

EI JUDICI DE CAPACITAT ALS TESTAMENTS NOTARIALS

ANTONI BOSCH CARRERA. *Notari. Professor Associat de Dret Civil a la Universitat Internacional de Catalunya*

TATIANA CUCURULL POBLET. *Doctora en Dret. Advocada.*

RESUM: El judici que ha d'emetre el Notari sobre la capacitat del testador per atorgar testament implica tenir en compte un conjunt d'elements en el moment de fer testament. És per això que s'estudien en profunditat els diferents tipus de capacitats que es regulen en la legislació, així com els elements que entren en joc per a la formació de la voluntat del testador. Tot i així, són molts els casos en que aquest es troba en una situació especial. És per aquest motiu que resulta necessari analitzar aquelles situacions en la que hi ha una pèrdua progressiva de la capacitat, i igualment definir una actuació davant els moments de lucidesa que pot tenir un malalt. Per últim s'exposen els elements per emetre el judici de capacitat notarial.

ABSTRACT: In order that a Notary can assess the capacity of a testator to sign a will, various aspects must be considered. The different types of capacity governed provided for by Spanish legislation are thus studied in detail, along with the criteria used to determine the testator's intention. However, there are cases where the normal criteria cannot be used. It is therefore necessary to analyse those situations in which there is a gradual loss of capacity, and also to define how to act in any moments of lucidity that may be experienced by the testator whose capacity is compromised. Finally, the elements used by a notary to issue his or her assessment as to capacity are described.

PARAULES CLAU: Judici de capacitat, notari, testament, capacitat.

KEY WORDS: Assessment of capacity, notary, will, capacity.

SUMARI: I. ANÀLISI DEL JUDICI DE CAPACITAT: 1.1. Anàlisi legal. 1.1.1. Presumpció de capacitat. 1.1.2. Capacitat natural. 1.1.3. Capacitat suficient. 1.1.4. En el moment de testar es demana prou capacitat i lucidesa per fer-ho. 1.2. Els elements en la formació de la voluntat del testador. 1.2.1. Elements cognitius. 1.2.2. Elements volitius. – II. LA PRESA DE DECISIONS EN SITUACIONS DE PÈRDUA PROGRESSIVA DE LA CAPACITAT. – III. LES

PERSONES AMB MOMENTS DE LUCIDESA: 3.1. Els testaments de les persones amb malalties mentals no incapacitades. 3.2. Els testaments de les persones amb malalties mentals incapacitades. – IV. ELEMENTS PER EMETRE EL JUDICI DE CAPACITAT NOTARIAL: 4.1. Coneixement del Notari del testador. 4.2. Immediatesa del Notari. 4.3. Els “protocols” notariaus d’actuació en els testaments. 4.4. Els certificats mèdics antecedents i demanats pel propi Notari.

I. ANÀLISI DEL JUDICI DE CAPACITAT

1.1. Anàlisis legal

El dret reconeix a les persones capacitat per poder actuar i ser titulars de drets i deures. D’acord amb el que disposa als arts. 211-1 del Codi Civil de Catalunya i 29 del Codi Civil espanyol, totes les persones, pel sol fet de ser-ho, tenen capacitat jurídica, la qual és un tret inherent a la personalitat i s’adquireix amb el naixement.

És responsabilitat del Notari assegurar-se de que qui atorga un testament tingui la suficient capacitat per fer-ho i sàpiga que és el que està signant. Tot i així, cal tenir en compte que la pròpia legislació distingeix diferents tipus de capacitat i que a continuació es desenvoluparan.

1.1.1. Presumpció de capacitat

L’art. 421-3 del Codi Civil de Catalunya ens parla de la “presumpció de capacitat” en la qual disposa que “poden testar totes les persones que, d’acord amb la llei, no siguin incapaces per a fer-ho”.

Així doncs, aquest article parteix del principi del reconeixement general de la capacitat per testar a excepció de que la llei disposi d’alguna prohibició expressa. Per tant, es pot afirmar que la capacitat del testador constitueix sempre una presumpció. Per aquest motiu es pot afirmar que la capacitat es la regla general i les incapacitats excepcions a aquest principi, que tan sols poden ser acceptades si es preveuen de forma expressa¹.

