

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE MARZO DE 2018 (146/2018)**

**Capacidad para testar de persona sometida a curatela:
contenido de la sentencia de modificación
de la capacidad de obrar
y alcance del artículo 665 del Código civil***

Comentario a cargo de:
CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valladolid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE MARZO DE 2018

Roj: STS 936/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:936

ID CENDOJ: 28079119912018100009

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: Se cuestiona la validez del testamento notarial abierto otorgado por persona con discapacidad intelectual sometida a curatela, quien, según la sentencia de modificación de la capacidad, precisa la asistencia del curador para concluir válidamente actos de naturaleza dispositiva. Se trata, por tanto, de dilucidar si la disposición mortis causa de los bienes quedaba incluida en la expresión genérica “actos de disposición” y, por tanto, excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al artículo 665 del Código civil. Concluye acertadamente la Sala que,

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2015-69120-R (MINECO-FEDER) *La nueva protección jurídica de las personas vulnerables*, del que soy investigadora principal.

cuando la sentencia de modificación de la capacidad de obrar exige la intervención del curador para los actos de disposición, *no puede interpretarse en el sentido de que priva de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el artículo 665 y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad de testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.*

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en la primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El contenido imperativo de la sentencia de modificación de la capacidad: la determinación de su extensión y la elección del órgano de protección. 5.2. Breve referencia a la inoportunidad de incluir tal pronunciamiento acerca de la capacidad de testar en la sentencia: crítica a la redacción del artículo 665 Cc. 5.3. El carácter especial de la capacidad para testar: las razones del Tribunal Supremo. 5.4. La valoración de la capacidad: juicio notarial y doble dictamen médico. 5.5. Testamento y Convención de Nueva York: las salvaguardas legales *ex* artículo. 12.4. 5.6. Conclusiones. **6. Bibliografía**

1. Resumen de los hechos

En el oportuno proceso judicial de modificación de la capacidad se apreció que D^aAmalia (testadora) padecía un retraso mental ligero *que no le impide desenvolverse con normalidad en las tareas cotidianas aunque sí necesita asesoramiento para llevar a cabo actos más complejos, por lo que se extiende la curatela a los actos dispositivos*; decisión adoptada en primera instancia (28 de Octubre de 1995) y confirmada por la Audiencia Provincial (17 de julio de 1996). Se impone, pues, la presencia del curador para concluir válidamente actos de disposición patrimonial. De la información que consta en autos se desprende que su contacto con la realidad es bueno, con una capacidad aceptable de enjuiciar problemas cotidianos, vive sola con plena autonomía y asesorada cuando lo necesita por su tío; hay asimismo constancia de actuaciones en el tráfico jurídico con plena autonomía, tales como la adquisición de un inmueble ante Notario (1978), que posteriormente arrienda y gestiona sin problema alguno, lo que revela capacidad de juicio suficiente. A pesar de ello, la sentencia la considera *totalmente incapaz para la disposición de sus bienes, debiéndose adoptar como régimen protector el de la curatela.*

D^aAmalia otorga un primer testamento el 29 de diciembre de 1993, coincidente con la promoción de su incapacidad por el Ministerio Fiscal, en el que manifiesta su voluntad de dejar sus bienes a su prima y a la hija de ésta, personas muy vinculadas a ella. Diagnosticada de un cáncer terminal, el 15 de octu-

bre de 2012, cuando ya preveía su fin (que se produjo 14 días más tarde), otorga nuevo testamento a favor de las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba y que son las mismas a las que beneficiaba en el primer testamento, su prima Raimunda y la hija de ésta (a la que instituye legataria). Consta asimismo la exteriorización de su deseo de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tiene relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ésta que son, precisamente, quienes ejercitan la acción de impugnación de la validez de sendos testamentos por falta de capacidad de la testadora al momento de su otorgamiento.

