto de todos sus bienes, instituye herederas, en pleno dominio, por partes iguales a sus sobrinas carnales doña Olga y doña Lina, a quienes les sustituirán, en su caso, sus respectivos descendientes, por estirpes.

La actora doña Aurora, como heredera de su tía, fallecida el 16 de febrero de 1995 bajo el indicado testamento, interpuso demanda de juicio declarativo contra las herederas testamentarias doña Olga y doña Lina y contra los albaceas, interesando que dictara sentencia por la que: 1º) Se condene a las herederas testamentarias a que entreguen a la demandante el legado que consistió en el usufructo de todas las acciones que poseyera la testadora en determinado

Banco, en cualquiera de sus sucursales, al momento de su fallecimiento, incrementado en el importe de los intereses legales correspondientes; 2º) Se condene a las indicadas herederas testamentarias y a los albaceas a que aporten las certificaciones y testimonio de toda la documentación que sea preceptiva a fin de dar a conocer a la demandante: a) La totalidad de las acciones y demás títulos de cualquier clase que la testadora tenía al momento de su fallecimiento en dicho Banco; b) Los dividendos que dichos títulos hayan producido desde el fallecimiento de la causante hasta su efectiva puesta a disposición; c) El destino dado a las sumas producidas por los dividendos reseñados; d) Alternativa y subsidiariamente, si se hubiera dispuesto de alguno de dichos títulos se haga constar a efectos de su valoración; y 3º) Se condene a los demandados a cumplir la disposición testamentaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación declarando que la cláusula tercera del testamento debe interpretarse en el sentido de que el legado hace referencia a todo tipo de acciones de cualquier sociedad, ya sean del propio Banco o no, que se encuentren depositadas en el Banco Oficina Principal, no debiéndose incluir ni bonos, ni fondos de inversión, ni pagarés que tuviera la testadora en dicha oficina del Banco en el momento de su fallecimiento. Contra dicha Sentencia, los demandados interpusieron separadamente sendos recursos de casación.

Según el Tribunal Supremo tratándose de la simple interpretación de una cláusula testamentaria, del contenido de la sentencia impugnada resulta evidente que la misma se ha inclinado por una interpretación literal de la expresada cláusula entendiendo que la expresión acciones que posee la testadora en el citado Banco abarca todas las acciones depositadas en dicha entidad bancaria y no sólo, como sostiene la parte recurrente, los títulos que representan una participación en el capital del referido Banco; interpretación que la propia sentencia sostiene basándose en otras razones expresadas en su fundamento octavo.

Uno de los motivos del recurso de casación se refiere a la infracción del artículo 675-1 CC en cuanto ordena interpretar el testamento de acuerdo con la verdadera voluntad del testador. Al respecto, el Tribunal Supremo declara que ha de ser mantenida la interpretación que sostiene la Audiencia Provincial no sólo porque la misma no resulta ilógica o manifiestamente contraria a la voluntad de la testadora o la Ley. Además la Sentencia impugnada ha procedido a efectuar una interpretación literal -que es la preferente sobre los demás medios- sin que haya observado que existiera una voluntad clara de la testadora en contra de la literalidad de los términos empleados, sin atribuir valor determinante a las manifestaciones del Notario ante el que se produjo el otorgamiento que pudieran llevar a una interpretación distinta como la sostenida por los demandados, pues dicho fedatario no ha dado explicación adecuada de por qué razón cuando se refiere el testamento a las acciones de determinada Empresa se usaría la preposición de y cuando alude a las del Banco la preposición en para identificar en ambos casos uno y otro grupo de acciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo también señala que a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos inter vivos, en que al interpretarlo debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o al menos probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores. No obstante, se ha de reiterar que aun cuando se sostuviera, con autorizada doctrina, la procedencia de una interpretación restrictiva del contenido de los legados, tal interpretación nunca podría violentar el resultado de la estrictamente literal, que se considera preferente siempre que no conduzca a un resultado claramente contrario a la voluntad del testador (artículos 675 y 1281 CC) y que ha sido acogida por la resolución impugnada.

Respecto al motivo del recurso que afirma que se ha infringido el artículo 1282 CC al no haber sido tenido en cuenta los actos de la testadora coetáneos y posteriores a la fecha de otorgamiento del testamento, el motivo ha de ser rechazado por su absoluta falta de fundamento pues, reiterando que la Audiencia se atuvo a una interpretación literal del testamento que consideró acorde con la intención de la testadora, carece de sentido alegar como acto anterior y simultáneo de la testadora que pudiera llevar a una interpretación contraria el hecho del nombramiento de albaceas de su confianza que, en definitiva, han sostenido una determinada interpretación del testamento, pues ello constituye una verdadera tautología y parte de premisa tan errónea como la que considera que la testadora conocía, al otorgar el testamento, cual iba a ser la interpretación del mismo que, tras su fallecimiento, habrían de sostener los albaceas.

X.- LA SENTENCIA 666/2009, DE 14 DE OCTUBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 666/2009, de 14 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por una Audiencia Provincial. La cuestión planteada en casación es que la demandante en la instancia, viuda, como heredera de su marido, ejerció la actio communi dividundo respecto a unas fincas cuya propiedad era de éste y de tres hermanos suyos, los codemandados en la inicial demanda. Sin embargo, la postura de los demandados no era de oposición a la división de la cosa común, sino la alegación en demanda reconvencional de que la demandante no era heredera del causante, su esposo, sino que los herederos del mismo eran sus hermanos, demandados y recurrentes en casación (ellos o sus respectivos herederos). La cuestión que se planteó en la instancia y en casación es de interpretación del testamento. En éste, otorgado por el esposo de la demandante y hermano de los demandados lega a su esposa, demandante, el usufruto universal de sus bienes con aplicación de la cautela socini. En aquel momento, ni tampoco después, tenían descendencia.

La cláusula cuarta del testamento que provoca el litigio dice que instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución -para caso de premoriencia o incapacidad- por sus respectivos descendientes; y a falta de éstos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales a sus hermanos, con sustitución, igualmente, para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio a su esposa.

La Sentencia de la Audiencia, confirmando la del Juzgado, estimó la demanda y declaró que, según la interpretación lógica del testamento, la heredera es la esposa del causante, demandante y parte recurrida en casación, con una serie

de argumentos y concluye que el testamento no permite, en su tenor literal, conocer la voluntad del testador y se debe acudir a una interpretación lógica y finalista.