Aquest fet implica que fins que no es demostrï en via judicial la incapacitat d’una persona, destruint la presumpció *iuris tantum* de capacitat, es presumeix que es té capacitat per a

¹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 66.

testar. Aquest fet, tan sols pot ser qüestionat per una evident prova en contrari que demostrï que el testador, en el moment de testar, tenia enervades la voluntat i el raciocini requerits per realitzar disposicions d'última voluntat².

Aquest judici de capacitat es tradueix, per part de Notari, en formular preguntes a l'atorgant i l'observació del comportament del testador en el moment de la lectura del testament o inclòs en moments previs a aquest acte. El fet de que el Notari sigui titular d'una oficina notarial suposa que el testador tingui tracte amb els Oficials i empleats del Notari que també informen sobre la capacitat dels atorgants.

Tant la doctrina com la jurisprudència també s'ha pronunciat sobre aquest tema i no ha apreciat incapacitat en aquells casos en que: la persona es troba en avançada edat³, tampoc la malaltia neurastènica⁴, haver tingut casos de malalties mentals en la família del testador⁵ o la depressió⁶.

Per tant, es regla general l'obligació d'assegurar-se per part del Notari, i en el seu cas els testimonis, de que el causant tingui la capacitat legal necessària per a testar⁷. Tot i així, encara que en aquells casos en el quals no sigui preceptiu la intervenció d'especialistes mèdics el Notari tingués dubtes de la capacitat mental del testador, no existeix cap impediment per que aquest pugui sol·licitar-los.

1.1.2. Capacitat natural

Sobre la capacitat natural en el moment de l'atorgament ens parla l'art. 421-4 del mateix text legal i en el qual es concreten les incapacitats per a testar. En primer lloc, es troben els menors de catorze anys y en segon lloc, aquells que no disposen de capacitat natural en el

² El Tribunal Suprem, sobre la base del principi *favor testamenti*, ha afirmat que "la aseveración notarial en cuanto a la capacidad del otorgante, en atención a la seriedad y al prestigio de la institución notarial, alcanza una relevancia de certeza especial que constituye una presunción *iuris tantum* de aptitud enérgica que sólo se puede destruir por medio de una prueba evidente en contrario". (STS (Sala 1ª), de 21 de juny de 1986 (ROJ: STS 15340/1986); STS (Sala 1ª), de 10 d'abril de 1987 (ROJ: STS 2581/1987); STS (Sala 1ª), de 26 de setembre de 1988 (ROJ: STS 6492/1988)).

³ SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 1ª), de 26 d'abril de 2004 (ROJ: SAP TF 833/2004); SAP BCN (Sec. 19ª), de 16 de maig de 2007 (ROJ: SAP B 8209/2007).

⁴ STS (Sala 1ª), de 27 de juny de 2005 (ROJ: STS 4229/2005); SAP Navarra (Sec. 1ª), de 16 de gener de 2012 (ROJ: SAP NA 7/2012).

⁵ SEONE SPIEGELBERG, J.L., "La nulidad del testamento otorgado por quien habitual o accidentalmente no se encuentra en su cabal juicio", Diario La Ley, 1996, p.2.

⁶ STSJC (Sala Civil), de 1 d'octubre de 1991.

⁷ STS (Sala 1ª), de 7 d'octubre de 1987 (ROJ: STS 1162/1987); STS (Sala 1ª), de 21 de juny de 1986 (ROJ: STS 15340/1986); STS (Sala 1ª), de 10 d'abril de 1987 (ROJ: STS 2581/1987)

moment de l'atorgament. Per tant, es considerarà nul el testament d'aquells que no disposin de la plenitud de les seves facultats mentals i no compreguin l'abast dels seus actes.

No obstant, cal tenir en compte que donat l'actual longevitat de les persones, i consegüentment l'increment en el diagnòstic i tractament de les malalties neurodegeneratives, comporta incrementar els dubtes sobre la vertadera capacitat natural de les persones d'edat avançada.

