

ESTUDIOS

Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial *

JESÚS GÓMEZ TABOADA

Notario

RESUMEN

Los negocios jurídicos (contratos, testamentos, donaciones...) presuponen, como elementos esenciales, entre otros, la capacidad de obrar y la libertad de consentimiento de los otorgantes. En los casos en los que el negocio se formaliza ante notario, es éste el encargado de garantizar ambos extremos.

Se trata de una labor en principio jurídica: el compareciente debe tener la capacidad legal exigida por la ley para cada negocio jurídico. Pero, una vez comprobado este presupuesto, el fedatario inicia una indagación fáctica: debe cerciorarse de que el otorgante tiene capacidad natural suficiente; es decir, que está en sus cabales y comprende las consecuencias del acto. Verificación que se completa con la comprobación de que no hay vicios (error, violencia, intimidación, dolo...) que puedan estar afectando a la conclusión del negocio. Nos encontramos ante una actividad en la que los elementos de juicio con los que cuenta el notario autorizante son, sobre todo, el sentido común y la experiencia. Y en la que es decisivo tener presentes los efectos que el acto despliega o puede desplegar.

El trabajo concluye con una referencia brevísima a una norma, el artículo 1.732 del Código Civil, cuya modificación por la ley de 18 de noviembre de 2.003 ha alterado uno de los principios básicos del apoderamiento: su extinción por incapacidad del poderdante.

Sumario: I. La capacidad: Conceptos generales previos: 1. Capacidad jurídica. 2. Capacidad de obrar.–II. El Presupuesto: La capacidad exigida para cada negocio jurídico.–III. La apreciación de la capacidad.–IV. Alusión a los vicios del consentimiento.–V. Un supuesto especial y reciente: el artículo 1.732 in fine del Código Civil.

* Conferencia pronunciada el 24 de noviembre de 2005 en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), en el marco de las «Jornadas hispano-cubanas sobre capacidad».

I. LA CAPACIDAD: CONCEPTOS GENERALES PREVIOS.

Es conveniente, con carácter previo, recordar una serie de nociones clásicas para poder abordar a continuación el núcleo del asunto del que me ocuparé: la apreciación de la capacidad por el notario.

1. CAPACIDAD JURÍDICA

Identificamos este concepto con el de personalidad. Y lo podemos definir como la aptitud de una persona, por el mero hecho de serlo, para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones. Otra cosa diferente es que pueda ejercitar aquéllos y cumplir éstos por sí mismo. Un niño de dos meses puede ser el propietario de un edificio del Paseo de La Castellana (por ejemplo, por haberlo heredado de sus padres). Sin embargo, no podrá, por sí sólo, ejercitar las facultades derivadas de esa titularidad. Lo cual nos lleva al siguiente concepto.

2. CAPACIDAD DE OBRAR

Es la aptitud de las persona para poder realizar actos con plena eficacia jurídica. En el caso anterior, el niño de dos meses carece de capacidad de obrar. De manera que, por ejemplo, no puede vender por sí sólo el edificio del que es dueño; ni tampoco pagar los impuestos que graven esa titularidad. Para que esto se realice con validez es indispensable la concurrencia de otras personas: los representantes legales.

En materia de capacidad de obrar debemos tener presente, entre otras, las siguientes consideraciones:

1. Sólo la tienen plena los mayores de edad (en España, 18 años¹; la misma que en Cuba). Los que son menores la tienen limitada. Si bien, como sabemos, no es lo mismo cualquier edad: un chico de dieciséis años goza de un campo de actuación superior que el que tiene el bebé de dos meses. Estos ámbitos de actuación vienen determinados por la ley, por el Derecho positivo.

2. En las personas mayores de edad, se presume la capacidad. Como dice Díez Picazo, hay una presunción general de capacidad. Por tanto, la incapacidad, debe probarse.

3. Hay que distinguir entre *incapacidad e incapacitación*. La primera es una situación fáctica: nos encontramos con una persona que, en principio, con arreglo a Derecho, goza de capacidad de obrar, pues es mayor de edad. Y, sin embargo, adolece de una serie de deficiencias que la impiden gobernarse de manera adecuada.

¹ Esta edad fue fijada por el Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978, con el objetivo inmediato de que pudieran votar en el referéndum de la Constitución los mayores de 18 años. Dicho referéndum se celebró el 6 de diciembre de ese año.

La incapacitación aparece cuando se declara judicialmente ese estado. A ella se refiere el *artículo 199 del Código Civil* (en adelante, CC): «Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley».

Permítanme una pirueta muy clarificadora: el Código Penal español, de 1995, dice en su artículo 25 que «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona y bienes por sí misma». El precepto disocia, por tanto, entre incapacidad e incapacitación.

Por su parte, el notario Rafael Leña Fernández nos dice: «La declaración de incapacidad lo único que añade a la incapacidad natural es una destrucción absoluta de la presunción *iuris tantum* de capacidad y la constitución de una presunción *iuris et de iure* de incapacidad»² que se extiende hasta la muerte o hasta una nueva sentencia modificativa o extintiva de este estado. «Una vez declarada la incapacidad, no se tiene ya en cuenta la capacidad que realmente pueda tener el incapacitado en cada momento»³, salvo en los casos de admisión explícita de la validez de los actos realizados en intervalos lúcidos: testamento (art. 665 CC), matrimonio (art. 56.2 CC) y reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 121 CC).

Hay una tercera categoría, la del *discapacitado*, que lo puede ser por causas psíquicas o físicas. Presupone una declaración administrativa y atribuye, en su caso, una serie de beneficios de índole diversa (laborales, fiscales...). Las tres categorías están interrelacionadas, pero, al mismo tiempo, son autónomas de las otras dos.

