

CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA OTROS ACTOS JURÍDICOS

INDICE

Introducción

I.- El consentimiento y la capacidad. Legislación actual

II.- Capacidad / incapacidad para hacer testamento o actos jurídicos

III.- Discapacidad sensorial o física

III a) Testamento

III b) Otros documentos notariales

IV.- Discapacidad intelectual

IV.1 Alcance de la discapacidad

IV.1.a) Testamentos

IV.1.b)Otros documentos

IV.2 Cuando hay que tener capacidad

IV.3 Influencias externas sobre la voluntad

IV.4 Cómo se determina. El juicio de capacidad

IV.4.a) Testamentos

IV.4.b) Documentos notariales

IV.4.c) ¿Por qué se emite el juicio de capacidad, y por quién?

IV.5 Medidas de apoyo

Capacidad-incapacidad

Brechas en el sistema

Juicio de capacidad

Convención

CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA OTROS ACTOS JURÍDICOS

INTRODUCCIÓN.

Un problema recurrente al analizar figuras jurídicas es que la conclusión puede no ajustarse a la realidad completa, sino a la parcial conocida por el que realiza tal análisis. En el caso concreto de documentos notariales anulados por causa de discapacidad del otorgante, hace un año partimos de una consulta a la Fiscalía del T.S.J.M. sobre el número de casos, y se nos indicó que, aproximadamente, alcanzaban unos veinticinco al año. Que en si es un cifra preocupante.

Pero, tomando los datos oficiales de documentos notariales otorgados en la misma Comunidad (Anuario de la D.G.R.N.), resulta que se hicieron en el año 2010 un total de 70.296 testamentos y 264.045 poderes, documentos entre que los que más se concentran la situaciones de riesgo. Esto da un total de 334.341 documentos de estos tipos. El porcentaje de 25 de ellos anulados por el T.S.J.M. equivale a 0,0000748 por ciento.

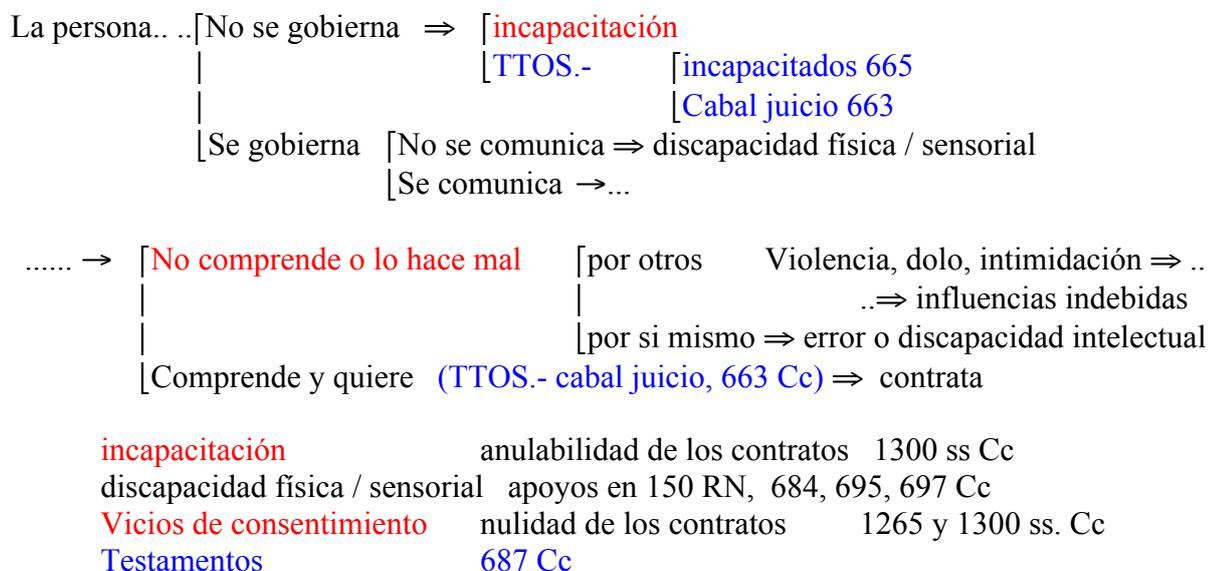
Este resultado, en mi opinión, permite defender que el juicio de capacidad, con otros elementos, permite que la sociedad y la Administración preste su confianza y por lo tanto proteja un documento de este tipo, con un margen de error muy bajo.

No obstante, esto no es excusa para tratar de mejorar esos casos patológicos, junto con los que no han llegado a una sentencia de este Tribunal, analizando en primer lugar la legislación que tenemos en relación con los efectos de la discapacidad para el otorgamiento de negocios jurídicos, y después el desarrollo de nuestra práctica jurídica en este tema.

Igualmente se manejan estadísticas, especialmente en personas de edad, de las que están afectadas por procesos de deterioro de las funciones cognitivas. Si aplicamos estos porcentajes médicos a los documentos notariales, el correspondiente a los que se rechazan por el Notario es notablemente inferior al primero. Sin embargo, no son parámetros comparables. No podemos compara el porcentaje de documentos denegados con el total de personas de una determinada edad. La comparación es con “el total de las personas de una determinada edad que solicitan la intervención notaria, que vienen a las notarías”. Por el camino se quedan todos aquellos cuyos parientes son conscientes de que no puede hacerlo, más todos aquellos que, ante la pregunta en el momento de encargar el documento o simplemente pedir cita, tienen que contestar que el mayor no está en condiciones. Quedan los que sí que están en condiciones, junto con un resto de los primeros que acceden a la Notaría y son controlados por el Notario. Los porcentajes cambian radicalmente.

I.- EL CONSENTIMIENTO Y LA CAPACIDAD. LEGISLACIÓN ACTUAL

Volvamos al sistema legal que tenemos, y examinemos el siguiente esquema:



En esta materia hay un punto de partida: capacidad para qué, con diferentes requisitos según los actos jurídicos. Y su corolario: si capacidad es la posibilidad de prestar consentimiento, qué es éste consentimiento, y sus posibles alteraciones.

En un segundo nivel, hay normas que regulan las consecuencias de la falta de capacidad / consentimiento (pues se puede ser capaz para algo y no consentirlo, o hacerlo de forma viciada), junto a otras que regulan una especie de “certificación” por un tercero no contratante de que ambos requisitos existen (lo que permite aplicarlo con un plus de credibilidad).

De estas cuestiones se ocupan nuestras leyes.

Con carácter general, parte la Ley actual de una suposición: todos somos capaces, tenemos las habilidades suficientes para prestar consentimiento (o, en otros términos, gobernarnos por nosotros mismos). Si hay algunas circunstancias que lo impiden, procede la incapacitación, es decir, la alteración (normalmente sustitución) de la capacidad jurídica de obrar. En términos del artículo 200 Cc, cuando hay circunstancias “que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Por lo tanto, estas alteraciones producirán la incapacitación y alterarán o suprimirán la posibilidad de prestar consentimiento, que es el aspecto en que nos vamos a centrar. Dejaremos de lado toda la cuestión acerca de la primera.

El Código trata el consentimiento en relación con los contratos, aunque sería extensible a otros negocios jurídicos. Lo configura como un elemento esencial del mismo (junto con el objeto y la causa, art. 1261), de modo que, no habiendo consentimiento, no hay contrato. Esto supone una capacidad del sujeto suficiente para ese acto.

Cuando está viciada, o sea, cuando no es plena para ese acto jurídico en concreto, el consentimiento es nulo, lo que acarrea el perjuicio del contrato.

