

## **SOBRE UNA SENTÈNCIA DE L'AP GIRONA DE 17 DE SETEMBRE DE 2018**

Comunicació a la Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya

per

**TOMÁS GIMÉNEZ DUART**

Acadèmic electe

Barcelona 15 de gener de 2019

Fa uns mesos, a la sortida d'una xerrada sobre la gent gran amb una amiga magistrada, aquesta em feia la següent observació: *els notaris no fan tot el bé que cal els testaments de la gent gran*. Afegia que, per exemple, en els testaments en els que mitjançava una causa de desheretament, es limitaven a recollir tal causa, així: *per absència de relació familiar continuada exclusivament imputable al fill/a d'acord amb el art. 457-17.e del CCC*; o, en l'àmbit del dret comú, *per maltractament psicològic* (ex art. 853, 2a CCE, segons interpretació jurisprudencial). Però, em deia, no es recull el motiu, per la qual cosa, en cas d'impugnació pel desheretat, com la causa ha de ser provada pel/els hereu/s, els tribunals es troben, davant la manifestació del testador, amb què el desheretat aporta a judici dotzenes de *twits*, de *whastaps* o de *mails* que “demostrin” quant volia a son pare o a sa mare; tot això a banda la declaració de testimonis, més o menys induïts, i d'haver-se presentat en l'enterrament el fill o filla amb cara de gran consternació.

Afegia la magistrada que la prova de la causa del desheretament és el motiu en la que la mateixa es basa, per la qual cosa, com per definició el/el testador/a ja no pot declarar en judici, és fonamental que es reculli en el testament el perquè d'aquella absència de relació familiar o d'aquell maltractament; per exemple: “... *perquè des de fa anys no ha vingut a veure'm*”; o “... *em van operar, vaig estar un mes ingressada, i no es va dignar a interessar-se, ni llavors ni després*”; o “... *ni tan sols no m'ha permès conèixer els meus néts*”.

I és que, efectivament, no és el mateix el testament d'una persona de 40, 50 o 60 anys, sense problemes de salut, que el d'una altra persona amb aquests problemes, o de 90 anys d'edat. En el primer cas, amb la fórmula usual “*té, segons el meu parer, capacitat bastant*”, és suficient; però, en el segon cas, cal reforçar o justificar molt més el judici de capacitat, sobretot quan es tracta de testaments que, pel seu contingut, cal intuir podran ser discutits.

Puix bé, em venen al cap totes aquestes consideracions arran la recent sentència de l'Audiència provincial de Girona de 17 de setembre de 2018 que serà objecte de comentari en aquesta xerrada.

L'objecte de litigi va ser el següent: Una senyora atorgà un testament a l'abril de 2016 en el qual, revocant un testament anterior de 2004 (en el que havia instituït hereus

els seus tres fills) nomenava com hereu únic el seu fill Nazario; setmanes després s'inicià un procediment d'incapacitació de la testadora i, segons el dictamen previ del forense, emès al juny de 2016, se li aprecia "un deteriorament cognitiu greu".

Doncs bé, l'Audiència, confirmant la sentència del jutjat d'instància, no només anul·la el testament per manca de capacitat de la testadora, sinó que, a més, confirmant també la decisió de primera instància, declara indigne de succeir a Nazario per *haver induït a la causant de forma maliciosa (doncs no podia ignorar la deficiència mental de la seva mare) a ... modificar el seu testament, incidint, per tant, en causa d'indignitat conforme a l'article 412-3.g del Codi civil de Catalunya*.

Fins ací, la sentència de l'Audiència de Girona no deixa de ser més o menys normal, però vegem les proves en què es basa i la incidència que en les mateixes va tenir l'actuació notarial.

La primera prova, òbviament, és l'informe del metge forense emès poques setmanes després d'atorgar-se el testament. Però coadjuven i confirmen el criteri de l'Audiència les següents consideracions que transcribo literalment, no sense abans aclarir que, segons sembla, la testadora no podia signar, per la qual cosa, a l'efecte de suplir la seva signatura, van comparèixer també dos testimonis.