Si relacionamos las anteriores líneas generales con la actuación notarial, nos encontramos con lo siguiente:

a) La actuación del notario se refiere a la *capacidad de obrar*, no a la jurídica (ésta, como vimos, la tienen todas las personas. Por tanto, nada hay que analizar)

b) El notario, como jurista conocedor del Derecho, *debe saber la capacidad que la ley exige* para cada acto o negocio jurídico⁴. La regla general, los 18 años (pero hay excepciones: por ejemplo, el artículo 166 CC que permite a los padres, como representantes legales de sus hijos vender, sin autorización judicial, inmuebles si el menor tuviese más de 16 años).

c) El notario, como aplicador de ese Derecho, *debe calificar la capacidad de la persona*. Si ésta está incapacitada judicialmente, el problema suele ser menor o diferente (caso, por ejemplo, del artículo 665 CC, relativo al testamento). En otro caso, debe indagar, comprobar, si esa persona mayor de edad no incapacitada judi-

² Rafael LEÑA FERNÁNDEZ: «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en «La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales», seminario organizado por el Consejo General del Notariado. Civitas ediciones, Madrid 2000. p. 191.

³ Rafael LEÑA FERNÁNDEZ. Obra citada, p. 191.

⁴ No es aquí lugar para extenderse acerca de los conceptos de acto y de negocio jurídico. Baste recordar que, según doctrina generalmente admitida, el acto es el género y el negocio la especie. Así, el acto jurídico es un hecho realizado por una persona al que el ordenamiento anuda consecuencias jurídicas. Cuando este acto envuelve una declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos deseados, nos encontramos ante el negocio jurídico. En frase que ya se ha hecho clásica, PUIG BRUTAU señalaba que «el Código Civil español desconoce la teoría general del negocio jurídico...» Por lo que las pautas generales del mismo deben ser extraídas de la concreta regulación de cada uno de ellos. Muy en especial, de los contratos.

cialmente está en su sano juicio; y, por tanto, si puede ejecutar el negocio con plena eficacia jurídica.

d) *Queda fuera de este estudio lo relativo a la capacidad de las personas jurídicas*; la cual responde a un análisis no fáctico, sino jurídico (estudio de los documentos pertinentes). Si bien, como sabemos, toda sociedad, asociación o fundación tiene que actuar, por fuerza, a través de personas físicas⁵. Por lo que, también en los negocios en que éstas intervienen hay, necesariamente, una apreciación de la capacidad de obrar del representante.

II. PRESUPUESTO. LA CAPACIDAD EXIGIDA PARA CADA NEGOCIO JURÍDICO

DIVIDIRÉ LA EXPOSICIÓN EN LOS SIGUIENTES APARTADOS:

A) ¿En qué consiste apreciar la capacidad?

En dos cosas: Una, comprobar que el otorgante esté en su sano juicio; como habitualmente se dice, si «está en sus cabales» (expresión que, por cierto, recoge el art. 663 del CC al impedir hacer testamento al que «no se hallare en su cabal juicio»). Dos: cerciorarse de si es consciente de los efectos jurídicos que producirá el negocio que va a celebrar. Porque, como sabemos, el Derecho son efectos. Y todo lo que no son efectos es literatura. Después veremos cómo el notario, *de facto*, intenta llegar a la conclusión de que el compareciente puede otorgar el documento.

Pero antes nos vamos a referir, precisamente, a los efectos del negocio. En el sentido de que el Derecho positivo exige una mayor o menor capacidad según las consecuencias que ese negocio despliegue. Corresponde al notario –y ahora a nosotros– extraer las reglas generales que el legislador ha tenido en cuenta para requerir una mayor o menor capacidad. Sin perder de vista que a lo que se atiende, siempre, es los efectos desplegados por el acto.

Por eso, la breve relación que a continuación se hace no tiene cómo única finalidad el saber cuál es la edad exigida para cada negocio. No. Lo que más nos interesa ahora es conocer cuáles son los actos o negocios que el legislador considera que requieren más capacidad; y los que entiende que necesitan menos. Para, a partir de ahí, extraer reglas generales que ayudarán al notario a ser más exigente –o menos–. Es decir: aún encontrándonos ante una persona mayor de edad, la capacidad que el notario debe comprobar y considerar necesaria no es la misma en todos los actos jurídicos.

⁵ Es ya clásica la apreciación hecha por algún irónico jurista: «Nunca he comido con una persona jurídica».

B) No se exige, pues, la misma capacidad para todos los actos

Hay negocios jurídicos para los que se exige un grado de edad mayor que para otros. Podemos ver algunos ejemplos:

1. *Contratos en general*

Es necesaria, en principio, la plena capacidad; es decir, la mayoría de edad. Así se desprende del artículo 1.263 CC: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados».

No obstante lo anterior, los *emancipados* no pueden celebrar toda clase de contratos. En efecto: el artículo 323 exige la concurrencia de sus padres o curadores para «tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor...» Este precepto nos da una pauta de cómo valorar la aptitud del compareciente en el negocio jurídico que pretende otorgar.

Aunque en principio, por tanto, y salvando las excepciones que acabamos de ver, podrá el emancipado celebrar cualesquiera otros negocios jurídicos. Se refiere a él, de manera específica, el artículo 1.716 CC. Toda vez que, después de aplicar la regla general del artículo 323 CC («El menor emancipado puede ser mandatario...»), introduce un beneficio a su favor, al añadir que «el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores»⁶.

2. *Donaciones*

Es diferente la capacidad exigida para el donante y para el donatario.

- Respecto al primero, al *donante*, se exige la plena capacidad: según el artículo 624 CC, «Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»⁷.

- Sin embargo, para ser *donatario* se requiere mucho menos, puesto que «podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello». Lo cual se ha venido interpretando, de manera bastante pacífica, como que es suficiente la capacidad para entender y querer. Démonos cuenta, por tanto, de la trascendencia del juicio notarial de la capacidad en un punto como éste: *la ley no requiere edad ninguna*; pero sí aptitud para percatarse de lo que se está haciendo.

⁶ Lo cual nos remite a la regulación de la anulabilidad. En efecto, el artículo 1.304 CC nos dice que «Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera».