Considera como vicios del consentimiento el error, violencia, intimidación o dolo. Los tres últimos dependen de influencias de otros, y a su vez distingue: la violencia o intimidación, que anulan la obligación contraída por el sujeto pasivo de estas, y el dolo, que anula el contrato. En todos estos casos, derivados de actuaciones ajenas al sujeto, realizadas por los demás contratantes o por otros. Y no son propiamente consecuencias de una discapacidad, sino de actuaciones ilegales.

El error a su vez recae sobre el objeto del contrato o sobre la persona, y anula el consentimiento (1266 Cc). Aquí podríamos incluir las deficiencias intelectuales que impidan entender sus características (por ejemplo, el valor de una cosa).

Pero esos elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa) no son los únicos que componen una relación jurídica. Esta produce obligaciones y derechos. Y no hay nada expreso en el Código que permita incluir entre los vicios del consentimiento la no comprensión de las consecuencias del contrato, aunque otras normas se dirigen a su anulación. Es curioso que se esté desarrollando en la leyes y la jurisprudencia la anulación de ciertos contratos por falta de conocimiento de estos efectos, pero centrado en el ámbito de consumidores (a quienes se considera de menor capacidad para esos actos que la otra parte en el contrato), no en la discapacidad.

Pueden consentir todos los seres humanos que sean mayores de edad y no incapacitados (1263 Cc), además de las incapacidades legales especiales que existan. La única protección legal, aparte de poder alegar los vicios del consentimiento, se centra en el actual proceso de incapacitación.

Finalizan las normas generales de los contratos, en este tema, en la sanción a tales alteraciones, a través de un régimen confuso jurídicamente desarrollado (más bien mezclado) en los arts. 1300 y siguientes del Código Civil.

Los testamentos, al igual que las donaciones, tienen sus propias normas acerca de la capacidad. En estas últimas, para aceptarlas basta la capacidad natural, pueden hacerlo quienes no estén especialmente incapacitados por la ley para ello. Se parte de la idea de que los actos que no suponen un riesgo de asumir obligaciones y son de fácil comprensión no necesitan especiales requisitos de capacidad. Nos centraremos en los testamentos, que sí que tienen un regulación especial, más detallada que los otros negocios jurídicos.

Con carácter general, para todos los testamentos, se establece que pueden hacerlo quienes sean mayores de catorce años (en la línea de la aceptación de las donaciones) y estén en su cabal juicio (663 Cc). El artículo 665, que veremos con detenimiento, regula el supuesto de personas incapacitadas. Y también con carácter general, que no pueden ser testigos los ciegos y totalmente sordos y mudos y quienes no estén en su sano juicio (668 Cc).

Junto con el análisis acerca de la capacidad para los actos jurídicos, se regula también el juicio de capacidad, que se hace por un funcionario como parte del análisis de la concurrencia del consentimiento, a fin de que el Ordenamiento Jurídico pueda em-

pezar a reconocer sus efectos, En materia testamentaria se regula en el Código Civil, en el que con carácter especial para los testamentos notariales, se exige que el Notario identifique al testador y manifieste que tiene, a su juicio, capacidad suficiente para testar (control del “cabal juicio” del 663). Para el testamento ológrafo, queda pendiente de la adverbación judicial (691 y 692 Cc) que contienen entre sus trámites la citación de interesados para, entre otras cosas, hacer las “observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento”, entre las cuales puede incluirse la cuestión de la falta de capacidad del testador. Para los demás actos jurídicos, la legislación notarial encomienda al Notario la realización de tal juicio, que abre paso al reconocimiento del negocio jurídico por todos los ámbitos de la Administración, y cuya actuación se regula en el Reglamento Notarial.

Como último elemento legislativo que tenemos que considerar, que se convierte en el más importante, debemos hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007 (BOE 21 de abril de 2008). No estamos ante un simple tratado internacional. Estamos ante una norma que, desde el tres de mayo de 2008, forma parte del derecho positivo español. Partimos en esta norma de las personas a las que se refiere: “...*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” (art. 1). Un tipo de deficiencias que provocan la “no capacidad” de entender o superar las barreras, es decir, los supuestos de “incapacidad para hacer testamento” a los que nos hemos referido o que causan defectos en el consentimiento. Por lo tanto, debemos analizar las barreras de tipo sensorial, físico o intelectual que pueden provocar la “no capacidad” para hacerlo.

La vía habitual de aplicación de este sistema implica que, comprobada la incapacidad, no se hace el negocio jurídico, no se ejercita el derecho a testar o contratar que, en principio, tenemos todas las personas. El sistema de la Convención, repito, derecho positivo español en la actualidad, se deduce de su artículo 4:

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;*
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; ...*

Es decir, hay que procurar que las personas, ante “barreras” provocadas por su discapacidad, puedan saltarlas y acceder al acto jurídico de que se trate. No que se vean automáticamente impedidas de hacerlo.

Demos ahora un pequeño salto en la Convención y pasemos a su artículo 12 (recordemos que es derecho positivo español), tratado normalmente en relación con la discapacidad intelectual, pero que se refiere a todo tipo de discapacidades: “2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*. 3. *Los Estados*

Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.” Es decir, hay que proporcionar medidas de apoyo para ejercitar la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. No privarles del ejercicio de esta capacidad. Frente al criterio actual, de pérdida de la capacidad de obrar, se impone otro de promoción de la misma.

Llegados a este punto, podemos seguir dos vías. La primera, partir de las normas vigentes, analizarlas y ver si son acordes con la regla ahora principal, la Convención. Esto plantea el problema de que el punto de partida ha cambiado; el esquema básico legislativo del que resulta todo lo demás ha sido sustituido, por lo que se trataría de encajar una normas dentro de un esquema que les puede ser extraño.

Por ello seguiremos un segundo esquema, consistente en examinar qué es lo que debe hacer una persona que pretenda otorgar un acto jurídico; qué circunstancias pueden obstaculizarlo, y cómo el Ordenamiento Jurídico trata esas circunstancias.

No obstante, las normas de nuestra legislación siguen agrupadas en dos bloques: uno en el Código Civil, referente a testamentos, y el resto, basado en normas generales de los contratos y de la legislación notarial. Al ser más complejas, tomaremos como base las primeras, las referentes a la capacidad para testar.

II.- CAPACIDAD / INCAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO O ACTOS JURÍDICOS

¿En qué consiste lo que ha de hacer una persona para testar? Básicamente, en dos actividades: comprender y querer una determinada voluntad, y transmitir su contenido a otros. Lo primero será común para todas las formas de hacerlo; lo segundo cambiará según la formalidad que se haya escogido. Además, habrá que identificar quién lo ha hecho y cuándo. Sentado esto, podemos analizar qué es necesario en un testamento, en su configuración actual (tomando como base el testamento más habitual, el abierto ante Notario). Podemos distinguir entre sus elementos esenciales los siguientes: 1, la voluntad y comprensión del testador respecto de lo que hace; 2, su identificación (que se producirá en el momento del otorgamiento del testamento o en otro posterior, como la adveración judicial del testamento ológrafo); 3, la determinación de la fecha, y 4, su exteriorización a otros (que podrá hacerse en documento público, privado o incluso oralmente)

La legislación regula diversas formas de hacer testamento, en las cuales los elementos anteriores se justifican por vías distintas. Lo que ocurre en la práctica es que una de ellas, el testamento abierto, acredita el cumplimiento de todos los elementos esenciales, en consecuencia no necesita actuaciones posteriores y, por ser funcionario público el que lo autoriza, hay una presunción de veracidad que hace muy difícil su impugnación, lo que permite su ejecución directa. Todo esto, más el asesoramiento legal que lleva consigo, hace que la inmensa mayoría de testamentos se acojan a esta forma.