Segons J. GONZÁLEZ, han de concórrer en la figura del compareixent les condicions necessàries de "consciència, llibertat, voluntat, discerniment i serietat"⁸. Així doncs, la falta de capacitat natural a que es refereix l'art. 421-4 del Codi Civil de Catalunya s'ha d'entendre en el sentit de falta d'aptitud suficient de la persona per a governar-se per sí mateixa, fet que coincideix amb el que disposa a l'art. 200 del Codi Civil espanyol.

No és funció del Notari expedir certificats d'integritat mentals dels atorgants, sinó que la seva actuació es limita a constatar un fet i emetre un judici: que l'atorgant té el suficient grau de coneixement i voluntat per tal que li resulti imputable, des d'un punt de vista civil, l'acte que vol realitzar.

1.1.3 Capacitat suficient

Aquesta adjectivació de la capacitat està reflectida en l'art. 167 del Reglament Notarial. L'especialitat de la reglamentació notarial radica en que a més de realitzar l'activitat d'emetre el judici de capacitat de l'atorgant, ha d'expressar, en el propi document, el resultat d'aquesta activitat. Es a dir, des d'una perspectiva formal, i conforme a la tècnica notarial, la capacitat suficient es distingeix de la capacitat natural en que la primera exigeix de forma obligatòria la constància del judici de capacitat en el document, mentre que en la segona no és exigible.

No obstant, en el cas dels testaments, i tal i com assenyala J.M. ROVIRA PEREA, la sanció per l'omissió del judici de capacitat en el text dependrà del valor de la forma i no de la forma en sentit constitutiu⁹.

⁸ GONZÁLEZ, J., "Las conferencias del Dr. Ferrara. I. Incapacidad natural e incapacidad legal para contratar", *Revista Crítica de Dret Immobiliari*, 1928, núm.42, pp. 423-433.

⁹ ROVIRA PEREA, J.M., "Forma, capacidad, y unidad de acto en los testamentos", *Diario La Ley*, 1992, p. 8.

El Tribunal Suprem també s'ha pronunciat sobre aquest tema i, tot i que es mostra flexible en la interpretació del judici de capacitat del testador, resulta exigent respecte la constància d'aquest judici en el testament¹⁰. Considera l'art. 167 del Reglament Notarial norma *ius cogens* i la forma *ad solemnitatem*.

1.1.4. En el moment de testar es demana prou capacitat i lucidesa per fer-ho.

L'art. 421-9 del Codi Civil de Catalunya és una norma que respon a una aplicació del principi *favor testamenti*. Té com a finalitat evitar que la persona incapaç mori intestada. Així doncs, es pot afirmar, i segons del que es desprèn d'aquest article, la capacitat per testar no pot ser restringida, com a norma general, en la sentència d'incapacitació, sinó que ha de ser apreciada cas per cas, pel concret acte del testament i en el moment en que aquest hagi de ser atorgat.

Quan la declaració judicial d'incapacitació inclogui la capacitat de testar, aquesta es regirà pel que disposa a l'art. 421-3 del Codi Civil de Catalunya. En aquests casos és obligatori demostrar pericialment l'existència d'interval lúcid en el moment de l'atorgament¹¹.

1.2. Els elements en la formació de la voluntat del testador.

El testament és un acte de disposició patrimonial (art. 421-2 CCCat). No és un acte de gestió o d'administració. Certament en el testament es pot organitzar la successió ordenant fideïcomisos, fent llegats etcètera, però al cap i a la fi, és un acte de disposició patrimonial. Ara bé, en la mesura que la disposició és "*mortis causa*" i gratuïta la figura del destinatari i beneficiari és clau. Creiem que, a més de ser un acte de disposició, és un acte que pot tenir -i de fet té en molts casos en compte- afectes i sentiments. Per això, no estem davant d'un acte d'autogovern pur o davant una negociació, és un acte disposició unilateral a favor d'uns beneficiaris a qui ens lliguen un vincles afectius. Per això, no es poden deslligar els elements cognitius dels elements volitius i afectius a l'hora de jutjar la capacitat de testar.