⁷ Respecto al poder de disposición: el carácter, un tanto anárquico, del CC hace que sea en materia de donación dónde establece los requisitos generales para la eficacia de un acto dispositivo. Como dice LACRUZ «toda enajenación exige, aparte de la validez intrínseca del acto mismo, la preexistencia de una correspondiente facultad de disponer en el enajenante, sin la cual, en principio, la transmisión o el gravamen son ineficaces aunque el acto sea válido. Es decir, si yo vendo una finca que no me pertenece, la venta, en cuanto tal, es válida, pues hay consentimiento, objeto y causa; pero no puede dar origen a una transferencia de propiedad, pues yo no soy propietario de la finca y, por ende, no puedo transmitirla». (LACRUZ VERDEJO y otros. Elementos de Derecho Civil. Tomo III bis, Derecho Inmobiliario Registral. Dykinson, Madrid 2003).

La regla que hemos visto no es aplicable a las donaciones condicionales u onerosas pues en estos casos las personas que no pueden contratar ⁸ necesitarán «la intervención de sus legítimos representantes» (debemos entender representantes legales). Vuelvo aquí a subrayar la importancia de la calificación notarial. En este caso no sólo de la aptitud de la persona para desear los efectos del negocio; sino también de las cláusulas intrínsecas del mismo: de manera que la concurrencia de alguna condición, obligación o modo que deban ser cumplidos por el donatario modifica de forma radical la capacidad exigida.

3. *Testamentos*

El artículo 663 CC nos dice que «Están incapacitados para testar ⁹: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio». (El número 2.º se relaciona con el artículo 665 CC, al que me referiré después).

El número 1.º, como vemos, exige sólo los 14 años; con la excepción del testamento ológrafo, para cuya redacción se requiere la mayoría de edad (art. 688 CC). Se aparta, por tanto, de la regla de los negocios contractuales, que exige, en general, la mayoría de edad. Enseguida veremos el porqué.

4. *Aceptación y repudiación de herencia*

Pueden hacerla «todos los que tengan la libre disposición de sus bienes», según el artículo 992, párrafo primero, del CC. Parece que ello nos remite a la mayoría de edad; aunque, desde luego, hubiese sido mucho mejor que el CC lo dijera de manera clara ¹⁰. Llama la atención, no obstante, que para aceptar herencias se exija la mayoría de edad; y para aceptar donaciones la mera capacidad de entender y querer.

C) De lo expuesto en el apartado anterior, ¿qué reglas generales podemos extraer?

Sobre todo: que se exige más capacidad cuantos más sacrificios o riesgos envuelve el negocio jurídico para el otorgante. Los negocios pueden tener, si seguimos el esquema del artículo 1.274 CC ¹¹, tres causas: *solvendi* (prestar un servicio o entregar algo en

⁸ Es decir, los menores de edad y también los emancipados en los casos previstos en el artículo 323 CC.

⁹ Huelga decir que la palabra «testar», aunque ahora se utiliza con frecuencia como sinónimo de «comprobar» sigue teniendo, también, el significado de «hacer testamento».

¹⁰ Máxime cuando este precepto fue afectado por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, pues se hubiese podido aprovechar para mejorar –de manera muy sencilla, por cierto– la redacción del mismo. Pero, en fin: las sucesivas reformas que ha tenido el CC no han servido, en general, para subsanar los «defectos de técnica y redacción» que le atribuía el profesor DE CASTRO. Empieza a extenderse la preocupación y el enfado por el poco cuidado con que se afrontan las modificaciones del CC, «norma por la que se ha perdido absolutamente el respeto que antes se le tenía y que indudablemente merece» (Así se expresa el Catedrático de Derecho Civil Ignacio SERRANO GARCÍA, en «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en Revista de Derecho Notarial, diciembre de 2004, p. 249).

¹¹ «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, la cosa o servicio que se remunera; y en los de pura

cumplimiento de una obligación: compraventa, arrendamiento, trabajo); *credendi* (hacer esa misma prestación para que después sea devuelta por el que la recibe: préstamo); y *donandi* (que envuelve una liberalidad, de cualquier naturaleza que sea ¹²).

Del breve recorrido que hemos hecho por el CC deducimos lo siguiente:

1. Los negocios que responden a la *causa credendi o solvendi* requieren, por regla general, la mayoría de edad; es decir, la plena capacidad.

2. Sin embargo, tratándose de aquéllos en los que subyace la *causa donandi*, la solución es muy distinta, dependiendo de cuál es la posición del otorgante.

- Tratándose del *donante*, la capacidad exigida es la plena. Ello es así en atención a que el transmitente, el enajenante, sufre un sacrificio patrimonial a cambio de nada¹³; a diferencia de lo que ocurre en los negocios onerosos, en los que recibe una contraprestación. El notario debe tener muy presente esta diferencia. En el sentido de que el donante (mayor de edad o emancipado con el complemento de capacidad previsto por el art. 323) debe tener muy claro que es lo que está haciendo, por los efectos que su acto implica.

- Si se trata del *donatario*, hay que distinguir:

a) Donaciones con cierta onerosidad, como son las condicionales, modales o remuneratorias. Como hay sacrificio por parte del donatario, hay que aplicar la capacidad propia de los contratos; esto es, la plena.

b) Si son donaciones puras y simples, es suficiente la mera capacidad natural, es decir, para entender y querer. El notario, por tanto, lo que debe hacer es cerciorarse de que la persona, cualquiera que sea su edad ¹⁴, está seguro de querer recibir el objeto donado. Ahora bien: no debe el autorizante perder de vista que las consecuencias del acto muy difícilmente perjudicarán al donatario.

beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor». Extendemos, siguiendo de nuevo a Puig Brutau, la norma establecida para los contratos al resto de los negocios jurídicos patrimoniales.