Los hermanos del causante, algunos de ellos fallecidos y sustituidos procesalmente por sus respectivos herederos, formularon recurso de casación, no referidos a la acción de división de la cosa común, sino a la pretensión de la reconvención dirigida a la declaración de nulidad del título por virtud del cual dice que ostentaba la demandante la titularidad de copropietaria de la parte de su esposo fallecido, en su condición de heredera del mismo.

En relación con los motivos del recurso, el Tribunal Supremo declaró que acerca de la interpretación del testamento, como proceso de averiguación del sentido y alcance de la voluntad del testador que pretende la reconstrucción de la misma es preciso señalar: a) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley, y c) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto.

La Sentencia de la Audiencia expone los argumentos para mantener que la heredera es la viuda demandante, en la expresión conmoriencia que no tendría sentido si no se le da esta interpretación y lo mismo cabría decir de la expresión si no hubiera descendientes, por lo que tal falta de claridad impide la interpretación literal y por la interpretación lógica llega a la conclusión de que la heredera es la viuda. La Sala de lo Civil compartió este argumento.

La Sentencia de la Sala de lo Civil también declaró que la interpretación literal es inviable por la contradicción entre la primera disposición (instituye herederos a sus hermanos) y la última (instituye heredera universal, en pleno dominio a su esposa) en ambos casos, a falta de descendientes, que efectivamente no los hubo, la expresión conmoviencia no tiene sentido pues no es posible entender a quien se refiere. La interpretación lógica, sigue diciendo la Sentencia, aplicable en defecto de la literal, lleva a entender que lo único claramente decisivo es el último inciso: y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio a su esposa.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, señaló que en caso de duda, que la hay, debe observarse lo que aparezca más conforme con la intención del testador, como dice el artículo 675 CC y en autos, como declara probada la Sentencia de Instancia, consta que la voluntad del testador, momento al que debe referirse la interpretación, era la de favorecer, si no tenía descendencia, que no la tuvo, a su esposa; en ningún caso a sus hermanos antes que a ella.

XI.- LA SENTENCIA 624/2012, DE 30 DE OCTUBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 624/2012, de 30 de octubre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por una Audiencia Provincial.

El caso gira en torno a la figura del fideicomiso de residuo y plantea como cuestión de fondo si el precio de la venta de un inmueble realizada por el fiduciario debe integrarse en el fideicomiso, por el juego de la subrogación real, o si, por el contrario, dicho importe no debe formar parte del mismo al venir facultado el fiduciario para la celebración de dicha venta.

Una señora, hermana de la madre de los actores, falleció sin descendencia el 17 de septiembre de 2004. En la cláusula primera de su último testamento instituyó heredero universal a su esposo, con libre disposición de sus bienes por actos entre vivos a título oneroso. En la cláusula segunda de dicho testamento se estableció, que si al fallecimiento del heredero no se hubiera dispuesto de todo el caudal relicto, la sustitución fideicomisaria de residuo en favor de los sobrinos de la testadora por partes iguales, y cada uno de ellos sustituidos, a su vez, vulgarmente por sus descendientes.

El marido se adjudicó la herencia de su esposa en su condición de heredero fiduciario, tras la realización de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, mediante escritura de 2005. El 28 de noviembre de 2005, el marido vendió la finca heredada. El 28 de octubre de 2007 fallece el marido dejando un testamento en que instituye como herederos a sus propios sobrinos.

La Sentencia de Primera Instancia estimó la demanda declarando que la cantidad de 252.167 euros, en tanto precio de venta del bien inventariado, formaba parte del contenido del fideicomiso de residuo establecido por la

testadora. La Sentencia de la Audiencia confirmo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia reproduciendo los argumentos de la misma.

El recurso de casación se articula en dos motivos. En el motivo primero se alega como precepto infringido el artículo 675 CC. Basa la parte recurrente tal motivo en que el heredero estaba facultado por la disposición testamentaria para disponer del caudal relicto entre vivos y a título oneroso, lo que resulta de la literalidad de las cláusulas primera y segunda del testamento, lo que permitía vender el inmueble litigioso, disponiendo de él conforme la permitía la disposición testamentaria, saliendo dicho bien de la esfera patrimonial del caudal relicto y su precio en dinero, bien fungible, entra en su patrimonio, no afectándole la cláusula por la que se instituye el fideicomiso de residuo del tipo " si aliquid supererit", con la consecuencia de que el precio de la venta del inmueble llevada a cabo por el esposo heredero el día 28 de noviembre de 2005 no debe formar parte del fideicomiso.

En el motivo segundo del recurso de casación se alegan como preceptos legales infringidos, los artículos 781 y 783 CC. Argumenta la parte recurrente que el precio obtenido por el heredero por la disposición de una de las fincas, de las doce que hereda, ha de excluirse de la herencia de los actores sin que opere el principio de subrogación real en cuanto a dicho precio, lo que apoya en la jurisprudencia de esta Sala, en concreto las Sentencias de 22 de julio de 1994, 7 de noviembre de 2008 y 28 de enero de 2009, y conforme a las cuales no es posible aplicar el fideicomiso de residuo "si aliquid supererit" la subrogación real para los casos de enajenaciones a título oneroso respecto de bienes que transformados hubiesen vuelto patrimonio del heredero ante las amplias facultades que el testador concedió al heredero.

En el presente caso, dice la Sentencia del Tribunal Supremo, la interpretación del testamento es concluyente en que la testadora instituyó heredero universal a su esposo, autorizándole la libre disposición de sus bienes en el marco de una sustitución fideicomisaria de residuo ("si aliquid supererit", si queda algo) en favor de sus respectivos sobrinos, resultando clara su voluntad de que el

posible residuo quedase en su familia y no en la del esposo. Que el objeto del fideicomiso se determinó en un sentido amplio, esto es, que el esposo de la testadora pudiera utilizarlo para tener todas sus necesidades cubiertas, no sólo en caso de necesidad. Que pese a su objeto, no obstante, la autorización del instituido para que disponga de los bienes de la herencia resultó claramente limitada, facultándole solamente para la disposición por actos inter vivos a título oneroso, quedando excluida la concesión de la facultad de disponer mortis causa, que ha de ser expresa y, a sensu contrario, la facultad de disposición inter vivos a título gratuito. La exigencia de la contraprestación, por tanto, refuerza en este caso la imposición de la testadora del gravamen de conservar los bienes de la herencia que no hubiesen sido dispuestos para cubrir las necesidades del heredero.

Respecto del fideicomiso de residuo, la Sentencia declara que el fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. El fideicomisario, según el "ordo sucessivus", o llamamientos a sucesivos herederos como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (artículo 784 CC).

