

CAPACITAT PER ATORGAR TESTAMENT (ESTUDI ENTORN DE TRES SENTÈNCIES DEL TSJC)

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya el 24
de febrer de 2015

Per

Robert Follia i Camps

Notari. Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

I. INTRODUCCIÓ

L'estudi de quina és la capacitat necessària per atorgar testament, és de les més discutides des de temps i causa de múltiples Sentències, si bé moltes d'aquestes repeteixen la mateixa doctrina i difereixen més al aplicar-la a les circumstàncies del cas concret. La doctrina dels autors, també és abundant i es dedica a estudiar el grau de capacitat concreta i també qui tindria que comprovar-la. Les tres Sentències que comentem presenten, cada una d'elles, un punt especial, que fa que sigui interessant comentar-lo, especialment per ser del TSJC, i a la vegada, intentar establir, sens dogmatismes, una doctrina general que, al meu entendre marqui un criteris pràctics i orientadors.

II. LA SENTÈNCIA 32/2006 DE 4 DE SEPTEMBRE ¹

Ponent: Antoni Bruguera i Manté

a) El fet

La senyora Raquel, d'edat propera als 90 anys va atorgar testament obert, davant Notari, sens intervenció de cap facultatiu ni testimoni. Es va al·legar falta de capacitat amb un informe mèdic en que es sostenia “*que patia una demència senil de tipus Alzheimer en un estat sever o molt sever amb una afectació a les capacitats volitives e intel·lectives que l'impedien conèixer l'abast dels seus actes*”; però la contestació a la demanda va aportar una altra prova pericial mèdica, la qual sostenia que “*de la documentació que s'havia aportat no ni havia base ni tan sols per entendre que patia una demència i que, en el supòsit afirmatiu, no es podia deduir que fos suficient greu com per incapacitar-la, tot i admetent que seria molt possible que per la edat de la causant (88 anys) tingués un deteriorament cognoscitiu*”.²

b) Les Sentències del Jutjat i de la Audiència

En primera Instància es va desestimar la demanda, condemnant en costes al demandant.

La Audiència va revocar la condemna en costes però va mantenir la validesa del testament. Però és interessant recollir els arguments d'aquesta, ja que els fa seus el TSJC.

¹ *RJC, Jurisprudencia.*- 2007. T. V, p. 1559 i sg.

² Copiem de la Sentència del TSJC, *RJC* p. 1561.

Quant a la argumentació, la Audiència, en primer lloc al·lega la discrepància dels dos informes mèdics i la falta de dades objectives, fent constar que hauria estat interessant que s'hagués comptat amb testimoniatges dels facultatius o infermeres que l'havien atesa, però que aquesta prova no havia estat sol·licitada per la part demandat a qui pertocava provar la manca de “*capacitat natural*”. I a més, afirma que el Notari va explicar com va arribar al convenciment de que tenia capacitat i que abans del atorgament del testament va parlar amb la testadora.

Però el més important es que, com recull, també la Sentència del TSJC³, “*la Audiència també assenyala que, lluny del maximalisme de l'escrit de apel·lació que semblava sostenir que la capacitat existeix o no existeix en termes absoluts sense zones intermitges, no es podia perdre de vista que no és el mateix la capacitat mental necessària per realitzar un negoci jurídic complex (com per exemple un testament plegat de llegats, de substitucions fideïcomissàries, nomenament de marmessors, fideïcomisos de residu, etc.) que limitar-se a manifestar que la voluntat del testador és que el seu patrimoni passi a una determinada persona després de la seva mort; i que a la simplicitat en aquest de la institució d'hereu, s'hi adjuntava que el cabdal relicte semblava que no era altre que la casa on vivia la difunta en companyia de la impugnant i de la família d'aquesta. La Sala Provincial aclareix que no pretenia afirmar de manera categòrica que la causant tingues intactes i plenament conservades les seves facultats mentals, ja que només la sola edat, pròxima als 90 anys, faria que això seria quasi sorprenent, i addueix que tot i acceptat un deteriorament de les seves facultats intel·lectives, en cap cas s'obtenia un convenciment ple de l'absència de capacitat, mentre que la nul·litat d'un testament per aquesta causa requereix no únicament sospites o conjectures, sinó una prova plena i acabada de l'absència de capacitat (...)*”.

c) La Sentència del TSJC

Contra la Sentència de la Audiència es va interposar el recurs extraordinari per infracció processal i per cas de desestimació, el de cassació.

El TSJC estudia, com es lògic, primer el recurs per infracció processal, en la que també s'al·legava que la identitat de la testadora s'havia realitzat amb un passaport caducat, argumentació que refusa, declarant que no es pot convertir el recurs en una tercera instància, fent un nou examen i valoració de totes les proves, i recull plenament la argumentació de la Audiència quant a la capacitat de la testadora. I respecte a aquest punt desestima el recurs extraordinari per infracció processal. I quant al propi recurs de cassació, el desestima també amb aquest breu paràgraf: “*Però declarat per la Audiència no demostrada la pretesa manca de capacitat per a testar de la senyora Raquel, i fracassat el recurs extraordinari per infracció processal interposat, esdevé palès que aquest darrer motiu de cassació fa supòsit de la qüestió i s'ha de desestimar i amb ell, tot el recurs de cassació*”.

d) Comentari

Estem completament d'acord amb la Sentència, i volem destacar:

³ RJC, 2007, T.V., p. 218.

- En primer lloc, la declaració de la presumpció de capacitat i del “*favor testamenti*”, així com el respecte a la apreciació pel notari de la capacitat de la testadora; i
- En segon lloc, que fixa l’atenció, no en la capacitat general per atorgar testament, sinó en la capacitat requerida per atorgar un testament en concret, seguint la pauta del Reglament Notarial que refereix la capacitat al “*acto o contrato a que la escritura se refiere*”⁴. I és cert no es precisa la mateixa capacitat per qualsevol tipus de testament com molt bé assenyala la Audiència, si bé cal recordar que el testament més simple o senzill pot derogar-ne un altre molt més complex fet amb major capacitat. Per això el notari té que tenir molta cura per donar-se compte si té capacitat per veure si allò que manifesta, encara que sigui molt senzill, és el que vol realment, però sens preocupar-se del que havia fet anteriorment. Tornarem després sobre aquest punt, al estudiar més amplament la capacitat necessària per a testar.

III. LA SENTÈNCIA 30/2007, DE 27 DE SETEMBRE ⁵

Ponent: Núria Bassols Muntada

a) El fet

La senyora Asunción, va atorgar testament davant notari, sense intervenció de cap facultatiu, fent hereus a les persones que la cuidaven. Abans havia fet altre testament a favor de parents seus. Morí dos mesos i escaig després d’aquest darrer testament. Es va interposar demanda de nul·litat per manca de capacitat de la testadora i captació de voluntat.

b) Les Sentències del Jutjat i de la Audiència

El Jutjat de 1^a Instància va estimar la demanda (a la que acompanyaven dos informes mèdics de facultatius que no havien visitat mai la finada), i va declarar la nul·litat del testament. Els demandats van recórrer al·legant que els dos facultatius no havien visitat a la testadora, i que de l’examen dels antecedents de l’hospital on va traspasar es podia afirmar que aquesta no mancava de capacitat per atorgar testament. A més s’al·legava la presumpció *iuris tantum*, de capacitat i la intervenció de fedatari públic

La Audiència, en canvi, arribà a una conclusió totalment diferent del Jutjat de 1^a Instància i revocà la sentència, donant per vàlid el testament. Es basava amb un estudi pormenoritzat de la prova i de les manifestacions emeses en segona instància del Notari que manifestà que havia anat dues vegades a l’hospital i que sempre havia vist capaç a la testadora i que el seu oficial coincidia amb la seva opinió.