¹² Aunque la realidad sea tan rica, lo cierto es que cualquier negocio puede ser reducido a alguna de estas categorías. Como ironiza Díez Picazo, al hablar de los contratos atípicos, «nihil novum sub sole». Aún así, no hay que tomarse las categorías latinas al pie de la letra: dice Álvaro D'ORS que una invitación a cenar no es una donación pues «que se sepa, el invitado no aumenta su patrimonio» (Nueva introducción al estudio del Derecho. Cuadernos Civitas, 1999). Es cierto; y, por tanto, no nos encontraremos ante una donación; pero sí ante un acto de liberalidad.

¹³ Ya lo dice el artículo 618 CC: «La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta».

¹⁴ No olvidemos que el Código Civil prevé la intervención del menor en varias ocasiones; y, en muchas de ellas, introduce un concepto cuya concurrencia deberá ser valorada en ese momento: «si tuviere suficiente juicio». Así, siendo menor de doce años debe ser oído si está dotado de ese «juicio suficiente» en la adopción de medidas sobre el cuidado y educación de los hijos en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (art. 92 CC); o para la constitución de la adopción (art. 177.3.3º. Y, si es mayor de doce años, su consentimiento es indispensable: art. 177.1). E incluso se prevé la prestación de una voluntad negocial en el artículo 162 *in fine*, al exigir que preste el consentimiento para aquéllos contratos en que, habiendo sido celebrados por sus padres, impliquen la realización, por el menor, de prestaciones personales. Con todo, la manifestación más explícita de la capacidad del menor la encontramos en ese mismo precepto, al excluir de la administración paterna –derivada de la patria potestad– «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes, o con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

3. *Sucesión mortis causa*

No es lo mismo estar en la posición jurídica del testador que en la del sucesor (heredero o legatario).

- *Testador*. Como antes adelantábamos, la ley no exige más que los catorce años. Lo cual puede resultar chocante, pues el testamento implica la transmisión de todo el patrimonio del que lo otorga. Y sin contraprestación: nada recibe a cambio. La *ratio legis* de esta norma, a primera vista sorprendente, es sencilla: la disposición que se hace de todo el patrimonio *nunca* podrá perjudicar al testador, puesto que, como sabemos, los efectos (¡una vez más, los efectos!) de su testamento sólo se producirán una vez que fallezca: «el acto por el cual una persona dispone *para después de su muerte* de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento» (art. 667 CC). De la misma manera que antes nos referíamos a una cierta flexibilidad en las donaciones a la hora de calificar la capacidad del donatario, la capacidad del testador, con tener que ser suficiente, no requiere el mismo grado que la de un vendedor o un hipotecante (ya no digamos un donante). El legislador, al autorizar al menor a otorgar testamento, permite que se plasmen en él, con más facilidad, caprichos o veleidades derivados de la menor capacidad cognoscitiva y deliberativa de la persona. El motivo –ausencia de perjuicios para el otorgante– ya lo hemos visto¹⁵.

- *Sucesor*. Anticipábamos antes la incongruencia de exigir mayor capacidad al heredero o legatario –sin cargas– que al donatario puro y simple. Pero la norma es la norma y para aceptar la herencia se exige la plena capacidad (art. 992 CC).

4. *Referencia a otros negocios jurídicos:*

- *Apoderamiento*. Por la propia naturaleza de la representación, el poderdante debe tener la capacidad exigida para el negocio jurídico que se pretenda otorgar por medio del poder. Después veremos, no obstante, el supuesto especial del artículo 1.732 *in fine* del CC.

- *Reconocimiento de hijos*. Si se hace en testamento, se necesita la misma capacidad que para el otorgamiento de éste. Si es en otro documento público, no hay edad mínima; aunque (art. 121 CC), si quien reconoce no puede contraer matrimonio por razón de edad o es incapaz (suponemos que incapacitado o no), su validez está condicionada a la «aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal». Se trata, por tanto, de un supuesto en el que se reconoce, de modo explícito, la capacidad de obrar del incapaz.

- *Capitulaciones patrimoniales*. Requieren la misma capacidad que para contraer matrimonio; es decir, la mayoría de edad. Si bien también puede casarse –y, por tanto, otorgar las capitulaciones– el menor emancipado e incluso el que siendo mayor de 14 años haya obtenido dispensa del Juez de Primera Instancia (arts. 48 y 1.329 CC).

¹⁵ Es importantísimo tener claro cuál es el fundamento de cada norma jurídica. Es determinante para su comprensión; y al estudiante le facilita la memorización. Según Eusebio GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Salamanca «nadie es completamente tonto: toda norma jurídica tiene un porqué». Y añadía: «En el Derecho Romano existía un impuesto sobre los calvos. Sí, sobre los calvos. ¿Por qué? Porque su carencia de pelo les impedía ponerse el casco; y, en consecuencia, ir a la guerra. En compensación por esa ventaja, pagaban un impuesto» (Clases orales de Derecho Tributario, Salamanca, Curso 1986–1987).

III. LA APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD

A) Primer paso: la identificación de los otorgantes

Es obvio que para apreciar la capacidad de los intervinientes en el documento, primero habrá que identificarlos. En los instrumentos notariales, la identificación corresponde, como sabemos, al notario¹⁶.

B) ¿Porqué corresponde al notario la apreciación de la capacidad?

Por la razón de ser de su existencia, de su función: dar fe del contenido de los actos y de los negocios jurídicos, así como de su adecuación a la ley. Esta idea tiene su cobertura legal en el la Ley Orgánica del Notariado¹⁷, cuyo artículo 17 bis nos dice, en su párrafo 2.b) que «Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes»¹⁸.

Recogiendo esta idea, el artículo 156 del RN obliga a incluir en la escritura «la afirmación a juicio del notario, y no apoyada en el solo dicho de los contratantes¹⁹, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera». Esta regla aparece confirmada por los artículos 145 y 167 RN.

¹⁶ Son varios los mecanismos identificatorios previstos por el Reglamento Notarial. El general es que utiliza documentos, en particular el DNI. Subsidiariamente, pueden ser identificadas las personas por dos testigos que conozcan al otorgante indocumentado: son los llamados testigos de conocimiento. Y aún hay una tercera vía: la identificación por la otra parte contratante. Tratándose de una compraventa, pone de relieve RODRÍGUEZ ADRADOS que el vendedor podrá identificar al comprador, pero no a la inversa, pues la suplantación del vendedor resultaría relativamente fácil.