En los supuestos en que el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, la posible impugnación de la transmisión efectuada correrá a cargo del fideicomisario que deberá probar que, fuera del objeto del fideicomiso, el fiduciario vació el contenido del mismo actuando de mala fe o de forma fraudulenta o abusiva. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esto es, cuando el testador limita dichas facultades respecto a los actos inter vivos y a título oneroso, el correspectivo de la disposición formará parte

natural del residuo y será el fiduciario quien deba probar, en su caso, que su destino o consumición fue necesario y acorde con el objeto del fideicomiso.

La Sentencia concluye resaltando que el mecanismo de la subrogación real respecto del correspectivo de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad "si aliquid supererit" (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador. En el presente caso, por lo demás, el precio de la venta realizada formaba parte del patrimonio del heredero fiduciario al momento de su fallecimiento, resultando posible su identificación

XII.- LA SENTENCIA 682/2014, DE 25 DE NOVIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

En la Sentencia 682/2014, de 25 de noviembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se afrontó un pleito en el se planteó la validez de un testamento ológrafo otorgado con posterioridad a un testamento abierto otorgado años antes. El testamento ológrafo tenía como objeto modificar sólo parcialmente tal testamento abierto.

La Sentencia del Juzgado estimó la demanda declarando la validez y eficacia del testamento ológrafo. La Audiencia revocó dicha Sentencia aduciendo que en los varios documentos firmados por la testadora no existió la intención de instituir heredera o legataria a una mujer, sino más bien se dirige a sus herederos para que fueran estos los que le cedieran un bien, pero sin hacerlo ella. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación centrando el análisis jurídico en la calificación de un texto manuscrito por una persona de avanzada edad que desea que un piso se entregue a una persona con la que lleva mucho tiempo y que la ha tratado atenta y cariñosamente.

Al analizar los motivos del recurso de casación se dice que no hay duda de que estamos ante un caso de revocación parcial de un testamento abierto otorgado anteriormente. No es objeto de discusión que el testamento ológrafo dispone un sublegado (legado a cargo de una legataria) sin revocar el testamento abierto anterior.

Según la Sentencia lo que si plantea problema al ser la esencia del litigio, es decir, de la discusión entre las partes litigantes, es si concurre la intención de la causante, su voluntad testamentaria de disponer mortis causa de un determinado inmueble, un piso, como legado (rectius, sublegado) a favor de una determinada persona, la demandante en la instancia y la recurrente en casación. No se trata de analizar las exactas palabras, en su sentido gramatical

o, mucho menos, jurídico sino ver la intención que se desprende del texto. La antigua y celebre Sentencia de 8 de junio de 1918 admitió esta intención que se acreditaba en el reverso de una carta de novios en la que decía "todo para ti, todo" (aunque también añadía "va mi testamento") y la más reciente de 19 de diciembre de 2006 en que se acepta como testamento ológrafo una carta en que le adjunta una tarjeta de visita en que expresa "mi deseo de sustituir el nombre…"

No se trata de interpretar un texto, sigue diciendo la Sentencia, sino que partiendo de la claridad del mismo (desea que un piso de tal inmueble se le entregue a la persona que había trabajado en su vivienda durante años) estas palabras claras sean calificadas como disposiciones de última voluntad, que coincide con el concepto de testamento que da el artículo 667 CC y con el principio de favor testamenti, que no puede ser obviado.

XIII.- LA SENTENCIA 316/2018, DE 30 DE MAYO, DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 316/2018, de 30 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación interpuesto por la heredera testamentaria de una señora.

Se interpuso una demanda solicitando que se declarara la nulidad de un testamento por incumplimiento de la instituida heredera de la condición que se le impuso de cuidar y asistir a la testadora dispensando toda clase de cuidados hasta su fallecimiento, procediendo a la apertura de la sucesión intestada de la causante a favor de sus parientes más cercanos y la entrega a los mismos de los bienes hereditarios, condenando a la demandada a la restitución de los bienes hereditarios y los frutos de los mismos, así como a rendir cuenta de lo administrado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que para la resolución de la controversia planteada resultaba indiferente la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora, pues lo relevante era si dicha obligación había sido o no cumplida. Tras la prueba practicada, y ante la existencia de versiones contradictorias por los testigos que comparecieron en el juicio, prefirió la versión ofrecida por los testigos que la propia testadora había designado en su testamento como personas encargadas de determinar el cumplimiento de la obligación. Además, resaltó, como dato objetivo incontestable, que desde la fecha en que se produjo el incidente que provocó la intervención de la Guardia Civil, con la salida voluntaria de la testadora de la casa de la instituída heredera, y la posterior firma del documento por el que se procedió a la liquidación de los gastos por los cuidados dispensados, habían transcurrido seis meses durante los cuales la testadora, en pleno uso de sus facultades mentales, ni dirigió requerimiento alguno a la instituida heredera para que cumpliese con la referida obligación, ni realizó la revocación del testamento otorgado.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró ineficaz la institución de heredera a favor de la demandada, por incumplimiento de la condición fijada y que procedía abrir la sucesión ab intestato de la fallecida. Consideró que la obligación impuesta a la instituída heredera, de cuidarla y asistirla hasta su fallecimiento, debía ser calificada como una condición suspensiva de carácter potestativo cuyo cumplimiento debía realizarse en vida de la testadora, de forma que el incumplimiento de la condición impediría la adquisición del derecho testamentario.

Con relación al incumplimiento de la condición, según la Sentencia de la Audiencia, y aunque resultó acreditado tanto el cuidado que prestó la instuída heredera durante la estancia hospitalaria de la testadora, meses de enero a marzo de 2012, como la marcha voluntaria de la testadora durante el referido mes de marzo para residir en su casa, de la valoración conjunta de la prueba practicada destacó como hechos relevantes que la instituída heredera conocía la disposición testamentaria y que la testadora y la heredera, el 24 de marzo de 2012, suscribieron un documento privado en el que la testadora liquidaba los gastos ocasionador por la atención dispensada por la heredera durante su período de convalecencia, dando por terminada su relación y sin dejar nada pendiente de reclamar. Sin que constase que tras la firma de dicho documento fuese requerida la heredera para prestar algún tipo de atención.

La Audiencia Provincial también restó importancia al hecho de que la testadora, pese al incumplimiento de la condición, no revocase el testamento, pues precisamente el carácter condicional de la obligación impuesta le hacía confiar razonablemente en la ineficacia de la institución de heredera contemplada en su testamento.