Cuando se establecen determinados requisitos formales, su incumplimiento se sanciona con la nulidad del testamento (art. 687 C.c.). Pero no por ello debemos convertirlos en elementos esenciales, sino en necesarios para que un testamento tenga los efectos reconocidos a una determinada forma. Así, el testamento cerrado (aquel realizado por escrito que se cierra; se realiza una manifestación ante el Notario para reconocerlo como tal, de lo que se levanta acta, y después se conserva por quien decida el testador) sin sus formalidades previstas es nulo como tal, pero puede ser válido como ológrafo (que es el escrito por el testador sin intervención de terceros), conforme al art. 715 del Código Civil.

Respecto de otros actos jurídicos, en esencia lo que debe hacer su autor incluye los mismos actos (voluntad y comprensión, identificación, fecha y exteriorización), con menor complejidad en lo que se refiere a la forma del negocio. En este caso la normativa que regula la forma de los documentos se contiene, respecto de los notariales, en el Reglamento Notarial. No obstante, seguiremos analizando, como más complejo, el testamento.

Para averiguar quién no puede hacer testamento, y por qué, hay que volver al esquema básico de este negocio jurídico. Algunos de los actos que hemos detallado dependen directamente del testador: conocer, consentir y exteriorizarlo. Salvo excepciones (el ológrafo), su actuación consiste en una manifestación de voluntad dirigida por el testador a otro sujeto (notario, párroco, testigos, a los que añadimos en los negocios bilaterales a los otros contratantes), que la recibe, normalmente redacta el testamento, y acaba con una comunicación de éste hacia el testador que manifiesta su conformidad, y por último suscribe el documento. En este proceso pueden darse dos tipos de problemas: uno afectante a la no comprensión del contenido, sus efectos jurídicos, que ocasiona que la voluntad está viciada o falte. Otro referente a las comunicaciones de voluntad que se deben hacer. Quien no sea “capaz” de entender y querer su contenido, o de transmitirlo a otro, será “incapaz” de testar. Quien no pueda comunicarse con el funcionario o quien debe autorizar el testamento, o plasmarlo en su soporte, también. A esto añade la legislación el requisito de una edad mínima, por debajo de la cual considera que ni siquiera debe procederse a examinar los aspectos anteriores. Las dos primeras constituirán, conceptualmente, incapacidades; la última, la edad, una prohibición, pues no entra a analizarse la habilidad para otorgar el acto (con excepciones, como menores que consienten el contrato, art. 166 C.c.).

III.- DISCAPACIDAD SENSORIAL o FÍSICA

Veíamos que la elaboración del testamento o contrato más habitual exige determinadas actuaciones físicas. Su escritura o firma, la posibilidad de leerlo, la transmisión de su intención a quien lo redacta, la recepción de comunicación de este último. Hay discapacidades que impiden o dificultan estas actividades, que no están recogidas en las normas generales de los testamentos o contratos, sino en las que regulan cada una de sus formalidades. La solución que ha dado nuestro Ordenamiento Jurídico hasta ahora ha sido la de intentar enumerar esas circunstancias que pueden suponer un obstáculo e incluirlas dentro de las prohibiciones para testar o contratar, incluyéndolo en ocasiones entre las formalidades (recordemos que, en testamentos, el incumplimiento de las formalidades conlleva la nulidad, art. 687 Cc). Excepcionalmente regula medidas de apoyo. La situación que se está empezando a adoptar (luego veremos el art. 182.1 del Reglamento Notarial) pone el acento en las posibilidades de comunicación del sujeto, sin

importar el medio, que será donde se preste la medida de apoyo. Solo quedará excluido el que no pueda recibir y transmitir la voluntad.

III.a) En materia testamentaria, no hay una prohibición para hacerlo basado en impedimentos físicos. Pero se definen las actuaciones que tiene que hacer el testador como requisitos formales (que acarrearán nulidad): transmitir la voluntad al Notario, escuchar la lectura, ratificarlo (695 Cc). Tomando como referencia el testamento más habitual, el abierto, se establece una medida de apoyo para los casos en que el testador sea ciego, no sepa o no pueda escribir, en que lo harán a su ruego dos testigos; en este caso se le ha leído el testamento. Se prevé también el caso de que, además, sea completamente sordo, en que la intervención de los testigos implica un medio de apoyo más intenso: lo leen y declaran que coincide con la voluntad manifestada (art. 697.2 .. *Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada*). Hay normas que exigen literalmente una cierta actividad física que no siempre será posible: “*El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario.. lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad*”(art. 695). Veremos como interpreta esto la jurisprudencia.

En el testamento cerrado (forma que podemos considerar anecdótica en la práctica) se vienen a mantener soluciones similares, pero añade en el art. 708 que “*no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer*”. Respecto del ológrafo (también residual) no se dice nada, pero de su requisito de que sea escrito por el testador se deduce igual consecuencia. En cuanto aplicable al ológrafo, estudia Agustín Romero el requisito formal (la escritura por el testador) y el elemento esencial (la autoría por el testador), de forma que, hecho en el extranjero y admitido por la legislación del lugar de otorgamiento (en concreto, el realizado por medios electrónicos), sería válido en España, porque el vicio formal no afecta al cumplimiento de lo esencial. El primero depende de la ley extranjera (art. 11.1 *Las formas y solemnidades de .. los testamentos .. se regirán por la ley del país en que se otorguen..*), de modo que, acreditándose la autoría por una determinada persona (cumplido el requisito esencial), no le afecta en este caso la sanción de nulidad por incumplimiento de formalidades españolas (requisito para una determinada forma de expresar tal elemento anterior).

La interpretación más autorizada de las leyes se realiza por la jurisprudencia a través de las sentencias del Tribunal Supremo. En esta materia, la interpretación literal de las normas que regulan la forma (cuyo incumplimiento acarrea la nulidad) ha dejado paso, mucho antes de la Convención, a la admisión de medios de comunicación más adecuados a la lógica de la norma. Inicialmente, siguiendo la tradición del Derecho Romano (en el que, por razones que no corresponde tratar aquí, la forma sí que era un elemento esencial del testamento), el salirse de los cauces regulados acarrearía la ineficacia. Posteriormente, en la vía de analizar qué es un elemento esencial del documento y qué es simplemente su exteriorización, se ha defendido tal validez. Es ilustrativa la reciente STS de 11 de diciembre de 2009. Se alegaba como causa de nulidad el haberse incumplido una formalidad legal, el artículo 697.2 que exige testigos cuando “*el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento*”. En este caso se trataba de una persona con visibilidad reducida, y el Tribunal Supremo alega el principio “favor testamenti”, y determina que, tras la lectura por

el Notario, el testador lo mostró conforme con su voluntad, firmándolo. Como vemos, en la línea de evitar que un problema físico pueda causar el perjuicio del documento autorizado y, por lo tanto, la privación de un derecho a una persona.

Es también significativa la STS 24 de noviembre de 2004, referente a un testamento de una persona que no podía hablar ni escribir; es decir, la vía de comunicación prevista en el Código era inutilizable (en relación con el art. 695: *El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario.. para que, después de redactado y leído, el testador manifieste si está conforme con su voluntad*). Después de despejar y separar el tema de la capacidad mental del testador, sustituye los términos estrictos “hablar o escribir” por los “poder manifestar su voluntad”, entre los que los anteriores son los más habituales. Lo esencial es que hubo comunicación directa entre el testador y el Notario, en este caso a través de gestos de asentimiento, lo que unido a la simplicidad del testamento bastó para mantener su validez.