1.2.1. Elements cognitius.

El nivell cognitiu que se'ns demana a l'hora de jutjar la capacitat del testador es el d'una persona de 14 anys. Per tant, no es tracta d'un coneixement tècnic sobre la matèria jurídica

¹⁰ STS (Sala 1ª), de 25 de junio de 1990 (ROJ: STS 4885/1990); STS (Sala 1ª), de 18 de noviembre de 1915 (Gaceta de Madrid, de 5 de marzo 1916).

¹¹ SOLÉ RESINA, J., "El testamento. Los codicilos y las memorias testamentarias", *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 56.

que no la tenen més que els experts. Tampoc es tracta d'un coneixement econòmic sobre la gestió o administració del patrimoni. Es tracta de conèixer que es té un patrimoni i la seva composició. Aquest sembla que és el mínim atesa l'edat que la Llei demana.

Escollit el beneficiari, la capacitat natural és suficient quan el testador sap en quina proporció adquiriran els beneficiaris i si aquests seran beneficiats en coses concretes o, en canvi, es vol beneficiar en tota l'herència.

Els altres elements cognitius seran assenyalats pels assessors o pel propi Notari. Aquests indicaran si s'han de fer llegats o modes. Si estem davant un hereu successiu o un hereu únic, si tindrem un usdefruit universal o no. Certament, a Catalunya hi ha una gran cultura successòria i molts testadors coneixen els termes que hem dit, però això no és determinant de la seva capacitat natural ni suficient. Els coneixements indiquen una cultura jurídica adquirida o estudiada però no pas natural que és la llei demana.

Sobre aquesta mateixa idea s'ha pronunciat J.M. DE ALFONSO afirmant que el testador precisa saber què és un testament i comprendre la seva transcendència, veure l'oportunitat del seu atorgament, efectuar un judici valoratiu del seu patrimoni, recordar les persones que han format part del seu cercle de convivència, valorar-les en relació a la seva persona, establir entre elles un ordre jeràrquic tenint en compte els valors afectius i els desitjos retributius, relacionar bens i persones, seguint finalment un acte volitiu i l'emissió de la seva voluntat per materialitzar-la¹².

1.2.2. Elements volitiu i afectiu.

En nivell volitiu suposa que el testador sap a qui vol deixar -i per exclusió a qui no vol deixar i inclòs a qui vol excloure- la condició de beneficiari. El voler del testador, la seva voluntat no solament és clau per apreciar la seva capacitat, és la clau de la successió. Diu l'art. 421-6.1 *“en la interpretació del testament, hom s'ha d'atenir plenament a la veritable voluntat del testador, sense haver-se de subjectar necessàriament al significat literal de les paraules emprades”*. La voluntat -i no el coneixement- és la clau en el judici de capacitat del testador. Sense voluntat no hi ha capacitat. Amb un coneixement defectuós o imperfecte però amb plena voluntat del testador sobre qui són els seus beneficiaris hi ha capacitat¹³.

¹² DE ALFONSO OLIVÉ, J.M., “Apreciación de la capacidad mental del testador. La intervención notarial y facultativa en el testamento abierto”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1973, núm. 3, p. 617.

¹³ SAP Las Palmas (Sec. 3ª), de 14 de julio 2008 (ROJ: SAP GC 2248/2008); SAP Las Palmas (Sec. 5ª), de 31 de marzo 2014 (ROJ: SAP GC 534/2014); SAP Vizcaya (Sec. 3ª), de 14 de mayo 2014

II. LA PRESA DE DECISIONS EN SITUACIONS DE PÈRDUA PROGRESSIVA DE LA CAPACITAT.

L'envelliment de la població mundial, en concret a Catalunya, ha posat de primer relleu la presa de decisions de persones quan estan en el procés de pèrdua progressiva de la seva capacitat. El mal d'Alzheimer i altres malalties degeneratives suposen un repte, no solament social, sinó també jurídic. Des de fa anys la comunitat científica lluita per donar una major qualitat de vida a les persones que estan en situacions de pèrdua progressiva de les seves capacitats i li faciliten la seva tasca social, col·lectiva i també jurídica. Des del punt de vista del Dret s'han anat donant solucions com la possibilitat de nomenar tutor o curador mitjançant el document de autotutela; també el fet de que la situació d'incapacitació no sigui una causa d'extinció dels poders mitjançant la reforma de l'art. 1738 del Codi Civil i permeten l'atorgament dels anomenats poders preventius. Ara bé en matèria de testaments la situació no ha variat tant ja que no hi ha cap reforma legal que últimament hagi aprofitat la possibilitat de testar a les persones amb una situació de pèrdua progressiva de la capacitat.