El Tribunal Supremo argumentando la desestimación del recurso de casación declaró que la calificación jurídica de la obligación de la heredera es una cuestión compleja y controvertida. Sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación del nuestro Código Civil sobre esta materia. A la ausencia de regulación de la carga modal en

la sucesión testamentaria se suma la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (artículo 790 y siguientes CC) así como el peculiar contenido condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que sólo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (artículo 795 CC).

La calificación jurídica que corresponde a la obligación impuesta por la testadora debe realizarse necesariamente, desde la interpretación del testamento tanto en su vertiente, primordial, de búsqueda o preponderancia de la voluntad realmente querida por el testador (articulo 675 CC), como de su necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada.

La obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, sigue diciendo la Sentencia, tiene el carácter de condición suspensiva cuando el contenido de dicha obligación responde, en esencia, a la fijación de la voluntad o finalidad querida por el testador, esto es, suponga la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la disposición testamentaria relativa a la institución de heredero. Esta fijación de la voluntad realmente querida por el testador tiene que estar proyectada, de forma principal, en la declaración formal testamentaria, en su interpretación lógica y testamentaria.

Desde la voluntad realmente querida por la testadora la institución de la heredera sólo cobra sentido, o razón de ser, en atención a su carácter condicional, esto es, a que la instituida la cuida y asista hasta su fallecimiento. En esta línea, concluye la Sentencia del Tribunal Supremo, su proyección como condición también encuentra una clara correspondencia o base en la declaración formal testamentaria, en donde de forma principal dicha condición vertebra la interpretación lógica y sistemática acerca de la institución de heredero establecida y, en su caso, de la sustitución vulgar prevista, porque su incumplimiento condiciona directamente la eficacia misma de la institución de heredero en toda su extensión (cláusula segunda y tercera del testamento).

XIV.- LA SENTENCIA 531/2018, DE 26 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 531/2018, de 26 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un litigio que versaba sobre la eficacia del legado ordenado a favor de quien es pareja de hecho del testador en el momento de otorgamiento del testamento pero ya no lo es cuando fallece el causante y se produce la apertura de sucesión. La Sentencia recurrida declaró la ineficacia del legado. El testamento abierto otorgado contenía una cláusula conforme a la cual el testador legaba a su pareja, en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros. En otra cláusula del testamento el testador instuia herederos por partes iguales a sus dos hijos.

La Sentencia de la Audiencia declara como hechos probados que cuando falleció el causante, la convivencia de la demandante ya se había extinguido. Por ello dice que procede declarar ineficaz el legado concedido a favor de la demandante atendiendo a la verdadera voluntad del causante al tiempo de otorgar el legado pues lo trascendente para el testador era que aquélla fuese su pareja, como así se consigna en el propio documento, y al no serlo al momento del fallecimiento y haber recibido una compensación en razón del tiempo que duró la convivencia, lo consignado en el testamento no tiene razón de ser.

La Sentencia de la Sala de lo Civil declara que a diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código Civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace una calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767-1 CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a

que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

Conforme al 675 CC, sigue diciendo la Sentencia, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación. Por ello, la literalidad del artículo 767-1 CC, que se refiere a la expresión del motivo de la institución o del nombramiento del legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido con cierta cualidad, como la del esposo o pareja.

El empleo de la expresión su pareja para referirse a la demandante, concluye la Sentencia, no puede ser entendido como una nueva descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como una mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a su pareja revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de ella, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la Sentencia recurrida declara como hecho probado- la disposición testamentaria a favor de la demandante quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en que se produce la apertura de la sucesión.

XV.- LA SENTENCIA 539/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 539/2018, de 28 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, estimó un recurso de casación interpuesto por los sobrinos de la testadora, declaró la ineficacia de la institución de heredero y, por consiguiente, abierta la sucesión intestada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se solicitaba la ineficacia de la institución de heredero del cónyuge del testador porque en el momento de la apertura de la sucesión se había producido el divorcio. La demanda fue presentada por la hermana de la testadora que falleció siendo sus hijos los que se personaron en el procedimiento. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

Fundamentalmente las razones de esta decisión fueron las siguientes: la condición nunca se presume; hay que dar prevalencia al artículo 675 CC, de modo que hay que estar a la interpretación literal a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; en el caso, la cláusula testamentaria en la que la causante instituye heredero universal a su esposo es clara, atendiendo a su literalidad no establece condición alguna; la Sentencia de divorcio es de 26 de mayo de 1994 y el fallecimiento se produjo el 2 de febrero de 2011, es decir, siete años más tarde sin que se otorgara nueva disposición testamentaria para revocar la anterior; la aplicación del artículo 767 CC requiere que se acredite el error invalidante y en el caso no hubo error porque cuando se otorgó el testamento el instituido era el esposo de la instituyente; no puede deducirse del hecho del divorcio una revocación tácita, sin que exista norma legal en el Código Civil que permita establecer una presunción de revocación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene que a diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el CC una regla de interpretación de la

voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767-1 CC, dada la identidad de razón entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

Conforme al artículo 675 CC, sigue diciendo el Tribunal Supremo, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767-1 CC, que se refiere a la expresión del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.

Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, concluye el Tribunal Supremo, en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero a su esposo D. Esteban. El empleo del término esposo para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término esposo revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

XVI.- LA SENTENCIA 118/2021, DE 3 DE MARZO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 118/2021, de 3 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puso fin a un pleito en el que se discutió la interpretación de un testamento que contenía una única cláusula que en un primer párrafo instituyó herederos de todos lo bienes a los demandados, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes y, en un segundo párrafo, separado por punto y aparte, añadió que impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales.

El causante falleció viudo, sin hijos y sin ascendientes. Los demandantes fueron unos sobrinos del causante que pretendieron la ineficacia de la institución, con el fin de hacer valer sus derechos sucesorios abintestato. Su demanda, y ahora el recurso, se centró en que los instituidos no cumplieron la condición que se les imponía para ser herederos, porque no cuidaron al testador, ni sufragaron los gastos del entierro.

En las dos instancias se desestimó la demanda, pero con una argumentación diferente. El Juzgado porque consideró que se trataba de una condición potestativa de pasado, sin que pudiera apreciarse incumplimiento, dado que no hubo ocasión de cumplir; ello por estar el causante (que no informó a los nombrados herederos de su designación) ingresado en una residencia con razón de la atención continuada que necesitaba, con cita del artículo 795 CC. La Audiencia porque consideró que se trataba de una institución modal en lo que no había vinculación del nombramiento al cumplimiento (artículo 797 CC). En ambas instancias, interpretando el testamento y razonando sobre la voluntad real del testador (artículo 675 CC).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al artículo 675 CC, la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador. Cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudirse a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al testamento; en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento.

