

BIBLIOGRAFÍA

Libros

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: *La Capacidad de Testar: Especial Referencia al Testador Anciano*, ed. Civitas, Madrid, 2006, 190 pp.

Aunque la capacidad de testar ha sido tratada por nuestra doctrina, se echaba en falta el tratamiento monográfico de un aspecto concreto, dentro de este ámbito. Era necesario analizar jurídicamente la capacidad del testador anciano. Este ha sido el objetivo del trabajo realizado por Alma María Rodríguez Gutián, que ha logrado sintetizar de forma clara los aspectos médicos y jurídicos, dando como resultado un estudio muy práctico, útil no sólo para quienes se dedican al ejercicio de la abogacía, sino también para los Notarios. La autora pone a disposición de estos últimos un elenco de criterios de discernimiento y de actuación en el desempeño de sus funciones.

Nuestros Tribunales conceden un alto valor a la apreciación subjetiva del Notario acerca de la capacidad del testador. Pero en la práctica, ¿hasta qué punto garantiza el Notario que un testador está, efectivamente, en plenitud de facultades? En relación con la presunción de capacidad del testador, derivada del artículo 662 CC, ¿qué diferencias hay entre un testamento ológrafo y un testamento notarial? ¿Responde el Notario en caso de ser anulado en el futuro un testamento autorizado por él, a causa de la falta de capacidad del testador? En el Código civil español, sólo se exige al Notario la diligencia de llamar a dos facultativos para que dictaminen si el testador está capacitado para testar, en aquellos casos en que exista una sentencia de incapacitación la cual no contenga pronunciamiento alguno sobre este punto (art. 665 CC).

La constatación de estos aspectos, lleva a Alma María Rodríguez Gutián a defender que, cuando se trata de un testador anciano, el Notario está obligado a mantener un diálogo con él, que le permita apreciar si goza o carece de suficiente capacidad para el acto jurídico que se dispone a realizar. Comprometida con el tema, la autora facilitará al Notario los datos que necesita conocer a estos efectos. Este es uno de los aciertos de la monografía: que penetra en el ámbito de la valoración médica para guiar al técnico del Derecho en su apreciación jurídica. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias ilustra y aproxima estos dos ámbitos implicados en el tema, el médico y el jurídico. A la vez, nos permite conocer qué tipo de hechos han sido tomados en cuenta por el Juez para valorar la capacidad del testador anciano.

Evidentemente, ni el hecho de la ancianidad lleva consigo la incapacidad de testar, ni los numerosos achaques propios de la edad, físicos o mentales, suponen necesariamente la pérdida de esta capacidad. La gama de facultades que pueden resultar disminuidas cuando llega la ancianidad es tan amplia que requiere ser desgranada y ordenada, a fin de facilitar la tarea de discernimien-

to acerca de la capacidad del testador. A ello dedica la autora la primera parte de su trabajo, logrando hacer un análisis de matices y una síntesis de supuestos, que son dignos de elogio, dada la dificultad que a todas luces comporta. En ella, trata por separado las enfermedades físicas y las enfermedades mentales y, dentro de estas últimas, distingue entre las demencias y la depresión, a lo que añade un estudio de dos supuestos especialmente interesantes en esta materia, el internamiento en un centro psiquiátrico y el suicidio.

La capacidad del testador anciano no puede estudiarse aisladamente, sin hacer referencia a la capacidad de testar en sentido amplio y a los problemas que plantea. La autora descubre diversos matices que permiten discernir cuándo estamos ante un supuesto de falta de capacidad para testar y cuándo estamos ante un supuesto similar, en el que resulta compatible la capacidad para testar del anciano con la existencia de otras circunstancias que puedan incidir en un vicio del consentimiento. En primer lugar, se detiene en el supuesto del anciano que depende de los cuidados de otras personas porque carece de autonomía. La autora analiza el posible dolo que pueda existir por parte de los cuidadores: a su juicio, normalmente se tratará de dolo bueno, si bien no puede descartarse el dolo malo.