Contra aquesta Sentència s’interposà recurs extraordinari per infracció processal i recurs de cassació.

⁴ R.N. Art. 156 “*La comparecencia de la escritura indicará (...) 8º La afirmación de que los otorgantes a juicio del Notario tienen capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera (...)*”.

⁵ *RJC Jurisprudencia*.-2008.- T.V. p. 1528 i sg.

c) La Sentència del TSJC

El TSJC estima els dos recursos.

En la desestimació del recurs per infracció processal es recull abundant jurisprudència sobre el valor de la afirmació de capacitat pel notari, que estima sols *iuris tantum*, però enèrgica i que es pot destruir mitjançant “*enèrgica prova en contrari*”.

Però fa especial esment a que “*les conclusions valoratives efectuades ja en primera, ja en segona instància tenen que ser respectades a menys que apareguin com a totalment irraonables, insostenibles, arbitràries, il·lògiques, disparatades o absurdes*”. I després de estudiar-les afirma que “*les conclusions de la Audiència son òbviament contràries a la lògica i a la raó (...)*” (raonant el per què, que era fonamentalment l’historial clínic dels dos hospitals que l’atengueren) i per tant estima el motiu.

En quant al propi recurs de cassació:

- Parteix de la redacció de l’art. 116 del Codi de Successions (llavors aplicable) que establia: “*quan el testador té habitualment disminuïda la seva capacitat natural per qualsevol causa, estigui o no incapacitat, pot atorgar testament notarial obert en interval lúcid si dos facultatius acceptats pel Notari certifiquen que el testador té, en el moment de testar, prou lucidesa i capacitat per fer-ho (...)*”. Aquest precepte, tot i la seva redacció poc clara, fou interpretat majoritàriament com que la intervenció dels facultatius sols feia falta si hi havia declaració judicial d’incapacitat. Però no estudiem ara la interpretació d’aquest article, sinó dels raonaments de la sentència.
- S’ha de reconèixer que porta un estudi molt complert de jurisprudència. Per una part trobem una argumentació totalment correcte, encara que una mica dogmàtica, quant diu “*Doctrina autoritzada ha dit que per testar o, per tal de tenir capacitat de testamentifacció activa, és necessari capacitat per entendre i voler lliurement les disposicions que s’ordenen (...), no essent suficient un ombrat de coneixement (...)*”. Però el problema apareix quant continua: “*Al fil de l’exposat, és també doctrina reconeguda la que per disposar mortis causa es necessari un major grau de consciència que per a la realització de negocis jurídics inter vivos, doncs aquesta circumstància es fa patent d’una simple lectura i comparació dels articles 663.2 i 1.263 del Codi Civil*”.
- I després de declarar que en aquest cas feia falta la intervenció dels dos facultatius del art. 116, fa aquesta declaració (al nostre judici innecessària): “*de manera que la fe pública notarial i el principi favor testamenti, no justifiquen que els Notaris, en supòsits que habitualment estan mancats de cabal judici, amb un simple examen del testador y una sèrie de preguntes més o menys rutinàries, obviïn la intervenció del experts i autoritzin testaments, sobre els quals sempre planejarà el dubte de si realment contenen la lliure expressió d’una voluntat volguda, conseqüència de raons humanament comprensibles i lògiques, màxim quant el Notari no coneixia el testador amb anterioritat a emetre les seves darreres voluntats*”.

d) Comentari

Res a dir al recurs per infracció processal. Ni tampoc a la interpretació que sembla fer de l' art. 116 del Codi de Successions, encara que no la compartim (la Sentència parteix de la base que estava en una mena de incapacitat continua i que era quasi impossible que tingués en el moment del testament un interval lúcid). Però sí a la referència que fa dels arts. 665.2 i 1.263 del Codi Civil, dels que no es dedueix el que la Sentència diu, i a la afirmació que segons doctrina reconeguda és necessari un major grau de consciència per disposar *mortis causa* que per la realització de negocis jurídics *intervivos*.

Sens perjudici de tornar-ne a parlar més endavant, ens limitarem aquí a reproduir el que deia un autor tan moderat en la seva doctrina que es quasi una *communis opinio*, com CASTAN TOBEÑAS, a més llavors ja Magistrat del Tribunal Suprem. Així ja en 1944⁶, sota la rúbrica *Particularidades que ofrece la teoría de la capacidad de testar en relación con la de otros actos jurídicos* afirmava: “2º Por lo general, las leyes establecen menores exigencias para la testamentifacción que para los actos inter vivos, a causa de que estos últimos, por producir efectos inmediatos e irrevocables, pueden acarrear graves e irremediables perjuicios, mientras que el testamento, acto esencialmente revocable y destinado a no tener efecto sino después de la muerte de su autor, mira más que nada a apagar los sentimientos de afecto y gratitud del disponente (Losana)”. Aquest paràgraf es reproduïx literalment, en la següent edició de 1973, ja revisada per altres autors,⁷ sens afegit cap comentari.

Tornarem després a citar més doctrina. L'afirmació de que dels articles 663.2º y 1.263 del Codi Civil es desprèn aquesta necessitat de major capacitat, l'hem trobada en la edició dels col·laboradors de l'obra de LACRUZ BERDEJO, concretament LUNA SERRANO⁸ que afirma “como apunta OSSORIO MORALES con acierto, el mayor grado de conciencia exigible para disponer mortis causa frente al requerido para actos inter vivos resulta de comparar el artículo 663-2º con el 1.263-2º. En el 663-2º al tipificar la incapacidad natural para testar fundada en falta de discernimiento, el legislador emplea una expresión más amplia que la que utiliza al referirse a la incapacidad para contratar, pues mientras ésta sólo afecta a “los locos y dementes” (art. 1.263-2º) este impide para disponer mortis causa cualquiera que no se halle en su cabal juicio, lo cual abarca a muchos más supuestos”.

“Este defecto de juicio íntegro, según el art. 663, incapacita al sujeto para otorgar testamento, tanto si es habitual como si es accidental, de donde resulta claro no ser necesario que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad. Bastará, según esto, para que el sujeto no pueda testar, que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno psicológico transitorio lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio”.

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ.- *Derecho Civil español, común y foral*.- 6ª edición.- T. Cuarto.- Derecho de familia.- Derecho de sucesiones.- Madrid 1944.- Instituto Editorial Reus.- p. 262.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ.- ob. citada. T. Sexto.- *Derecho de sucesiones*.- Séptima edición.- Revisada y puesta al día por José BATISTA MONTERO-RIOS y José Mª CASTAN VÁZQUEZ.- REUS, S.A. Madrid 1973.- p. 29.