En el supuesto que da lugar al recurso, la cláusula examinada instituye herederos a los demandados y después, en párrafo independiente añade que impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, el Juzgado consideró que se trataba de una condición suspensiva y la Audiencia de una institución submodo, si bien las dos instancias decidieron en el mismo sentido desestimatorio de la demanda. Del tenor del testamento no resulta que fuera voluntad del testador supeditar o hacer depender la institución de los demandados como herederos al hecho de que efectivamente le hubieran cuidado o asistido. En ambas instancias ha estado presente la idea de que la razón que movió al testador a instituir herederos a los demandados fue la amistad prolongada en el tiempo con el causante (y con su esposa, hasta el momento en que esta falleció), gran relación de amistad que ha quedado reflejada cuidadosamente en la sentencia recurrida.

Por otra parte, sigue diciendo la Sentencia, el comportamiento posterior del testador confirma esa misma interpretación. Pasaron años hasta que el testador falleció sin que cambiara el testamento y en la residencia, que sufragaba con su pensión, no sólo estaba cuidado como precisaba para la atención continua de su enfermedad, sino que además estaba contento. Por todo ello, la interpretación de la Audiencia cuando dice que no hubo verdadera

vinculación del nombramiento al cumplimiento se mantiene dentro de los límites racionales, no es arbitraria y debe ser confirmada.

Hay que observar que lo relevante es que el testador no quiso supeditar la institución al efectivo cuidado por los instituidos y que, a la vista de los hechos probados, la institución de herederos debe producir efectos. De esta forma, aún de ser calificada la institución como sometida a condición suspensiva, como pretenden los recurrentes, por las razones que tuvo en cuenta el Juzgado, la demanda igualmente debería ser desestimada. Y el mismo resultado se alcanza si se califica como obligación modal, pues el testador no requirió una atención diferente de la que recibía de los demandados y estaba contento y cuidado en una residencia que el mismo abonaba.

En definitiva, lo decisivo para desestimar la demanda es que el testador expresó su voluntad de instituir herederos a los demandados por la amistad prolongada que les unía sin subordinar la eficacia del llamamiento al efectivo cumplimiento de una obligación de cuidado, tal como resulta del tenor del testamento y del hecho de que mantuviera inalterada en el tiempo su designación después de haber ingresado en una residencia en la que estaba contento y recibía los continuos cuidados requerido por sus enfermedades.

Al entenderlo así, la Sentencia recurrida no infringe la regulación sobre la interpretación del testamento ni tampoco el régimen legal de la institución modal, tal como han sido aplicadas por la jurisprudencia dictada por la Sala y, en consecuencia, todos los motivos del recurso de casación deben ser desestimados.

XVII.- LA SENTENCIA 274/2021, DE 10 DE MAYO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 274/2021, de 10 de mayo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la única hija de las hermanas que fue instituida heredera testamentaria por su padre. La demandante solicita que se declare que es la única beneficiaria de los Planes de Previsión a los que se adhirió su padre. La Sala consideró que a falta de designación expresa de beneficiario por el socio, procede la aplicación subsidiaria de lo previsto en el reglamento de cada plan, que en unos casos designan como beneficiarios a los herederos y, en otros casos, por este orden, al cónyuge, hijos o herederos.

La hija interpuso demanda contra el Banco y contra su hermana por la que solicitaba que ella era la única beneficiaria de las participaciones de las entidades de Previsión Social suscritas por su padre en su condición de única heredera testamentaria. También solicitó que se condenara a la entidad demandada a reponerle en las participaciones de estos Planes de Previsión. Subsidiariamente, solicitó la condena a la Entidad demandada y a la codemandada a la devolución de las cantidades que se le han abonado.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia confirmó la Sentencia del Juzgado.

El recurso de casación se fundó en dos motivos. El primero denuncia la infracción de los artículos 675 y 658 CC; justifica el interés casacional en la oposición a la jurisprudencia sobre interpretación del testamento y la prevalencia de la sucesión testada. En el segundo motivo denuncia la infracción de los artículo 660 y 668, en relación con los artículos 806, 807 y 815 CC; justifica el interés casacional en la oposición a la jurisprudencia según

el cual es válida la disposición por el testador por medio de legado, sin instituir heredero a un hijo, siendo por tanto legatario de parte alícuota o legitimario.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación declarando que a la vista de los hechos probados, no consta que el padre de las litigantes designara de manera específica beneficiarios y en su testamento no se contiene mención alguna a los planes de previsión de los que era socio. A este respecto, merece una respuesta la alegación de la recurrente en el sentido de que en los boletines de adhesión que suscribió el padre se hizo constar como beneficiarios a los herederos legales.

Dada la clara designación de la recurrente como única heredera en el testamento del padre, ella es la única beneficiaria de las prestaciones correspondientes al Plan de Pensiones. No cabe duda de que la otra hija recibió su legítima de manera expresa en el testamento de su padre a título de legado, lo que es coherente con la posibilidad de recibir la legítima por cualquier título (artículo 815 CC), pues no es necesario que el testador deba instituir a sus legitimarios como herederos. No cambia lo anterior el que el legado no fuera de cosa cierta.

Las prerrogativas procesales (legitimación para pedir la partición, solicitar la intervención judicial, etc.), la necesidad de su intervención en la partición hereditaria o la posibilidad de anotar preventivamente su derecho, facultades y derechos invocados por la recurrida en su escrito de oposición, se dirigen a proteger los derechos del legatario de parte alícuota a recibir su cuota del remanente activo, pero no significan que pueda ser considerado heredero contra la voluntad expresada por el testador.

Procede en consecuencia estimar parcialmente el recurso de casación y, por las razones expuestas, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante y estimar la demanda contra la hermana en el sentido que la heredera es la única beneficiaria de las prestaciones correspondientes al Plan de Pensiones.

XVIII.- LA SENTENCIA 184/2022, DE 3 DE MARZO, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sentencia 184/2022, de 3 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un litigio en que un hombre que falleció el 29 de septiembre de 2009 otorgó un testamento el 31 de julio de 2008. Tenía tres hijos de su primer matrimonio y su primera esposa había fallecido. Se había vuelto a casar el 26 de julio de 1996. El régimen económico del matrimonio era de separación de bienes pactado en capitulaciones matrimoniales.

El testamento contenía una primera cláusula en la que legaba a su esposa con cargo al usufructo vidual recayente sobre el tercio de mejora y si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición, el usufruto vitalicio de unos bajos propiedad del testador, excluyendo el usufructo del resto de sus bienes. Lega asimismo a su esposa, en pleno dominio con cargo al tercio de libre disposición todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera el testador en el momento de su fallecimiento en un Banco concreto.

El testamento también tenía una segunda cláusula en la que el testador ordena que en el remanente de todos sus bienes y derechos y acciones instituye herederos universales, por partes iguales, a sus tres hijos. Expresamente hace constar el testador que sus hijos han recibido en vida del mismo a cuenta de su legítima diversas liberalidades, como, entre otras, las que se encubrieron bajo forma onerosa y en virtud de las cuales se les transmitieron las acciones de una mercantil, los terrenos de más de cuarenta mil metros urbanos y una finca rústica, siendo su voluntad que se proceda a la debida computación, imputación y colación de dichas atribuciones y debiendo en consecuencia entenderse debidamente cubierta y satisfecha la legítima de sus hijos y herederos en el importe concurrente.

La viuda interpuso demanda de juicio ordinario contra los hijos en la que formuló petición de división judicial de la herencia de su marido y convocó a los interesados para la formación de inventario y designación de contadores y peritos. Posteriormente, los hermanos otorgaron escritura de entrega de legados a favor de la viuda. Después los contadores partidores designados presentaron las operaciones de formación de inventario y partición de la herencia y todas las partes presentaron escritos de impugnación de distintas partidas.

El Juzgado dictó Sentencia en la que estimó parcialmente las oposiciones al inventario elaborado por los contadores partidores. Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación tanto los hijos del fallecido como su esposa. La Audiencia desestimó el recurso de la viuda y estimó en parte el recurso de los hijos.

El Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación declaró que la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador y cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudirse a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento. Es también doctrina de la Sala que la interpretación judicial realizada en la Instancia sólo puede ser revisada cuando las conclusiones a que llega sean absurdas, ilógicas o contrarias.

En el caso, las cláusulas testamentarias no son tan claras que de su simple lectura se desprenda de modo inequívoco la voluntad o propósito del testador. Los dos contadores discreparon sobre la interpretación de la voluntad del testador en relación con la imputación de los legados y el pago de la legítima vidual, pero finalmente en el escrito de operaciones de inventario que presentaron en el Juzgado declararon asumir la tesis de que el segundo de los legados debía acumularse al primero para el pago de la cuota legal que

corresponde a la viuda, ya que su legítima no había sido perjudicada al recibir vía de legado más de lo que le correspondía como legitimaria.

La viuda formuló oposición alegando que, además del legado de plazos fijos, cuentas, acciones y valores que debe recibir con cargo al tercio de libre disposición, también debía recibir integra su cuota legal usufructuaria, esto es, el usufructo destinado a mejora ex artículos 803-3 y 834 CC. El Juzgado dio la razón a la viuda, al entender que era contrario a la voluntad del testador contar con los dos legados con los que el testador la favoreció para apreciar si se cubría la cuota legal porque sólo los bienes del primero se imputaban al usufructo vidual mientras que el segundo se imputaba al tercio de libre disposición.

Los hijos del causante, instituidos herederos, recurrieron en apelación argumentando que la viuda fue instituida legataria de cosa cierta y determinada, y no de parte alícuota, por lo que, a salvo la intangibilidad de la legítima, carecía de derecho a reclamarla además como heredera forzosa, y así había que interpretar el testamento otorgado, pues el testador se preocupa de que la viuda reciba sus legados aun cuando excedan del usufructo del tercio destinado a mejora, imputándolos al tercio de libre disposición, e instituyendo herederos universales en el remanente de sus bienes a sus hijos al objeto de que el negocio familiar quedara en la familia y ordenando la colación de bienes para dejar a salvo los legados en favor de la viuda.

La Audiencia estimó el recurso de apelación al considerar que el testador ordenó que la viuda le sucediera a título particular en bienes concretos y determinados y que, por tanto, abonada con los mismos su legítima, no procede considerarla, además, sucesora a título universal en el usufructo de la totalidad del tercio de mejora.

El razonamiento de la Audiencia se basó en las siguientes consideraciones: a) que se trata de un testamento autorizado por Notario y que de la prueba de interrogatorio practicada quedó acreditado que el causante no dejaba las

cuestiones patrimoniales al azar, por lo que era relevante que el testador distinguiera y contrapusiera la cualidad de legataria de su esposa (en concreto de cosa cierta y determinada) frente a los herederos universales con la que instituyó a sus hijos en el remanente de todos sus bienes y derechos; b) que de la atención a los actos mortis causa e inter vivos anteriores al otorgamiento del acto de última voluntad objeto de interpretación y a los inmediatos posteriores, resulta que la voluntad expresada por el testador de institución de su viuda en sucesora exclusivamente de cosa cierta y determinada, se manifiesta con un una claridad meridiana.

Este razonamiento de la Audiencia no es arbitrario ni ilógico, concluye la Sala de lo Civil, pues no resulta del testamento que el testador quisiera que la viuda recibiera más bienes de los que le lega. El testador, de una parte, lega a su esposa el usufructo sobre unos inmuebles, legado que considera suficiente para pagar la legítima, y de ahí que prevea que si excede de tal cuota se impute al tercio de libre disposición, al que además imputa el legado de plazos fijos, cuentas, acciones y valores que también lega a su esposa. Por ello mismo, si finalmente lo adjudicado para pagar la legítima no resulta suficiente para cubrirla, los demás bienes atribuidos a la viuda deben ser asignados a esa cuota, de modo que si de esta forma se cubre la legítima de la viuda no ha lugar a su complemento. Por ello, se desestima el recurso de casación.

CONTESTACIÓN

AL DISCURSO DE INGRESO DEL EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ

POR EL EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

Excmo. Sr. Presidente, queridos miembros de esta Corporación, señoras y señores.

Acogemos hoy con gran satisfacción al nuevo Académico de Número Excmo. Sr. Don José Antonio Cobacho Gómez, que nos trae como tema de su Discurso de Ingreso "La evolución legislativa y jurisprudencial sobre la capacidad de testar. Notas sobre la interpretación del testamento".

El nuevo Académico nació el 30 de abril de 1954, se licenció en Derecho por la Universidad de Murcia en 1976 y obtuvo el doctorado por la misma Universidad con la calificación de sobresaliente "cum laude" el 7 de marzo de 1980. Inició su labor docente en la Facultad de Derecho de esta Universidad en el mismo año 1976, y es Catedrático de Derecho Civil desde el año 1989.

Ha desempeñado diversos cargos académicos en dicha Universidad, de la que ha sido Secretario General, Vicerrector de Desarrollo Legislativo y Planificación, Director de la Escuela Universitaria Adscrita de Relaciones Laborales de Cartagena, Decano de la Facultad de Derecho, Rector desde 2006 a 2014 y Director del Departamento de Derecho Civil desde 2018 hasta final de marzo del presente año.