2. Solución dada en la primera instancia

El Juzgado n°1 de Villaviciosa estima la demanda presentada por los sobrinos de D^a Amalia y declara la nulidad de los testamentos otorgados por falta de capacidad de la causante ya fallecida. Se funda en una interpretación inusual de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación que impone la asistencia del curador para los actos de disposición, en los que el juzgado *a quo* incluye el testamento como acto de disposición *mortis causa* (art.667 Cc) frente a la interpretación del Notario autorizante que estima que la prohibición sólo se extiende a los actos dispositivos *inter vivos*. Se atiende a un informe psiquiátrico retrospectivo, recabado una vez fallecida la causante y que, a la vista de su discapacidad, sostiene la falta de capacidad médico-legal en el momento de otorgar ambos testamentos.

3. Solución dada en apelación

Por su parte la Audiencia Provincial sostiene, con apoyo en distintas Sentencias del Tribunal Supremo (31 de diciembre de 1991 y 20 de mayo de 1994) que la expresión actos dispositivos debe entenderse referida exclusivamente a los actos *inter vivos*, exigiéndose, por tanto para su exclusión, una referencia expresa a la prohibición de testar. De lo anterior, concluye que la sentencia de instancia es incorrecta toda vez que la sentencia de incapacitación no privaba expresamente a la demandada de la facultad de testar ni ello impedía utilizar la fórmula del artículo 665 del Código civil para permitir su otorgamiento, tal y como se hizo.

A continuación, la Audiencia realiza un control del cauce establecido en el artículo 665 y entra a valorar la opinión profesional del Notario y de los dos médicos que apreciaron la capacidad de la causante en el momento concreto y para el acto concreto, frente al diagnóstico retrospectivo que no se considera suficiente *per se* para destruir el juicio de capacidad notarial. Por último, se tienen en cuenta otros elementos de juicio tales como el informe psiquiátrico que sirvió de base a su incapacitación (3 de agosto de 1995) o el resultado de la

exploración (18 de julio de 1995), para apreciar *una voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron, por lo que dejamos sin efecto la declaración de nulidad de dicho testamento.*

4. Motivos de casación

Los sobrinos de la causante interponen recurso extraordinario por infracción procesal, que fue inadmitido por carencia manifiesta de fundamento, y recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 LEC y al amparo del artículo 477 2.3° LEC y 477 3.1° LEC se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones del objeto del proceso, por inaplicación de la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 667 del Código civil en relación con el artículo 665 del Código civil dichos preceptos aplicables al caso, presentando interés casacional debido a la interpretación opuesta de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial existente del Tribunal Supremo. Se considera que, al definirse en el artículo 667 del Código civil el testamento como un acto de disposición, queda incluido en la determinación de la extensión de la incapacitación que incluye la conclusión de todos los actos de naturaleza dispositiva.

2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 LEC y al amparo del artículo 477 2.3° LEC y 477 3.1° LEC se denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones del objeto del proceso, por inaplicación de la doctrina jurisprudencial existente sobre los artículos 662, 663, 665, 666 y 685 y la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 665 y 666 del Código civil, aplicable al caso por presentar interés casacional debido a la interpretación opuesta de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial existente del Tribunal Supremo. Para los recurrentes considerar probada la discapacidad intelectual de la causante y declarar la validez de los testamentos otorgados por ella es incurrir en arbitrariedad y falta de lógica, pues aquélla discapacidad no admite periodos de lucidez.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Los dos motivos de casación recogen con precisión las dos cuestiones que se debaten en la contienda judicial, de una parte, la interpretación que debe darse a la expresión actos dispositivos en el marco de una sentencia de incapacitación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 760 del Código civil (de-

terminación de la extensión y límites de la modificación de la capacidad) y no, como sostienen los recurrentes, a tenor de lo establecido en el artículo 667 del Código civil. Y, de otra parte, una vez admitida la conservación de la facultad de testar de la causante, verificar si se observaron las formalidades previstas en el artículo 665 y si, en su caso, quedó probada la capacidad de la testadora para otorgar testamento notarial abierto.