⁸ LUNA SERRANO, AGUSTÍN.- En *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones* – (varios autores) Barcelona 1993.- JOSÉ MARIA BOSCH EDITOR, S.A., p. 175.

Estem d'acord amb aquestes afirmacions, però no de la principal, l'afirmació “de la exigència de mayor grado de consciencia para disponer *mortis causa* frente al requerido para los actos *intervivos*”, ja que això no apareix en OSSORIO MORALES⁹ que simplement assenyala que el Codi Civil empra al referir-se a la incapacitat natural per a testar una expressió més ampla que al referir-se a la incapacitat per contractar, ja que aquí exclou a “*locos i dementes*” i en quant al testament basta “*con que el otorgante no se halle en su cabal juicio, aunque no esté loco, como casos de embriaguez, estado hipnótico, etc.*” O sigui, que es tracta d'una extensió de casos de incapacitat (que jo entenc que estan inclosos en els supòsits d'anul·labilitat dels contractes), però enlloc parla d'exigència de major consciència. En el mateix sentit i citant OSSORIO MORALES s'expressava LACRUZ BERDEJO¹⁰. I ha estat LUNA SERRANO el que ha ampliat dient “*como apunta OSSORIO MORALES con acierto, el mayor grado de consciencia exigible para disponer mortis causa al requerido para actos intervivos resulta de comparar (...)*”. Com acabo de dir, entenc que OSSORIO ho tracta com una extensió, en tot cas, no com una qualificació i igualment LACRUZ BERDEJO. Més endavant veurem que tant la opinió de OSSORIO MORALES, com la de LACRUZ al parlar de la capacitat de testar a patir dels 14 anys tenen, més aviat una opinió contrària, la de que fa falta menys capacitat per fer testament que no per fer contractes, i en tot cas podem dir que en el nostre Dret no figura la frase “*no hallarse en su cabal juicio*”, sinó que l'article 421-4 declara incapaços per a testar “*Els qui no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament*”.

Tampoc estem d'acord en les manifestacions de la Sentència que de forma genèrica afirmen la simplicitat i poca exigència del examen que sobre la capacitat del testador fa el notari, en contradicció amb la doctrina general de la majoria de les sentències que senyalen que la afirmació del notari sobre la capacitat gaudeix d'una forta presumpció de veracitat. I la mateixa Sentència ho reconeix al reproduir la de 4 de febrer de 2002 que afirma: “*Esta misma Sala ha tenido ocasión de afirmar, en su sentencia de 21 de junio de 1990, que la aseveración notarial respecto a capacidad del otorgante, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción -iuris tantum- de aptitud, sólo destruible por una evidente prueba en contrario*”.

IV. LA SENTÈNCIA 64/2011, DE 17 D'OCTUBRE¹¹

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

a) El Fet

La senyora Rosario que havia fet un testament el 21 de maig de 1998, en fa un altre el 27 de març de 2007. Tenia 96 anys en aquell moment. No podia firmar i van intervenir per això dos testimonis. No hi va haver intervenció de facultatiu. Però en el transcurs del plet es varen presentar dos informes. Un el metge de capçalera que visitava periòdicament a la testadora des de 1975, encara que no estava present el dia del atorgament i en el que després de varies explicacions acaba afirmant: “*Per tot això puc afirmar amb rotunditat*

⁹ OSSORIO MORALES, JUAN.- *Manual de Sucesión Testada*.- Madrid 1957, Instituto de Estudios Políticos.- p. 46.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/ SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS.- *Derecho de Sucesiones.- I. Parte General. Sucesión voluntaria*.- Barcelona 1971.- Librería Bosch, p. 336.

¹¹ R.J.C. 2012.- T.V., p. 1443 i sg.

que en data 27 de Març de 2007, la Sra. Rosario no tenia la més mínima capacitat suficient per emetre declaracions de voluntats sobre els seus bens”. I un altre dictamen de un tal Dr. Alexander, que era metge psiquiatra, que tampoc havia estat present en el moment del atorgament i que no va aportar documentació relativa al estat mental de la causant. Només es limitava a efectuar una crítica al informe emès per el Dr. Dario, posant en dubte la seva actuació ja que no va fer cap del tests usualment utilitzats per la quantificació i/o la detecció del deteriorament cognoscitiu, com el “*test mini-mental*” (min 40:50 VIDEO 2) i afirma que el metge de capçalera podia haver utilitzat “*otros fármacos muchos más modernos y de sobrada experiencia en pacientes mayores, mucho más limpios sobre los aspectos psicomotrices*”.

b) Les Sentències del Jutjat i de la Audiència

El Jutjat de 1^a Instància de Vic, va declarar la validesa del testament, basant-se amb la presumpció de capacitat que implicava el judici del Notari a més del informe del Dr. Alexander i d’unes declaracions dels testimonis. En canvi, l’Audiència va declarar la seva nul·litat, basant-se fonamentalment en el raonat dictamen del metge de capçalera i rebutjant la eficàcia del dictamen pericial del Dr. Alexander, ja que “*el perito informante no conoció ni pudo visitar a la paciente ni ha tenido acceso a su historia limitándose a hacer una crítica al informe emitido por el Dr. Dario en atención a la información facilitada por la ahora demandada*”, i critica les opinions sobre els fàrmacs, dient que “*constituye un comportamiento improcedente por parte de quien no tuvo oportunidad de visitar directamente a la paciente ni se ha entrevistado con los médicos que le atendieron*”.

c) La Sentència del TSJC

Contra la Sentència de la Audiència es va interposar recurs de cassació i extraordinari per infracció processal. Es van desestimar els dos, fent referència en ells al informe del Dr. Dario, front al del Dr. Alexander.

En el recurs per infracció processal, es reafirma la doctrina de que el recurs no es una tercera instancia, i que la revisió de les proves sols cap quant hi ha un “*error patente, es decir un error de hecho notorio o que pueda considerarse arbitrario o irracional, sin que le sea posible al tribunal de casación sustituir criterios valorativos del tribunal de instancia, simplemente dudosos, contingentes o susceptibles de ser discutidos*” afegint després que “*de otro lado, entra en la labor soberana del Tribunal de instancia el análisis y valoración de los informes periciales que se hubiesen realizado(STS 5-11-2009 o 23-3-2010) optando por unos u otros, así como la apreciación de las declaraciones testificales a las cuales puede otorgarse, también distinta credibilidad*”.

Però el més interessant d’aquestes consideracions, es que, després d’aquests raonaments, posa el seu èmfasis en donar valor al dictamen del metge de capçalera, que la visitava des de feia quatre anys i darrerament cada setmana i que havia comprovat el deteriorament física i cognoscitiu de la malalta que estava desorientada i a vegades no sabia qui era. Afirmant que “*frente a la rotundidad y claridad de su dictamen no resulta relevante que no aportase documentación específica, que viene suplida por su directo testimonio y por su razón de ciencia: la personal y regular asistencia médica que venía prestando a la testadora, ni cabe contraponer el criterio de otro facultativo, aunque se trate de un*

especialista en psiquiatría que, por no haber visitado nunca a la paciente, solo podía informar con criterios abstractos y de referencia”.