También, fuera de la Universidad, ha desempeñado, entre otros cargos, el de Presidente de la Comisión de Secretarios Generales de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, Vicepresidente del Consejo de Universidades de España, Vocal de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Murcia, miembro del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, miembro del Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad. Actualmente, y desde 2018, preside el Consejo Económico y Social y desde hoy va a ser Académico de número de esta Corporación.

Ha sido director o codirector de varias tesis doctorales y son muy numerosas sus publicaciones sobre cuestiones propias del Derecho Civil cuya mención sería excesivamente larga, pudiéndose destacar su especial atención a los arrendamientos rústicos, obligación de alimentos y técnicas de reproducción asistida.

Nos trae hoy el Profesor Cobacho un tema clásico en el Derecho de Sucesiones, no sólo con la finalidad de cumplir una exigencia estatutaria para el ingreso en esta Corporación, sino para dejarnos también constancia de la realidad de un problema cotidiano que afecta a los ciudadanos en sus más directos intereses personales y familiares, pues afecta a la expresión de sus últimas voluntades, capacidad para hacer testamento e interpretación del mismo. Se trata de una problemática que afecta singularmente a profesores, abogados, fiscales, jueces y, muy especialmente, a los notarios, a quienes se confía una función de singular importancia a la hora de valorar la aptitud y capacidad del testador. La mayor especialidad está sin duda en el hecho de que se trata de un negocio jurídico llamado a producir sus efectos cuando quien dispuso ya no nos puede decir cuál era su verdadera voluntad. De ahí también la necesidad de que la función notarial se extienda a procurar que la redacción del testamento abierto refleje del modo más claro posible esa voluntad; y que dicha redacción combine las necesidades técnico-jurídicas con el respeto a las propias palabras empleadas por el testador.

Examina el discurso que acabamos de escuchar la regulación en el Derecho Común de la capacidad de testar - con referencia también a los Derechos Forales- desde la promulgación de nuestro Código Civil hasta su más reciente modificación operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Hablamos de la capacidad genérica para ejercer la facultad de testar, sin perjuicio de que -como es sabido- al ser varias las clases de testamento admitidas en nuestro derecho sean también variadas las condiciones de capacidad que se requieren en cada caso.

El problema nuclear que se nos plantea es el de qué influencia puede y debe tener en cuanto a la posibilidad de otorgar testamento válido el estado mental del causante en el momento de dicho otorgamiento.

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, nos dice en su Preámbulo lo que sigue: « *La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente*».

Sólo tras la lectura del artículo 1 de la propia Convención es posible entender lo que aparentemente constituye una "contradictio in terminis": en concreto la afirmación del artículo 12 en el sentido de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Tal afirmación, aisladamente considerada, llevaría a pensar que se está refiriendo únicamente a la discapacidad física que, en absoluto como es lógico, puede afectar a la capacidad jurídica, pero no alude a la discapacidad que afecta al entendimiento y a la voluntad; en definitiva, la que atañe a la toma consciente de decisiones. Lo que en realidad parece perseguir la Convención es superar en lo posible las barreras de toda índole que puedan impedir a cualquier persona la expresión de una voluntad libremente formada, con conocimiento de lo que hace en su esfera personal y patrimonial. Si observamos la Convención, comprobamos que -pese a aludir de modo específico a prácticamente todas las actividades comunes de la vida

como son el ejercicio de derechos políticos y de acceso al deporte etc.- en ningún momento se refiere a los actos de trascendencia patrimonial y ni siquiera a aquellos de carácter personal que requieran un mínimo de facultades volitivas como es el hecho de contraer matrimonio. Por ello cabe decir que nos encontramos hoy ante una nueva regulación que, si bien responde al loable fin de igualar en lo posible a todos, no soluciona los problemas prácticos de una forma esencialmente distinta a la ya existente, en que las declaraciones judiciales sobre defectos de capacidad graduaban los efectos de la discapacidad que se declaraba sobre la base del principio de la menor intervención.

Los jueces y fiscales no se han dedicado nunca a privar caprichosamente de derechos a las personas con discapacidad excluyéndolas de la posibilidad de realización de determinados actos o negocios jurídicos. Por el contrario siempre se ha procurado actuar conforme a la ley partiendo de que toda persona está dotada de plena capacidad salvo que la realidad nos demuestre lo contrario; fijando, eso sí, en sus resoluciones lo que pedía el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción: la extensión y límites de la incapacitación -cuando resultaba necesaria- y el régimen de tutela o guarda que debía ser aplicado. Igual sucederá ahora pese a que la actual redacción del artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dentro de la regulación del proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y bajo el epígrafe "Sentencia", se limite a decir -leo textualmente- lo que sigue: «*Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables*» o, lo que es lo mismo, el nuevo artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la sentencia deberá ser "conforme a derecho".

En el discurso que acaba de ser pronunciado por el nuevo académico se nos traen con detalle diversas opiniones de los autores que se han ocupado del tema de la capacidad para testar, referidas tanto a las consecuencias de la aplicación de la normativa anterior como las que ha de producir la hoy vigente tras las modificaciones operadas por la Ley 8/2021; lo que sin duda enriquece

el conocimiento de la cuestión y, sobre todo, nos facilita el conocimiento de las diferentes opiniones doctrinales que, una vez consideradas, deben llevar al estudioso del derecho a pensar sobre ellas y a extraer sus propias conclusiones.

Me parece importante descender ahora otra vez al detalle y preguntarnos qué ocurrirá con el testamento de las personas que puedan estar afectadas de algún tipo de discapacidad mental, estén o no dotadas judicialmente de los apoyos oportunos. No cabe duda de que quien padece sordomudez o cualquier otra limitación de carácter puramente físico no necesitará de un previo pronunciamiento judicial para poder acudir ante notario y otorgar testamento con un intérprete, aunque siempre quedará a salvo la función del notario que habrá de estimar que, con su intervención, queda garantizado el respeto a la voluntad del otorgante; sin perjuicio de que lógicamente, si éste sabe leer, podrá acceder al texto redactado.

El problema que en este momento ha de concentrar nuestra atención es el de quien sufre algún tipo de incapacidad que, en mayor o menor grado, dificulta la formación de su voluntad porque no comprenda -o solo lo pueda hacer muy limitadamente- cuál es el alcance de su disposición testamentaria.