En segundo lugar, se refiere al supuesto del anciano que tiene dificultades de comunicación (proporcionando criterios de valoración de las diversas disfunciones). En este caso, la autora opina que un Notario diligente debe dejar constancia de la disfunción, y que, por otro lado, no debe autorizar el testamento en los casos de absoluta imposibilidad de comunicación, subrayando la consiguiente responsabilidad en que puede incurrir el Notario conforme a lo dispuesto en el artículo 705 CC. La doctrina no es unánime a la hora de interpretar lo dispuesto en el artículo 695 CC («*El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario*»). Al respecto, la autora opta por una interpretación flexible de la norma y considera válida la comunicación mediata de la voluntad del testador al Notario, siempre que éste tenga certeza de que el anciano conoce y da su conformidad al contenido del testamento. *La prestación por el testador de su conformidad a la lectura del testamento en el momento del otorgamiento convalida ya la exigencia legal –explica– de la comunicación previa y directa de la voluntad del testador al Notario, siendo fundamental que el Notario exteme sus precauciones y se cerciore de que el testador en el momento del otorgamiento se entera del contenido del testamento, y de que realmente la voluntad leída concuerda con la voluntad real del testador* (pp. 112-113).

En la segunda parte de la monografía, Alma María Rodríguez Guitián aborda la *actuación del Notario en relación al examen de la capacidad de testar del anciano*. Entra de lleno en el ámbito de lo estrictamente jurídico, y se centra en la obligación del Notario de examinar la capacidad de testar del anciano, cuál es su fundamento, cuál su ámbito y alcance, cuál es el valor de su apreciación, cuáles las medidas de cautela que deben adoptarse en circunstancias especiales. La autora llega a la conclusión de que *para el cumplimiento de su deber el Notario ha de formar su juicio de capacidad de una manera atenta, seria y fundada*: Del Notario se requiere únicamente –como regla general– una apreciación subjetiva, pero esto no es incompatible con que se le exija una diligencia mayor si duda acerca de la capacidad del anciano, adoptando entonces las medidas pertinentes.

El análisis de lo dispuesto en el artículo 685 CC (el Notario deberá *asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*), lleva a Alma María Rodríguez Guitián a subrayar que corresponde al

Notario tomar la decisión acerca de qué cautelas deben adoptarse y cuándo deben adoptarse. Por esta razón, y porque éstas pueden ser de muy variada índole, en la monografía no se hace una enumeración taxativa o cerrada de este tipo de prevenciones o cautelas. La autora ejemplifica algunos supuestos y circunstancias que permiten dudar de la capacidad de testar del anciano y se detiene en algunas de las medidas que pueden adoptarse.

Así, cuando el testador sobrepasa la edad de 90 años, o está internado en un centro psiquiátrico, cuando le falta capacidad de comunicación y el anciano se limita a asentir a lo leído por el Notario, o cuando el contenido del testamento sea extravagante, por ejemplo, habrá que adoptar alguna cautela. Entre las medidas de prevención, la autora cita, también a modo de ejemplo, la conversación con el testador, la observación de sus gestos y su modo de presentarse, la realización de un breve test sobre la capacidad intelectual del testador, o bien el dejar constancia en el propio testamento de la duda acerca de la capacidad o de los indicios de su carencia, apreciados por el Notario, sin que esta última apreciación sea vinculante para el Juez. De mayor complejidad son otras medidas, tales como el recurso a los médicos y personal facultativo, a las que puede acudir el Notario o bien ser solicitadas, en determinados casos, por los familiares del testador.

Alma María Rodríguez Guitián concluye su monografía analizando la responsabilidad del Notario. La cuestión es la siguiente: Si, *en una situación objetivamente dudosa*, el Notario autoriza el testamento sin adoptar ninguna medida o cautela, ¿se le puede exigir responsabilidad civil extracontractual, *ex* artículo 1902 CC? ¿Se le puede abrir expediente disciplinario? En relación con la primera pregunta (la posibilidad de exigir una indemnización por responsabilidad civil extracontractual), la autora explica que no existe obstáculo para ello siempre que concurren todos los presupuestos de la responsabilidad por daños, que describe cuidadosamente adaptándolos al objeto de estudio, y que completa con un análisis de los aspectos procesales. En relación con la segunda cuestión (si se puede abrir expediente al Notario), la respuesta es también afirmativa, como posibilidad, cuando antes haya sido declarado nulo el testamento por falta de capacidad del testador y quede probado el actuar negligente del Notario.

Quisiera felicitar a la autora de la monografía que, una vez más, ha publicado un trabajo serio, e interesante desde el punto de vista práctico y teórico.

Carmen JEREZ DELGADO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid