

ESTUDIO LEGISLATIVO

Incidencia de la ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad en el ámbito de la sucesión testamentaria

Impact of law 8/2021 on persons with disabilities in the field of testamentary succession

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad San Jorge

Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J

Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge (USJ)

Catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano

Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

RESUMEN: La Ley 8/2021 sobre el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica reforma la legislación civil y procesal en muchos aspectos, entre ellos el Derecho de sucesiones, en materias tales como la sucesión testamentaria, donde se reforman en profundidad algunos preceptos del Código civil relacionados con la capacidad para testar, el juicio de capacidad que realiza el notario, la capacidad testamentaria pasiva, la indignidad para suceder y las sustituciones hereditarias; en otros preceptos, la modificación afecta a las solemnidades testamentarias con la finalidad de facilitar su otorgamiento a las personas con discapacidad; por fin, otras modificaciones resultan adaptaciones terminológicas conforme al espíritu y tenor de la Convención de Nueva York de 2006, que se reflejan en la ley 8/2021.

ABSTRACT. Law 8/2021 on support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity reforms civil and procedural legislation in many aspects, including inheritance law, in matters such as testamentary succession, where they are reformed in depth some precepts of the Civil Code related to the capacity to test, the judgment of capacity carried out by the notary, the passive testamentary capacity, the unworthiness to succeed and hereditary substitutions; in other precepts, the modification affects testamentary solemnities in order to facilitate their granting to people with disabilities; finally, other modifications result in terminological adaptations in accordance with the spirit and tenor of the 2006 New York Convention, which are reflected in Law 8/2021.

PALABRAS CLAVE: Convención de Nueva York 2006, Personas con discapacidad, Reforma legal, Ley 8/2021, Herencia, Derecho de sucesiones, Sucesión testamentaria.

KEY WORDS: New York Convention 2006, Disabled people, Legal reform, Law 8/2021, Inheritance, Inheritance law, Testamentary succession.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 8/2021, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA: II.1. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ACTIVA; II.2. EL JUICIO DE CAPACIDAD A CARGO DEL NOTARIO TRAS LA NUEVA LEY; III.3. FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO CERRADO; II.4. CAPACIDAD TESTAMENTARIA PASIVA E INDIGNIDAD PARA SUCEDER.—III. UNA REFERENCIA A LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS.—CONCLUSIÓN.—ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención internacional de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas representa un cambio de paradigma sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad¹, toda vez que se desliga del estigma de la minusvalía que padecen estas personas y el consiguiente recorte de derechos que acarreaba. En su virtud, se invoca y propone el principio de igualdad de derechos y libertades respecto de las demás personas, sin perjuicio de la conveniencia, elevada a necesidad, de precisar a su favor las medidas que permitan asegurarles el ejercicio de su capacidad jurídica, a los fines de salvaguardar y preservar sus derechos e intereses legítimos.

Así pues y, fruto del cambio legal operado, podemos señalar, como regla general, que las personas con discapacidad toman sus propias decisiones, en clara expresión del debido respeto a su voluntad y preferencias, de manera que

queda desplazado y sustituido el criterio anterior de la omisión de la voluntad del discapacitado en la toma de decisiones sobre los asuntos en los que se hallara involucrado². De ahí que la Convención neoyorkina de 2006 emerge como un verdadero punto de inflexión en el progresivo y paulatino proceso de humanización del Derecho.

Más concretamente, las personas adquieren la cualidad de sujetos de derechos en todo caso, al margen de la enfermedad, anomalía o deficiencia que padecieren (discapacidad física, psíquica o sensorial), lo que permite afirmar que toda persona cuenta con capacidad jurídica, en el sentido tradicional considerado como sinónimo de personalidad jurídica, hasta el punto de hacer desaparecer la noción de capacidad de obrar, en la medida que el ejercicio de la capacidad corresponde exclusivamente a la persona que actúa y, en el supuesto de precisar ayuda, a esta misma persona, si bien con las medidas de apoyo suficientes que aseguren su actuación personal.

En un recorrido que arranca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), de forma paralela al proceso de desarrollo y aplicación de los derechos humanos, se detecta una tendencia signada por la atenuación del carácter patrimonial del Derecho civil, lo que se traduce en una minoración del ingrediente economicista en sus distintas ramas: bienes, sucesiones, obligaciones y contratos, con una incidencia más notoria en el derecho de familia y en la parte general del Derecho civil.

Una vez que la ONU aprueba en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad³, el texto se somete a la ratificación de los Estados miembros (en España mediante el Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, en vigor desde el día 3 de mayo de 2008). A partir de aquí, se inicia un período de adaptación de la normativa interna al Convenio con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por la que se actualizan algunas leyes relacionadas con las personas discapacitadas⁴, seguida de otras normas posteriores⁵: el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas discapacitadas y de su inclusión social; la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación surgida en sede de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio); la LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; e, incluso, la LO 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Por lo demás, en el seno de la Convención de la ONU se crea un Comité ad hoc encargado de analizar la regulación sobre discapacidad de los diferentes ordenamientos civiles de los Estados miembros que ratificaron el instrumento internacional⁶.

Por lo que a España se refiere, estaba pendiente la reforma del Código civil, amén de otras leyes complementarias, al objeto de cumplir con el deber contraído como Estado firmante. Así, el Gobierno asume el compromiso de remitir a las Cortes Generales en un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011 “*un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12^º de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida*”, en el que se establecerían “*las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*”⁸.

La demora acumulada en la aprobación de la reforma llegó a suscitar inquietud en el Comité revisor de la ONU⁹ y propiciará una importante labor interpretativa del Convenio de 2006 por el Tribunal Supremo¹⁰, a los fines de flexibilizar la normativa del Código civil en materia de tutela e incapacidad y hacerla compatible con el espíritu de la Convención, si bien acotando, a título de admonición, que no constituye una competencia del poder judicial, sino del legislativo, establecer la modalidad de asistencia y prestación de apoyo a las personas con discapacidad.

El Ministerio de Justicia español encarga en 2017 a la Sección Civil de la Comisión General de Codificación elaborar un anteproyecto de reforma del Código civil, con la finalidad de adaptar su normativa a la Convención de Nueva York y al espíritu que la informa¹¹. Durante 2017 y 2018, la Sección elabora un borrador del anteproyecto que, una vez concluido, fue remitido al Ministerio de Justicia. Este, cumpliendo con la normativa preceptiva, lo remite al Consejo de Estado (15/01/2019) para su preceptivo informe, (concluido el 11/04/2019), con pronunciamiento ampliamente favorable respecto del anteproyecto elaborado.

Finalmente, como colofón a este periplo legislativo, se publica la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya entrada en vigor se pospone tres meses desde su publicación (2/09/2021)¹².

Desde una óptica sustancial¹³, la Ley recoge como columna vertebral el respeto al derecho de igualdad que corresponde a todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, eje que inspira la Convención de 2006, así como también subraya el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y la consideración de la libre voluntad de la persona con discapacidad. Estas premisas se conectan con los criterios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo para ejercer la capacidad jurídica, junto al de igualdad de condiciones respecto de las demás personas¹⁴, puesto que

la capacidad jurídica es revestida no solo como la titularidad de derechos, sino también con el plus de una correlativa legitimación para ejercerlos¹⁵.

Surge, pues, el binomio entre la discapacidad y las medidas de apoyo, de tal suerte que el destinatario de las mismas es quien no puede ejercitar su capacidad jurídica sin dichos apoyos, es decir, quien no puede desarrollar su propio proceso para tomar decisiones, por contar con dificultades para conocer, comprender y actuar con trascendencia jurídica¹⁶. Ello permite superar la visión estrecha de la discapacidad —física o sensorial— para extenderla al ámbito psicosocial o intelectual como una cualidad dinámica y práctica presente en la persona discapacitada, incluso temporal, distinta de la cualificación estática que tradicionalmente se le atribuía en la persona discapacitada.

Formalmente, la Ley 8/2021 cuenta con 8 artículos¹⁷, 2 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 3 disposiciones finales.

Por contar con nuestro interés, abordaremos la reforma del Código civil (Cc, en adelante) operada por la Ley 8/2021, si bien acotada a las sucesiones mortis causa: en efecto, de todos los artículos del Cc relativos al Derecho sucesorio afectados por la reforma, algunos son modificados con profundidad (así, los artículos 663, 665, 753, 776, 782, 808, 813); otros se destinan a cambiar las formalidades testamentarias para facilitar el acceso de las personas con discapacidad (artículos 695, 697, 2, 708, 709), y un tercer bloque serían aquellos en los que se sustituyen y corrigen expresiones por quedar obsoletas y sin sentido tras la reforma legislativa, de tal manera que se adecúan terminológicamente, sin entrar, por lo general, a dilucidar sobre los problemas interpretativos en torno a su contenido (artículos 706, 742, 756, 2º y 7º, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060).

Más concretamente, nos centraremos en las novedades que la nueva legislación establece en algunos aspectos relativos a la sucesión testamentaria.

II. LA LEY 8/2021, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Tal como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, *“la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva”*, lo que se traduce sustancialmente en el cambio del sistema anterior, sustentado en la capacidad limitada para testar de la persona discapacitada y la sustitución de su voluntad, por uno nuevo¹⁸ que, no sólo le atribuye capacidad para testar, aunque lo sea con los correspondientes

medios de apoyo, sino que también erradica cualquier atisbo de posible sustitución de su voluntad.

El cambio de paradigma afecta al otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad, toda vez que hasta la Ley 8/2021 se trataba de una cuestión que gravitaba sobre la decisión judicial conclusiva de un proceso de incapacitación o de modificación de la capacidad; sin embargo, con la nueva legislación, el proceso judicial destinado a proveer de los apoyos necesarios al discapacitado ya no radica en la declaración judicial de incapacitación, ni siquiera en la de modificación de la capacidad, sino en dotar para el ejercicio de su capacidad jurídica de los apoyos precisos¹⁹ a quien lo amerite.

Si bien la Ley 8/2021 se dirige fundamentalmente a las personas con discapacidad cognitiva o intelectual, también alcanza a las personas con discapacidades sensoriales, a las que, en la legislación anterior, se imponían restricciones en sede testamentaria, de tal manera que resultaban impedidas para ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de testadores (artículos 708 y 709 del Cc), lo que suponía una discriminación contraria al espíritu y finalidad de la Convención de 2006.

Así las cosas, la Ley 8/2021 reforma cuestiones de la sucesión testamentaria: la capacidad testamentaria activa —*testamenti factio activa*— (artículos 663, 695,1 y 697,2 del Cc), con una referencia especial al juicio de capacidad encomendado al notario (artículos 665 y 695,2 del Cc); algunas formalidades del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Cc); la capacidad testamentaria pasiva —*testamenti factio passiva*— e incapacidad para suceder por indignidad (artículos 753 y 756 del Cc, respectivamente); y, por fin, algunos aspectos de las sustituciones hereditarias (artículos 776, 782 del Cc).

II.1. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ACTIVA

La modificación en este apartado se refiere a dos preceptos relacionados con la capacidad testamentaria activa, concretamente los artículos 663 y 695,1 del Cc, amén de la supresión del párrafo segundo del artículo 697 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el artículo 663, una excepción a la regla general de la presunción *iuris tantum* sobre capacidad testamentaria activa²⁰ (STS de 15 de marzo de 2018, RJ 2018, 1090), niega la capacidad de testar, además de a las personas menores de 14 años, a “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Se suprime, por tanto, la anterior expresión “están incapacitados para testar”, en consonancia con el sentir de la reforma que prescinde de la incapacitación,

y se establece la prohibición de testar a ciertas personas, ya por razón de edad (menores de catorce años), ya por imposibilidad de conformar o expresar la voluntad, amén de algunas especificidades en los testamentos ológrafo y cerrado (688 y 708 del Cc).

Ya no se utiliza la expresión que impedía testar a quien “*habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”, término jurídico impreciso que generaba controversia a la hora de delimitar la capacidad testamentaria activa. Sin embargo, la nueva terminología elegida conduce a la confusión, pues, por un lado, no aclara qué se entiende por conformación de la voluntad; y, por otro, relaciona dos vocablos —conformar, expresar— a través de una conjunción disyuntiva —o—, sin concretar al dejar abierta²¹ su interpretación sobre si, en verdad, nos hallamos ante dos términos distintos, similares o complementarios.

En efecto, el vocablo “*expresar*” podría considerarse en el sentido del momento final de todo un proceso cognoscitivo en el que, en una de sus fases previas, concurre la necesaria conformación de voluntad. Esta sería la interpretación apropiada, a nuestro juicio. Sin embargo, el recurso a la conjunción disyuntiva “o” en lugar de emplear la copulativa “y” podría dar lugar a interpretar ambos vocablos de manera independiente y no como si tratara de dos etapas subsecuentes dentro del mismo proceso.

Así pues, la nueva redacción, no sólo omite la regla general de presunción *iuris tantum* sobre la capacidad para testar, sin distinguir su vertiente física, sensorial o ambas al mismo tiempo, sino que, además, introduce la expresión “*apoyos*”, de tal manera que por su través trae a colación indirectamente la noción de discapacidad, a pesar de que el espíritu y el tenor de la Convención de 2006 distan claramente de esta visión restrictiva y limitativa con sesgo estigmatizador²². Entendemos que, por lo general, la coexistencia y engranaje de expresiones jurídicas con otras tecno-científicas propias de la sociología inclusiva no resulta del todo fácil, sino más bien lo contrario, con la circunstancia agravante de que, en ocasiones, lejos de lograr el objetivo pretendido de aclarar su contenido, se propicia lo contrario, la confusión aunada con el error.

Detectamos en la redacción del precepto una evidente incursión del lenguaje científico en el mundo jurídico: lejos de aportar claridad y rigor, siguiendo el modelo de fórmulas y criterios anteriores²³ —cabal juicio, capacidad de entender y querer, afección en las facultades necesarias para otorgar testamento—, considera situaciones más físicas o sensoriales que jurídicas. A nuestro entender, no resulta acertado recurrir al argot propio de la discapacidad para precisar el contenido del Cc, al conducir a lecturas erróneas derivadas de la carencia de conocimientos previos sobre discapacidad e inclusión; a mayor abundamiento, desde la perspectiva de la plena igualdad y, en la medida que esta constituye una aspiración fundamental y eje transversal de la reforma analizada, resulta inadecuado

realizar constantes referencias, aunque estas sean indirectas y con fines tuitivos, a la discapacidad, puesto que con ello se logra llevar, cuando menos formalmente, al grado de excepción lo que en verdad se pretende equiparar.

Así las cosas, y desde una visión de conjunto que concilie el precepto referido con aquellos no modificados por la Ley 8/2021, podemos afirmar que, ante la ausencia de una especificación de las enfermedades o situaciones concretas que impiden otorgar testamento a una persona por carecer de la suficiente capacidad de discernimiento, estamos en presencia de una regla aplicable no solo a las personas que necesitan apoyo, sino también a las que no lo precisan. En su virtud, se reafirma la necesidad de practicar el correspondiente juicio de capacidad por parte del notario, tal como se colige de los artículos 685, 696 y 707, 4º del Cc, en aquellos supuestos en los que no sea posible apreciar la aptitud adecuada para testar, ya sea por hallarse bajo los efectos de una determinada medicación, someterse a un tratamiento médico, padecer una adicción o enfermedad mental, contar con una edad avanzada, o, evidentemente, sufrir una discapacidad psíquica o mental. En todo caso y, tal como ha señalado la jurisprudencia²⁴, en supuestos de dificultad probatoria sobre la ausencia de capacidad para testar no se requiere una certeza absoluta²⁵, sino que bastaría inferir una probabilidad cualificada.

La referencia de este precepto al momento de testar para dilucidar la capacidad testamentaria activa no solo comprende el supuesto puntual de anomalía o trastorno psíquico transitorio grave en una situación en la que la persona no hubiera sido provista de medidas legales de apoyo, sino que también comprendería el caso de quien, de manera permanente, no puede conformar o expresar su voluntad, ni siquiera, por resultar insuficientes, a través del auxilio de los medios o apoyos de distinta intensidad habilitados para ello (compañía amistosa, asesoramiento, ayuda técnica). Por supuesto, entre los medios de apoyo con los que cuenta el testador para conformar o expresar su voluntad, hay que destacar al notario²⁶. Todo ello, sin obviar el carácter *intuitu personae* del testamento, razón que imposibilita que el medio o apoyo habilitado sustituya la voluntad del testador, sino que se limitará a asistirlo y asesorarlo para decidir por sí mismo y comprender las consecuencias derivadas del tenor de su testamento.

Desde un punto de vista práctico, será imposible que una decisión judicial impida o restrinja apriorísticamente la capacidad para testar, fundamentalmente por dos razones: el artículo 269 del Cc prohíbe que una resolución judicial incluya la mera privación de derechos, incluido el de testar, prohibición aplicable retroactivamente a tenor de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 8/2021; y, además, porque el juicio de capacidad compete realizarlo al notario según el estado en que se halle el testador al tiempo de testar, a tenor del artículo 666 del Cc.

Por otro lado, la mayor o menor complejidad del contenido del testamento puede resultar proporcional con una mayor o menor capacidad testamentaria,

toda vez que, conforme a la jurisprudencia²⁷, a mayor complejidad del testamento, mayor capacidad de entender y querer exigible al testador en su otorgamiento. Aun así, la complejidad del testamento no puede erigirse en prueba única y exclusiva sobre la que determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad natural del otorgante²⁸, sino que más bien resultaría un mero indicio con una probabilidad cualificada. A tal efecto, sería un testamento complejo el que rebasa el mero reparto equitativo de los bienes entre herederos y legatarios (STS de 22 de enero de 2015, RJA 2015/465, ya referida).

En consecuencia, la nueva redacción del precepto prohíbe otorgar testamento a quien, al tiempo de testar, cuenta con dificultades físicas, cognitivas o sensoriales para tomar decisiones o expresarlas, ni siquiera con la ayuda de medios o apoyos para ello; ergo, por argumento en contrario, podrá testar la persona que cuente con aptitud física, sensorial y cognitiva para comprender su voluntad testamentaria y poder expresarla, aun cuando sea con apoyo (personas, o medios técnicos, materiales o humanos).

Una enmienda en tramitación parlamentaria rehusó, por imprecisa, el empleo de la expresión “*facultad de discernimiento*”, al considerar que, con ello, se replicaba la indefinición de la que participaba la expresión anterior “*falta de cabal juicio*”.

Con relación a la nueva versión del artículo 695,1 del Cc, fruto de la ley 8/2021, su tenor literal establece que “*El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario ...*”. La redacción anterior del precepto limitaba expresar la última voluntad del testador ante el notario de forma oral o escrita; sin embargo, la nueva redacción amplía la posible expresión de la última voluntad por el testador al notario mediante una tercera modalidad, “*cualquier medio técnico, material o humano*”, lo que faculta a las personas discapacitadas²⁹ a utilizar los sistemas de comunicación utilizados habitualmente por ellas, incluso alternativos o amplificativos del lenguaje oral, en función del grado de afección que padezcan.

Cuando el precepto se refiere a “*cualquier medio técnico o material*”, sin distinguir ni precisar cuáles son, cabe entender que comprende todos los medios precisos para que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad; respecto de los medios humanos, tal expresión acoge la posible intervención en el otorgamiento de un tercero distinto al testador y al fedatario público, que preste su asistencia al testador y facilite su entendimiento con el notario³⁰.

Se amplían, pues, las formas de manifestar la voluntad del testador, extendiendo así las personas capaces de testar, incluso aquellas con discapacidad, conforme al espíritu de la Convención de 2006, presente en los reformados artículos 665 y 249 del Cc.

Atendiendo al espíritu de la reforma legal, cónsono con la Convención de Nueva York de 2006 y con la redacción del artículo 695 del Cc, se suprime el apartado 2 del artículo 697 del Cc, en el que se exigía para el testamento abierto la concurrencia de dos testigos idóneos cuando el testador, pudiendo firmarlo, fuese ciego o declarase no saber o no poder leerlo por sí mismo. Incluso, en este último supuesto, de ser el testador enteramente sordo, los testigos debían leerlo ante el notario y declarar que su contenido coincidía con la voluntad manifestada por el testador.

Se elimina con ello un precepto superado en su contenido merced a los avances tecnológicos operados, de tal manera que el testador puede tener la certeza suficiente e indubitada acerca del tenor del testamento sin necesidad de requerir inexcusablemente la presencia de dos testigos. Una concurrencia testifical que resultará necesaria cuando el testador declare no saber o no poder firmar el testamento (versión actual del artículo 697 del Cc), en cuyo caso lo hará por él y a su ruego uno de los testigos³¹, una redacción alineada con la legislación notarial, que declara la nulidad de los instrumentos públicos en los que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo (artículo 27, 3º de la Ley del Notariado). Una intervención de testigos que, incluso, podría resultar cuestionable, toda vez que, dado su carácter instrumental, ni califican el acto imprimiéndole legalidad, ni evalúan la capacidad o discernimiento del testador, funciones reservadas al notario. Su intervención podría conculcar la privacidad de un acto jurídico tan íntimo y relevante como el otorgamiento de testamento.

Estas modificaciones previstas para las formalidades del testamento abierto sintonizan con el espíritu de la Convención de 2006 y la reforma de la Ley 8/2021, puesto que las personas con discapacidad gozan en el ejercicio de su capacidad jurídica de las mismas condiciones que el resto de personas, incluido el plano sucesorio y, más concretamente, la sucesión testada. A tal fin, se debe suministrar al testador que se halle en tales condiciones los medios de apoyo por los cuales pueda manifestar su voluntad de testar ante el notario, sin que dependa la validez del acto de la concurrencia de otras personas, al margen de los medios que hubieran sido empleados³².

Por efecto rebote de lo señalado anteriormente y, aunque no se ha reformado expresamente el artículo 698, 2º del Cc, en cuya virtud deben concurrir al otorgamiento del testamento abierto, amén de los testigos de conocimiento y el intérprete en caso de haberlos (artículo 698, 1º y 3º del Cc), “*los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado*”, lo cierto es que este artículo 698, 2º ha de entenderse implícitamente suprimido, puesto que ya no se requiere la presencia de los dos facultativos y no existe la incapacitación como medida judicial, criterio ratificado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021 cuando deroga las disposiciones de igual o inferior rango que contradigan, se

opongan o resulten incompatibles con la mencionada Ley (*lex posterior derogat lex anterior; lex specialis derogat lex generalis*).

II.2. EL JUICIO DE CAPACIDAD A CARGO DEL NOTARIO TRAS LA NUEVA LEY

En cuanto a la nueva redacción del artículo 665 del Cc, podemos constatar que, excluida toda referencia a la sentencia de incapacitación y a la intervención de los facultativos en el reconocimiento médico del incapacitado³³, hoy discapacitado, incumbe al notario determinar la capacidad del discapacitado para testar, sin perjuicio de que solicite el dictamen médico correspondiente antes de emitir su opinión.

Aun cuando este precepto se encuadra en la Sección 1ª (De la capacidad para disponer por testamento), del Capítulo Primero (De los testamentos) del Título III (De las sucesiones) del Libro IV del Cc y, por su ubicación formal, pudiera extender su ámbito de aplicación a todo tipo de testamento³⁴, todo indica que su engranaje más idóneo lo es con el testamento notarial abierto, toda vez que, en el testamento cerrado, el notario vería restringido su enjuiciamiento sobre la capacidad de testar al momento del otorgamiento del testamento, y no al tiempo de su redacción³⁵, a lo que habría que añadir que en esta última modalidad testamentaria el notario carece de la debida certeza para dilucidar si la redacción del instrumento correspondió al testador o a un tercero.

Esta reticencia esgrimida en cuanto a la aplicación extensiva del nuevo precepto al testamento cerrado, según nuestro parecer, no resultaría extensible al testamento ológrafo otorgado por una persona con discapacidad, puesto que es en el trámite de la adveración notarial cuando tiene lugar la constatación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles de validez, mas no la apreciación de la capacidad del testador sobre el conocimiento del alcance y consecuencias de lo manifestado³⁶. Así sucede en el testamento ológrafo otorgado por una persona no discapacitada, lo que aplicaría también a una persona discapacitada, sin perjuicio en ambos casos de la posible impugnación judicial del testamento mediante la prueba de los vicios en el consentimiento prestado.

El primer inciso del precepto aludido reafirma la posibilidad de que toda persona con discapacidad pueda otorgar testamento, siempre que entienda el acto realizado y sus consecuencias jurídicas, a los fines de conformar su voluntad, en línea con lo establecido en el artículo 663 del Cc, con lo cual se arrastra hasta el artículo 665, 1 del Cc una inadecuada expresión que asocia directamente la aptitud para testar con la discapacidad; además, se asigna en este caso al notario la valoración de la capacidad del testador³⁷.

Con ello tratamos a continuación, precisamente, lo atinente al juicio de capacidad efectuado por el notario, una valoración que, en virtud de la reforma

legislativa operada, se ha visto modificada³⁸: a diferencia de lo establecido en la legislación anterior, en la que el notario se veía compelido a comprobar la capacidad del testador mediante un juicio de capacidad que constituía un verdadero juicio de aptitud o discernimiento³⁹, la nueva regulación le asigna la función de constatar, según su criterio, que el testador puede conformar o expresar su voluntad. Tal valoración⁴⁰ constituye un mero juicio personal del notario, susceptible de prueba en contrario, que habrá de efectuarse caso por caso⁴¹ atendiendo al momento de testar y que, en modo alguno, constituye un juicio médico⁴².

Si bien se ha suprimido la presencia de los dos facultativos para determinar la capacidad del otorgante, ello no obsta para que el notario pueda recabar su opinión⁴³ en caso de albergar dudas al respecto, circunstancia que puede resultar de interés constatarla en el propio testamento para apuntalar el juicio notarial de capacidad. Del mismo modo y, en función de las circunstancias del caso, el notario puede recabar información, sin ser vinculante, relacionada con⁴⁴ las condiciones personales del testador, su ámbito familiar o de convivencia, graduación administrativa del grado de discapacidad, atenciones individuales que recibe e, incluso, informes y dictámenes de asistentes sociales⁴⁵.

El segundo inciso de este precepto establece que el notario deberá, en todo caso, favorecer la toma de una decisión autónoma, respetando la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad al otorgar testamento. La función del fedatario público es amplia⁴⁶, pues comprende el establecimiento voluntario de medidas de apoyo (autocuratela, mandatos y poderes preventivos, regulación de discapacidad), el apoyo al discapacitado —psíquico o físico— en el otorgamiento de actos jurídicos que ante él se realicen, así como el control de los actos jurídicos que el otorgante discapacitado efectúe conforme a su capacidad.

Se trata de una función que ya tenía de por sí el notario en virtud de su *officium*, si bien el ordenamiento jurídico no sólo la subraya explícitamente en el artículo 249, 2º del Cc (ayuda al discapacitado en la toma de decisiones, apoyo previo en lo que a la comprensión y razonamiento del acto jurídico celebrado se refiere, ajustes necesarios en la expresión de su voluntad, deseos y preferencias⁴⁷), sino que la complica y magnifica⁴⁸.

Cuando el legislador utiliza la expresión ajustes necesarios recurre a un término propio del argot terapéutico de la discapacidad, ajeno por completo al ámbito jurídico, a pesar de que en la nueva regulación la discapacidad ya no representa un asunto médico, sino más bien de inclusión social⁴⁹. Ello da pie, a nuestro juicio, en el abanico de todos los medios posibles para otorgar un documento público por un discapacitado (ex artículo 25, 4 de la Ley del Notariado), a recabar, entre otros medios, el auxilio de facultativos o expertos que faciliten al notario la emisión de un juicio sensato, razonable y certero sobre la capacidad del testador.

En todo caso, la prestación de apoyo al testador se refiere a toda actuación dirigida a facilitar el entendimiento del acto jurídico en ciernes y sus consecuencias, lo cual no implica en modo alguno dirigir, sugerir, incidir, inducir, influir indebidamente o captar la voluntad del testador, puesto que, de ser así, el testamento adolecería de nulidad, a tenor del artículo 670 del Cc⁵⁰. En esa misma línea argumentativa, no cabrá otorgar testamento por medio de apoyos previos de carácter representativo⁵¹, toda vez que el testamento debe otorgarse por el propio testador con discapacidad, aunque cuente con los apoyos que el notario considere oportunos en el momento del otorgamiento.

Así pues, teniendo en cuenta que la finalidad de la reforma reside en que los sujetos con discapacidad adopten las decisiones que ellos mismos desean en el ámbito patrimonial y personal, incluyendo el reconocimiento de un pretendido derecho a tomar decisiones equivocadas, conforme a sus preferencias, la intervención notarial adquiere una verdadera connotación activa, extremadamente útil a fin de que el testador entienda y comprenda el acto jurídico efectuado (STS de 19 de septiembre de 1998, RJA 1998, 6399; STS de 22 de enero de 2015, RJA 2015, 465)⁵², de tal manera que, por su través, se pueda asegurar que, en la mayoría de las ocasiones⁵³, las personas con discapacidad puedan otorgar testamento, tratando de proteger su última voluntad, cuestión tan importante incluso como la de proteger su patrimonio actual y futuro⁵⁴. En tal sentido procede traer a colación la Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, que afirma que el notario, a la luz de la nueva redacción del artículo 665 del Cc, constituye un verdadero apoyo institucional.

Si bien el artículo 695 del Cc se refiere a las formalidades requeridas en el testamento abierto y, más concretamente, a la manifestación de voluntad del testador en su otorgamiento, la Ley 8/2021 detalla el párrafo primero sobre los medios por los que el testador puede expresar su voluntad, añadiendo a la manifestación oral o escrita de la voluntad del testador la realizable a través de cualquier medio, en una clara manifestación de la tendencia gradual a flexibilizar los medios a través de los cuales el testador puede exteriorizar su voluntad al notario⁵⁵; además, incorpora un párrafo tercero para facilitar tal manifestación a las personas con dificultades para ello, reafirmando con ello la función de apoyo notarial⁵⁶.

Aun cuando en este precepto no se hace referencia a personas con discapacidad, todo parece indicar que se ha de entender implícita en el párrafo tercero cuando alude a personas con dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, en la medida que, por su través⁵⁷, se pretende equiparar en el otorgamiento del testamento a las personas con dificultades auditivas y visuales⁵⁸ respecto de las que no poseen tales limitaciones. Constatamos

que el protagonismo de los guías-intérpretes como canal de conexión entre las personas con discapacidad sensorial —visual y/o auditiva— y el notario se repotencia en gran medida⁵⁹, fruto de los múltiples sistemas de comunicación que estas personas pueden emplear para expresar su voluntad.

En suma, observamos la ampliación de modalidades para manifestar la voluntad del testador, extendiendo con ello el espectro de personas que pueden testar, incluidas las discapacitadas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 665 y 249 del Cc.

II.3. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO CERRADO

En cuanto al testamento cerrado, la Ley 8/2021 modifica los artículos 706, 3; 708; 709; y 742, 3 del Cc: mientras que los tres primeros se ubican en la Sección Sexta (Del testamento cerrado), Capítulo I (De los Testamentos), Título III del Libro III, el último de ellos lo hace en la Sección Décima (De la revocación e ineficacia de los testamentos).

La propia esencia del testamento cerrado, en cuya virtud el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto (artículo 680 del Cc), justifica que el legislador enfatice tanto sobre las solemnidades de dicho otorgamiento (artículos 706-707 del Cc), como respecto de las personas que lo pueden otorgar (artículos 708-709 del Cc), aspecto este último en el que se han realizado modificaciones significativas.

Precisamente y, en relación con las formalidades del testamento cerrado, la Ley 8/2021 modifica también el artículo 57 de la Ley del Notariado, referido a la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, cuya única novedad estriba en la inserción de un párrafo 2º al nº 3 de dicho precepto⁶⁰, en el sentido de que “*cuando cualesquiera de los interesados fuera menor y careciera de representante legal o persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial*”, en clara sintonía con lo dispuesto en el artículo 295, 5º del Cc.

Tras la modificación operada por la Ley 8/2021 y, acorde con su espíritu, los cambios realizados en estos preceptos relativos al testamento cerrado tienden a favorecer la capacidad testamentaria activa de las personas que cuentan con dificultades visuales, para lo cual se implementan algunas formalidades adicionales que garanticen que el testamento se corresponda fielmente con la voluntad real del testador.

Por lo que se refiere a las formalidades del testamento cerrado, el artículo 706 del Cc exige que sea escrito, distinguiéndose en los párrafos 2º y 3º, respectivamente, que se haya escrito todo él de puño y letra por el testador o por cualquier medio técnico o bien por otra persona a ruego del testador, de tal manera que en el primer supuesto se requiere la firma del testador al final del documento, mientras que en el segundo supuesto se requiere la firma del testador en todas sus hojas y al pie del testamento. Los párrafos 4º y 5º del precepto contemplan, por un lado, la situación en la que el testador no sepa o no pueda firmar, en cuyo caso lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad, y por otro, aplicable en todo testamento cerrado, el requisito por el cual antes de la firma del mismo se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

Así pues, la Ley 8/2021 conserva la versión anterior del artículo 706 del Cc, salvo la modificación en el párrafo 3º del vocablo “*mecánico*” por “*técnico*”, amén de la referencia al soporte electrónico, sin duda alguna la novedad más relevante en este apartado, al establecer que “*Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida*”.

Por su través, no sólo se produce una mayor conexión con la realidad social (por ejemplo, con la Inteligencia Artificial y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), al reconocer el derecho de la persona discapacitada a testar, sino que además se repotencia la figura del testamento cerrado mediante una intervención notarial integral⁶¹, más próxima, humana e inmediata con el propio testador.

En efecto, el fortalecimiento de la capacidad jurídica del testador con discapacidad se evidencia, principalmente, en la fase previa a la formalización del testamento, preventivamente, en aras de contar con una voluntad informada mediante aquellos apoyos (orales, escrito, telemáticos, visuales, auditivos, otros distintos y no convencionales⁶²), que permitan, sin influencias e injerencias indebidas, desarrollar y robustecer el ámbito de la autonomía de la voluntad de los discapacitados. En este sentido, la intervención notarial, basada en la interacción con el testador y asesoramiento se erige en un apoyo cualificado y necesario, garante de la legalidad, en pro de la seguridad jurídica.

De la literalidad del precepto se extrae que la redacción del testamento cerrado puede efectuarse, a ruego del testador, por otra persona, ya sea a mano, o por otros medios técnicos, eso sí, bajo un riguroso sistema de firma por parte del testador, que permita, no sólo acreditar al autor de lo plasmado en el testamento, sino también haberse practicado la lectura y prestado la conformidad del mismo en función de las instrucciones recibidas y la manifestación proferida a cargo del

testador; en el caso de no saber o no poder firmar este su testamento, la plasmación de la firma por un tercero, a su ruego, implica haberlo leído y estar conforme con su tenor el testador, aun cuando y, en atención a las circunstancias señaladas, recabe de un tercero su firma denotando con ello su aprobación.

Se introduce la novedad en este precepto de la redacción del testamento cerrado en un documento electrónico, en cuyo supuesto se deba emplear una firma electrónica reconocida. Sin dejar de reconocer la decidida apuesta del legislador por conectar con los nuevos formatos de representación documental, lo cierto es que las dudas que esta nueva propuesta genera en torno al programa, sistema o modelo que asegure plenamente la conservación intacta y exacta del documento electrónico elaborado⁶³ aporta grandes dosis de escepticismo, cuando no de desconcierto, en su uso como práctica habitual.

Por su parte, así como el artículo 708 del Cc en su redacción anterior vetaba el otorgamiento de testamento cerrado *“a los ciegos y a los que no sepan o no puedan leer”*, la actual redacción del precepto, fruto de la reforma de la Ley 8/2021, mantiene la prohibición para las personas que no sepan o no puedan leer, sin perjuicio de establecer que las personas con discapacidad visual puedan otorgarlo con medios mecánicos o tecnológicos que permitan escribirlo y leerlo, observados los restantes requisitos de validez establecidos en el Cc.

La modificación, por tanto, no afecta a la prohibición respecto de las personas que no saben o no pueden leer, que se mantiene⁶⁴, pero sí y, en gran medida, por lo sustancial de la reforma, a la viabilidad del otorgamiento de testamento cerrado respecto de las personas con discapacidad visual, quienes, antes de esta modificación, no eran considerados aptos para otorgarlo. Y es que las personas con discapacidad visual pueden, merced a los avances tecnológicos⁶⁵, escribir y leer su testamento a través de medios que proporcionen sistemas alternativos de comunicación.

Respecto de la posibilidad de otorgar testamento por las personas con discapacidad visual, también resulta modificado el artículo 709 del Cc, referido a las personas que no pueden expresarse verbalmente, pero sí pueden escribir.

En primer lugar, se reforma el párrafo primero del precepto, una modificación que, en principio, aparenta ser meramente terminológica, al sustituir la expresión *“los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir; ...”* por *“las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir; ...”*, si bien, en verdad, responde al espíritu de humanización del derecho actual⁶⁶, que coloca a la persona en primer lugar, en detrimento de una visión tradicional más genérica, inexpressiva e impersonal sobre el ser humano.

A continuación, se reseñan las solemnidades necesarias para otorgar testamento cerrado por las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, que no se han modificado⁶⁷ respecto de la redacción anterior a la refor-

ma, permitiendo para ello vías alternativas de comunicación, sin mengua de las garantías sobre su autenticidad y eficacia ulterior. En la medida que el precepto no discrimina, la deficiencia o discapacidad referida podría ser tanto permanente, como temporal o transitoria, sin que resultara afectada la validez del testamento por la recuperación posterior del habla.

Sin embargo y, fruto de la reforma, se añade un párrafo segundo, por el cual *“las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”*. Observamos que, novedosamente, se permite a estas personas con discapacidad visual otorgar testamento cerrado⁶⁸, habilitando el recurso a medios técnicos accesibles para exteriorizar su declaración de voluntad y, por ende, poder verificar en la cubierta del testamento lo declarado sobre su tenor, el medio de redacción empleado y la identidad de su firma.

En conclusión, volvemos a detectar en este precepto un exponente más del reconocimiento de la capacidad de otorgar testamento cerrado a personas con discapacidades sensoriales, a diferencia de lo que sucedía antes de la Ley 8/2021, período en el que carecían de capacidad testamentaria activa.

Para concluir con las modificaciones de la Ley 8/2021 relativas al testamento cerrado, el numeral 2º del artículo 742 del Cc, atinente a su revocación, dulcifica la terminología para adaptarla a la nueva legislación⁶⁹. Para ello se parte de una idea más que alentadora: las enfermedades, fruto de la ciencia, evolucionan y ciertas expresiones tradicionalmente estigmatizantes —demencia— tienden a modularse.

En efecto, se sustituye la expresión *“hallándose éste en estado de demencia”* por una nueva redacción que señala *“hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental”*, todo ello relacionado con el primer párrafo del precepto cuando afirma que *“se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen”*, disponiendo actualmente el párrafo segundo que *“el testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez”*, con lo cual mantiene la redacción anterior, a salvo de la expresión mencionada, sin alterar la redacción del párrafo tercero en cuanto al supuesto de hallarse el testamento en poder de otra persona.

Aun así, se observa, por un lado, la reafirmación del principio *favor testamenti*, al tratar de conservar la validez del testamento cerrado no obstante la existencia de desperfectos materiales, de probarse su realización por el testador con alteración mental grave; y, por otra parte, se colige un tinte proteccionista a favor de quien estuviera afectado por alteraciones graves en su salud mental, al conferir validez al testamento cerrado cuando se probare haber ocurrido el desperfecto en tal circunstancia, lo cual, aunque pudiera reputarse una solución loable desde un punto de vista sociológico, podría generar una contradicción⁷⁰ jurídica, al colisionar con la regla general de presunción de la capacidad de testar, idea inspiradora, entre otras, de la Convención de Nueva York.

Aparentemente, pues, estamos ante una modificación más terminológica que efectiva; sin embargo, en un análisis más profundo, podríamos entender que la nueva expresión (alteraciones graves en la salud mental) resulta más genérica y amplia que la anterior (estado de demencia), toda vez que bajo su espectro no sólo tendrían acogida patologías permanentes o de duración más prolongada, sino también situaciones puntuales de arrebatos compulsivos transitorios de gravedad considerable, antes de devenir en enfermedades estacionarias, crónicas o habituales.

II.4. CAPACIDAD TESTAMENTARIA PASIVA E INDIGNIDAD PARA SUCEDER

El Derecho romano entendió por *testamenti factio passiva* la idoneidad o capacidad para ser instituido heredero, adquirir legados o ser nombrado tutor en un testamento, a diferencia de la incapacidad que se producía cuando la persona llamada a la herencia testada y, contando con *testamenti factio passiva*, no podía adquirir total o parcialmente la herencia o el legado, de tal manera que la institución de heredero era válida, mas no la adquisición de la herencia⁷¹. Por su parte, el ordenamiento jurídico romano entendía por indignidad⁷² la sanción aplicada al llamado a la herencia *ex testamento* que, contando con *testamenti factio passiva* y capacidad para heredar, observaba un comportamiento desleal o inmoral respecto del causante de la sucesión, o, en general, una conducta reprobable, de tal suerte que era calificado indigno para suceder y se le despojaba por la *Republica* de lo adquirido por herencia, cuyo destino era el Fisco.

En nuestro Derecho actual, la incapacidad para suceder constituye una excepción a la regla general que atribuye capacidad para suceder por testamento o *abintestato* a quienes no estén incapacitados por la ley, conforme al artículo 744 del Cc.

Dentro de las incapacidades para suceder se distinguen⁷³ las absolutas, que establecen *ex lege* la exclusión categórica del sujeto implicado para suceder mor-

tis causa a cualquier persona, ante la inexistencia del llamado a la herencia, razón por la cual el llamamiento efectuado es nulo de pleno derecho (artículo 745 del Cc); y las relativas, que incluyen prohibiciones de suceder en la sucesión testada de una persona determinada a algunas personas que, por su especial relación con el testador, podrían incidir en la decisión de lo expresado en su testamento y, por tanto, habrían podido captar su voluntad testamentaria, hasta el punto de adolecer de ineficacia algunas disposiciones del testamento (artículos 752-754, 900 del Cc: sacerdote y sus parientes, tutor o curador, notario y sus parientes, albacea).

Por su parte, la indignidad⁷⁴ comprende la situación en que personas capaces de suceder, *ex testamento* o *ex lege*, son privados de este derecho en una sucesión determinada por observar una conducta socialmente reprochable así entendida por el legislador respecto del *de cuius* y su círculo más estrecho, sea anterior o posterior a su fallecimiento, y solamente por las causas que la ley señala (principalmente en el artículo 756 del Cc, amén de los artículos 674, 713 y 111 del Cc).

En relación con la incidencia de la Ley 8/2021 sobre esta materia, se han visto afectados los artículos 753 (incapacidades relativas cuando el testador es vulnerable) y 756, 2 y 7 del Cc (causales de indignidad relacionadas con personas con discapacidad).

Ya el artículo 251, 1º del Cc, tras su reforma⁷⁵ a través de la Ley 8/2021, prohíbe a quien desempeñe alguna institución jurídica de apoyo recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Una redacción que reproduce, a grandes rasgos, el tenor del anterior artículo 221 del Cc, con la sustitución de la expresión “*cargo tutelar*” por la de “*medidas de apoyo*”, lo que conduce a mantener una línea continuista al vincular a priori conductas indebidas provechosas, prioritariamente patrimoniales, por parte de quien apoya eventualmente a personas discapacitadas, más vulnerables que las que no padecen ninguna discapacidad.