I en el propi recurs de cassació, torna a referir-se al dictamen del metge de capçalera dient *“lo que viene a afirmar es que, a través de las pruebas practicadas, singularmente del dictamen del médico de cabecera de la Sra. Rosario, se ha demostrado cumplidamente la falta de discernimiento de la causante en el momento de otorgar el testamento discutido, teniendo en cuenta que la capacidad necesaria es aquella que permite al sujeto entender la realidad y trascendencia del acto jurídico testamentario y expresarlo convenientemente”* (i fa referència també que no podia haver expressat bé la seva voluntat al Notari, ja que aquest va comparèixer amb el testament ja redactat).

I per acabar, després de citar abundant jurisprudència sobre el valor de la presumpció de capacitat derivada de la afirmació del Notari i de la seva destrucció, conclou afirmant que *“en la misma línea la STSJC nº 30/2007 de 27 de Septiembre, que cita la Audiencia, e incluso la STSJC nº 32 /2006 de 4-9-2006 o la 36/2003 de 16 de octubre, que ponen de relieve la importancia de la declaración de personal médico que hubiese atendido al causante en la última enfermedad”.*

d) Comentari

El que voldria ressaltar d'aquesta Sentència es que dona total prevalença a un dictamen raonat, sens pretensions científiques del metge de capçalera, que coneix de veritat a la persona, front al criteri tècnic i impersonal del metge especialista en psiquiatria, que situa, al meu parer, el que s'ha d'entendre per capacitat per testar, a que després farem referència més amplia, a un estat mental que en aquell moment tingui el testador de manera que es faci cabal del que està fent i que em portarà a afirmar que el Notari és la persona més adequada per jutjar-la, sempre que no sigui com el cas vist en que la seva actuació s'ha de considerar com a mínim imprudent (portava el testament ja redactat).

El TSJC ha tornar a ressaltar la importància de la opinió del metge de capçalera recordant que en la sentència de 17 d'octubre de 2011¹², que es la comentada s'afirma *“en estas circunstancias, es del todo razonable que se atienda, para acreditar el estado de salud física y mental de la testadora, precisamente al dictamen de su médico de cabecera como persona experta y testigo directo, aunque no fuera psiquiatra, o no hubiese estado presente en el instante del otorgamiento del testamento.”*

V. TRES FONAMENTAL DE LES TRES SENTENCIES

Creiem que aquestes tres sentencies marquen uns criteris molt clars, si bé no precisament d'acord, respecte al tema de la capacitat de *testimentifactio activa*.

- La primera parteix d'un sentit pràctic que atén al cas concret i demana una capacitat adequada per aquest cas, sens referir-se a una capacitat general.
- La segona, en canvi, és molt dogmàtica i tendeix a demanar sempre una plena capacitat, àdhuc superior a la per contractar i proposa una intervenció dels facultatius, a més del notari al menor dubte de capacitat.

¹² RJC. *Jurisprudencia.*- 2014.- T. III, p. 689 i sg.

- La tercera la destaquem per la vàlua que dona al dictamen del metge de capçalera, cosa que ja havien dit Sentències anteriors. Però que en aquesta li dona prevalença front al dictamen de l'especialista, poc raonat.

Ara intentaré, en base o com complement de tot això, donar primer una ullada a la capacitat jurídica i d'obrar per atorgar testament, a la connexió entre la edat per a testar i la presumpció de capacitat, a la seva apreciació, i finalment uns raonaments de caire fonamentalment pràctic, sobre aquesta capacitat per a testar, quina es la seva extensió i qui té que apreciar-la.

VI. CAPACITAT PER ATORGAR TESTAMENT (JURÍDICA I D'OBRAR)

La capacitat jurídica per atorgar testament és avui reconeguda en tots els Estats democràtics. No ha estat però, sempre així. El Dret Romà almenys en els seus principis la limitava al ciutadans romans. Com afirma IGLESIAS¹³ a Roma sols gaudeix de la *testamentifactio activa* el que té la plena capacitat jurídica i d'obrar. I per tant d'acord amb el primer requisit el testador té que ser lliure, ciutadà roma i *paterfamilias*, si bé té excepcions ja que l'esclau del Estat pot disposar de la meitat del seu peculi i també té excepcions el *filius familia*, encara que cap d'ells gaudeix de la plena capacitat jurídica testamentaria. També segons el mateix estan faltats de capacitat, si bé això va més cap a la capacitat d'obrar, l'impúber, el boig i en el Dret post clàssic l'apòstata, el maniqueu i l'heretge, si bé al meu entendre, aquestes darreres limitacions afecten plenament a la capacitat jurídica.

I en la Edat Mitjana hi havia també restriccions. Referint-nos los a *Las Partidas*. Les Lleis 13 a 17 del Títol primer de la Partida Sexta¹⁴ impedeixen fer testament al baró menor de 14 anys i la dona menor de 12, als faltats de coneixement, als pròdigs¹⁵, als condemnats a mort i als desterrats, als servents que no eren lliures, als condemnats per difamació, als heretges, i als religiosos¹⁶. I ens recorda ROCA FERRER¹⁷ que a Catalunya entre el Decret de Nova Planta y la publicació de la CDCC eren considerats incapaços de testar: Els impúbbers, els que tenien pertorbades les facultats mentals, els pròdigs -per entendre-ho així la jurisprudència basant-se en el Dret Romà-, els sordmuts de naixença, i els religiosos professos, si bé aquesta incapacitat desaparegué amb la publicació de l'edició reformada del Codi Civil de 24 de Juliol de 1889 (en la primera edició subsistia la incapacitat dels religiosos) aplicable a tota Espanya. Igualment es consideraven incapaços de testar als fills de família, mentre estigueren subjectes a la pàtria potestat, incapacitat que cessà amb la Llei de matrimoni Civil. El projecte d'apèndix de 1930 reduïa les incapacitats a no haver arribat a la pubertat i al no trobar-se en ple us de les seves facultats mentals. BORRELL¹⁸ encara exceptua de la testamentifacció activa al "*impúbbers, els declarats pròdigs per sentència ferma, els que no es poden expressar, els*

¹³ IGLESIAS, JUAN. *Derecho Romano*- Sexta edició.- Barcelona 1972- Ediciones ARIEL, p. 544 i sg.

¹⁴ *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX.*, con las variantes de más interés i con la glosa del Lic. Gregorio López. Barcelona 1843. T. III, p. 410 a 417.

¹⁵ *Otrosí el que fuere desmemoriado non puede fazer testamento, nin el desgastador de lo suyo, a quien ouiesse defendido el Juez que non enajenase sus bienes (ley 13)*

¹⁶ *Como, los que entraron en Religión non pueden fazer testamento (ley 17)*

¹⁷ ROCA FERRE, JAVIER.- *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Barcelona 1994.- BOSCH Casa Editorial.- T. I, p. 421.