A pesar de que la Sala prefiere tratar, en primer lugar, el motivo segundo para así dar respuesta a los motivos de inadmisión opuestos por la parte recurrida, en el presente comentario se seguirá el orden citado en aras de una mayor claridad expositiva. Se adelanta ya, nuestra opinión favorable a la tesis defendida por la Sala de desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida

5.1. El contenido imperativo de la sentencia de modificación de la capacidad: la determinación de su extensión y la elección del órgano de protección

Es bien sabido que el artículo 199 del Código civil establece que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas previstas en la Ley (art.200 Cc). El contenido de esta sentencia de incapacitación (art.760 LEC), hoy modificación de la capacidad de obrar, impone al juez la obligación de declarar la modificación de la capacidad y fijar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Por lo tanto, existe una doble determinación de tal modificación que se deriva, en primer lugar, del régimen de representación legal o asistencia que precisa la persona y, en segundo lugar, por la enumeración concreta del ámbito de actuación del tutor o curador realizada por la autoridad judicial.

Se trata, pues, de determinar la forma de intervención del órgano de protección (representación o asistencia) y los actos en los que esta intervención es necesaria. Junto a ello, tradicionalmente, se acostumbraba a completar esta fórmula legal con pronunciamientos expresos que privaban del ejercicio de derechos, algunos fundamentales, a las personas *incapacitadas*; así se hacía con el derecho de sufragio activo, de acuerdo con el artículo 3 LOREG, con la testamentifacción activa, autorizada en el artículo 665 del Código civil tras la Reforma de 1991, el derecho a contraer matrimonio o la conducción de vehículos a motor o licencia para portar armas; estos actos que no admiten asistencia ni representación requerían una manifestación expresa por parte del juzgador.

Por tanto, a la vista de esta somera descripción, es evidente que el primer motivo de casación no puede ser estimado, pues no se trata tanto de categorizar el testamento como acto de disposición tal y como hace nuestro artículo 667, sino de verificar si, en la determinación de la extensión de la incapacitación que fija la sentencia, se hace referencia a la capacidad para otorgar tes-

tamento. En ésta, con incorrección manifiesta, se declara que la demanda es *totalmente incapaz* para la disposición de sus bienes y, sin embargo, se adopta la curatela como institución de protección; no se trataba de una persona totalmente incapaz, sino de una persona cuasi capaz, que requiere de asesoramiento para los actos de mayor trascendencia patrimonial. Por tanto, se elige la asistencia, concurso o autorización del curador como fórmula de apoyo que sólo será precisa para la válida conclusión de los actos de disposición de la demandada. Esta determinación de la extensión de la modificación de la capacidad, que mantiene la iniciativa negocial dispositiva en la demandada, que concluye el acto por sí misma pero no por sí sola, nos hace pensar, en principio, en una persona a la que no debe privarse *ex ante* de la capacidad para testar.

En estos actos de disposición, en sede de instituciones tutelares, nunca se ha entendido incluida la disposición *mortis causa*, al tratarse de un acto personalísimo al que ya nuestro Código civil originario, dispensaba un régimen particular para enjuiciar la capacidad de testar, acto concreto y momento concreto (SSTS de 31 de diciembre de 1991 y 20 de mayo de 1994). Fue la Reforma de 1991 la que admitió la posibilidad de que la sentencia incluyera un pronunciamiento expreso y, por lo tanto, si éste no existe, no se entiende englobado en la genérica expresión actos de disposición, que es, por otra parte, la esfera de actuación que, en casi la totalidad de los casos, queda afectada por la sentencia, al tratarse de los actos que el legislador reputa más arriesgados y, por lo tanto, los que precisan una mayor protección (vid.art.271 y art.290 Cc).

Al no incluirse tal pronunciamiento en la sentencia de autos, el testamento no queda incluido en la genérica expresión actos de disposición, sino que abre la aplicación del artículo 665 del Código civil: *Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.*

No existe una laguna que debamos integrar a través de una determinada interpretación, como propugna la parte recurrente y, que en todo caso, sería restrictiva y no admitiría ni analogía ni interpretación extensiva, por lo que tampoco serviría a su tesis.

Resulta, pues, de aplicación lo dispuesto en este artículo 665 Cc.