¹⁷ Esta Ley es de 28 de mayo de 1862; por tanto, una de las más antiguas que todavía permanecen vigentes. No obstante el artículo que citamos –y, en parte, reproducimos– fue introducido por la Ley 24/ 2001 de 27 de diciembre (la denominada «de acompañamiento»).

¹⁸ La exigencia de que sea en el momento del otorgamiento cuando deban concurrir (y, por tanto, controlar esa concurrencia) todos los elementos que relaciona este párrafo es de lógica. Es, como con acierto se dice, «el momento de la verdad»: cuando se transmite la propiedad –art. 1.462 CC–, cuando se entrega el dinero...Y, en lo que aquí nos interesa, cuando debe comprobarse que, en efecto, el otorgante está capacitado. Diferir este control a un momento posterior (que ya no sería el de «la verdad») es, como ha puesto de manifiesto José Aristónico GARCÍA SÁNCHEZ, «poner las aduanas unos kilómetros más allá de las fronteras».

¹⁹ No es muy feliz la redacción de este artículo. La función notarial propia del sistema latino lleva implícita, como hemos visto, la apreciación de la capacidad de las partes. Es decir, es el fedatario el responsable de esta calificación. Calificación que, como ha puesto de relieve de forma insistente la doctrina notarialista, implica un juicio, una opinión. La apreciación de la capacidad por parte de los mismos contratantes queda, pues, para los documentos privados (en los cuales se suele incluir como cláusula de estilo).

C) ¿Con qué medios cuenta el notario para apreciar la capacidad?

En principio, con su sentido común y con su experiencia –tanto personal como profesional–. En efecto, el notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo. Se debe fiar, sin más, de propio criterio²⁰. Esta regla, no obstante, tiene alguna excepción: en efecto, el artículo 665 CC, al que antes hicimos referencia, exige la opinión favorable de dos facultativos. Sin embargo su ámbito de aplicación es limitadísimo: tiene que tratarse de un testamento; de un otorgante que haya sido judicialmente incapacitado; y que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar.

En los demás casos, el notario está solo. Lo cual no quita que pueda solicitar dictamen de los facultativos; pero, en este caso, la concurrencia de los mismos no exonera al notario de responsabilidad.

La aplicación del citado sentido común, en mi opinión, exige:

a) Comprobar que la persona está «en sus cabales»

Para ello es necesario saber:

- Primero, si está consciente (lo cual no ofrece, en principio, mayores problemas). Y
- Segundo: si, además de estarlo, es conocedora de sus circunstancias personales; es decir, si «está situada». Para ello es conveniente, necesario más bien, interrogarla, dialogar con ella. Por ejemplo, cuándo y dónde ha nacido; cuántos hijos tiene; dónde vive...²¹ Incluso hacerle comprender que está en presencia de un notario. En el caso de que el resultado de esta indagación sea positivo, se puede pasar al segundo punto.

²⁰ Lo cierto, sin embargo, es que dada la naturaleza de esta apreciación de capacidad, no está claro que un técnico pueda disponer de mayores elementos que el autorizante. Dice el notario MARTÍN CALERO («El documento público notarial», en Revista de Derecho Notarial, octubre–diciembre, 2001) que «en caso de personas dotadas de poco entendimiento o con muy poca cultura, no puede existir una frontera clara que delimite cuándo ha comprendido mínima y suficientemente el negocio que celebra y cuándo no. Estoy convencido de que no puede haber una indagación más útil que la que se haga en relación a cada caso concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias. Creo que debe prevalecer una consideración social, que poco tiene que ver con el dictamen médico de que concorra o no una enfermedad mental o una determinada discapacidad psíquica». Comparto este criterio; que es el seguido por nuestro Derecho, con la única excepción del artículo 665 CC.

Redactando este trabajo leo una entrevista al neuropediatra del Hospital de San Juan de Dios de Barcelona, Emilio FERNÁNDEZ, que dice: «si sólo sabes medicina, no sabes medicina» (La Vanguardia, 16 de noviembre de 2005, «La contra», entrevista con Inma Sanchís). Ésta es, precisamente, la idea: si sólo sabes Derecho, no sabes Derecho. Regla aplicable a la apreciación de la capacidad y, como enseguida veremos, a la explicación al otorgante del contenido del documento.

²¹ Si no está sola la persona cuya capacidad se está juzgando, es frecuente el entrometimiento de las que la acompañan, en especial de sus hijos o cónyuge; los cuales se adelantan a responder a las preguntas del notario, que no tiene, en principio, mayor interés en saber, por ejemplo, dónde ha nacido el otorgante, *si no en saber si éste lo recuerda*. Para ello es conveniente adelantarse a los presentes, pidiéndoles que, por favor, no respondan. Puede ser preferible que el notario se quede solo con el posible incapaz, solicitándolo así a los demás. Sin embargo, no está claro que sea lo más adecuado. Hay personas, sobre todo mayores, que, ante la ausencia de los más próximos (parientes, cuidadores) «se bloquean» y no son capaces de responder o de mantener un diálogo con el notario. En estos supuestos, está claro que lo mejor es la presencia de los acompañantes. No obstante, tendrá que ser sopesado por el notario que la concurrencia de éstos pueda traducirse en vicios del consentimiento (en particular, intimidación). Cualquier notario reconocerá que todo esto no es fácil; y de casos tan variados como el infinito.

b) **Cerciorarse de que la persona es consciente de las consecuencias del otorgamiento**

Es decir, de sus efectos. En este punto debemos tener muy presentes una serie de consideraciones:

Primera: aclaración de las *repercusiones*. Aunque llamemos a los negocios por su nombre, hay que explicar sus repercusiones. Por ejemplo: todo el mundo conoce, más o menos, la figura del testamento. Pero no todos saben que sólo produce efectos *mortis causa*; o que es un acto revocable en cualquier momento²². También suele ser conocida la figura de la donación (un regalo); pero hay que aclarar que en casos tasados es revocable y que, según la voluntad del donante, se traerá o no a colación.