¹⁸ BORRELL I SOLER, ANTONI M.- *Dret Civil vigent a Catalunya*.- Barcelona 1923, Volum V. p. 17.

boigs i tal volta els fills de família” i el Projecte de Compilació encara contemplava la incapacitat del pròdig, si bé matisada amb la exigència de que la sentència que el declarava com a tal l’hi prohibia testar.

Avui en dia la capacitat jurídica per testar, la *testamentifactio activa* esta reconeguda en el nostre Dret a tothom. Jo m’atreviria a dir que forma part dels drets fonamentals, com una expressió de la llibertat civil, que reconeix l’article 10 de la Constitució. I també la podem veure declarada en l’article 33.1 de la mateixa quant diu “*Se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia*”. I aquesta capacitat jurídica no té cap límit, ni pot ser limitada per Sentència. Per això l’article 40.6 de la Llei Concursal, diu clarament: “*El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia*”. I també per això m’agrada la rúbrica que encapçala l’article 421-1: *Llibertat de testar*.

La capacitat d’obrar, o sigui la capacitat concreta per atorgar un testament, té en el nostre país, dues restriccions, segons l’article 421-4 del Codi Civil de Catalunya: Tenir menys de 14 anys i no tenir capacitat natural en el moment de l’atorgament. Aquestes limitacions son veritables prohibicions i la seva infracció porta directament a la nul·litat del testament, quant en els contractes les limitacions a la capacitat d’obrar sols produeixen l’anul·labilitat. La raó d’aquesta diferència de tractament -expliquen els anotadors de la 2^o edició del ENNECERUS¹⁹- radica en que en els contractes la capacitat d’obrar està en funció de la repercussió enriquidora o de pèrdua que la seva eficàcia pugui tindre sobre el que el va celebrar, mentre que en el testament el efectes no recauen sobre el que l’atorga. La capacitat d’obrar està en funció del seu caràcter normatiu, contemplat com acte de la destinació de bens, i de si el testador té suficient aptitud per que sigui atès. Per això aquesta capacitat d’obrar s’eleva a la categoria de requisit de validesa.

També s’han de considerar limitacions a la capacitat d’obrar la norma especial del article 421-17 que exigeix la majoria d’edat per que es pugui atorgar testament hològraf, justificada per la falta d’assessorament del notari o las normes especials per les persones amb discapacitats sensorials (art. 421-8 CCDC).

VII. CAPACITAT I EDAT.- GRAU DE CAPACITAT

Encara que semblin dos causes diferents la prohibició de testar per no tenir els 14 anys i la per manca de capacitat natural, entenc que en realitat obeeixen al mateix. La presumpció de que en aquesta edat ja s’està capacitat per atorgar testament, per que ja es té capacitat natural per aquest tipus de negoci jurídic, capacitat que a partir d’aquell moment se li presumeix, i que lògicament pot perdre, i d’aquí la segona prohibició, manca d’aquesta capacitat, que s’ha de demostrar. I entenc, també, que es un error relacionar-la amb la que es demana pels negocis jurídics *intervivos*, ja que obeeixen a raons diferents. I la majoria d’autors reconeguts segueixen més o menys aquesta pauta. Faré un repàs de les seves

¹⁹ ENNECERUS, KIPP y WOLFF.- *Tratado de Derecho Civil.- Derecho de Sucesiones*, por THEODOR KIPP.- Traducción de la décimotercera edición.- Volumen Primero. Segunda edición, al cuidado de LUIS PUIG FERRIOL y FERNANDO BADOSA COLL.- Barcelona 1976.- BOSCH, Casa Editorial.- p. 194.

opinions, començant per les contraries a la meva tesis. Una ja antiga, la de MUCIUS SCAEVOLA²⁰ i una altra mes actual, la de FERNANDEZ HIERRO²¹.

El primer, si bé alaba el que s'hagi assenyalat una mateixa edat per l'home que per la dona, no es partidari de que es demani menys edat per fer testament que per contractar, ja que el contracte pot referir-se a qualsevol cosa i el testament inclou a tot el patrimoni. Afegeix que el Codi Civil és un dels que té senyalada la edat mes baixa per a testar, però els exemples que posa si bé estableixen major edat per a testar, aquesta es inferior a la general per a contractar.

Per la seva part FERÁNDEZ HIERRO afirma “*que no se ve una clara diferenciación entre el testamento y otros negocios jurídicos, y que por qué alguien que puede hacer testamento no puede concluir un contrato, por ejemplo*”. I rebutja l'afirmació de que es un acte personalíssim, ja que diu sempre queda la successió *ab intestato*. I si es que es tractava d'un testament molt complex que no resol la successió *ab intestato*, “*habría que pensar que la capacidad del testador debía ser, al menos, la equivalente a la necesaria para hacer otros negocios jurídicos, esto es, la mayoría de edad*”. No sé a que ve a compte això de la complexitat del testament. El que es tracta es senzillament que el menor que té 14 anys pugui dir coses concretes, com si fa hereu als pares, o a l'esposa, a un amic o si fa un llegat concret.

Farem ara una relació per ordre de dates, de diversos autors reconeguts, que expliquen i alguns justifiquen aquesta jove edat per testar. Avancem que en general es basen en aquests tres motius: Equiparació a la edat per contraure matrimoni, seguint la tradició romana, impossibilitat de fer el testament per representat i al fet de que mai en pot sortir perjudicat el testador, ja que a mes de ser revocable no té eficàcia fins després de la seva mort.

Però abans, vull afegir a aquestes tesis, dues més, menys radicals: La de ALBALADEJO²², que senzillament diu “*Aunque la verdad es que los catorce años son pocos años. Debería pedirse la mayoría de edad o quizás la emancipación, ya que ésta supone que se estima maduro antes de la edad normal de la mayoría, y el acto de testar es muy importante para dejarlo en manos de párvulos*”.

I la molt recent de ROMERO COLOMA²³ que ha dit “*Algunos autores han defendido la tesis de que por “cabal juicio” hay que entender un grado de conciencia mayor que el que debe postularse para otros actos y negocios jurídicos*”. Però ni ens cita els autors ni ella es pronuncia.

Anem ara cap a les teories i autors que estan en la línia de la meva tesi.

Comencem per *Las Partidas*. En la Partida 13 del Títol 1r de la Partida Sexta, ja abans mencionada, estableix que no poden fer testament l'home de menys de 14 anys i la dona

²⁰ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA.- *Código Civil*.- Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por MIGUEL MORENO MOCHOLI. Tomo XII, 2º edición. Madrid 1950. Instituto Editorial Reus.- p. 86-87.

²¹ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, Comares, S.L., Granada 2000, p. 32 a 38.

²² ALBALADEJO GARCIA, MANUEL.- En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por él mismo.- T. IX, Vol. 1ª. EDERSA 1990, p. 70.

²³ ROMERO COLOMA. AURELIA MARÍA.- *Capacidad e incapacidad para testar*.- En *Revista Jurídica del Notariado*. octubre-diciembre 2013, enero-marzo 2014, p. 433.

menor de 12, afegint que “*E esto es, porque los que son desta edad, non han entendimiento completo*” el que ve a dir que si la tenen gaudeixen d’aquest coneixement. Però hi ha més. El comentarista GREGORIO LOPEZ²⁴ no fa altre comentari que “*Si el impúber fuese capaz de dolo, podría el príncipe autorizarle para otorgar testamento*”. En altres paraules, la pubertat significa o presumeix coneixement, però aquest es pot tenir àdhuc abans.

Seguim amb el Dret Català històric. Ja sabem que regia el Dret Romà. L’any 1704 COMES publica el seu conegut *Viridarium artis Notariatus*, de la seva traducció al castellà l’any 1826.²⁵ extraïem aquests dos paràgrafs:

“No habiendo cosa más debida a los hombres que el que puedan manifestar como les parezca su postrímera voluntad, está permitido a todos el hacer testamento a excepción de aquellos (...) Está de consiguiente prohibido por derecho romano hacer testamento: (...) 2º. Al impúber, esto es, al menor de 14 años si es varón y de doce si es hembra, cuyos años no se computan de momento a momento por tratarse de materia favorable, sino que basta haber llegado a lo menos al último día. Se prohíbe al impúber por la razón de que los hombres en aquella edad no acostumbran a tener discreción, ni juicio, al de que en el testamento se requiere integridad de entendimiento y perfecta inteligencia”.

O sigui COMES veu com un dret fonamental el poder atorgar testament, i suposa que superada la pubertat ja es té íntegre enteniment i perfecta intel·ligència.

Continuem amb la legislació de l’Estat. El Projecte de 1851 fixava la majoria d’edat als “20 años cumplidos” (art. 324), mentre que per a atorgar testament l’article 600 declarava que “*pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que al hacerlo gocen de su cabal juicio*”. GARCIA GOYENA²⁶ que al tractar de la herència es manifesta totalment contrari a ella dient que “*un hombre no puede disponer para en tiempo en que deja de ser dueño de las cosas*” no troba cap obstacle en la fixació de la edat per atorgar testament, afirmant, en canvi “*la edad señalada para el acto más importante de la vida (el matrimonio) no podía menos de bastar para el que no puede tener influjo alguno en ella*” i cita al FUERO JUZGO que permetia testar al “*pupilo*” que hagués complert 10 anys i estigués malalt. Fa esment de les legislacions de varis Estats, sens comentar-les, i que el Codi Civil Francès en l’article 904 demana la edat de 16 anys i sols pot disposar de la meitat dels seus bens. La major part de les legislacions que cita senyalen edat inferior a la de “*mayoría*” per atorgar testament, i cap en demana edat superior.

Publicat ja el Codi Civil, aquest senyala per la majoria d’edat els “*21 años cumplidos*” i després d’afirmar que poden testar tots aquells a qui no es prohibeix expressament, declara incapaços per a testar “*los menores de catorce años de uno y otro sexo*” (art 663).

²⁴ *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX, ob. cit. p. 411.*

²⁵ *Tratado Teórico-práctico del Arte de Notaria*, Traducción libre de la obra que con el título de *Viridarium Artis Notariatus* escribió en latín. JOSÉ COMES. No consta l’autor de la traducció, si bé hi consta una rúbrica “*a los efectos derecho de propiedad*” i “*Barcelona, en la Imprenta de J. Mayol y Compañía. Año 1926*”- Consta de dos volums. La cita es del segon volum, p. 3 i 4.

²⁶ GARCIA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancia Motivos y Comentarios del Código Civil Español*.- Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza 1974.- p. 299 en lo relatiu a la herencia, i p. 323 en la capacitat per a atorgar testament.

MANRESA²⁷ comença senyalant que molts autors estan en contra de la diferencia d'edat per disposar *intervivos* i *mortis causa*, però cap senyala edat més alta per a testar, ans, en canvi moltes senyalen 18 o 15 anys. Ell afirma que el Codi Civil es manté fidel a la base quinzena que disposava que en matèria de successions, referint-se especialment a la capacitat per disposar i rebre per testament, es mantingués la legislació vigent. I per la seva part considera que en la testamentifacció activa *“no se trata de crear relaciones jurídicas recíprocas entre el heredero y el causante, sino de actos voluntarios que responden, más a los sentimientos del corazón y a los dictados de la conciencia, que a los consejos de reflexión, y, por lo tanto no teniendo que quedar obligado el testador por el ordenamiento de su última voluntad no es necesario que para ello tenga la capacidad y la edad necesarias para obligarse en virtud de contrato”*. Y també afirma després de les citades i altres reflexions *“Por eso todas las legislaciones han anticipado la testamentifacció activa a la mayoría de edad”*.

SANCHEZ ROMÁN²⁸, en el mateix sentit, senyala que s'hauria d'haver respectat la edat de 12 anys per que la dona pugues fer testament i referint-se a la possibilitat de que la dona mori a conseqüència del part, diu textualment que resulta *“no sólo incongruente, sino hasta impío, que aquella a quien la ley reconoció capacidad para ser legalmente madre, la prive del derecho y del consuelo de regular la sucesión testada del ser que llevó en sus entrañas, y cuyo alumbramiento le costó la vida”*.

Es manifesta totalment contra de les doctrines que entenen que el testament és una disposició de uns o de tots els bens, senyalant la diferència entre el contracte en el qual queda lligada la voluntat al dret del creditor, de manera irrevocable, front al testament que sols es eficaç després de la mort del testador i que a més el pot revocar sempre. I conclou els raonaments dient *“Si esto no lo acreditase la razón, lo demostrarían los hechos; cualquiera que sea el criterio de fijar mayores o menores tipos de edad para otorgar la testamentifacció activa, no han llegado, generalmente, a su identificación con la determinación de la capacidad contractual, a pesar de haber sido dictadas muchas de ellas bajo el influjo de esta preocupación, bastante extendida entre los juristas”*.

VALVERDE²⁹ es limita a dir que *“Tal vez sea escasa la edad para realizar un acto de tanta trascendencia como es el testamento, cuanto menos debió exigirse 18 años, que es la edad que al casado se le permite administrar”* i es remet a alguns Codis que demanen aquesta edat.

DE DIEGO³⁰ després d'assenyalar que pot semblar estrany que es demani menys capacitat per un acte tan complex com es el testament que s'estén a tot el patrimoni, que per un contracte que es refereix a coses particulars, senyala que amb tot *“es razonable porque el testador no se obliga con nadie al hacer testamento, que puede revocar cuando quiera y que empieza a surtir efectos a la muerte del testador a quien, por tanto, no puede perjudicar. Tampoco puede perjudicar a herederos forzosos y acreedores, porque la ley*

²⁷ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARIA.- *Comentarios al Código Civil Español*.- T. V. Segunda edición revisada por PASCUAL MARIN PEREZ, Madrid, 1951.- Instituto Editorial. Reus, p. 352 a 356.

²⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE.- *Estudios de Derecho Civil*.- Tomo VI, Vol. 1º.- Madrid 1910.- p. 208 a 211.