Una segunda cuestión que se planteó en la misma sentencia fue la intervención de un tercero (un abogado) en la fase preparatoria del documento. Hay un principio general que establece el carácter personalísimo del testamento, es decir, que no se puede dejar al arbitrio o decisión de otra persona. Esto se alegaba, además de la literalidad de “*el testador expresará..*” para defender su nulidad, y nuevamente la sentencia admite la validez, puesto que, sentadas las partes objetivas y criterios de distribución por el testador, no hay una prohibición de intervención de asesores (y eso es lo que hace también el Notario al dar forma jurídica a tal voluntad del testador, redactándolo). Esto contiene lo que hoy conocemos como una medida de apoyo para detallar y definir la voluntad del testador.

III.b) Respecto de los demás documentos notariales, el problema viene a ser el mismo. En un primer lugar, el art. 150 del Reglamento Notarial, no pensado para este tipo de discapacidades, pero sí para una circunstancia con similares efectos, la incomunicación por motivos idiomáticos. La primera solución que adopta es que el Notario hará constar que ha traducido el documento y la voluntad queda fielmente reflejada. Para el caso en que ello no sea posible, es decir, que haya una incomunicación entre el Notario y el otorgante, prevé la intervención de un intérprete designado por el otorgante, nueva medida de apoyo que sería aplicable a todos los demás supuestos de incomunicación.

Más centrado en el tema de la discapacidad, el artículo 193 del mismo Reglamento prevé la lectura del documento (1) y de la manifestación de conformidad del otorgante (2). Añade unas excepciones: los sordos o sordomudos deberán leerlo, y si no es posible (de nuevo la incomunicación) prevé la intervención de intérprete del lenguaje de signos; en cuanto a los ciegos, basta el asentimiento a la lectura por el Notario, que de este modo queda reafirmado como interviniente—no parte en el negocio, sino titular de una medida de apoyo. Igualmente prevé otra circunstancia que observaremos en la discapacidad intelectual.

Una segunda norma la constituye el art. 182.1 del mismo Reglamento. La redacción antigua contemplaba una discapacidad, psíquica, invidentes, sordos y mudos, y una consecuencia: no pueden intervenir como testigos en la escritura. Redacción que fue abundantemente criticada desde el ámbito de la discapacidad. En el año 2011 se le cambia la redacción, abandona la lista de discapacidades y se fija en sus consecuencias, de modo que no podrán actuar como testigos “*las personas que no posean el discernimien-*

to necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.”. Vuelve a centrarse, como el artículo anteriormente citado, en el conocimiento (capacidad psíquica) y la posibilidad de declarar, de expresar la realización del acto o contrato del que ha sido testigo (capacidad física o sensorial). En ambos casos, si es posible, bien directamente, bien con los apoyos que hayan suprimido las barreras que lo impedían, se puede intervenir como testigos. Esta norma podemos considerarla como referencia para la capacidad para contratar; quien sea capaz, por sí solo o con los apoyos disponibles, de hacer estas actuaciones (en suma, comprender algo y poder comunicarlo y a su vez recibir comunicaciones), puede contratar.

Lo anterior debemos completarlo con el tratamiento que se da en el Reglamento Notarial al acto de lectura y suscripción del documento, al que más adelante nos referiremos.

Fijémonos en que hay medios técnicos que permiten a personas físicamente discapacitadas comunicarse a través de ordenadores u otros medios de adaptación de las personas con discapacidades físicas. La jurisprudencia y la Convención proporcionan base para permitir el uso de estos medios, medidas de apoyo, aunque no respeten la literalidad de la ley. La comunicación puede ser difícil, pero, si se alcanza, la redacción literal de las normas no puede ser obstáculo para no utilizarla.

Esta última cuestión cobra especial importancia en la actualidad, tras el esquema que propone, e impone, la Convención de la ONU. Hasta ahora, el declarado incapaz no actúa, y en materia testamentaria no se puede testar en su nombre. En esta misma materia tenemos la excepción del art. 665 (intervención de dos facultativos). Ahora la norma que contemplamos establece la obligación de proporcionar medidas de apoyo, que normalmente serán de intervención de terceros, para poder ejercitar sus derechos civiles. Volveremos sobre ello en su campo propio de actuación, la discapacidad intelectual. Pero debemos apuntar que todo son discapacidades, y que la vía de solución será la misma: apoyos para superar las barreras.

Por último, el Tribunal Supremo ya ha empezado a considerar una aplicación directa de la Convención (si bien en materias alejadas de la que nos ocupa). La STS de 29 de abril de 2009 analiza preceptos del Código Civil (referentes a la incapacitación) para determinar si son conformes con ella. Y recordemos sus normas citadas al principio de este trabajo, en relación a que los Estados están obligados a *“Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; ...*

Entre estas prácticas a modificar o derogar podríamos incluir las que, entre varias interpretaciones posibles de una norma, no apliquen aquella que permita a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos, con utilización de los apoyos disponibles.

IV.- DISCAPACIDAD INTELECTUAL

IV.1.- ALCANCE DE LA DISCAPACIDAD

¿En qué consiste la discapacidad, a los efectos de testar u otorgar negocios jurídicos? Discapacidad intelectual, pues ya ha quedado apuntado que los problemas físicos y sensoriales podrán dificultar las comunicaciones precisas para hacer un documento, y se tratan aparte. Démosle la vuelta y examinemos qué tipo de capacidad, nivel de comprensión y voluntad, debe tener una persona para que su testamento o contrato pueda ser eficaz, de modo que, no concurriendo estos requisitos, estaremos ante una incapacidad para testar o contratar.

El sujeto ha de comprender el tipo de acto que va a hacer, sus consecuencias, características y efectos; a quienes ha de afectar, los sujetos a los que puede referirse (no sólo los mencionados en el testamento, sino especialmente los no mencionados, por ejemplo, ante la institución a favor de algún pariente, qué otros parientes quedan excluidos), y sobre qué bienes se va a aplicar, su alcance económico.

Desde un punto de vista jurídico, ha sido tratado por la doctrina sin que se produzca contienda en este tema. Hay consenso en que habrá de tener un conocimiento suficiente de lo que hace, lo que dependerá asimismo del nivel intelectual del testador, de la complejidad de lo querido y de las relaciones económico-jurídicas afectadas. Así, en un supuesto de una persona con determinados parientes cercanos, con un patrimonio simple, la voluntad de dejárselo a alguien en concreto, no precisa mucha complicación. Para esa misma persona, cuando se plantea una fiducia sucesoria, legítimas, colación de donaciones, o un fideicomiso; el desconocimiento de qué otros parientes hay, o un patrimonio de bastante valor y composición compleja, puede ocurrir que no sea suficiente una expresión tan simple. La capacidad para testar será diferente en uno y otro caso. Esta no es para un testamento genérico, sino para cada uno concreto.

IV.1.a) En el Código Civil, respecto de los testamentos, se trata en los arts. 662 (pueden testar aquellos a quienes la ley no se lo prohíba), 663 (que habla de los incapacitados para testar, menores y lo que no se hallen en su cabal juicio) y 665 (que trata del testamento del declarado incapaz, pero que está en su cabal juicio). De estos podemos deducir que hay una presunción general de capacidad para testar, que no obstante deberá ser comprobada por el Notario en el testamento notarial, y junto a ésta una presunción de falta de capacidad de quienes han sido incapacitados, en cuanto haya accedido a este estado civil, es decir, sin necesidad de que diga nada la sentencia, lo que contradice directamente lo dispuesto en la Convención, artículos 4 y 12. Presunciones, las dos, iuris tantum, es decir, que pueden ser desvirtuadas. La primera, en un juicio en que se reclame la nulidad por este motivo, y la segunda mediante el medio más fácil de recurrir a los dos facultativos que refuercen el juicio notarial de capacidad.