Segunda. *Terminología*. Tampoco se le debe decir, sin más, al compareciente que puede incluir en su testamento una *sustitución* (que, sea *vulgar*, *fideicomisaria*, *ejemplar* o *pupilar*, lo normal es que el otorgante quede sumido en un mar de dudas y temores). O que sería conveniente una condición resolutoria explícita para garantizar su derecho como permutante. No le aclararemos gran cosa al sobreviviente si le decimos que tiene derecho a la *predetracción vidual*; ni si, para explicárselo, añadimos que es una manifestación de las *aventajas* o *don de supervivencia*. Ni al vendedor de un inmueble, cuyo precio se aplaza, que tendrá derecho a reclamar el pago en *vía ejecutiva*. En definitiva: hay que hablar adaptándose al nivel cultural del compareciente, amoldando el lenguaje de manera que sea perfectamente comprensible²³. Como diría un castizo, con frecuencia habrá que hablar en «román paladino»²⁴.

Resumiendo: sólo tendremos certeza de la capacidad del sujeto si, además de cerciorarnos de que «puede gobernarse por sí mismo» (art. 200 CC, *a sensu contrario*), es consciente de las consecuencias de su firma. Porque para eso, precisamente para eso, está el notario

D) Naturaleza del juicio de capacidad

La afirmación que hace el notario de la capacidad del otorgante, ya sea positiva o negativa, crea en el tráfico una importante presunción de que, en efecto, la persona tiene o no la capacidad suficiente para el acto de que se trate. Pero este juicio notarial no se configura como una presunción *juris et de iure*. Al contrario, puede destruirse mediante prueba en contrario (aunque, desde el punto de vista práctico, pueda resultar muy difícil dicha prueba).

Por supuesto, el notario es responsable del juicio de capacidad. Por lo que, si se declara que la calificación notarial de la capacidad era equivocada, deberá el fedatario responder de los daños y perjuicios causados. Es la mejor manera de proteger los

²² De hecho, es la única escritura en la que, como requisito esencial (artículo 695 CC) debe hacerse constar la hora de su autorización: si una misma persona otorga dos testamentos el mismo día, será válido sólo el último.

²³ Huelga decir que no se trata de criticar el empleo de todos estos términos, sino de insistir en una correcta explicación de su significado. Pero sí deben utilizarse. Los documentos serán aplicados en su día, si es necesario, por un técnico en Derecho (un testamento, por un notario, al prepararse la aceptación de la herencia; un préstamo hipotecario, por un juez, al ejecutarse la hipoteca...), al cual le resultará mucho más sencillo interpretar el lenguaje jurídico, por ser muy simplificador: por ejemplo, términos como *retracto* o *excusión* ahorran muchas explicaciones, pues aparecen referidos a conceptos ya preestablecidos.

²⁴ En el año del cuarto centenario de «El Quijote», podemos recordar su apercebimiento: «Llaneza, Sancho, no te encumbres; que toda afectación es mala».

intereses en juego: que los intereses del propio notario coincidan con los intereses generales; es decir, que no sea su opinión una manifestación sin más. Todo lo contrario: tiene repercusiones para los interesados (el documento se otorgará o no) y para él mismo: si no lo hace bien, responde²⁵. La responsabilidad deriva del hecho de que el notario es el que enjuicia la capacidad y goza de libertad para hacer este juicio²⁶.

IV. ALUSIÓN A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Hay casos en los que no está claro el deslinde entre el defecto de capacidad y los vicios que pueden afectar al consentimiento del otorgante. Los vicios del consentimiento, como sabemos, son aquellos hechos que influyen en la formación de la voluntad negocial, distorsionándola; es decir, forjándose de manera diferente a cómo se hubiese configurado si no hubiera concurrido ese hecho.

Diferente supuesto es que el consentimiento no haya mediado de ninguna manera: es decir, la ausencia total del mismo. En estos casos el acto en sí mismo no existe, por falta de uno de los requisitos esenciales²⁷, y la acción que procedería ejercitar sería la de nulidad absoluta o inexistencia. Mientras, en principio concurriendo los defectos del consentimiento, la acción que correspondería ejercitar es la de anulabilidad (art. 1.301 CC).

En nuestro CC, estos vicios aparecen enumerados en la regulación de varios actos o negocios jurídicos:

1. El artículo 73, al relacionar las causas que en que puede basarse la acción de nulidad del matrimonio, incluye entre las mismas, la coacción, el miedo grave y el error²⁸.

2. El artículo 141, al referirse el Código a la acción de impugnación del reconocimiento de hijos, menciona el error, la violencia y la intimidación.

3. El artículo 673, por su parte, nos dice que «Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude».

4. El artículo 997, relativo a la aceptación y repudiación de la herencia, no dice que las mismas «no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento...». Esta afirmación es complemento del artículo 988 que indica que ambas declaraciones (la aceptación y la repudiación) «son

²⁵ Es el ya clásico consejo con el que Jacinto BENAVENTE cierra su obra «Los intereses creados»: «Para salir adelante, mejor que crear afectos es crear intereses».

²⁶ La idea de responsabilidad es inescindible de la de libertad. Lo explica bien Álvaro D'ORS (Nueva introducción al estudio del Derecho. Cuadernos Civitas, Madrid 1999): «La responsabilidad de las personas presupone su libre voluntad; si ésta falta, no hay responsabilidad. La libertad es un presupuesto de la responsabilidad, y no ésta una consecuencia de la libertad: la libertad sería concebible sin esa consecuencia, en tanto que la responsabilidad no lo es sin la libertad».

²⁷ Así, por ejemplo, el artículo 45 del Código, en su número primero nos dice que «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». Y el artículo 1.261 es taxativo al afirmar que «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes».