²⁹ VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO.- *Tratado de Derecho Civil Español*.- Tomo V.- 2ª edición.- Valladolid 1921, p. 60-61.

³⁰ DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE.- *Instituciones de Derecho Civil Español*.- Nueva edición revisada por Alfonso de COSSIO y Antonio GULLON, Tomo III.- Derecho de sucesiones. Madrid 1959, p. 35-36.

salva el derecho de unos y de los otros” Tot el contrari del contracte, com continua raonant.

I referint-nos a autors mes actuals. OSSORIO MORALES³¹ després de reconèixer que molts autos critiquen la poca edat exigida per a testar i que es inferior a la de varies legislacions i de la que fixa el mateix Codi Civil, per les disposicions *intervivos*, afegeix amb claredat: *“Esta diferencia suele justificarse no obstante con la observación de que mientras estos últimos producen efectos inmediatos y pueden ocasionar graves perjuicios a quien impremeditadamente los celebra, el testamento, en cambio, como acto mortis causa sólo produce efectos después de la muerte del otorgante cuando ya este no puede resultar perjudicado; a más de que el testamento es revocable en cualquier momento anterior a la muerte, quedando garantizado en todo caso el derechos de los parientes por la institución de la legítima, de la que no pueden ser privados por el testador”*. Es difícil trobar major claredat i contundència.

LACRUZ BERDEJO³² en sentit semblant afirma: *“Hay quien considera demasiado baja la edad exigida para testar, en contraste con la capacidad negocial general. Esta diferencia se justifica desde diversos puntos de vista: de una parte el testamento (no así la disposición mortis causa contractual) 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 o legitimarios que tienen sus derechos garantizados en diversos preceptos legales; tampoco arrebatada al menor la posibilidad de cambiar de opinión con juicio más maduro; finalmente que si el menor no otorga el testamento no puede otorgarlo nadie por él, ya que no sería admisible la concurrencia al acto, para aprobarlo, del representante legal, ni menos (salvo unos supuestos muy concretos) la sustitución del causante interesado por su representante legal en el otorgamiento”*.

Cal afegir que l'autor cita en reforçament dels seus arguments la opinió de BINDER pel qui no té sentit aplicar les limitacions a la *“capacidad negocial”*, ja que aquestes tendeixen a lliurar al menor de les conseqüències nocives dels seus actes, lo qual no es pot donar al actes de darrera voluntat. I per això l'argument no es vàlid pels contractes successoris.

I més recentment ROCA FERRER³³, enfrontant-se amb les tesis dels que es manifesten en contra de la baixa edat per a testar que exigeix el Codi Civil, i entre ells, com hem vist FERNANDEZ HIERRO, ens diu que totes les crítiques obliden *“algo tan fundamental como: si los ordenamientos limitan la capacidad de actuar de los menores de edad, lo hacen para evitar que estos, actuando impremeditadamente, se perjudiquen a sí mismos. Se trata en todo caso de limitaciones o prohibiciones tuitivas que se salvan mediante la atribución a padres o tutores de lo que la doctrina viene llamando potestades-función, cuyos titulares están obligados siempre en beneficio del menor o del pupilo. Ahora bien -añade- dadas las especiales características del acto de última voluntad, cuya eficacia está subordinada a la muerte del disponente, el testamento, por más desacertado que sea, nunca podrá perjudicar al testador, muerto por definición, al tiempo de su apertura. Podrá resultar injusto, disparatado o arbitrario, pero siempre serán otros, los*

³¹ OSSORIO MORALES, JUAN.- ob. cit. p. 44-45.

³² LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS / SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASIS, ob.cit. p. 335.

³³ ROCA FERRER, XAVIER, en *Título sucesorios (el testamento y la sucesión intestada). Parte primera. La sucesión testada en Instituciones de Derecho Privado.- Tomo V. SUCESIONES, Vol 2º. Madrid 2002, Consejo General del Notariado.- Thomson-Civitas, p. 44.*

sobrevivientes los que sufran sus consecuencias. De ahí que el ordenamiento lo permita a quienes prohíbe tomar dinero a préstamo (por miedo al usurero, no al prestatario)”.

Podem doncs afirmar que en general els autors troben encertada una edat per a testar mes baixa que per fer negoci jurídics, si bé alguns creuen deuria ser una mica mes alta, encara que inferior a la general per contractar. I que es basa en que la disposició testamentaria no por fer mai mal al que la fa, que a mes mentre viu podrà canviar, i que no té que respectar interessos aliens, que ja estan coberts per les lligítimes o protecció dels creditors. I que el testament, es acte personalíssim i normalment expressió de sentiments.

VIII. APRECIACIÓ DE LA CAPACITAT. A QUI CORRESPON.

Tradicionalment s'ha vinculat al notari autoritzant del testament. Que es sempre el que jutja la capacitat i la legalitat dels documents que autoritza. I en aquest sentit es pronuncien tan el Código Civil³⁴ como el Codi Civil de Catalunya³⁵, així com la Jurisprudència i dins aquesta, les Sentències comentades. Però hi una certa corrent doctrinal que recull la Sentència comentada de 27 de setembre de 2007 d'ampliar la necessitat de la intervenció de facultatius a més del supòsits d'incapacitat declarada, a qualsevol tipus de deficiència o àdhuc nomes pel fet d'una edat avançada del testador, devaluant el valor de la apreciació notarial. En aquest aspecte podem citar a LUNA SERRANO³⁶, que considera molt discutible la postura jurisprudencial sobre la apreciació de la capacitat del testador pel notari, i més recentment a ROMERO COLOMA³⁷ que en la darrera conclusió del seu article, abans citat, afirma *“Aunque el Fedatario sea la persona competente. según el Código Civil, para emitir un juicio sobre la valoración de la capacidad mental del testador. hay que tener en cuenta que no es una persona especializada en Psiquiatría y que, por tanto, muchos transtornos y alteraciones mentales le pueden pasar desapercibidos, por lo que abogo por la intervención de facultativos especializados en esta materia, como ayuda e instrumento inestimable para los Notarios, sin desmerecer en absoluto la intervención de estos en lo que respecta a la apreciación de la capacidad mental del testador”*. En el comentari a dita Sentència ja hem rebutat aquesta tesis, però tenim dues mes recents Sentències del mateix Tribunal Superior de Catalunya que abonen la doctrina de la atribució al Notari de la capacitat del testador per atorgar testament. Son la 25/2914 de 7 d'abril i la de 31/2104 de 8 de maig.

En al primera, (ponent José Francisco Valls Gombau) tracta d'un testament atorgat per una persona que estava sotmesa a un procés de incapacitat, i que atorga testament abans de dictar sentència. I que en la Sentència es declara nul per falta de capacitat. I tot i aixó dita Sentència declara: *“En el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, a pesar de que el testador se hallaba sometido a un proceso de incapacidad, aún no había sido incapacitado judicialmente, por lo cual, la presencia de los facultativos (conforme al art. 421-9 de CCcat., a salvo de que el Notario estimase su pertinencia) no era legalmente necesaria como requisito de forma, y su capacidad, al momento del otorgamiento, debía apreciarse por el Notario autorizante, si bien la misma como venimos declarando*

³⁴ *“También hara constar (el notario) que, a su juicio. Se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”* (art. 696, in fine)

³⁵ *El notari ha d'identificar al testador i n'ha d'apreciar la capacitat legal en la forma i mitjans que estableix la legislació notarial”* (art. 421-7)

³⁶ LUNA SERRANO, AGUSTIN, ob.cit.p. 176.