Segueixen vigents les normes de sempre en matèria de testaments en relació a la capacitat. Es a dir, que per a testar s'ha de tenir la capacitat suficient. En el cas de persones que van perdent de forma progressiva la seva capacitat la pregunta és, ¿fins quan poden fer un testament? O dit d'una altra manera, ¿quan no podran testar?. Per contestar aquestes preguntes val a dir que l'art. 421-3 del CCCat estableix una presumpció civil de capacitat en coherència al concepte de dignitat de la persona, i avui, també d'acord amb els tractats internacionals¹⁴. Ara be l'art. següent, 421-4, parla de capacitat natural per referir-ho a la capacitat en funció de l'edat en la que es pot atorgar testament, és a dir, 14 anys en el cas del testament notarial, i 18 anys en el cas del testament hològraf. Aquesta capacitat natural del testament notarial significa que un testador de 14 anys pot fer testament si no està afectat de cap deficiència mental que l'incapaciti per la presa de decisions. Per tant, la regla de la capacitat natural en el testament notarial és la regla d'una persona de 14 anys i en aquest sentit cal interpretar l'art. 167 del Reglament Notarial quan parla de que "*el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas...*" emetrà un judici de capacitat.

(ROJ: SAP BI 1115/2014); SAP Madrid (sec. 19ª), de 9 de junio 2014 (ROJ: SAP M 8819/2014); SAP Sevilla (Sec. 6ª), de 9 de julio de 2014 (ROJ: SAP SE 2341/2014).

¹⁴ Instrument de Ratificació de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, fet a Nova York el 13 de desembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 d'abril 2008).

El Notari aprecia la capacitat natural del testador a fi i efecte d'emetre un judici de suficiència sobre aquesta capacitat (art. 167 del Rnot). Entenem que el judici de capacitat a emetre pel Notari és d'acord amb l'acte -testament- la seva naturalesa -acta de darrera voluntat revocable- i en funció de les prescripcions del Dret Substantiu -en el nostre cas, capacitat per a testar d'un major de 14 anys-. Amb aquestes eines podem mirar de contestar les preguntes que s'han formulat¹⁵.

En relació a les facultats que es perden amb les demències, cada malaltia té la seva casuística. Essencialment aquesta és una qüestió clínica, és a dir, cas per cas, com ha posat de relleu l'anomenat Document Sitges¹⁶. Per seguir els criteris que es fan servir amb el mal d'Alzheimer, la comunitat mèdica segueix unes escales on entren moltes variables. La més popular es l'escala GDS¹⁷, encara que no és la més fiable doncs hom coincideix en que la resposta a la pregunta de si es pot fer o no testament és una qüestió bàsicament clínica. Encara que semblen evidents les zones de capacitat i les zones de no capacitat, al mig hi han molts grisos on és difícil a vegades saber en quina zona trepitgem. Davant això, el Notari pot negar-se a fer testament o fer-lo amb les degudes cauteles com preveu la legislació catalana.

La valoració de la capacitat ha de ser conjunta. Això vol dir, que la capacitat no és un test on si respons més de dotze preguntes ets capaç i si ens respons menys ets incapaç. Per això hom defensa que la valoració de la capacitat és conjunta i s'ha de fer al moment de fer el testament. Com abans s'ha comentat la capacitat suposa sempre un anàlisi clínic, no teòric i encara que el Notari no es un metge es una persona instruïda i habituada a jutjar la capacitat de les persones.