²⁸ Este error, según el número 4º de ese artículo 73 puede estar «en la identidad de la persona del otro contratante o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento».

actos enteramente voluntarios y libres». Principio que, como sabemos, es aplicable a todos los negocios jurídicos. Y, en aquéllos en los que interviene el notario, es precisamente éste el encargado de que así sea.

5. Ya en materia de contratos, el artículo 1.817 del Código señala en su párrafo primero que «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de este código».

6. Y llegamos así al artículo que acabamos de mencionar, el 1.265: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». Esta norma, ubicada dentro de las reglas generales aplicables a todos los contratos²⁹, tiene la virtud de ser completada con los artículos siguientes, que describen cada uno de estos vicios. Dado que nosotros estamos refiriéndonos a la relación de estos vicios del consentimiento con la capacidad, nos centraremos en la intimidación, el dolo y el error; que son, en nuestra opinión, los hechos que pueden afectar de manera más clara a una capacidad débil.

a) Porque, respecto a la *violencia*, el artículo 1.267 nos dice que «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible». Es un caso extremo que se aleja de nuestro interés en este trabajo: primero, porque aunque uno esté en plenas facultades mentales, la violencia le compelerá a contratar, por la fuerza de los hechos; segundo: en un contrato en que interviene el notario, que concurra la violencia es difícilísimo.

b) La *intimidación* es otra cosa. El código señala (art. 1.267.2.º) que la misma concurre «cuando se inspira en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Huelga decir que la intervención de un tercero imparcial, el notario, aleja este peligro de manera considerable. Pero no siempre lo puede evitar. El otorgante puede venir «domesticado» de casa; es decir, con la amenaza, con la coacción sobre su persona. El notario, con frecuencia, sí puede detectar en la persona un comportamiento «dirigido»; y, en consecuencia, negarse a autorizar el acto; y, en todo caso, deberá proteger a la parte más débil (art. 147.3 RN).

Pero, insisto, habrá casos que se le escapen. El artículo 1.267 CC continúa señalando que «Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona»³⁰. El último párrafo, refiriéndose al llamado «temor reverencial» añade que «El temor de desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto, no invalidará el contrato». Es una regla demasiado rigurosa; porque, de hecho, es, quizá, el vicio de consentimiento que con mayor facilidad puede concurrir. Pensemos, por ejemplo, en los testamentos: el miedo que puede tener el otorgante a soliviantar a alguna persona –cónyuge, hijos– que ejerzan influencia sobre él: los instituye herederos en contra de su voluntad³¹.

²⁹ Como sabemos, la regulación del contrato, en especial en lo relativo a la ineficacia del mismo, es aplicable también a otros negocios jurídicos; considerándose esta normativa contractual, en cierta forma, como propia de la teoría general del negocio jurídico.

³⁰ La tiranía de lo políticamente correcto alcanzó a este párrafo, al ser modificado por la ley de 15 de enero de 1996, que suprimió, como criterio de determinación de la intimidación, el «sexo». Cuando parece evidente –para mí, al menos, es así– que, dependiendo de las circunstancias, puede ser más fácil intimidar a un hombre que a una mujer y viceversa.

³¹ No obstante es reiterada la jurisprudencia en el sentido de no considerar, *per se*, intimidación, la presencia de los herederos instituidos en el acto de otorgamiento del testamento.

Por último: la intimidación –y, también la violencia– «anularán la obligación aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». Por la aplicación de estas reglas a otros negocios, esta norma es especialmente útil para los unilaterales, como el reconocimiento de hijos o el testamento.

c) El *dolo* aparece «cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» (art. 1.269); si bien, para que tenga la consideración de vicio del consentimiento, «deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes» (art. 1.270).

d) El *error*. Hay una distinción tradicional que deslinda entre error de hecho y de derecho.

- El *error de hecho* es el que recae sobre el objeto u otras circunstancias del negocio jurídico. El CC se refiere a él, en materia de contratos, en el artículo 1.266, distinguiendo entre aquel que recae sobre la cosa objeto del contrato, sobre la persona (al que se refiere también, como vimos, el artículo 73, relativo al matrimonio) y el «simple error de cuenta». Sólo los dos primeros se configuran como tales vicios. Desde el punto de vista notarial, evitar estos errores es esencial. Y, para ello, lo mejor es una lectura clara del documento (especificando, por ejemplo, con nitidez, la finca que se vende o que se lega); y la utilización de un lenguaje claro y asequible al otorgante. Esto es lo que impone, con buen criterio, el Reglamento Notarial, exigiendo el empleo de un «estilo claro, puro, preciso sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos»³². El precepto continúa señalando, en términos algo taxativos, que deberán utilizarse como reglas imprescindibles «la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma». Esta prevención está en el núcleo de la misma función del fedatario³³.

- El *error de derecho* recae sobre los efectos jurídicos del negocio.

Éste tipo de error es muy frecuente. Y no está lejos del problema propio de la capacidad; pues, cuanto menos capacidad se tiene, más facilidad de caer en el error.

Ejemplos relativamente habituales³⁴:

1. Se está otorgando una donación *inter vivos* y el donante cree que está formalizando un testamento. La diferencia es esencial, pues en una (en la donación) se transmite ya la propiedad (art. 618 CC) y –salvo contadísimas excepciones– de manera irrevocable; mientras que en el otro (testamento), no sólo no se transmite actualmente la titularidad sino que es un acto esencialmente revocable (art. 737 CC).

2. En las transmisiones *mortis causa*, considerar que no es necesaria la aceptación de la herencia. Como sabemos, para que se produzca la transferencia de titula-

³² Esto, qué duda cabe, favorecerá la interpretación posterior del documento: *In claris non fit interpretatio*. Idea que recoge el propio CC, cuyo artículo 1.281 nos dice que «Si los términos de un contrato son claros, de manera que no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»

³³ No en vano su función se califica como de «seguridad jurídica preventiva»: se trata de que, con su intervención, se eviten litigios futuros basados en una incorrecta configuración del negocio jurídico, por la concurrencia de alguna de las causas que, con mayor o menor extensión, estamos mencionando aquí: defectos de capacidad, vicios del consentimiento, inobservancia de formas...Me remito al comentario incluido en la nota 18.