Examinemos el 665: *Siempre que el incapacitado en 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*". La redacción anterior a 1991 comenzaba "Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido..." Es interesante esta distinción. La redacción más antigua (intervalo lúcido), determina claramente que con la incapacitación se ha accedido a un estado del que, excepcionalmente, se puede salir con carácter temporal en el denominado "intervalo lúcido". En términos vulgares, se supone un enfermo mental que no puede hacer nada salvo a

ratos en que remite su enfermedad. El esquema sobre la discapacidad a que responde esta redacción podemos considerarlo superado hace tiempo, no obstante, aún encontramos estudios sobre esta materia que responden a él. La redacción actual mantiene la presunción de incapacidad, solución tampoco ajustada a los preceptos de la Convención que, además, nos lleva a determinar la nulidad de un documento otorgado por quien no manifiesta su estado de incapacitación y, sin embargo, se encuentra en situación de otorgarlo.

Había sido bastante discutido a qué personas se aplicaba el artículo, quiénes eran los “dementes”, si los que hubieran sido judicialmente incapacitados o también los habitualmente discapacitados intelectualmente, que en un intervalo lúcido pretendieran testar. Una doctrina minoritaria, aunque importante, (que recogen y siguen Albadalejo y Lacruz) entendía que se aplicaba también a los que padecían habitualmente una demencia, aún a los no incapacitados judicialmente. Esto nos lleva a una gran inseguridad al imponer obligatoriamente la presencia de facultativos en relación con personas de las que no constaba su patología, es decir, en el juicio de capacidad realizado en el momento de testar no aparece si tal capacidad corresponde a que está en un intervalo lúcido (lo que exigiría intervención de facultativos) o si es su estado habitual (en cuyo caso no es precisa). Esta interpretación nos interesa también como ejemplo de centrarse en redacciones literales, ignorando la realidad: ¿qué es un demente? ¿qué grado de enfermedad mental produce como consecuencia la imposibilidad de otorgar un testamento sin intervención de facultativos, sancionándose con nulidad? Recordemos que estaba en vigor en 1990, año en el que se podía utilizar una gran precisión en la determinación del alcance de este tipo de enfermedades. Y, a efectos más prácticos, al hacer testamento, ¿debe el Notario exigir a todo el mundo un certificado médico de que no se padece ninguna patología de este tipo? Porque en el momento en que se comunica con el testador, no hay síntomas de ella (bien porque no la haya, bien porque está en un “intervalo lúcido”). El desarrollar estas cuestiones a través de la interpretación y análisis de antiguos textos jurídicos nos llevaba a una separación con la realidad y las formas de poder apreciarla.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entendieron exigible el requisito de la incapacitación, lo que robustece la seguridad jurídica, los testamentos aumentan su seguridad. La nueva redacción de la norma zanjó la polémica al referirse directamente al “incapacitado en virtud de sentencia” .

En estos casos impone el art. 665 que, con carácter obligatorio, intervengan dos facultativos que “respondan de su capacidad”. Requisito necesario pero no suficiente, pues no eximen al Notario de emitir su propio juicio. La intervención facultativa es una ayuda imprescindible (puesto que el dictamen debe ser favorable), pero no suficiente, la apreciación de la capacidad, su adecuación al caso, a los bienes, al contenido del negocio jurídico que se hace, debe ser también apreciada por el Notario. Estamos ante una medida de apoyo a éste para determinar la capacidad.

IV.1.b) Respecto de los demás contratos, la regulación general es el 1263 Cc, que establece que no podrán contratar “los incapacitados”, categoría genérica en la que se engloban todos los que han pasado a tal estado civil, con independencia del acto concreto de que se trate. Aparte de esto, hay una presunción general de capacidad de todos

aquellos que no han sido incapacitados, destruible a través de una resolución judicial que, a posteriori, la destruya, completada con otra presunción general de falta de capacidad de los que han pasado al estado civil de incapacitados, ésta iuris et de iure, es decir, no destruible.

En cuanto a los actos con control de capacidad, los recogidos en documentos notariales, con carácter aparentemente formal se refiere a este tema el art. 193.2 del Reglamento Notarial. El punto álgido del otorgamiento (por las partes) y autorización (por el Notario), se fija en la lectura, y se van matizando en las sucesivas redacciones de esta norma en qué consiste esa “lectura”. Inicialmente con el acento en la actuación formal del Notario, la lectura que él hace. Luego pasa a considerar al receptor y el resultado que en éste produce, a través de la “lectura explicativa”. Y finalmente, teniendo en cuenta su capacidad personal, la “lectura” se entiendo hecha *“cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendiendo a las circunstancias de los comparecientes”* Alcance y efectos, referidos al acto jurídico; circunstancias de los comparecientes, referidos a los sujetos. Requisito, comunicación de este contenido. Volvemos a incluir aquí las consideraciones que se han expuesto en relación con el artículo 182.1 del Reglamento Notarial, que incluye la posibilidad de que existan barreras tanto psíquicas como físicas o sensoriales, que pueden ser corregidas con las medidas de apoyo de que se disponga.

IV.2.- CUANDO HAY QUE TENER CAPACIDAD

La capacidad / posibilidad de hacer un negocio jurídico / cabal juicio deben existir en el momento de otorgarlo. El art. 663.2, respecto de los testamentos, lo prohíbe al que *“habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”*, que podemos entender si consideramos que se refiere al que en esa época no lo está, o accidentalmente en ese momento tampoco lo tiene (sedación tras un episodio médico, o una intoxicación que altere sus facultades de percibir la realidad o su voluntad). De este modo podemos extender la presunción que antes veíamos de falta de capacidad de los incapacitados (corregible con la intervención de facultativos del 665) y del que está habitualmente discapacitado intelectualmente, que sería corregible a través del juicio de capacidad, pero que causará una cierta dificultad en los casos en que este no exista, como el documento no notarial o el testamento ológrafo; ¿cómo se determina que una persona, habitualmente discapacitada mentalmente o enferma mental, tenía capacidad suficiente en el momento en que lo redactó y suscribió, si nadie la ha contrastado?

Puede causar perplejidad en este esquema el artículo 664 (*El testamento hecho antes de enajenación mental es válido*). Habla de “enajenación mental”, por lo que robustece el requisito de que se aprecie la capacidad en el momento de la autorización del testamento. Pero su presencia, que sólo para eso sería innecesaria, se estableció para desmarcarse del Derecho Romano, seguido por Las Partidas, en el que la enajenación mental posterior anulaba el testamento (que venía a ser como un documento evolucionable, de modo que perdida la posibilidad de modificarlo, se anulaba). Correlativamente, debemos concluir que el documento hecho en un momento en que falta la capacidad no queda sanado por la recuperación de ésta en una época posterior. Debería ratificarse; en la práctica, otorgarse de nuevo.

IV.3.- INFLUENCIAS EXTERNAS SOBRE LA VOLUNTAD

No solamente hay que conocer las cosas, también hay que quererlas. Conocimiento y voluntad. Esto implica que la decisión sea propia del testador, y no de otros. Hay que desechar además aquellos casos de dependencia de otra persona, sobre todo si es beneficiaria de las disposiciones. En este punto la medida más eficaz, probablemente la única, es el control por el funcionario encargado de autorizar el documento. Es habitual la práctica notarial de recibir y establecer la comunicación con el otorgante, sin estar presentes otras personas que le hayan acompañado, muy especialmente si son destinatarias de las disposiciones de última voluntad o beneficiarios en el documento (especialmente poderes).