III. LES PERSONES AMB MOMENTS DE LUCIDESA.

¹⁵ La SAP Castelló (Sec. 2ª), de 16 de maig de 2014 (ROJ: SAP CS 630/2014) fixa una pena de multa i la suspensió d'ocupació pública a un Notari que, tot i ser "clamorós" el deteriorament cognoscitiu d'una persona en el moment de l'atorgament d'una escriptura, no va indagar suficientment la capacitat mental d'aquesta. No obstant, i després d'interposar recurs de cassació per infracció de Llei per part de la representació legal del acusat, la STS 14 d'abril de 2009 només suprimeix la condemna de suspensió d'ocupació pública (STS (Sala 2ª), de 14 d'abril de 2009 (ROJ: STS 2193/2009). En aquesta mateixa línia també es troba la STS (Sala Especial), de 16 de juny de 2009 (ROJ: STS 4663/2009).

¹⁶ BOADA ROVIRA, M. y ROBLES BAYÓN, A. (Ed), *Documento Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación*, Glosa, Barcelona, 2009, pp.1-164.

¹⁷ BOADA ROVIRA, M. y ROBLES BAYÓN, A. (Ed), *Documento Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación*, Glosa, Barcelona, 2009, pp.138-139.

3.1. Els testaments de les persones amb malalties mentals no incapacitades.

Hi han malalties mentals greus que permeten que una persona disposi d'una certa lucidesa, sense haver d'arribar a l'estat de curació ni de remissió de la malaltia, ja sigui mitjançant la prescripció d'una medicació encertada o per qualsevol altre via. Per aquest motiu, a aquestes persones no se les pot privar de poder fer testament. Tot i això, sí que és necessari establir certes garanties per realitzar un testament en aquestes condicions, com és aprofitar aquells moments en els que el malalt recobra, de forma momentània, la lucidesa mental.

La doctrina interpreta aquest interval lúcid com un espai de temps, més o menys llarg, en el que la persona recupera, de forma transitòria, la capacitat mental i conseqüentment la capacitat per fer testament¹⁸.

L'art. 421-9.1 CCCat disposa que si el testador no està incapacitat judicialment, el Notari ha d'apreciar la seva capacitat per a testar d'acord amb l'art. 421-7 i, si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius els quals, si procedeix, han de certificar que el testador disposa en el moment de testar la suficient capacitat i lucidesa per fer-ho.

Per tant, no es condició *sine qua non* la intervenció de testimonis instrumentals (facultatius) que apreciïn la capacitat del testador. Així doncs, la valoració d'aquesta capacitat recau de forma exclusiva en la figura del Notari que es recolzarà amb els dictàmens mèdics que certifiquen "*que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per a fer-ho*". i que ha de constar en el testament.

3.2. Els testaments de les persones amb malalties mentals incapacitades.

L'art. 665 CC disposa que sempre que una persona incapacitada per virtut de sentència que no contingui cap pronunciament sobre la seva capacitat per testar vulgui atorgar testament, el Notari designarà dos facultatius que prèviament el reconeixin i no l'autoritzaran si aquests no responen de la seva capacitat.

No obstant, cal plantejar-se sobre quins tipus de testaments pot atorgar el declarat incapaç per a testar. Queda clar que, segons el que disposa l'art. abans nomenat, el testament obert

¹⁸ ROMERO COLOMA, A.M., "Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador", *Diario La Ley*, 2010, núm. 7349, pp. 3-4.; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., "Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio", *Revista de Dret Privat*, 1966, p.248.

no ofereix cap dubte. El testament tancat ofereix més dubtes pues pot ser elaborat fora d'un moment de lucidesa.

Respecte al testament tancat poden sorgir més dificultats ja que el contingut de la última voluntat es troba en la coberta que el causant entrega al Notari, i per tant, el seu contingut es desconeix. Per aquest motiu també es podria dubtar si a la data en que es va realitzar, el testador disposava de total judici de capacitat. Tot i així, no deixa de ser menys cert que, al estendre l'acta de l'atorgament, el testador expressarà que en dita coberta es troba el seu testament, i per tant s'entén que està ratificant el contingut de les seves disposicions d'acord amb l'establert a l'art. 707.3 CC i posteriorment es podran observar les garanties de l'art. 665 del mateix text legal motiu que comportarà la possibilitat d'una ulterior impugnació.

En el CCCat la situació és similar. L'art. 421.9,2 estableix que si el testador està incapacitat judicialment pot atorgar testament notarial obert en un interval lúcid si dos facultatius acceptats pel Notari certifiquen que el testador té en el moment de testar suficient capacitat i lucidesa per fer-ho.