³⁴ En esta enumeración he contado con el trabajo –inédito– de Jordi LUCEA BORRÁS, «Errores más frecuentes del otorgante del documento notarial».

ridades del causante al heredero es indispensable la concurrencia de dos elementos: el título sucesorio (testamento o declaración de herederos) y aceptación.

3. En las transmisiones (donación, venta) con reserva de usufructo, con frecuencia se cree que el derecho de usufructo impide la transmisión de la nuda propiedad; es decir, que hace las veces de prohibición de disponer.

4. Está muy extendida la idea del negocio de «poner a nombre de». Negocio jurídico que, como dice el notario Olivares James, no existe. La creencia popular, no obstante, limita, en general, esta figura a las transmisiones de padres a hijos.

5. Dificultades para disociar préstamo (deuda) e hipoteca (garantía), lo cual, a veces, se traduce en la dificultad de explicar porqué, extinguida la deuda, subsiste la garantía real sin cancelar. Tampoco se entiende con facilidad la idea del hipotecante no deudor.

6. Creencia, frecuente, de que es posible la propiedad de una persona sobre una finca; y de dos sobre la vivienda construida sobre ella (sin constitución del derecho de superficie).

7. Demasiada alegría, a veces, al otorgar los poderes generales, llamados «para arruinar».

8. Errores habituales en las repercusiones fiscales de la operación: creencia de que la compraventa es más económica que la herencia (y, en herencias normales o pequeñas, no es así). E incluso la donación, que es carísima.

Esto va unido, además, a valorar los efectos fiscales (ahorro) por delante de los civiles (provocando transmisiones actuales perjudiciales o compraventas ficticias que perjudican a otros hermanos que, en su día, serán legitimarios defraudados).

Por tanto: en todos estos supuestos, el notario deberá apreciar no sólo la capacidad del otorgante sino también la posible aparición de estos vicios. Es decir: cabe la posibilidad, como adelantábamos, de que un compareciente capaz esté influido, afectado por la intimidación, por el dolo o por el error. Aunque, así como el notario no puede presumir la falta de capacidad, tampoco puede suponer la concurrencia de alguno de estos hechos invalidantes. Y, por tanto, el control de legalidad que el notario ejerce no puede traducirse en una obstaculización de la libertad de la persona³⁵ ni de su principal manifestación en el ámbito del derecho privado: la autonomía de la voluntad³⁶.

³⁵ Principio que aparece reconocido como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el artículo 1 de la Constitución Española. El hecho de que dicho valor aparezca reconocido en primer lugar (por delante de la justicia, la igualdad y el pluralismo político) no es casual: *Vid.* Gregorio PECES BARBA, «Los valores superiores», en «Temas clave de la Constitución española». Tecnos, 1983.

³⁶ Entendida ésta como la facultad para autorregular las propias relaciones jurídicas privadas. Este axioma tiene su apoyo básico en el artículo 1.255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público». No es, sin embargo, el único. Citemos, *ad exemplum*, en materia sucesoria, el artículo 763.1 CC: «El que no tuviere herederos forzosos puede disponer de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos»; y, en el ámbito de los derechos reales, el artículo 594: «Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público».

V. UN SUPUESTO ESPECIAL Y RECIENTE: EL ARTÍCULO 1.732 *IN FINE* DEL CC

Este párrafo, introducido por la Ley de 18 de noviembre de 2003 nos dice:

«El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

Sobre el mismo me interesa comentar:

1. Prescindo de las diferencias, ya muy tratadas, entre mandato y poder. La normativa de aquel se viene aplicando, por analogía, al apoderamiento. Y me atrevo a decir que el legislador ha modificado este artículo pensando más en el poder que en el mandato.

2. Es una modificación sustancial del régimen del poder: la pervivencia del mismo pese a la falta de capacidad del poderdante.

3. Entre los antecedentes que podemos mencionar los hay doctrinales (vgr., Rafael Leña); y legislativos: el mal llamado «testamento vital», ya regulado en varias de nuestras Comunidades Autónomas; en virtud del mismo, el otorgante designa a una o varias personas para que, en caso de hospitalización y disminución de la capacidad propia, se comuniquen con el equipo médico y tomen las decisiones que consideren pertinentes.

La interpretación de esta norma, a mi juicio, es la siguiente:

a) Aún cuando el artículo no lo decía, en mi opinión, el poder, en principio, se extingue por la incapacidad del poderdante; cosa que sigue ocurriendo si no se utiliza la posibilidad prevista en el último párrafo. Es decir, el efecto extintivo no está limitado a la incapacitación. La razón que apoya esta tesis está en el núcleo mismo del apoderamiento: el poder descansa en la confianza que deposita en poderdante en el apoderado, y que es, a su vez, la base de la revocabilidad del poder: «El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento que conste en el mandato» (art. 1733 CC). Si el poderdante ha devenido incapaz, no puede revocar (no olvidemos que la revocación es, también, un negocio jurídico). Y por eso en los contratos en escritura pública celebrados a través de representante se incluye una cláusula en la que manifiesta el apoderado que no ha variado la capacidad de su representado.

En definitiva, el argumento sería similar al que apoya la extinción del poder en el caso de incapacitación o muerte del poderdante (supuesto explícitamente previsto en el art. 1.732 CC).

b) La subsistencia del poder, ahora, en el caso que prevé el artículo 1732 *in fine* se producirá tanto en casos de incapacidad como de incapacitación. Los argumentos son los siguientes:

- Literal: utiliza la palabra incapacidad; y, además, habla de «incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste». Luego parece que dentro de esa apreciación podrá incluir la mera incapacidad de hecho.

- Finalista: favorecer la voluntad del poderdante, que quizá no desea ser incapacitado.

En cualquier caso, se trata de una norma de reciente implantación. Ya veremos cuál es la interpretación que el Tribunal Supremo hace de la misma.