5.2. *Breve referencia a la inoportunidad de incluir tal pronunciamiento acerca de la capacidad de testar en la sentencia: crítica a la redacción del artículo 665 Cc*

Se suscitó con motivo de la reforma de este precepto un interesante debate doctrinal acerca de la conveniencia y oportunidad de incluir en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar este pronunciamiento sobre la testamentifacción activa (vid.ALBALADEJO, “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos” R.D.P., 1992, pgs.726 y ss). Su explicación detallada excedería el marco del presente

comentario, pero sí creo imprescindible recordar que, a este respecto, se ha iniciado una interesante línea jurisprudencial que completa la doctrina sentada en esta sentencia.

Para ello baste señalar aquí que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 665 del Código civil, eran muchas las sentencias que se referían a la capacidad de otorgar testamento en la sentencia de modificación de la capacidad, casi siempre en forma de prohibición; recuérdese que el precepto contempla tres posibilidades: a) que no se contenga pronunciamiento sobre la facultad de testar; b) que se permita testar o c) que se prohíba el otorgamiento de testamento. En los casos de curatela, se imponía, con frecuencia, la asistencia del curador para la disposición mortis causa, lo que tampoco parecía oportuno pues sabido es que su conclusión se realiza por el autor, por sí mismo y por sí solo: se trata de acto personalísimo que no admite representación ni asistencia (vid.ampliamente DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “*Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente*”, R.D.P., nº4, 2018, pgs.3 y ss).

Pues bien, la importante evolución que ha experimentado en los últimos diez años la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad (Vid.ampliamente GUILARTE, “*La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera*”, en Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre Discapacidad, Aranzadi, 2016, pgs.59-107.), resumida en su preferencia por la curatela, en la imperiosa necesidad de confeccionar un traje a medida a cada persona cuando se determina el ámbito de actuación de los apoyos y en el reconocimiento de la capacidad conservada, ha llevado a nuestro Alto Tribunal a controlar en casación la inclusión de tal pronunciamiento.

En este sentido, se criticaba en la doctrina, entre otras cosas, la inclusión de un acto de naturaleza personalísima en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar que, al igual que el matrimonio o el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, tienen un expediente particular dirigido a verificar la concurrencia de capacidad natural de entender y querer (vid.ampliamente GUILARTE, “*La capacidad para 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 Estudio de Derecho de Sucesiones, Domínguez Luélmo - García Rubio (Dirs), La Ley, 2014, pgs.617 y ss; en distinto sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “*Comentario al artículo 665*”, Código civil comentado, II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pg.278 y 279 y más recientemente GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018*, -C.C.J.C, 108, 2018, nº2863).

En línea con esta posición doctrinal, la sentencia de 16 de mayo de 2017, ante la exclusión de la capacidad de testar determinada en la instancia, afirma, por primera vez, que por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art.665, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y

no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad (doctrina que se reitera en las sentencias de 8 de noviembre de 2017, 7 de marzo y 15 de junio de 2018). No se excluye, pues, la facultad de acudir al artículo 665 Cc, ni siquiera cuando la sentencia contuviere pronunciamiento al respecto. No se hace referencia en la sentencia recurrida a esta interpretación jurisprudencial tan acertada y tan en línea con la Convención de Nueva York.

Esta es también la posición adoptada por el legislador catalán que establece en su artículo 421-9.2 CCcat: *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*. Misma línea se adopta en los textos de reforma de nuestro Código civil. Así en la Propuesta de Código civil realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (Tecnos, 2018, pg.548), bajo la rúbrica intervención de facultativos, se recoge, en el artículo 462-4, la siguiente propuesta de texto: *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*. Más respetuoso con la Convención de Nueva York resulta el texto de reforma que propone la Comisión de Codificación que, con una fórmula abierta, ampara a todas las personas: *Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud*.

Pues bien, aunque ya existe en el Código civil un expediente cautelar que permite determinar la capacidad para testar en el momento preciso del otorgamiento, de suerte que, aún sin incluirse en la lista de actos, existiría un control notarial, no hay unanimidad en la doctrina sobre la conveniencia de remitirse en todo caso a lo dispuesto en el Código civil en línea con la jurisprudencia del TS y las propuestas de reforma citadas (así partidario de incluir la prohibición de testar, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, ob.cit, y autores allí citados). Por ello, y como veremos luego, en aras de la protección de las personas con discapacidad, se recomienda, si acaso, limitar, en la sentencia, el otorgamiento del testamento a la forma notarial abierta, a la espera de la reformulación de los artículos 663.2 y 665 del Código civil para adaptarse a los postulados de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y para superar la terminología propia de la regulación originaria del Código civil, poco respetuosa con la dignidad inherente de las personas con discapacidad.