El artículo 249 del Código Civil, en su nueva redacción, establece en su párrafo tercero lo que sigue: «*En casos excepcionales , cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad , deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración , con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*».

Si nos preguntamos sobre la posibilidad de otorgar testamento la persona que está sujeta a medidas de apoyo representativas haciéndolo mediante su representante, parece que tal posibilidad ha de ser descartada. El testamento es un acto estrictamente personal sin que pueda ser dejada su formulación, en

todo o en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario (artículo 670 del Código Civil). Lo anterior debe prevalecer sobre el contenido del nuevo artículo 753 que viene a crear cierta confusión cuando dice que «*tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador representativo del testador*», puesto que si existe representación es porque no se puede conocer la voluntad del representado y en ese caso no puede testar según lo dispuesto en el artículo 663-2º.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública núm. 6436/2021, de 25 de febrero, que ya alude a la reforma inminente de la Leyv 8/2021, dice: «*No puede olvidarse que el testamento es un acto personalísimo; el acto personalísimo por excelencia , pues aun en los supuestos de incapacidad total y posibilidad de otorgarlo en un intervalo de razón o lúcido (con las añadidas garantías y formalidades que el derecho prevé en este caso), no deja de ser tal, ya que es el testador quien dispone. Y dispone él; no él con el consentimiento o autorización complementaria de otro, pues en modo alguno tiene ese sentido, ni alcance, el juicio favorable de capacidad que puedan emitir dos facultativos (cuando se exija, o se estime conveniente, cosa ésta última ciertamente bien distinta). Y lo que no es posible en modo alguno es que una persona teste con la asistencia y consentimiento o complemento de capacidad de otra (el curador en este caso).*»

Cuando el apoyo establecido lo es para la propia exteriorización de la voluntad previa y libremente formada, no existe problema alguno pues cualquier ayuda que el Notario considere conveniente para la manifestación de voluntad podrá ser prestada, lógicamente con constancia de ello en la escritura.

Pero en otro caso, cuando la necesidad de apoyo se orienta a la propia formación de la voluntad, corresponderá exclusivamente al Notario la prestación de la asistencia necesaria a efectos de hacer comprender a quien otorga el testamento el alcance de sus disposiciones para que pueda decidir libremente sobre ellas, siempre que el fedatario considere que existe una comprensión suficiente por su parte; ya que, en caso contrario, deberá negarse a autorizar el testamento.

El texto del artículo 665 del Código Civil parece referirse a los supuestos de un posible defecto de capacidad volitiva no declarada judicialmente. Nos dice 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 apoyándose en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*». Obsérvese que este artículo parte de que el testamento se otorga obviamente sin la presencia de terceros interesados que, por otro lado, quedarían enterados indebidamente de la disposición testamentaria.

En los casos en que exista sentencia que declare la discapacidad con mayor o menor alcance, habremos de estar a lo dispuesto en el artículo 269 del Código Civil según el cual la autoridad judicial determinará los casos en que la persona "requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica", sin que en ningún caso la resolución judicial pueda incluir la "privación de derechos". Si la sentencia se refiere a cualquier acto de contenido patrimonial como necesitado de apoyo por el curador, parece que no podrá autorizarse el testamento al tratarse de un acto personalísimo sin que eso comporte privación de derecho alguno. Será la jurisprudencia la que deba decidir esta cuestión, que el legislador ha obviado. Lo que desde luego no debe admitirse es que la capacidad para testar, tras la sentencia judicial que hubiera resuelto sobre la capacidad para realizar actos que tengan una especial trascendencia patrimonial, quede a la apreciación del Notario sin consideración a la resolución judicial y sin necesidad siquiera de recabar informes médicos.

Mucho más pacífica resulta la cuestión referida a la interpretación de los testamentos que, como tal negocio jurídico, ha de seguir las normas de la lógica y la razón en cuanto a averiguar la voluntad de quien lo otorgó. Aquí la función del Notario resulta esencial a efectos de evitar el empleo de expresiones ambiguas o ambivalentes que puedan dificultar una recta interpretación.

También nos regala este discurso referencias doctrinales del máximo interés y menciones jurisprudenciales en las que nuestro Tribunal Supremo suele acudir a los criterios de interpretación propios de los contratos en cuanto resulten aplicables. Curioso es el problema procesal que se suscita a propósito de las reflexiones del profesor Lasarte Álvarez respecto de la admisión de recursos de casación cuando lo que se plantea es una disconformidad del recurrente con la interpretación del testamento acogida por la Audiencia Provincial. Es sabido que la Sala Primera del Tribunal Supremo suele evitar entrar en los problemas de interpretación de los negocios jurídicos salvo que la sostenida se considere absurda, arbitraria o ilógica; pero si bien ello podrá aplicarse siempre a los supuestos en que se accede a casación por la cuantía del asunto cuando es superior a 600.000 euros, plantea serias dificultades cuando, por no ser así, se requiere la presencia de interés casacional. Difícilmente podrá dar lugar a formular una doctrina de carácter general la interpretación que deban merecer las concretas expresiones de un testamento, siempre que el problema interpretativo no sea susceptible de extenderse a otros casos como se requiere para la apreciación del interés casacional.

También para las cuestiones de interpretación se contiene en el discurso una exhaustiva mención y estudio de las sentencias más interesantes que el Tribunal Supremo ha dictado sobre la materia, poniendo de manifiesto una vez más el profundo conocimiento de la jurisprudencia de que hace gala el Profesor Cobacho como expresión de la relación de simbiosis que debe unir a la doctrina y a la jurisprudencia en cuanto se perfeccionan por el mutuo conocimiento: la doctrina, planteándose los supuestos prácticos y las decisiones de los tribunales para lograr siempre la mayor utilidad para la interpretación y aplicación de las normas; y los tribunales, aprovechando siempre la mejor doctrina para, aún sin citarla expresamente por razones obvias, poder fundar en derecho sus resoluciones del mejor modo y con la mejor técnica posible.

La lectura del discurso por el nuevo académico me ha suscitado estas reflexiones que acabo de exponer, las que he expresado con la satisfacción de poder hacerlo con ocasión de la incorporación a la Academia de un excelente

jurista; reflexiones que deben tenerse como muestra y símbolo del diálogo que desde hoy se establece entre el nuevo miembro de la Academia y los que ya integramos esta Corporación. Bienvenido sea a ella el Profesor José Antonio Cobacho, a quien acogemos con el deseo de un largo, feliz y fructífero trabajo en nuestra Real Academia.

Muchas gracias.


CM
FUNDACIÓN
CAJAMURCIA


Región de Murcia
Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía
Dirección General de Universidades e Investigación