³⁷ ROMERO COLOMA. AURELIA MARIA, ob.cit. pgs 467-68

conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta, tiene un valor de presuncion iuris tantum que puede quedar desvirtuada pe una prueba en contrario, como ha sucedido en este supuesto”³⁸.

En la segona, (ponent Maria Eugènia Alegret Burgués) es tracta d'un supòsit en que la Sentència manté la capacitat del testadors (marit i muller) i defensa la no necessitat de facultatius, rebutjant les tesis de la edat del atorgant i la protecció a les persones amb dificultats per autogovernar-se, tot afirmen que *“Es obvio, además, que no pueden generalizarse los efectos que la edad o las enfermedades físicas invalidantes puedan ocasionar en la capacidad de discernimiento de cada persona ya que ello depende de muchas circunstancias”*.³⁹

I després de raonar sobre la necessitat de concretar més en el Reglament Notarial els mitjans o pautes per apreciar la capacitat del testador, conclou: *Por tal razón, la presencia de facultativos aceptados por el Notario resulta inexcusable en los casos de incapacidad declarada. Mientras que cuando se trata de personas que no han sido incapacitadas, los citados facultativos han de acudir sólo si el Notario lo considera pertinente, lo cual no elimina la posterior impugnación mediante una prueba que desvirtue la presunción iuris tantum de capacidad realizada por el notario*”.⁴⁰

Voldria fer especial esment a la referència expressa que fa a Sentència de 27 de Setembre de 2007,(que abans hem comentat mostrant el nostre desacord) i que al·legava el recurrent, afirmant que *“tampoco puede extraerse ningun cambio de criterio de la Sentencia 27-9-2007 en el sentido que apunta el recurrente -sería además una sola que no conformaría doctrina legal-cuando afirma..”*.⁴¹

IX.- PAUTES BÀSIQUES PER A DETERMINAR LA CAPACITAT PER A TESTAR

- a) La capacitat s'ha de tenir en el moment de l'atorgament (art 421-4 *in fine*) (art. 666 CC) però té que durar tot el temps de l'atorgament. No importa l'estat mental anterior ni posterior, encara que, en cas d'impugnació serviran com a prova. El nostre Codi no diu clarament com l'espanyol *“El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”* (art 664), però no fa cap falta. El T.S. va admetre com a vàlid un testament atorgat mentre s'iniciava el procés d'incapacitació (Sentència 25 Octubre 2001) També existeixen sentències que no veuen problema en el suïcidi tot seguit. I el testament nul per falta de capacitat, no recobra eficàcia, encara que després la recobri i pensi que no estava malament. El testament nul, no pot convertir-se en vàlid.
- b) La capacitat l'ha de tenir front al cas concret. És en aquest punt on trobem tot tipus de sentències. Però la guia ha d'esser respectar la llibertat del testador, i no buscar un testament just, sinó volgut. Ja que és normal que a certes edats la voluntat sigui guiada per afectes no sempre lícits i a vegades induïts. El Notari té que prescindir-ne. Serà en tot cas el jutge el qui dirà si hi ha hagut captació de voluntat determinant, perquè una certa captació de voluntat existeix moltes vegades. Ja em vist el que deia MANRESA fa anys: el testador es mou per afectes i simpaties, i el testador té que donar-se compte

³⁸ R.J.C. Jurisprudencia.- 2014, T. 5. p. 1367

³⁹ R.J.C. Jurisprudencia.- 2014. T. V, p.1373

⁴⁰ R.J.C.Jurisprudencia.- 2014. T. V. p.1374

⁴¹ R.J.C. Jurisprudencia.- 2014. T. V. p.1370

del que fa i de les seves conseqüències immediates. Si millora o deshereta un fill té que donar-se compte d'això, però no es necessari que es doni compte dels resultats posteriors. Si fa un fideïcomís, simplement té que saber que el fiduciari no podrà vendre, però no les demes conseqüències. O si, deixa la casa a que la cuida en els darrers moments, no fa falta que pensi que s'ha oblidat dels que l'han cuidat abans. Per això m'agrada la expressió *capacitat natural* del nostre Codi Civil, ja que vol dir simplement donar-se compte del que fa.

- c) Encara que no formi part de la capacitat, la voluntat no ha d'estar viciada, com acabem de dir. Però en tot cas no cal oblidar que sols té interès si va contra la verdadera voluntat del testador, no contra el interessos d'uns tercers, per legítims que siguin. I ha de ser clarament manifestada, el que no vol dir tècnicament. Sembla que seria nul un testament fet només a respostes de preguntes del Notari o d'altra persona "*al alterius interrogationem*". Hi caben tot tipus de preguntes, per aclarir millor la voluntat, però aquesta té que ser manifestada, de paraula o per escrit pel testador.
- d) La persona que té que apreciar en el moment de l'atorgament si el testador gaudeix de capacitat és el Notari. En aquest punt son clars tant el nostre Codi com el de l'Estat: "*El notari ha d'identificar al testador i n'ha d'apreciar la capacitat legal en la forma i mitjans que estableix la legislació notarial*" (art. 421-7), frase que reafirma l'autoritat del notari. Quant al Codi Civil "*también hará constar (el notario) que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*" (art. 696 *in fine*). Per altra part la Jurisprudència ha parlat de l'enèrgica presumpció, encara que *iuris tantum*, de l'afirmació de capacitat del testador pel notari, que sols pot destruir-se per una completa prova en contra.

S'ha de reconèixer, però com hem vist, que hi ha postures contraries. Que a la més mínima ombra de deficiència o només per una edat avançada. demanen intervenció de facultatiu. Jo crec, sincerament que no. I les citades Sentències de 7 d'abril i 8 de Maig abans citades, abonen aquesta tesi. El Notari si no oblidava una de les seves característiques fonamentals, **la prudència**, es la persona que acostumada a tractar aquests temes pot fer preguntes, no rutinàries, sinó atenent al cas concret per constatar la capacitat. Sobretot tenim en compte la primera Sentència comentada, la 32/2006 de 4 de setembre, que atén a la complexitat del testament i que demana només que sigui conscient del que fa. Per altra part, entenc que el Notari no té que acceptar els dictàmens administratius sobre incapacitació, però si tenir-los en compte. I en cas de dubte, sempre té el recurs que li dona l'article 421-9, que després de reafirmar la competència per apreciar la capacitat, afegeix "*I si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius*", el que és un signe del concepte que té el Codi del Notariat.

X.- CONCLUSIÓ

Sense pretensions dogmàtiques, creiem que podria dir-se que la capacitat per atorgar un testament determinat **és aquella que permet que el testador es doni compte del que està fent i de les seves conseqüències immediates. I pertoca al notari la seva apreciació.**