5.3. El carácter especial de la capacidad para testar: las razones del Tribunal Supremo

Para desestimar este primer motivo del recurso de casación, la Sala sintetiza las grandes líneas esbozadas con anterioridad en las siguientes razones:

1ª. La presunción de capacidad: este principio queda reforzado por la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El Tribunal Supremo ha contribuido decisivamente al fortalecimiento de esta presunción al atribuir una gran importancia a la **capacidad conservada** que puede ser inferida de otros elementos del caso; así lo hizo, por ejemplo y entre otras, en la sentencia de 15 de marzo de 2018 en la que estima el recurso de casación y declara la validez del matrimonio celebrado por persona diagnosticada de alzheimer. Y como hará en la sentencia aquí recurrida al desestimar el recurso contra la sentencia que declara la validez del testamento amparándose en distintos elementos de los que inferir la capacidad conservada.

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

3ª. Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento de las personas con discapacidad mental o intelectual. Baste pensar, a este respecto, en un menor mayor de catorce años que tiene vedada la disposición *inter vivos* de sus bienes inmuebles y no su disposición *mortis causa*.

4ª. Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art.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.

5ª. Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar testamento. Por ello, parece improcedente incluir en la sentencia de modificación de la capacidad un pronunciamiento que aluda a la capacidad de testar cuando ésta puede variar desde ese momento al momento efectivo de otorgar testamento (casi veinte años transcurren, en este caso, desde la sentencia de modificación de la capacidad hasta el otorgamiento de testamento); por ello, el Notario debe asegurarse, en todo caso, de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art.685 Cc).

6ª. Por último, pero, a mi juicio, lo más relevante para el caso enjuiciado, es que el artículo 665 del Código civil impone una garantía especial adicional para los casos de otorgamiento de testamento con la capacidad modificada judicialmente y que consiste en el dictamen favorable de dos facultativos. Sin duda, desde el modelo social de la discapacidad propugnado por la Convención de Nueva York sería deseable que este dictamen se acompañara de un

informe social y de la audiencia de las personas próximas al testador para que el Notario pueda hacerse una idea más precisa de la capacidad conservada.

Por tanto, si la sentencia de modificación de la capacidad de obrar no contiene pronunciamiento alguno sobre la capacidad para testar de la persona en cuestión, se aplica el artículo 665 del Código civil y no se puede admitir, tal y como se ha razonado, que en la expresión genérica actos de disposición quede incluida la disposición mortis causa que tiene su propia reglamentación, como veremos a continuación.

5.4. Valoración de la capacidad: juicio notarial y doble dictamen médico

Como se ha visto, al tratarse de una persona con la capacidad modificada judicialmente, el artículo 665 del Código civil establece un procedimiento que tiene por finalidad asegurar la concurrencia de capacidad para otorgar testamento, la capacidad de entender qué es el testamento y comprender los efectos que le son propios. Pues bien, en este segundo motivo, lo que se cuestiona es, por una parte, que la discapacidad padecida por la causante no admita intervalo lúcido y, por tanto, no le es de aplicación tal precepto; y, de otra, se pretende una nueva valoración del juicio de capacidad.