Si bien la Convención de 2006 insta en el tratamiento de la discapacidad a los Estados Partes⁷⁶ a proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos, de manera tal, que se asegure la inexistencia de influencias indebidas y conflictos de intereses en el ejercicio de las medidas de apoyo tuitivas de las personas con discapacidad al ejercer su capacidad jurídica, al mismo tiempo, podrían aquellas irrespetar los deseos de las personas con discapacidad y sus posibles preferencias o voluntad de decisión.

Con relación al artículo 753 del Cc, procede señalar que las incapacidades relativas tratan de evitar la captación de la voluntad del testador al otorgar su testamento, especialmente respecto de las personas que por su parentesco, relación o confianza con el testador pudieran incidir en su decisión testamentaria. La Ley

8/2021 modifica únicamente este precepto en sede de incapacidades relativas, no sólo para asumir los nuevos paradigmas relacionados con la discapacidad, incluida la supresión del tutor como representante legal del discapacitado, sino también para extender la prohibición existente de efectuar disposiciones testamentarias en favor del tutor o curador representativo a otra serie de personas que entablan una relación estrecha con las personas con discapacidad y que, por ende, pueden influir indebidamente en la conformación y expresión de su voluntad testamentaria⁷⁷. Ello no obsta para que se cuestione⁷⁸, incluso, el fundamento mismo de esta prohibición, al poner en entredicho algunos de los nuevos ejes sobre los que gravita hoy la concepción socio-jurídica de la discapacidad⁷⁹, tales como, por ejemplo, la igual capacidad jurídica que se reconoce a los discapacitados, incluida la capacidad para testar, así como el principio de libertad testamentaria.

En esta discusión jurídica se plantean dos posiciones contradictorias: por un lado, la que considera que la prohibición constituye una intromisión no legítima en la vida del discapacitado, a la vez que discriminatoria para él; y, por otro, a la que nos adscribimos, la que sostiene que la prohibición resulta proporcional si se toma en cuenta la envergadura e importancia del fin perseguido. La postura adoptada por el legislador en la Ley 8/2021, con base en una función preventiva, trata de buscar un equilibrio ante estas dos visiones, si bien, sobre la base de lo que se entiende más útil para la protección del testador vulnerable, opta por restringir en algo la libertad de disposición mortis causa del testador en aras de asegurar que el testador disponga libremente, sin recibir influencias indebidas.

Respecto del contenido de las disposiciones testamentarias y, en consonancia con el propio contenido del testamento, pueden ser de índole patrimonial o no patrimonial, toda vez que el legislador quiere evitar no solo la sucesión respecto de aquel de quien se sospecha la posible manipulación del testador vulnerable, sino también cualquier provecho, beneficio o ventaja que una disposición testamentaria le pueda dispensar, aunque su contenido no sea patrimonial. Sin embargo, sea patrimonial o no el contenido de esta, el veto establecido por el legislador se circunscribe a las disposiciones testamentarias enmarcadas en el ámbito sucesorio propiamente dicho⁸⁰. Así, por ejemplo, no aplicaría al mero reconocimiento de derechos patrimoniales consagrados por ley, como ocurriría con el reconocimiento en testamento del derecho de autor.

En cuanto a la consecuencia del otorgamiento de las disposiciones testamentarias en favor de las personas afectadas por la prohibición, el legislador señala inicialmente que “*no surtirán efectos*”, en tanto que en el siguiente párrafo se establece su nulidad. A pesar de la disparidad terminológica, la nulidad de la disposición testamentaria deberá ser declarada judicialmente, una vez probados los presupuestos establecidos en la norma, de tal manera que no operará auto-

máticamente —*ope legis*— y, por tanto, la misma consecuencia jurídica será de aplicación en el primero y segundo párrafo del precepto.

Pasemos a analizar cada uno de los supuestos contemplados:

1. Disposición testamentaria a favor del tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. La consecuencia jurídica de una disposición contraria a esta prohibición, de conformidad a los artículos 752, 753 y 755 del Cc, es su ineficacia, más concretamente, es nula.

De la lectura del precepto podemos detectar que esta prohibición de suceder aplica mientras esté vigente la curatela⁸¹, y sólo afecta al curador representativo, pero no al curador asistencial⁸², a pesar de que la función asistencial y de cuidado del curador es la preferente y la habitual, ante el carácter excepcional de la curatela representativa (ex artículos 249, 3º; 269, 3º; 282 y 285 del Cc), y de que el curador asistencial, dada su ascendencia con el testador, también podría captar su voluntad e influir notoriamente en su voluntad testamentaria.

Se trata de una norma preventiva que busca garantizar la libertad dispositiva por causa de muerte respecto de personas cuya voluntad pueda ser captada sibilantemente y en relación con las cuales el curador asistencial, dada su ascendencia sobre el testador, podría manipular subrepticamente al ejercer notoria influencia sobre su ánimo y voluntad.

Tal como se ha señalado, el fundamento de esta incapacidad relativa para suceder radica en evitar la captación de la voluntad del testador por personas muy cercanas al mismo, que pueden influir, con mayor probabilidad que otros sujetos, en su voluntad.

A su vez, hay que traer a colación el artículo 250, 7º del Cc cuando señala que “*al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida*”, norma en principio aplicable a toda persona que deba prestar el apoyo, incluidos los curadores, asistenciales o representativos, toda vez que ambos pueden influir en la voluntad del testador. Difícil resulta justificar la restricción de esta incapacidad relativa exclusivamente al curador representativo y no a otras personas que puedan prestar apoyo a la persona discapacitada⁸³, incluidos los parientes del curador, tal como sí establecen los artículos 752 y 754 del Cc, cuya potencialidad de influir indebidamente en la determinación de su voluntad testamentaria también existe, sobre todo si tenemos en cuenta una de las motivaciones de la reforma en esta materia, esto es, ampliar el ámbito de la prohibición.

Precisamente, el excesivo celo imprimido por el legislador en este apartado, al establecer, con carácter previo, defensas disuasorias tendentes a diluir los posibles conflictos de intereses susceptibles de generar influencias indebidas, podría propiciar que personas aptas para el desempeño de funciones de apoyo resultaran

excluidas de tal cometido. Probablemente, este rigor desmedido, a nuestro juicio, pudiera deberse al arrastre ejercido por la versión del Código anterior a la Ley 8/2021, que habría desencadenado la equiparación de la caduca tutela representativa con las nuevas medidas de apoyo, cuya regla general aboga por un carácter asistencial.

Si bien el mencionado precepto habla de “*liberalidades*”, sin distinguos entre las que provienen de actos inter vivos o mortis causa, que podría entenderse como una supuesta unificación de ambos tipos de liberalidades, sin embargo, procede acotar que, dado que el nuevo artículo 753 del Cc alude específicamente a la ineficacia de las disposiciones testamentarias —liberalidad mortis causa por antonomasia— en favor del tutor o curador representativo del testador, salvo que sean posteriores a la extinción de la tutela o curatela, si optamos por una interpretación conjunta de los artículos 251, 1º y 753 del Cc, sumado a la invocación del principio de especialidad, deberá prevalecer, a nuestro entender, la aplicación de este último cuando de disposiciones testamentarias se trate.

En la medida que estamos en presencia de una excepción al principio de libertad de testar, este supuesto debe ser interpretado restrictivamente⁸⁴ y, en tal sentido, la prohibición no podrá extenderse a otras instituciones jurídicas distintas de la tutela y la curatela (guarda de hecho, defensor judicial).

2. Disposición a favor de cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que el testador estuviera internado por razones de salud o asistencia.

Se introduce como novedad que la imposibilidad de suceder se extienda también a los cuidadores de personas internadas (titulares, administradores o empleados), lo que conecta con la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 250 del Cc, en el que se veta para ejercer cualquier medida de apoyo “*a quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*”, una prohibición que, entendemos, podría resultar más que desproporcionada⁸⁵ ante al intento de evitar al máximo posibles abusos de confianza con influencias indebidas por quien presta el apoyo respecto del asistido o ayudado. En tal caso, no serán válidas atribuciones patrimoniales de ningún tipo, con independencia de su valor, sanción excesivamente radical, al neutralizar cualquier atribución patrimonial, incluido un legado de módico valor del que el cuidador fuera merecedor con creces.

Aun cuando no se repite en este segundo párrafo del artículo 753 del Cc la expresión “*disposición testamentaria*”, pensamos que se refiere a este tipo de disposiciones, más aún si lo enmarcamos en el conjunto de los artículos 747-755 del Cc del que forma parte.

Así pues, se declara nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. La mención del administrador parece referirse a los que ocupan el cargo de dirección de los centros asistenciales, públicos o privados, en los que el testador se halle internado a causa de su salud o por necesidades de cuidado.

En el choque que se produce entre el riesgo de las influencias indebidas y la voluntad de recompensar la abnegación prestada en el cuidado personal, se opta por neutralizar las posibles influencias indebidas a la hora de otorgar testamento por parte del testador vulnerable cuando el testamento no sea abierto, quedando al margen de la prohibición disposiciones favorables a cuidadores que, por su vinculación parental o conyugal, estuvieran llamados por ley a su sucesión.

La prohibición absoluta se basa en el riesgo confirmado por algunos casos que han generado gran conmoción y alarma social respecto de testadores vulnerables internados en residencias geriátricas o establecimientos asistenciales durante su internamiento, pues el legislador considera, sin motivos irrefutables a nuestro juicio, que tal internamiento incrementa en el testador vulnerable el riesgo de captación de su voluntad, razón que le lleva a aplicar la misma prohibición absoluta⁸⁶ que rige para los curadores representativos, prohibición extendida por igual a los cuidadores de la persona testadora que no se hallen en dichos establecimientos ni dependan de los mismos, como veremos más adelante.

En ambos casos se trata de impedir la captación de la voluntad de la persona cuyo cuidado ostentan, a pesar de que, en muchas ocasiones, el testador es partícipe de beneficiar en su testamento a la persona que le ha cuidado en los últimos años de su vida; sin embargo, entre ambos grupos de sujetos involucrados, las consecuencias de la prohibición se matizan⁸⁷: para las personas vinculadas con el establecimiento donde el testador está internado, la prohibición es absoluta, siendo nula cualquier disposición mortis causa a su favor⁸⁸; de no mediar tal relación o internamiento, la disposición se reputaría válida, si se ordena en testamento notarial abierto.

Las dos incapacidades relativas anteriores previstas en este artículo 753 del Cc, a diferencia de las incapacidades relativas contempladas en los artículos 752 y 754 del Cc (sacerdote confesor durante la última enfermedad del testador y notario autorizante del testamento del causante), en principio, no se irradian ni al cónyuge ni a los parientes próximos del tutor, curador representativo, o cuidadores titulares, administradores o empleados del establecimiento donde estuviera internado el testador. Sin embargo, en caso de que estos (parientes o cónyuge) actúen como persona interpuesta de aquellas sobre las que recaen tales incapaci-

ciudades, la disposición testamentaria sería nula, conforme a lo establecido en el artículo 755 del Cc.