La intervención de otras personas como “apoyo” para realizar este acto jurídico siempre debemos analizarla con la vista en las salvaguardas previstas en el artículo 12 de la Convención (entre ellas, que “*respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida*”) que podemos encontrar en nuestro derecho positivo en las incapacidades para actuar como testigos (para los testamentos, el artículo 682 Cc: “*los herederos y legatarios en el instituidos, sus cónyuges ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad*”, y para los demás documentos notariales, el 182 del Reglamento Notarial en el mismo sentido). No tiene lógica que alguien no pueda ser testigo, pero se le admita a conformar la voluntad del testador cuando es parte interesada. Con independencia de que no sean estrictamente testigos, el Notario no debe admitir su presencia en el proceso de comunicación y conformación de la voluntad del otorgante.

No obstante, veamos cómo se trata jurídicamente la situación en que una persona es empujada a hacer un negocio jurídico que recoge una voluntad que no es realmente la suya, sino de otro.

Esta materia se trata, para la generalidad de los negocios jurídicos, en el artículo 1.265 del Código Civil (*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*) y los que lo desarrollan. En materia testamentaria, la norma de referencia es el 673 (*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*), que reproduce al anterior, salvo que aquél incluye también el error. Esta discrepancia queda explicada si entendemos que lo que hace el artículo es proteger al testador frente a influencias externas, sin ocuparse aquí de vicios internos que repercuten en el “cabal juicio” y se recogen en supuestos concretos en otras normas.

En caso de discapacidad habrá que atender a la extensión del dolo o del fraude, pero podemos concluir que, en aquellos casos en los que, por influencias externas, el documento no recoja una voluntad del otorgante (sino de otra persona), o que esta voluntad haya sido formada por influencias ajenas, se aplicaría la sanción que el artículo define como de nulidad.

En el Código la situación de nulidad puede producir diversas consecuencias: nulidad propiamente dicha (el acto no vale), o anulabilidad (el acto vale pero puede ser impugnado durante un plazo determinado). Hemos visto que en materia de testamentos se habla de la primera, pero luego se limitan sus efectos; en otros negocios jurídicos se tratan conjuntamente (art. 1300 C.c.). En materia de falta de capacidad, parece más ade-

cuando aplicar sanciones en el sentido de la anulabilidad, como hace el Código en relación con el resto de los contratos. Si no se anula, el testamento o el contrato tiene validez. Esto presenta alguna especialidad testamentaria frente a la situación común: el testador, fallecido, no podrá impugnarlo; sus herederos serán los beneficiarios del documento viciado, por lo que habrá que entender legitimado para solicitarla a todo interesado en su anulación. Asimismo, los plazos para interponer esta acción habrán de contarse desde el fallecimiento. Xavier O'Callaghan le aplica el plazo de las acciones personales, de quince años (art. 1964), frente a los cuatro señalado con carácter general para los actos anulables (art. 1300), que en todo caso deberían contarse desde la fecha del fallecimiento.

En virtud del mismo principio, el del favor testamenti o favor negotii, la justificación del vicio de voluntad habrá de probarse, no bastando las meras presunciones. Ahora bien, una vez probados los hechos, sí que podrá presumirse la consecuencia, pues en otro caso nos encontraríamos frente a una prueba diabólica. Las circunstancias que hay que probar incluirán múltiples factores que no pueden reducirse a un catálogo objetivo, sino precisamente subjetivo y dependiente de las circunstancias particulares de cada persona (el testador u otorgante y los causantes de la influencia indebida), que constituyen criterios para justificar un nexo de causalidad entre la actuación probada y la consecuencia: edad, salud, estado psíquico, la relación con el causante del vicio y los medios empleados. La jurisprudencia ha utilizado también situaciones de debilidad mental, incapacidad, pobreza de ánimo y depresión de la voluntad, lejanía, soledad y desarraigo, estrecha convivencia o aislamiento.. etc.

Además de la reclamación de nulidad, existe otra consecuencia propia del derecho de sucesiones: la indignidad para suceder, que causa que una persona sea jurídicamente incapaz para ser heredero de otra. En este caso se plantea la duda de si nos encontramos ante un heredero que no ha sucedido en ningún momento (por lo que parece inclinarse la escasa jurisprudencia), o bien si es un heredero que puede ser privado de la herencia (como sigue generalmente la doctrina). En ambos casos, el sistema del Código Civil le priva de tal condición, no sólo de lo dejado en testamento, sino también de lo que le correspondiera por legítima o abintestato. Y la diferencia práctica será mínima, llegándose por ambas vías a la misma conclusión. El plazo establecido para esta reclamación es el de cinco años desde que el indigno esté en posesión de la herencia.

Entre los supuestos de indignidad está el siguiente: “5º. *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo*” Por un lado, el testamento puede ser anulado (art. 673) y, además, el que lo causó es indigno para suceder (incluso por título distinto del testamento, legítima o abintestato). Por lo primero se anula el testamento; por lo segundo pierde el culpable lo que pueda llegar a recibir por vía extratestamentaria.

IV.4.- CÓMO SE DETERMINA. EL JUICIO DE CAPACIDAD

IV.4.a) Hay varios artículos en el Código Civil que tratan del juicio de capacidad, que se realizará en los testamentos hechos ante otra persona (en la inmensa mayoría de los casos, el Notario; muy excepcionalmente, ante testigos o párroco). Por un lado, el 685, con carácter general, indica que “*procurarán el Notario y los testigos asegu-*

rarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar". Con carácter específico para el testamento abierto, el 695 dice que *"el Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad necesaria para otorgar testamento"*. En el primero de ellos, "procurarán asegurarse"; en el segundo, "hará siempre constar". Lo mismo aparece en la intervención notarial en el testamento cerrado (art. 707.4).

Otra diferencia estriba en que el artículo 685 lo encomienda al Notario y a los testigos (pero, recordemos, sin una obligación de resultado, simplemente "procurarán"), mientras que el 695 y 707.4, aplicables precisamente a los dos testamentos en que interviene el Notario, deja fuera a los testigos. Esta segunda postura es más lógica, por cuanto hemos visto que el "cabal juicio" o "la capacidad legal necesaria" han de referirse en relación con un determinado acto jurídico, cuya configuración, además, corresponde al Notario en el testamento abierto. Es preciso que quien lo juzgue sea el profesional jurídico que interviene, y no quienes no tienen la condición de juristas ni, en la práctica totalidad de los casos, han intervenido en la conformación de la figura jurídica que se haya adoptado.

En cuanto a lo que debe ser apreciado y juzgado ("a su juicio") no es un análisis psiquiátrico, para lo que el juzgador (el Notario) no está cualificado. Se referirá a la capacidad legal, al cabal juicio, aplicado a la situación concreta en que se encuentra el testador, en la forma y con el alcance que se ha planteado con anterioridad. Para ello no hay obstáculo en que se empleen medios auxiliares, en concreto la intervención de médicos que ayuden al Notario a formarse su juicio de capacidad, pero sin que esta obligación pueda ser delegada en aquellos. No obstante, en este caso su intervención no es necesaria, a diferencia de lo que veíamos en el art. 665.