*Diu així la sentència: "No deixa de sorprendre que, en l'atorgament del testament, com es desprèn de l'interrogatori del demandat i de la prova testifical, aquell (l'hereu instituït) va estar present, fins i tot, en el control previ sobre la capacitat que va fer el Notari. És clar que el Sr. Nazario, com fill i com a beneficiari del testament, no podia estar present a l'acte del seu atorgament. I inclús els testimonis tampoc no haurien d'estar presents en el moment previ del seu atorgament quan el notari ha d'apreciar la capacitat del testador. I tal apreciació de capacitat no pot consistir simplement en què el testador li indiqui a favor de qui desitja atorgar testament, sobretot si el beneficiari està present, sinó d'apercebre's de tenir suficient capacitat per comprendre la transcendència que té tal acte jurídic.*

*El recurrent s'equivoca en incidir que és suficient amb què el testador manifesti a favor de qui atorga testament, sense que el notari li dirigeixi la seva voluntat, doncs això és clarament insuficient.*

*És cert, que el notari no va declarar i que no podem assegurar en els termes exactes en els que el notari va apreciar la capacitat de la Sra. Consuelo, però a la vista de la declaració testifical semblaria que tal apreciació la va fer (el notari) en presència del fill i dels testimonis, circumstància que no s'estima d'acord amb un correcte procedir."*

### **BREU CRÍTICA:**

És obligat reconèixer que els jutges resolen sempre el cas concret i que els guarniments dialèctics que acompanyen la sentència no deixen de ser *obiter dicta*. Possiblement, en el litigi de la sentència de l'Audiència de Girona, l'argumentació hagués estat una altra si no hagués mediat la circumstància de què el testament es va atorgar a l'abril i poc després, al juny, l'informe previ del metge forense en un procediment d'incapacitació certifica el "deteriorament cognitiu greu".

Deteriorament, aquest sigui de passada, que va poder no existir en el dia i hora de l'atorgament però que, com no es va citar a declarar al notari, mai no se sabran les circumstàncies concretes que el van portar a autoritzar-lo.

Però el que més para l'atenció és l'afirmació continguda en la sentència que *“fins i tot els testimonis tampoc no haurien d'estar presents en el moment previ del seu atorgament quan el notari ha d'apreciar la capacitat del testador”*. I crida l'atenció aquesta asseveració perquè el cert és tot el contrari: clar que els testimonis poden estar presents en aquella primera fase! No només poden, sinó que *“han d'estar presents”* quan, per exemple, coadjuven amb el notari en apreciar la capacitat del testador, com succeeix en l'atorgament per incapacitat en interval lúcida, cas en el que la pròpia llei *“exigeix al notari”* la designa de dos facultatius que prèviament li reconeixin ... i no ha d'autoritzar *“sinó quan aquests responguin de la seva capacitat”* (art. 665 CCE). Més clar és encara l'art. 421-9.2 CCC en exigir que els facultatius certifiquin que el testador *“té en el moment de testar suficient capacitat i lucidesa per fer-ho”*. Per no citar els casos de l'interpret del llenguatge dels signes o, simplement del traductor de llengua estrangera.

Perquè, com pot el notari apreciar la capacitat i voluntat del testador si no l'entén? Una altra cosa és que, en el cas concret de la sentència, el tribunal desconfiés dels testimonis, possiblement proposats pel propi hereu. Mas, què cal fer en aquests casos? I, sobre tot, cal preguntar-se: perquè els jutges demanen un *“grau plus”* de capacitat al testador, si resulta que el testament és el negoci de disposició patrimonial que, segons la llei, exigeix *“menys capacitat”*?

No sorprengui a ningú aquesta afirmació, perquè un menor de només quinze anys o un incapacitat mai no podran, per si mateixos, vendre un immoble i, en canvi, aquell mateix menor o aquell *“boig en interval lúcida”* (com deia abans l'art. 665 CCE) sí poden testar amb les cauteles legals oportunes.