3. Disposición a favor de los citados establecimientos públicos o privados en el que aquellas estuvieran internadas.

También se declara la nulidad de esta disposición cuando se efectúa a favor de los propios establecimientos (públicos o privados) donde el testador estuviere internado, conectando con la prohibición establecida en el artículo 250 *in fine* del Cc cuando afirma que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, una solución de carácter preventivo que trata de poner coto de manera un tanto drástica a algunas situaciones reales detectadas, con gran repercusión y alarma social, en las que personas internadas en residencias otorgaban poderes a favor del personal de las mismas.

La nulidad de las disposiciones testamentarias afecta a todos los establecimientos geriátricos o asistenciales (públicos o privados), sea la persona jurídica en sí misma considerada, o bien la persona física considerada como titular, administrador o empleado de dichos establecimientos, siempre que se trate de personas que por razón de su estado de salud o asistencia estuvieren internados allí, al margen de necesitar o no medidas de apoyo. Con tal solución, el legislador pretende eliminar toda sospecha en torno a la voluntad del testador, incluso expresada en testamento abierto, con el mismo carácter absoluto de la prohibición previsto para el caso de tutores y curadores representativos.

Aun cuando pudiéramos entender la contundencia de la norma por el impacto de algunos casos, aislados pero sangrantes, en los que se ha producido una deleznable captación de la voluntad de personas vulnerables, lo cierto es que el excesivo celo y rigor aplicados, sin excepción⁸⁹, puede generar unos efectos colaterales más que indeseados, al perjudicar gravemente a la persona precisada de atención y cuidados, sobre todo cuando los padres de los hijos con discapacidad confían el cuidado de su hijo a organizaciones, fundaciones, asociaciones o personas de extrema confianza, que resultan vetados por esta norma para recibir cualquier tipo de compensación o remuneración voluntaria. Indirectamente, se están limitando las posibilidades de atención y cuidado de las personas discapacitadas, puesto que estos establecimientos ven reducidas sus potenciales fuentes de ingresos que aseguren su sostenimiento y, como efecto rebote, las personas discapacitadas ven disminuida la posibilidad de ser atendidas en centros de tal naturaleza.

La posibilidad que se ofrece en el artículo 251 del Cc *in fine* respecto de quienes prestan medidas de apoyo podría ser una referencia digna de consideración en este supuesto, pues se establece que “*en las medidas de apoyo voluntarias*

*estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas*⁹⁰. A lo que habría que añadir el recurso a la prueba de los vicios del consentimiento para invocar la nulidad del acto jurídico celebrado. Todo ello en aras de encontrar algún resquicio jurídico que permita superar la solución prohibitiva extrema impuesta por el legislador en el supuesto analizado.

4. A favor de las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga, a menos que sea en un testamento notarial abierto, en cuyo caso tales disposiciones son válidas.

En este supuesto, el testador no se halla internado en un centro o establecimiento público o privado, mas sin embargo, recibe cuidados y asistencia de otras personas físicas, incluido el caso de empleadas o empleados domésticos que, eventualmente y, de ser preciso, prestan apoyo y cuidado al testador, supuesto en el que solo podrían ser favorecidos en su sucesión si la ordenara en testamento notarial abierto, fungiendo aquí el notario como contralor de que el testamento otorgado se corresponde fielmente con la expresión consciente, libre y voluntaria del testador para después de sus días con el fin de recompensar la abnegación, ayuda y atención prestadas por sus cuidadores, lo cual no obsta, sin embargo, para que, aun tratándose de un testamento notarial abierto este pueda ser nulo por haber mediado violencia, dolo o fraude en su otorgamiento, una vez probada la concurrencia de estos vicios de la voluntad testamentaria.

Dado el carácter excepcional del precepto y que toda excepción debe entenderse en sentido estricto, deberemos entender limitada su aplicación al testamento abierto⁹⁰, no extensible, por tanto, ni al testamento cerrado, ni tampoco al testamento ológrafo.

Este inciso del precepto se presenta como una excepción con un ámbito de aplicación bastante estrecho, es decir, una reducida válvula de escape a la regla general que prohíbe testar a favor de determinadas personas en función de la asistencia y cuidado prestados al testador, una regla general que, por restringir la voluntad testamentaria, podría colisionar con el espíritu de la Convención de 2006 y la letra de la Ley 8/2021⁹¹, más aun si se pone en evidencia que la misma persona que ve recortada su voluntad testamentaria puede celebrar válidamente actos jurídicos inter vivos, no obstante ser anulables por vicios del consentimiento.

Así pues, el rango de prohibición en este supuesto es menor, puesto que se habilita el testamento abierto o notarial para que estas personas resulten favorecidas en algunas de las disposiciones testamentarias.

Relacionando el párrafo segundo y tercero del artículo 753 del Cc, se constata, a nuestro juicio, un prejuicio difícilmente sostenible: a los efectos de propiciar posibles influencias indebidas en la manifestación de la voluntad testamentaria, sin razón sólida para ello, se duda más de los cuidadores institucionales o forma-

les, y de los centros geriátricos en los que aquellos están empleados, que de los cuidadores domésticos.

Por tal motivo, habilitar el testamento abierto en el caso de los cuidadores familiares informales y no hacerlo para los cuidadores institucionales, no nos parece racional, lógico ni acorde con la Convención de 2006. Por su través, se menosprecia la labor del notario⁹², contralor de la legalidad del testamento de la persona discapacitada, dado que su cualificada formación profesional⁹³ le permitirá comprobar, además de las formalidades legales de un acto jurídico solemne, su autonomía personal y la utilización de los apoyos que sean menester.

Al igual que el supuesto contemplado en el párrafo primero de este precepto, evidentemente, una disposición testamentaria de esta naturaleza adolece de nulidad.

5. A modo de excepción, se establece la validez de las disposiciones en favor del tutor, curador o cuidador en el caso que estos sean parientes con derecho a suceder *ab intestato*, con lo cual la prevención legal cede ante el llamamiento legal a suceder en la herencia del testador vulnerable.

El último párrafo del precepto analizado incluye una excepción a la incapacidad relativa contemplada cuando se trate de disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente del testador con derecho a sucederle *ab intestato*, lo cual, como no podía ser de otra manera reafirma la *testamenti factio passiva* de todo curador o cuidador del testador con discapacidad, pariente y heredero *ab intestato* del mismo, con lo cual se excepciona la prohibición de los párrafos anteriores.

En efecto, el vínculo familiar existente en este caso entre la persona con discapacidad y sus cuidadores soslaya los recelos ante una supuesta captación de voluntad en la toma de decisiones mortis causa, con base en el argumento, discutible a nuestro juicio, de que si el tutor o el curador representativo, o el cuidador del testador vulnerable, fueran llamados en su sucesión *ab intestato*, las sospechas de captación de la voluntad testamentaria se aminoran, puesto que, de no testar dicha persona, resultarían también favorecidos en su sucesión legal. Sin embargo, podría darse el caso en el que el testamento favoreciera en más de lo que la sucesión legal asigna a estos parientes y, por ende, la tentación de captar la voluntad del testador vulnerable pudiera resultar, incluso, mucho más irresistible para estos parientes⁹⁴, sucesores *abintestato*, más aun a sabiendas de que sobre ellos no aplica la prohibición.

A diferencia de lo establecido en el precepto en su versión anterior a la reforma de la Ley 8/2021, cuya prohibición recaía sobre el ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador, con la nueva redacción se amplía el espectro de aplicación de la excepción a la prohibición, toda vez que con la expresión “*pariente con derecho a suceder abintestato*” extiende el trato de favor

otorgado por la excepción también a los tíos y sobrinos (parientes colaterales de tercer grado), así como a los tíos abuelos y primos hermanos (parientes colaterales de cuarto grado), por ser estos, junto a descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, quienes integran el elenco de parientes con derecho a suceder *ab intestato*, según los artículos 913 y ss. del Cc. No comprende al Estado o la Comunidad Autónoma, pues siendo estos sucesores legales, no son parientes.

La no inclusión en esta nómina de la pareja de hecho o persona conviviente con el discapacitado resulta coherente, en principio, si partimos de que aquella carece de derechos sucesorios en la sucesión legal, si bien la realidad se encargará de demostrar en muchas ocasiones que será la persona conviviente con el discapacitado quien funja de curador o cuidador, un argumento práctico que podría verse reforzado con su toma en consideración, en defecto de propuesta al efecto, a la hora de nombrar como curador por el juez a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable al cónyuge, siempre que conviva con quien precise el apoyo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 276,1º del Cc.

En todo caso, son dos situaciones diferentes relacionadas con las parejas de hecho, que, a nuestro juicio, deben ser discriminadas y no asimiladas: por un lado, la referida a la delación legal ante el eventual nombramiento de curador; y por otro, su llamamiento a la herencia en la sucesión legal. Mientras el legislador no incorpore al miembro de la pareja de hecho como heredero *ab intestato*, entendemos que no podrá verse afectado por el efecto de la excepción a la prohibición de suceder del curador o cuidador pariente que ostente un derecho a suceder *ab intestato* del artículo 753 *in fine* del Cc.

No obstante, la nueva redacción del precepto genera alguna que otra matización, principalmente en lo atinente a su aplicación, pues se plantea si afecta exclusivamente al primer párrafo del precepto (curador representativo), o también se extiende a los párrafos segundo y tercero⁹⁵, cuando en realidad se trata de situaciones diferentes: por lo general, los nombrados curadores suelen ser parientes del discapacitado, razón de más para entenderlos comprendidos en la excepción del artículo 753 *in fine* del Cc; no resulta habitual que el discapacitado internado en un establecimiento sea pariente de alguno de sus cuidadores, motivo suficiente para no incluirlos en la excepción señalada; en cuanto al párrafo tercero, la excepción será de aplicación a las personas en él mencionadas, si la persona física que cuida y presta atención al testador fuera su pariente.

Respecto de las causales de indignidad afectadas por la Ley 8/2021, nos referimos a los números 2º y 7º del artículo 756 del Cc, en los que se produce una adaptación terminológica.

Se da nueva redacción en el artículo 756 del Cc al párrafo 3º del ordinal 2º y, en su virtud, se introduce como causa de indignidad sucesoria el supuesto del

curador que haya sido removido de la curatela de una persona con discapacidad por una causa que le fuera imputable a aquel.

En la redacción anterior del precepto se reputaba indigno para suceder a quien hubiera sido privado de la patria potestad, o removido de la tutela o acogimiento familiar de un menor o de una persona con la capacidad modificada judicialmente, expresión esta última incompatible con la Convención de 2006 y la Ley 8/2021, en la medida que toda persona con discapacidad cuenta con capacidad jurídica⁹⁶, inherente a toda persona humana, motivo por el cual la capacidad no puede modificarse.

El hecho de que la nueva redacción del precepto aluda a la tutela, evidentemente, queda circunscrito a su ámbito tras la Ley 8/2021, esto es, a los menores no emancipados no sujetos a patria potestad y/o los menores no emancipados en situación de desamparo, conforme al artículo 199 del Cc.