Hace tiempo que la **jurisprudencia** despejó dudas acerca de la intervención de estos médicos, planteadas en el sentido de que podría suponer una presunción de demencia, o viciar el proceso de comunicación de la voluntad y fases posteriores. No sólo la jurisprudencia lo ha depurado, sino que las dudas, planteadas bajo una redacción del Código que exigía la intervención de testigos en el testamento, se solucionan con la actual del artículo 697, que regula los supuestos en que éstos deben intervenir, incluyendo *"cuando el testador o el Notario lo soliciten"*. No hay ningún problema en que éste lo pida para completar, con apoyo especializado en la materia, su juicio de capacidad. En la práctica, incluso, se ha planteado, ante el deseo de que no aparezcan dudas en el documento y por motivos de intimidad, el realizar un examen médico que luego se recoge en acta de manifestaciones otorgada de forma simultánea por los facultativos, en la que se afirma que en su opinión concurre tal capacidad. La finalidad de ésta es su utilización en un futuro proceso, previsible a veces, en que se busque destruir la presunción de capacidad que tiene el juicio notarial en esta materia. El requisito legalmente imprescindible es que el Notario forme el juicio de capacidad; los medios auxiliares (facultativos) le ayudan en aquello, pero no le liberan de esta responsabilidad.

IV.4.b) En lo que respecta al resto de documentos notariales, el Reglamento Notarial exige que el Notario (1) emita su juicio sobre su capacidad, (2) afirme que el consentimiento ha sido libremente prestado y (3) se adecua a la voluntad debidamente informada (art. 145). También, la necesidad de expresar que tienen capacidad legal o civil para el acto que de otorgue (156.8), y una vez más, que tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato (167). Como vemos, capacidad (como parte del consen-

timiento) referida al acto o contrato que se otorgue, lo que afecta a los demás elementos: objeto del contrato y causa, el vínculo que une sus diversos elementos. Por ejemplo, acerca del valor de lo que se adquiere o transmite.

Hemos visto cómo el juicio de capacidad se refiere a un cúmulo de circunstancias (personales, patrimoniales, de comprensión jurídica) completamente diferentes entre los sujetos y las situaciones en que se encuentran. Por lo tanto, deberá ser individualizado en cada caso. En consecuencia, no se puede medir ni definir, con carácter general, una capacidad genérica para contratar. Los intentos de clasificarla nos llevarán fuera del sistema jurídico en el que nos movemos. Así, el Documento Sitges de 2005 cataloga el testamento como una “Decisión relacionada con el patrimonio personal de grado mayor”, acabando en una tabla en la que se mide el nivel que debe alcanzarse para poder hacerlo en cada uno de los aspectos neurológicos (nivel de conciencia, 1; percepción de estímulos, 3; atención, 2; gnosias, 3; comprensión de lenguaje, 2; expresión de lenguaje, 3. etc). El Documento Sitges 2009 lo cataloga como “acto de importancia patrimonial”, lo que depende también de determinados valores de los bienes afectados (ignorando que para un patrimonio cuantioso una determinada cantidad puede ser algo de escasa relevancia, pero que podrá alcanzar la totalidad de los bienes de otro sujeto), y luego continúa con las mismas clasificaciones (aunque el nivel en alguna de ellas se ha modificado) para terminar estableciendo una nueva tabla con la alteración máxima permisible. Estos sistemas, que pueden ser muy precisos desde un punto de vista médico, no son admisibles en el campo de la capacidad jurídica. Por ejemplo, el nivel de comprensión de lenguaje no puede ser aplicado a la explicación de una sustitución fideicomisaria de residuo con la misma exigencia que el deseo de que “todos mis bienes sean para mi hijo”. No sirve “medirlo” médicamente. Un efecto secundario sería un aumento considerable de la inseguridad jurídica, ante peticiones de anulación de algo que conocía y quería un testador que, sin embargo, no da el nivel “x” en el preciso test al que puede haber sido sometido, siendo así que ese “x” ha sido establecido tanto para unos bienes por valor de 10.000 euros, cantidad que mentalmente controla, como para una patrimonio de 10.000.000 de euros, que puede no controlar. La medida que se maneje no puede ser la misma, tanto en relación con los bienes, como la complejidad de esa “Decisión relacionada con el patrimonio personal de grado mayor” con que todos ellos se califican.

¿Cómo se realiza este juicio? No hay normas jurídicas. Las situaciones son tan variadas como actos jurídicos y personas intervengan. Hemos visto que la capacidad debe ir referida al acto concreto (no sólo al tipo de negocio), y que el que la hace no es un técnico en la materia. En la práctica, la conclusión a que llegamos es que es esencial un contacto directo, una conversación con el interesado. En esta conversación pueden tocarse temas generales (ubicación temporal y espacial, por ejemplo) junto con los correspondientes a la comprensión de qué se quiere hacer, con quién y sus consecuencias, así como posibles alternativas. Y necesariamente incluirá la cuestión de lo que se da en llamar en Derecho influencias indebidas, y para ello deberá dejar de lado a los acompañantes, especialmente si están interesados en el negocio jurídico. Posteriormente podrán intervenir como apoyo, por ejemplo por dominar los pormenores del tema, pero siempre actuando como una salvaguarda de aquellos aspectos que detalla el artículo 12 de la Convención y que se refieren directamente al sujeto: respeto de sus derechos, voluntad y preferencias, evitar abusos, que no haya conflicto de intereses, y evitar también influencias indebidas.

Mostremos un ejemplo tomado de la sentencia de la A.P. de Valladolid, de 2 de julio de 2008. Aquí se impugnaba un testamento por no haberse respetado su carácter personalísimo (670 Cc), la expresión “oral o por escrito” de la voluntad al Notario (695 Cc) y por lo tanto no haberse observado las formalidades legales (687 Cc), además de la falta de capacidad de la testadora. De la sentencia se deduce que las instrucciones para el testamento fueron transmitidas por otra persona a la notaría, donde se redactó, se llevó por el Notario a la testadora, que lo aceptó y firmó. Añade la sentencia que, como es habitual en toda oficina, se parte de un borrador según las instrucciones dadas por el interesado o un tercero a su encargo (670 Cc) sin que ello perjudique el carácter “luego personalísimo y directo del otorgamiento .. y de la intervención también directa del funcionario autorizante”. En concreto, el Notario se personó con un poder y un testamento redactados por encargo de otra persona, “conversó, a solas, con” la testadora, con quien contrasta el texto, la somete a su juicio de capacidad (la encuentra lúcida, plenamente consciente, le explica las razones por las que modifica su anterior testamento), rechaza la firma del poder y acepta la del testamento, tras hacerle alguna pequeña modificación a través de apuntes manuales en la forma prevista por el Reglamento Notarial. Como se estaba en sede judicial, se aportó dictamen médico y testimonios de amigas que aseveraban su capacidad, pero se recalca, por dos veces, que la capacidad cabe presumirse “luego de emitirse por el Notario autorizante juicio de capacidad bastante de la testadora, con presunción iuris tantum”. Se rechazó por consiguiente la solicitud de nulidad.

IV.4.c) ¿Por qué se emite el juicio de capacidad, y por quién?

Hemos visto que todos negocio jurídico se apoya en la presunción general de capacidad de sus otorgantes, que no hayan sido declarados incapaces. Y que esta presunción puede destruirse en un proceso de nulidad, en el que en principio no habría ningún indicativo especial que apoyara una tesis que robusteciera tal presunción, que por ello sería débil. Los negocios jurídicos, por ello, no serían seguros, y esto repercute en la economía, entre otras circunstancias que afectan a las personas y que igualmente se ven afectadas. Si se dispone de una nueva prueba, otra presunción, suministrada por alguien de quien el Estado se puede fiar si ha controlado su preparación, seleccionado y regulado sus normas de actuación, los negocios jurídicos se robustecen, la seguridad jurídica también y, en cadena, la economía y la tranquilidad de las personas que utilizan estos negocios jurídicos o los que, sin intervenir en ellos, pueden fiarse de su contenido y efectos.