Por lo que se refiere al primer extremo es evidente que el destinatario de la norma es la persona con la capacidad judicialmente modificada con independencia del tipo de discapacidad intelectual o psicosocial que padezca y del grado de la misma. Es la modificación de la capacidad la que exige la apertura de un cauce especial (dictamen de dos facultativos) y luego será la situación personal, los apoyos, la incidencia de la discapacidad, el seguimiento del tratamiento médico, es decir, variadas circunstancias, las que contribuirán a la concurrencia o no de capacidad natural para el acto concreto, en el momento concreto. Por tanto, la apertura de cauce especial es exigible para toda situación de capacidad modificada judicialmente, si bien, no siempre el cumplimiento de tal formalidad legal culminará en la autorización del testamento. En este sentido, la Sala sostiene que *con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione... el artículo 665 Cc ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar.*

En el caso enjuiciado aquí, tanto el notario autorizante como los dos facultativos coinciden en reconocer en la causante capacidad suficiente para testar. Cada uno de ellos, desde la óptica de su especialidad, sostiene la competencia de la causante para decidir el destino de sus bienes. En particular, la médico de cabecera de la causante durante catorce años asevera que, en su opinión, tenía juicio suficiente para hacer testamento, a pesar de tratarse de una persona menos inteligente que la media (oligofrenia leve) y constató una voluntad coherente de testar a favor de la personas vinculadas a ella; por su parte, el Notario indicó que la causante no se limitó a asentir tras la lectura del testamento,

como ocurre en otras ocasiones, sino que incluyó expresamente y *motu proprio* una cláusula de legado a favor de la hija de su prima.

La opinión profesional del Notario, consignada en su juicio favorable de capacidad, los dictámenes médicos exigidos, también favorables, no pueden ser desvirtuados por un dictamen médico retrospectivo emitido por un psiquiatra a instancia de la parte recurrente. Esta es precisamente una de las críticas esgrimidas desde el modelo social de la discapacidad al modelo médico rehabilitador imperante en nuestro sistema y que la Convención de Nueva York trata de desterrar. Lo que se pretende con el dictamen médico es determinar la capacidad conservada y, si en ésta, se encuentra la facultad de realizar un testamento, de contraer matrimonio, de reconocer un hijo... y ello exige un examen personal e intransferible, acompañado, si es posible, de un informe social.

Tal y como sostuvo la Audiencia Provincial, un dictamen médico retrospectivo no puede destruir la presunción de capacidad que es regla general en nuestro Derecho (vid. RUBIO GARRIDO, “Comentario a los artículos 662-666”, en Comentarios al Código civil, Bercovitz (Dir), IV, Tirant lo blanc, 2013, pg.5119), máxime si existen otros elementos que permiten sostenerla: el juicio del notario, dos dictámenes médicos, el informe que sirvió de base a la declaración de modificación judicial de la capacidad, la exploración de la causante en el proceso de modificación de la capacidad, la realización de otros actos jurídicos antes y después de tal modificación o la coherencia de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quienes confiaba.

Y por ello la Sala desestima esta primera parte del motivo, porque examinado el completo juicio realizado por la sentencia recurrida, no se observa vulneración evidente ni manifiesta en la valoración de la capacidad para otorgar testamento. Por tanto, como ya se ha hecho en otras ocasiones, se sostiene la validez del acto concluido por la persona con la capacidad modificada judicialmente porque existen elementos que permiten defender aquélla y garantizar que la persona con discapacidad ejerce sus derechos en las mismas condiciones que los demás.

5.5. *Testamento y Convención de Nueva York: las salvaguardas legales ex artículo 12.4*

Los artículos 663.2 y 665 del Código civil deben ser reformulados para adaptarse a los postulados de la Convención y superar la terminología propia de la regulación originaria del Código civil, poco respetuosa con la dignidad inherente de las personas con discapacidad. Por ello, se propone, en coherencia con los principios que informan la materia *pro capacitate 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 quedan excluidos de la testamentifictio activa los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento; se co-

necta, pues, la capacidad para comprender el alcance y consecuencias del acto que se realiza con el momento mismo de su conclusión, de modo y manera que, en ningún caso, podrá la ley o, en su caso, la autoridad judicial, pronunciarse sobre una hipotética capacidad o incapacidad de testar *ad futurum*, pues la exigida en este caso concreto es la que se ostenta en el momento mismo de su conclusión y a ese momento debe deferirse, entonces, el juicio acerca de la capacidad concurrente.