Ante la gravedad que representa la remoción del cargo de curador por una causa que le sea imputable, cuando a tenor del artículo 278 del Cc *“incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo ...”*, y dado que el legislador no discrimina⁹⁷, entendemos que esta causal aplicará tanto al curador asistencial como al representativo, en la sucesión testada o la intestada.

En todo caso, hemos de tener en cuenta que la remoción del cargo de curador precisa una sentencia judicial firme basada en algunas de las causas establecidas en el artículo 278 del Cc, sin perjuicio de que, a tenor del artículo 757 del Cc, *“las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público”*.

Además, se da una nueva redacción al ordinal 7º de este artículo 756 del Cc, en la cual se establece que, respecto de la herencia de una persona con discapacidad, son incapaces de suceder por indignidad las personas con derecho en su herencia que no les hubieran prestado las atenciones debidas a las personas con discapacidad, reputándose como tales las referidas en los artículos 142 y 146 del Cc, esto es, la obligación de alimentos o deuda alimenticia⁹⁸ que tienen los parientes (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos) en los auxilios necesarios para la vida, según concreta el artículo 143 del Cc.

En puridad, la actual redacción no ha variado nada respecto de la versión anterior⁹⁹, con lo que mantiene la emanada del artículo 10, Uno, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Esta réplica exacta del tenor literal de la

versión anterior plantea, al menos, una reflexión, toda vez que, a pesar de haber permanecido sin modificaciones, lo cierto es que, en verdad, sí se ha producido un cambio importante en su ámbito de aplicación, puesto que el concepto de persona con discapacidad del precepto deberá quedar circunscrito al que le otorga la Disposición Adicional Cuarta¹⁰⁰ del Cc. Sin embargo, al no modificarse el contenido de este precepto, afloran las mismas dudas existentes antes de la reforma¹⁰¹: en primer lugar, el contenido de la asistencia, estrictamente reducida al ámbito patrimonial, dejando por fuera de la sanción por indignidad la causal del maltrato psicológico o la desatención de la persona en términos generales; y, además, lo atinente a los sujetos afectados en función de su derecho a la herencia del discapacitado, al quedar su ámbito de aplicación excesivamente reducido.

III. UNA REFERENCIA A LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Por lo que se refiere a las sustituciones hereditarias, la Ley 8/2021 incide concretamente en dos preceptos del Cc: suprime la sustitución ejemplar (artículo 776); y modifica la sustitución fideicomisaria (artículo 782) cuando grava la legítima.

La Ley 8/2021 suprime la sustitución ejemplar¹⁰² del artículo 776 del Cc, cuya redacción provenía de la redacción original de 1889 y establecía la facultad del ascendiente de nombrar sustituto al mayor de catorce años declarado incapaz por enajenación mental, una sustitución invalidada si dicha persona otorgaba testamento posteriormente durante un intervalo lúcido o después de haber recuperado la razón.

La interpretación del precepto suscitó posturas contradictorias en la doctrina y en la propia jurisprudencia del TS¹⁰³, pues se debatía si el testador podía establecer dicha sustitución sobre todos los bienes del sustituido o sólo sobre los bienes que había dejado al mismo, prevaleciendo la primera de las opiniones señaladas.

Se invoca a favor de la supresión contravenir el principio fundamental de la toma autónoma de decisiones por la persona con discapacidad. Aun así, no resulta cuestión pacífica y ha provocado viva polémica entre la doctrina: la mayoría se pronuncia por la supresión¹⁰⁴, con base en la confirmación que realiza la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 8/2021 en tal sentido¹⁰⁵; sin embargo, también los hay que defienden la conservación de la figura¹⁰⁶.

Se presentan los siguientes argumentos en favor de la supresión de la sustitución ejemplar del artículo 776 del Cc: a) Las personas con discapacidad tienen capacidad para ejercer por sí mismas sus derechos, según su voluntad, deseos y preferencias (ex artículo 249 del Cc), de manera que la sustitución ejemplar

excluiría la posibilidad de que el descendiente con discapacidad pudiera por sí mismo establecer su propia sucesión; b) La Convención de 2006 elimina los mecanismos sustitutorios de la voluntad de la persona con discapacidad; c) El sustituyente decide el destino de los bienes del sustituido sin tener en cuenta su voluntad; d) La Ley 8/2021 suprime la incapacitación y la sustitución ejemplar se sustenta en la declaración de incapacitación; e) El testamento es personalísimo y, por tanto, nadie puede testar por otra persona.

Por otro lado y, en defensa de la sustitución ejemplar, se esgrimen los siguientes argumentos: a) El precepto no resultaba absoluto, pues se invalida la sustitución si el sustituido con discapacidad otorgaba testamento, bien en intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón; b) La Convención de 2006 no la suprimió expresamente y por ello, con la supresión, no se ha tenido en cuenta que hay personas que, por sus circunstancias, ni siquiera con las medidas de apoyo, pueden expresar su voluntad, ni nunca han podido, ni podrán hacerlo en un futuro, lo que conduce inexorablemente a la apertura de la sucesión legal al margen de la atención prestada a la persona discapacitada; c) Si se entiende que el testador sólo puede establecer una sustitución sobre sus propios bienes y no sobre el patrimonio del sustituido, no se puede hablar de sustitución de la voluntad absolutamente, puesto que el sustituyente sólo decide el destino de sus propios bienes y no de los bienes del sustituido, de tal suerte que, en puridad, no se estaría limitando la autonomía del sustituido; d) Otros preceptos del Cc contemplaban la incapacitación de las personas y no se han suprimido, sino que han adaptado su contenido a la nueva regulación; e) Aun reconociendo el carácter personalísimo del testamento, si se permite la sustitución fideicomisaria, también cabría admitir la sustitución ejemplar.

Compartiendo, en general, los argumentos de la primera postura, por ser acordes con la Convención de 2006, reconocemos que los aportados por los defensores de la segunda tesis son también dignos de consideración, sobre todo por su coherencia y uniformidad.

Respecto a las modificaciones habidas en el ámbito de la sustitución fideicomisaria, únicamente afectan al artículo 782 del Cc, vinculado con los artículos 808 y 813 Cc en sede de porción legítima.

La redacción anterior del precepto establecía que las sustituciones fideicomisarias nunca podían gravar la legítima, salvo que gravaran la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808, y de recaer sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrían constituirse en favor de los descendientes.

Aunque pareciera una mera variación terminológica, lo cierto es que la Ley 8/2021 introduce alguna modificación relevante en cuanto a la intangibilidad cualitativa de la legítima¹⁰⁷: en efecto, modifica en el párrafo primero del precep-

to mencionado la salvedad de la prohibición de la sustitución fideicomisaria que grave la legítima, pues al concretar los posibles beneficiarios de tal excepción o salvedad se elimina la expresión “*un hijo o descendiente judicialmente incapacitado*” y se sustituye por la siguiente: “*uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad*”, dado que, por un lado, la incapacitación ha sido suprimida y, además, se limita el gravamen sólo a los hijos con supresión de la referencia a los descendientes; por su parte, el segundo párrafo permanece intacto en su contenido y esencia, mas no en su redacción literal, pues se sustituye la expresión “*si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes*” por esta otra “*si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrá establecerse a favor de los descendientes*”.

A su vez, por mención expresa de la Disposición Adicional Cuarta del Cc, la referencia a la discapacidad realizada en este artículo del Cc, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre¹⁰⁸, así como a las personas en situación de dependencia de grado II o III¹⁰⁹ según la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, todo ello en aras de la seguridad jurídica¹¹⁰ ante la presencia de conceptos jurídicos indeterminados que debían ser probados por el hijo perjudicado en la legítima.

Ya no se hace referencia a los descendientes del testador. Sólo se establece el gravamen de la legítima a favor de hijos con discapacidad, no de ulteriores descendientes (nietos, por ejemplo), quienes¹¹¹, sin embargo, podrían verse favorecidos en la herencia de sus abuelos a cargo del tercio destinado a mejora, y/o del tercio de libre disposición.

Así pues, aun cuando aparentemente podría entenderse que la modificación del precepto es meramente terminológica, sin embargo, se ha reformado también su contenido, al limitar las personas beneficiadas por el gravamen, lo cual altera el contenido de los artículos 808 y 813 del Cc¹¹², vinculados con aquel, y plantea problemas de coordinación¹¹³.

En su virtud¹¹⁴, taxativamente, sólo pueden ser fiduciarios uno o varios hijos del testador en situación de discapacidad, de manera que el testador¹¹⁵ podría disponer de toda la legítima en favor del hijo o hijos con discapacidad, de manifestarlo así expresamente; en caso contrario, habrá que entender la constitución sobre las legítimas del resto de legitimarios de una sustitución fideicomisaria de residuo por la que el fiduciario —hijo con discapacidad— podría usar, consumir y disponer de los bienes solamente por actos inter vivos a título oneroso. A su vez, la cualidad de fideicomitente quedaría reducida a los padres, en tanto que la de fideicomisario, a los hermanos del fiduciario.

IV. CONCLUSIÓN

I. La amplia reforma legislativa derivada de la Ley 8/2021 afecta también al Derecho sucesorio, de tal manera que algunos artículos del Cc son modificados en profundidad (663, 665, 753, 776, 782, 808, 813); otros cambian las formalidades testamentarias para facilitar su acceso a personas con discapacidad (695, 697,2, 708, 709); un tercer bloque sustituye y corrige expresiones obsoletas e incongruentes a través de una adaptación terminológica, omitiendo, en general, los problemas interpretativos de su contenido (706, 742, 756, 2º y 7º, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060).

II. La mencionada Ley reforma algunas cuestiones relacionadas con la sucesión testamentaria cuando intervienen personas con discapacidad, entre las que destacamos la capacidad testamentaria activa (artículos 663, 695,1, 697,2 del Cc), con una referencia especial al juicio de capacidad efectuado por el notario (artículos 665, 695,2 del Cc); las formalidades que deben observarse en el otorgamiento del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Cc); la capacidad testamentaria pasiva e incapacidad para suceder por causa de indignidad (artículos 753, 756 del Cc, respectivamente); y las sustituciones hereditarias (artículos 776, 782 del Cc).

III. En cuanto a la capacidad testamentaria activa, se detecta en la redacción del artículo 663 del Cc una incursión del lenguaje científico en el mundo jurídico que, lejos de aclarar, puede confundir, pues, a nuestro entender, el lenguaje utilizado en el campo de la discapacidad no siempre debería ser elegido para precisar el contenido de los preceptos del Cc; además, la nueva redacción del artículo 695,1 del Cc amplía la posible expresión de la última voluntad por el testador ante el notario mediante una tercera modalidad (*“cualquier medio técnico, material o humano”*), lo que faculta a las personas discapacitadas cuando deseen otorgar testamento a utilizar los sistemas de comunicación utilizados habitualmente por ellas, incluso alternativos o amplificativos del lenguaje oral, en función del grado de afección que padezcan; por fin, se elimina un precepto superado en cuanto a su contenido (artículo 697,2 del Cc), merced a los avances tecnológicos operados, dado que el testador puede tener la certeza suficiente e indubitada sobre el tenor de su testamento sin requerir la presencia de dos testigos.