La normativa no especifica si aquests facultatius han de ser metges especialitzats en psiquiatria o neurologia, o si n'hi ha prou amb que disposin del títol de medicina general, per tant, davant d'aquest buit legal s'ha d'entendre que no és precís que disposin de cap especialitat concreta.

Segons P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, no s'ha de confondre l'interval lúcid amb una simple millora en el procés de la malaltia, però tampoc amb una calma aparent¹⁹. El que està clar és que no es pot entendre per interval lúcid la curació total i absoluta, ja que la pròpia noció d'interval es refereix a un lapse de temps, és a dir, a un espai temporal més o menys breu. Si ens trobéssim en el cas de de curació completa s'hauria de revisar la sentència d'incapacitació judicial.

Per altre banda, entenem que tot i que la normativa estableix la intervenció de dos facultatius aquest no és *numerus clausus*, sinó que és totalment factible que es reconeixin un major nombre de facultatius i sobretot en aquells casos en els que existeixen discrepàncies entre ambdós a l'hora d'emetre el dictamen. El CCCat exigeix que l'informe dels metges ha de constar en el propi testament i han de signar-lo juntament amb el Notari i, en cas de que procedeixi, també amb els testimonis.

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., "Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio", *Revista de Dret Privat*, 1966, p.250.

IV. ELEMENTS PER EMETRE EL JUDICI DE CAPACITAT NOTARIAL

4.1. Coneixement del notari del testador.

El coneixement del Notari de la persona del testador és un element important a l'hora de emetre el judici de capacitat. En aquest cas, això estarà reflectit en el propi testament al manifestar el Notari que dóna fe de conèixer-lo i no pas de identificar-lo pel seu document d'identitat. La coneixença del Notari ha estat sempre una garantia de l'actuació d'aquest doncs, el fet de conèixer-lo, significa que han tingut més tractes i per tant, i molt sovint, haurà vist al testador varies vegades i pot apreciar millor la seva capacitat. Si es tracta d'una persona amb una malaltia mental degenerativa, el Notari també podrà apreciar si s'està en una zona de no capacitat.

4.2. Immediatesa del notari.

El Notari té obligació legal d'estar present quan el testador llegeix el testament encara que la pràctica notarial ha fet que quasi sempre sigui el propi Notari el que el llegeix. En el cas de testador amb edat avançada, o amb símptomes d'alguna malaltia cognitiva, el Notari sempre ha de fer una sèrie de preguntes per conèixer quin és el seu estat de capacitat. És cert, que amb persones amb malalties degeneratives, el testador pot contestar alguna pregunta malament degut a que no recordi dades -per altra part evidents en circumstàncies normals- però la valoració de la capacitat ha de ser conjunta com s'ha dit.

4.3. Els “protocols” notarians d'actuació en els testaments.

La llei no exigeix que el Notari hagi de fer un judici de capacitat subjectant-se a un protocol determinat. El judici notarial s'emet amb llibertat i sota la responsabilitat del Notari. Dit això, el CCCat a l'art. 421-9.1 dóna al Notari el dret -diu si ho considera pertinent- de que estiguin presents dos facultatius si el Notari té dubtes de la capacitat del testador que no solament deuran firmar sinó que adjuntaran el seu informe al testament. També en casos de persones amb una discapacitat sensorial -el cec, el sord, el que no pot llegir- i en altres casos de persones que no saben o poden firmar el Reglament Notarial demana la intervenció de dos testimonis.

Tot aquest conjunt de normes permeten afirmar que hi ha una sèrie de “protocols” notarians a fi i efecte de que el judici de capacitat sigui més exacte.

4.4. Els certificats mèdics antecedents i demanats pel propi Notari.

Avui en dia les malalties mentals i totes les qüestions que afecten a la capacitat natural de les persones que estan sota tractaments mèdics i per això tothom té la seva historia clínica. Partint d'aquesta dada l'ús de certificats mèdics antecedents i sobre tot coetanis a l'atorgament del testament poder ser exigits pel Notari per poder atorgar el testament.