Ahora bien, no cabe desconocer, que el Ordenamiento Jurídico considera que determinados actos, personalísimos, entre los que se encuentra el otorgamiento de testamento, pueden realizarse por personas que precisan determinados apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, personas con la capacidad modificada judicialmente. En estos casos, el Ordenamiento Jurídico está obligado a consagrar un espacio de capacidad que permita la conclusión de aquéllos actos, sin abandonar su función tuitiva y, por tanto, articulando los mecanismos necesarios para que aquellas personas puedan ejercitar su capacidad jurídica sin discriminación y, por tanto, provistas de los apoyos y salvaguardas que garanticen que el acto se concluye libre y voluntariamente, sin influencias indebidas y con plenitud de garantías en orden a provocar los efectos que le son propios.

Para el testamento, la presencia del Notario, avalada por su prestigio, independencia y experiencia y por la confianza que la institución notarial genera como protectora de la voluntad del testador (RAMOS GONZÁLEZ, S., *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les Successions*, dir. Egea Fernández y Ferrer Riba, Atelier, 2010, pg.148), se erige en una salvaguarda legal para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esto implica que las personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, únicamente deberían otorgar testamento notarial y, sólo, en su variante de testamento notarial abierto, pues en la forma cerrada el Notario no puede certificar la concurrencia de la capacidad legal exigida en el momento de la redacción sino tan sólo su capacidad en el momento de extensión del acta de otorgamiento. La función notarial no agotaría, entonces, la doble función tuitiva que se le encomienda, de garantizar que la voluntad del testador es libre y no está sometida a influencias externas e indebidas, tal y como prevé la Convención de Nueva York. Así pues, la función encomendada al Notario debería cumplir con esta doble función: a) apreciar la capacidad legal exigida para el otorgamiento del testamento y b) garantizar que la voluntad del testador es libre y no existe influencia debida.

A ello habrá de añadirse una segunda salvaguarda, como ya se ha apuntado, el mantenimiento de la garantía especial adicional para los casos de otorgamiento de testamento con la capacidad modificada judicialmente y que consiste en el dictamen favorable de dos facultativos. Sin duda, desde el modelo social de la discapacidad propugnado por la Convención de Nueva York sería deseable que este dictamen se acompañara de un informe social y de la au-

dencia de las personas próximas al testador para que el Notario pueda hacerse una idea más precisa de la capacidad conservada.

5.6. Conclusiones

Tal y como se ha ido desgranando a lo largo del presente comentario, la desestimación del recurso de casación se revelaba incuestionable. Se trata de un supuesto de hecho que cae, de forma clara y rotunda, en la dicción de artículo 665 del Código civil, que impone unas formalidades que son respetadas escrupulosamente en el caso enjuiciado. No hay laguna legal, no hay dudas interpretativas, ni siquiera hay sombra de duda sobre la valoración de la capacidad que efectúan el notario autorizante y los dos facultativos.

Además, la sentencia recurrida, cuando efectúa el control de la aplicación del artículo 665 del Código civil, fortalece tal valoración al inferir la capacidad conservada de la causante de otros elementos obrantes en autos que permiten aseverar la capacidad para otorgar testamento de la causante con discapacidad intelectual.

A mi juicio, la bondad del fallo del Tribunal Supremo, en línea con sus nuevos postulados sobre el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, es reconocer en el artículo 665 del Código civil *un cauce adecuado para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar*, sin condicionarlo a la inexistencia de pronunciamiento judicial al respecto, como ahora exige el citado precepto legal.

6. Bibliografía

- Albaladejo, “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos”, *R.D.P.*, 1992, pgs.726 y ss
- De Amunátegui Rodríguez, C., “Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente”, *R.D.P.*, n°4, 2018, pgs.3 y ss.
- García-Ripoll Montijano, “Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018”, *C.C.J.C.*, 108, 2018, n°2863)
- Guilarte Martín-Calero, C., “La capacidad para 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 *Estudio de Derecho de Sucesiones*, Domínguez Luelmo - García Rubio (Dirs), La Ley, 2014, pgs.617 y ss
- “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en *Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre Discapacidad*, Aranzadi, 2016, pgs.59-107.
- Propuesta de Código civil realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Bercovitiz (Dir), Tecnos, 2018.