Nogensmenys, aquesta sentència esdevindrà molt útil als notaris per desfer-se de l'hereu *“agressiu”*, perquè sempre cabrà advertir-li: *miri vostè el que li passà al Nazario!* I donar-li acte seguit una fotocòpia de la sentència. Però, bromes a banda, també cal extreure algunes lliçons d'importància de la resolució de l'Audiència de Girona.

Vegem-les.

### **CONCLUSIONS A DEDUIR DE LA SENTÈNCIA:**

1. No tots els testaments, ni tan sols els més senzills (*institueixo hereu el meu fill*) són iguals, per la qual cosa no s'ha d'utilitzar sempre la mateixa forma ritual en la seva autorització, sobretot pel que fa al judici de capacitat. Si es tracta de testador en el que conflueixen circumstàncies especials (edat, malaltia, dificultat d'expressió ...) no convé utilitzar la fórmula habitual *“té segons el meu parer capacitat suficient”*; és procedent alguna cosa més, per exemple: *“m'he reunit a soles amb el testador, el qual m'ha sabut exposar els motius d'aquesta la seva última voluntat”*. I, si es recullen succintament aquells motius, encara millor.

2. Per als jutges, el testament, des del punt de vista del seu atorgament davant notari, consta de dues fases: la d'elaboració i la d'atorgament/autorització.

a) En la primera fase, la d'esbrinament de la voluntat del testador i apreciació de la seva capacitat, el notari ha d'estar a soles amb el testador i, digui el que digui la sentència, també amb els testimonis *“que no siguin de mera signatura”*; aquests poden estar també presents, però, si el notari sospita de possibles captacions de voluntat, millor que no l'estiguin.

b) A la segona fase, en la signatura o atorgament pròpiament dit, han d'assistir només el testador i els testimonis, i no l'hereu; amb les excepcions de pur sentit comú, per exemple: els dos cònjuges van junts al notari a atorgar testament l'un a favor de l'altre.

3. No ha d'estar mai present en l'autorització l'hereu instituït amb clar desequilibri a favor seu. Per a mi és la conclusió més important que es dedueix d'aquesta sentència.

4. Tota disposició testamentària extravagant (en el sentit d'inhabitual) convé causalitzar-la; per exemple: *manifesta el testador que la raó d'haver instituït hereu només al seu fill NN i no als altres tres és perquè ...* Evidentment, torne a dir-ho, això serà així quan es tracti de testador en aparent situació de vulnerabilitat; per exemple, si la testadora, entrada en anys, ha vingut al despatx acompanyada per la filla que, oh casualitat!, és l'afavorida pel testament.

5. El fet que la persona vulnerable vagi acompanyada pel seu advocat o que l'atorgament es produeixi en clínica, no eximeix del deure del notari de cerciorar-se de la voluntat del testador, reunit a soles amb el mateix i fent-ho constar així en el propi testament. Deuria esser present l'advocat? Entenc que sí per estar present, sobre tot si així ho vol el testador.

Evidentment, tot el que s'ha dit es refereix, molt en especial, als casos -fàcilment apreciables- en els que s'intueix que poden haver impugnacions *post mortem*, bé sigui per les circumstàncies personals del testador (compte amb els testadors de molta edat!), o pel contingut inhabitual de la voluntat, o per qualsevol altre motiu.

Deixe per a millor ocasió l'anomalia que suposa que al notari, amb gran probabilitat, se li condemni a indemnitzar en un judici posterior, sobre la base d'uns fets "provats" en un judici anterior (com el del cas exposat) en el que no ha pogut ser part.

En canvi, si el testament recull les vicissituds concurrents al temps de l'atorgament, com a mínim haurà de ser citat el notari per destruir la presumpció de veracitat que empara les seves manifestacions en l'instrument públic per ell autoritzat.

Així que, ja per a acabar, em permet un consell final adreçat als notaris i, òbviament, també als advocats que hi col·laboren: *que es redactin amb molta cura les últimes voluntats de les persones vulnerables, fent constar, si escau, "els com i els perquè de la voluntat, al màxim possible"*.

Moltes gràcies.

**Tomàs Giménez Duart**