El proceso de creación de un negocio jurídico es complejo. Parte de la emisión de la voluntad al que lo redactará; éste le da forma; consulta con los otorgantes si lo que ha hecho está bien y es lo que quieren, y estos lo suscriben. Además, para fortalecerlo, un funcionario debe fijar la fecha y decir que tienen capacidad para comprender y querer lo que allí se dice. Todo referido a ese texto que ha preparado. Debe ser el que recibe la voluntad, le da forma jurídica, la explica de forma que considera comprensible para el contratante, quien finalmente dictamine que “esto que he hecho es lo que él quería, ha comprendido y suscribe”.

Si unimos todo lo anterior, referido al robustecimiento del elemento “conocimiento” (1263 Cc) de un negocio jurídico, con el hecho de que lo mismo se produce respecto del objeto (investigación sobre sus cargas, comunicaciones con Catastro) y causa (y aquí incluimos el control de que lo que se hace es conforme a las leyes), más

sus efectos (comunicaciones fiscales, apertura del acceso a registros públicos), tenemos como resultado un documento fiable en la vida económico-jurídica. Y estas actividades se pueden realizar por aquel a quien se ha encargado su redacción, que además ejerce esta función pública. Cualquier otra solución eleva el coste en medios (al sumar la intervención de más personas) y tiempo, lo que encarece la seguridad jurídica que se busca. El sistema es menos eficiente.

El consentimiento que se ha juzgado irá referido a ese objeto, esa causa jurídica y esos efectos concretos. Por ello deben ser realizados por la misma persona que actúa sobre ellos para obtener el efecto pretendido.

El efecto que produce el juicio de capacidad notarial es una presunción de veracidad, de que se tiene el “cabal juicio” requerido. Como tal presunción, podrá ser desvirtuada en el correspondiente proceso judicial, en el que quien la contradiga habrá de probar que, en el momento de testar o contratar, no se tenía la capacidad suficiente para entender o querer las disposiciones jurídicas de que se trate. No bastaría probar otro nivel de discapacidad intelectual. Es ilustrativo a este respecto el caso planteado y resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de **22 de enero de 1913**. En éste, dos facultativos diagnostican, a otros efectos, que una persona no tiene capacidad mental suficiente (fijémonos en la fecha, 1913, en las que la precisión médica y terminológica era bastante distinta de la actual). A las pocas horas, en el propio testamento suscriben que su autora tiene capacidad mental suficiente para otorgarlo (que, como hemos venido indicando, se refería al contenido de ese documento). El juicio de capacidad, entonces prestado por Notario y facultativos y referido al acto de hacer ese testamento concreto, constituye una presunción de verdad que motivó que se mantuviera la validez del documento.

La jurisprudencia sigue este criterio restrictivo a la hora de admitir la nulidad de un testamento por falta de capacidad. Indica que puede destruirse por pruebas concluyentes, inequívocas, sin asomo de dudas (STS 7-X-1982 y 26-XI-1988), y que la afección mental ha de ser grave, hasta hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (STS 27-I-1998 y 12-V-1998).

IV.5.- MEDIDAS DE APOYO

Lo que podemos considerar como “apoyos” citados hasta aquí (básicamente, los facultativos que intervienen) ayudan en algunas ocasiones **al Notario** a formar su juicio de capacidad. Ahora debemos ver otras posibles medidas, las que ayudan **al sujeto** a completar y expresar su voluntad. La diferencia, desde el punto de vista legislativo, estriba en que el sistema jurídico contemplaba la posibilidad de **capacidad-incapacidad**, separadas por un proceso de incapacitación. Respecto de los incapaces, las medidas de asistencia habituales son la tutela y la curatela (aparte de otras muy específicas), quedando la guarda de hecho en una especie de limbo legal (pese a la proliferación que, en la práctica, tiene esta figura). No obstante, estas figuras, como la representación a través de poderes, no permiten actuar en nombre del incapaz en actos como un testamento. La medida de sustitución de la voluntad no es admisible (art. 670: *El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario ..*). Las personas, así, se dis-

tinguen aún entre capaces, de los que se presume que pueden hacer todo tipo de actos jurídicos, e incapaces, que se supone que no pueden hacerlos.

Aparecen no obstante algunas **brechas** en el sistema. Con carácter general, en los actos más importantes de la vida económica y personal de las personas, se impone, además, la intervención de un **funcionario** (una autoridad en el matrimonio, el Notario en la generalidad de los casos) que habrá de juzgar la “capacidad”, aquí en el sentido de “cabal juicio”, de la persona. O sea que, aunque se presuma a una persona legalmente capaz, habrá que ratificarlo para ese acto en concreto. En la materia que nos ocupa, recordemos que será el discapacitado, no su representante, el que haga testamento, que en general estamos ante actos que va a hacer la persona con discapacidad.

La segunda brecha aparece con la Convención, en la que ya no es importante el esquema “capacidad-incapacidad”, sino la **discapacidad**. Recordemos el artículo 1 de esta norma: “*deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad* “ Y, no obstante estas deficiencias, estos impedimentos, el artículo 12 nos dice que estas personas tienen “*capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”, que se les proporcionará el “*apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*” con las salvaguardias que les protejan, entre otras cosas, del conflicto de intereses y la influencia indebida.

En suma, pasamos de la nulidad de los actos jurídicos por no poder acceder a la capacidad suficiente (insubsanable en el caso de los testamentos a través de las figuras clásicas de representación legal, tutela y curatela), al apoyo para intentar llegar a ella. Con la utilización de estos apoyos, se podrá llegar a juzgar con capacidad suficiente a la persona cuya discapacidad (el *impedimento para participar en la sociedad*) haya sido corregida por los medios de *apoyo* de que se trate, aunque la *deficiencia*, la causa, subsista. No obstante, si a pesar de los apoyos que se puedan recabar no se puede acceder a este nivel de capacidad, la respuesta del funcionario encargado de controlarla será la de denegar su autorización.

A la luz de la legislación aplicable (básicamente el Código Civil, las legislaciones forales que lo siguen y la Convención de la O.N.U.), la situación en cuanto a la capacidad de las personas ha cambiado. Tenemos como **esquema clásico**: quien no tenga capacidad, por haber sido privado de ella (incapacitado) o no superar el juicio de capacidad para cada caso, no puede hacer negocios jurídicos. Este esquema se puede considerar superado por imperativo de la **Convención**: quien no tenga capacidad debe de ser apoyado, en lo posible, para poder hacer negocios jurídicos. Los documentos notariales ya contienen el germen de estos apoyos: la intervención notarial es determinante en la configuración (a través del análisis de la voluntad manifestada por el testador y el consejo jurídico) y la redacción del documento. Ya hay en el Código algún atisbo de medidas de apoyo que superan lo tradicionalmente permitido (por ejemplo, el testamento del enteramente sordo que no puede leer, en cuyo caso lo hacen los testigos que no sustituyen la voluntad sino que expresan que coincide con lo manifestado, 697.2 del Código). La jurisprudencia ha permitido que, a través de estas ayudas, se superen los estrictos requisitos formales del testamento, pensados para alguien sin ninguna discapacidad. En esta vía, es interesante la intervención de otras personas que ayuden en la comprensión por el testador de lo que se hace, más un juicio de capacidad externo con la posible asis-

tencia de quienes contribuyan a que el Notario pueda analizarla, y que acredite que, así formada, es la voluntad suficiente del testador. Medidas a las que deberán aplicarse las salvaguardias del artículo 12 de la Convención, que *“asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona,..”*