IV. Respecto al juicio de capacidad del testador efectuado por el notario (artículos 665, 695,2 del Cc) y, a diferencia de la legislación anterior en la que el notario debía comprobar la capacidad del testador mediante un juicio de aptitud o discernimiento, la nueva regulación le asigna la función de constatar que el testador puede conformar o expresar su voluntad, una valoración que constituye un mero juicio personal, susceptible de prueba en contrario, que habrá de efectuarse

caso por caso atendiendo al momento en que la persona otorga testamento y que, en modo alguno, constituye un dictamen médico.

V. A propósito de las formalidades que deben observarse en el otorgamiento del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Cc), la Ley 8/2021 tiende a favorecer la capacidad testamentaria activa de las personas que cuentan con dificultades visuales y, a tal fin, se implementan algunas formalidades adicionales para garantizar que el testamento se corresponda fielmente con la voluntad real del testador.

VI. En sede de incapacidades relativas para suceder, la Ley 8/2021 modifica el artículo 753 del Cc, no sólo para asumir los nuevos paradigmas de la discapacidad, sino también para extender la prohibición de efectuar disposiciones testamentarias en favor del tutor o curador representativo a otra serie de personas que entablan una relación estrecha con las personas con discapacidad y que, por ende, pueden influir indebidamente en la conformación y expresión de su voluntad testamentaria. Ello no obsta que se llegue a cuestionar el fundamento mismo de la prohibición, al poner en entredicho los ejes sobre los que gravita actualmente la concepción socio-jurídica de la discapacidad: la igual capacidad jurídica de los discapacitados, la capacidad para testar y el principio de libertad de testar.

VII. La Ley 8/2021 incide en la incapacidad para suceder por causa de indignidad en dos de sus causales (párrafo 3º del ordinal 2º y ordinal 7º del artículo 756 del Cc): la primera incorpora como causal de indignidad en la sucesión de una persona con discapacidad la remoción de la curatela de un discapacitado, imputable al curador, en virtud de una sentencia judicial por una de las causas del artículo 278 del Cc; en la segunda, mantiene la redacción emanada del artículo 10, Uno, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, por la que se declara incapaces de suceder como indignos a quienes, ostentando un derecho en la herencia de una persona con discapacidad, no le hubieran prestado las atenciones debidas, si bien efectúa un cambio importante en su ámbito de aplicación al asumir el nuevo concepto de persona con discapacidad de la Disposición Adicional 4ª del Cc.

VIII. En sede de sustituciones hereditarias, la supresión de la sustitución ejemplar llevada a cabo (artículo 776 del Cc) conecta con una polémica jurisprudencial tradicional sobre la interpretación de la figura, discusión que se mantiene canalizada tras la reforma en torno a la supresión o no de esta modalidad de sustitución hereditaria. En cuanto a la sustitución fideicomisaria que grava la legítima (artículo 782 del Cc), aunque en una primera aproximación la modificación del precepto parece meramente terminológica, sin embargo, se proyecta a su contenido, toda vez que se limitan los beneficiarios del gravamen y, con ello, se altera por derivación el contenido de los artículos 808 y 813 del Cc, lo que arroja problemas significativos de coordinación sobre la materia.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo español

STS de 11 de diciembre de 1962.
STS de 22 de junio de 1992.
STS de 19 de septiembre de 1998.
STS 19 de junio de 2000.
STS de 31 de marzo de 2004.
STS de 29 de abril de 2009.
STS de 1 de julio de 2014.
STS de 22 de enero de 2015.
STS de 8 de abril de 2016.
STS de 11 de octubre de 2017.
STS de 6 de marzo de 2018.
STS de 7 de marzo de 2018.
STS de 15 de marzo de 2018.
STS de 18 de julio de 2018.
STS de 6 mayo de 2021.

- Audiencias Provinciales

SAP Islas Baleares, 15 de marzo de 2013.
SAP Pontevedra, 31 de mayo de 2016.
SAP Zaragoza, 3 de octubre de 2016.

- Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de 31 de agosto de 1987.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1992). Los cambios introducidos en el art. 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos. *Revista de Derecho Privado*, pp. 721 y ss.
- ALFARO GUILLÉN, Y. (2019). El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba. *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*. Madrid: Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, pp. 1397-1431.
- ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Reformas en Derecho de Sucesiones. En: AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 451 y ss.

- APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Comentario a la supresión del artículo 776 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 549 y ss.
- (2022). Comentario a los artículos 782, 808 y 813.II del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 559 y ss.
- AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamon-te, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA.VV. (2022). (dir. Estellés Peralta, P.M.). *Dolencias del Derecho de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA.VV. (2022). (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA.VV. (2022). (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters.
- AA.VV. (2013). (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.). *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA.VV. (2018). *Estudio sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por los órganos jurisdiccionales españoles*. (coord. J.M. Fernández Martínez, N. Díaz Abad, I. Sancho Gargallo, A. Muñoz Calvo, J. García Lorente). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- BARBA, V. (2021). Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad. *La Ley Derecho de familia* nº 31, pp. 34 y ss.
- BUEYO DÍEZ-JALÓN, M. (2012). *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad* [En línea], disponible en <https://www.discapnet.es/derechos/tus-derechos-fondo/convencion-internacional-de-derechos-para-personas-con-discapacidad/impacto> (consultado con fecha 17/07/2023).
- CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Comentario al artículo 706, III del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 523 y ss.
- CAROL ROSÉS, F. (2017). Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con capacidad judicialmente modificada y con discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 764, pp. 3262 y ss.
- CASTRO GIRONA, A. (2021). Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *El Notario del Siglo XXI*, nº 97, mayo-junio, pp. 30 y ss.
- CAVALLÉ CRUZ, A. (2012). *El notario como garante de los derechos de las personas*. Lima: Jurista editores.

- CERVILLA GARZÓN, M.D. (2021). La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad. En: *Un nuevo Orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Wolters Kluwer, pp. 691 y ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Comentario a los arts. 663 y 665 CC. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 879 y ss.
- (2018). Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tiene su capacidad modificada judicialmente. *Revista de Derecho Privado*, Núm. 8, julio-agosto, pp. 3 y ss.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2020). Personas con discapacidad y libertad para testar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n° 12, pp. 450 y ss.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: AA.VV. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada). Vol. 3, Madrid: Dykinson, pp. 555-590.
- DE SALAS MURILLO, S. (2019). Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador. *Derecho Privado y Constitución*, n° 35, julio-diciembre, pp. 57-85.
- DÍAZ ALABART, S. (2022). El otorgamiento del testamento abierto notarial y las personas con discapacidad. En: AA.VV. (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*. Madrid: Reus, pp. 15-40.
- (2018). *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*. Foro de Debate Jurídico. Madrid: Reus.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y derecho transitorio. En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. Llamas Pombo, E.; Martínez Rodríguez, N.; Toral Lara, E.). Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, pp. 369-420.
- DUPLÁ MARÍA, M.T. (2021). Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *RCDI* 788, pp. 3768-3794.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. (2022). La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 521-554.
- ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Comentario al artículo 695 del Código Civil, en AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 511-519.

- (2018). Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos (Nuevo artículo 695 CC), [En línea], disponible en *Web Notarios y Registradores* (9 de octubre de 2018).
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GALINSKY, K. (1981). Augustus Legislation on Morals and Marriage, *Philologus*, nº 125, pp. 126-144.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, julio-septiembre, pp. 173-197.
- (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico* nº 136, pp. 45-62.
- (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Sepín*, pp. 1-17.
- (2022). Comentario al artículo 250 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 221 y ss.
- (2022). Comentario al artículo 251 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 239-244.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.C.; DÍAZ ALABART, S. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum* (coord. T.F. Torres García). Madrid: La Ley, 418/2015.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Matrimonio y discapacidad. *Derecho Privado y Constitución* nº 32, enero-junio, pp. 55-94.
- (2018) Capacidad para testar de la persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018. En: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil* (coord. Yzquierdo Tolsada, M.). Madrid: Dykinson, pp. 454-465.
- HERAS HERNÁNDEZ, M.M. (2018). Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados. En: AA.VV. *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. Pereña Vicente, M.). Madrid: Dykinson, pp. 213-245.
- JATO DÍAZ, P. (2021). *El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, [En línea] <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/29499> (consultado con fecha 15/07/2023).

- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*. Madrid: F. Lefebvre.
- (2021). El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica, en *El Notario del siglo XXI*, nº 97, mayo-junio 2021, [En línea] disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica> (consultado con fecha 8/05/2023).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 709 del Código Civil. En: *Comentarios al Código Civil* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.) Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 5404-5406.
- (2019). *Derecho de Sucesiones* (dir. Carrasco Perera, A.). Madrid: Tecnos.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad. En: *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné nº 3. Ediciones Universidad San Jorge. Villanueva de Gállego, pp. 33-56.
- MESA MARRERO, C. (2022). Comentario a los artículos 663 y 665 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 501-510.
- (2022). Comentario al artículo 753 del Código Civil. En: AA.VV. *Op. Cit.*, pp. 539-544.
- MUÑOZ CALVO, A. (2021). Breve Informe sobre la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Notarios y Registradores*, 10/07/2021.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2018). La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento del testamento notarial. En: AA.VV. *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. Pereña Vicente, M.). Madrid: Dykinson, pp. 511-527.
- ORTEGA DOMÉNECH, J. (2022). Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.). Madrid: Reus, pp. 97-102.
- PANERO GUTIÉRREZ, R. (2021). *Derecho Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEREÑA VICENTE, M. (2018). La transformación de la guarda en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil*. Vol. V, nº3 (julio-septiembre), pp. 61-83.
- PÉREZ GALLARDO, L. (2020). El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad. ¿Una quimera? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 782, pp. 3625-3671.
- (2022). El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código Civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español). En: AA.VV. (2022). (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 555-586.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº10 bis, pp. 346-373.
- REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los artículos 695 y 697 del Código Civil. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 893-899.
- (2021). Comentario a los artículos 753 y 756 del Código Civil, *Op. Cit.*, pp. 906-927.
- (2022). La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). Madrid: Reus, pp. 41-85.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2009). *Derecho de Sucesiones*. Común y Foral, Tomo I, 4ª ed. Madrid: Dykinson.
- ROCA TRÍAS, E. (1993). Comentario al art. 665 CC. En: AA.VV. *Comentarios a las reformas del Código Civil* (coord. Bercovitz, R.). Madrid: Tecnos, pp. 945-953.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1980). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista de Derecho Notarial*. Colegios Notariales de España, XVII, nº CVII, enero-marzo, pp. 255-409.
- RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado. *El Notario del Siglo XXI* Nº 80, julio-agosto.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del art. 56. 2º del Código civil. *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, pp. 21-57.
- SOLE RESINA, J. (2021). Apoyos no formalizados en el ejercicio de la capacidad jurídica. En: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Bosch, pp. 383-396
- TENA, R. (2021). El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI*, nº 99, septiembre-octubre.
- TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado.
- VALLS I XUFRE, J.M. (2022). El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 85-154.
- VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI* nº 99, Septiembre-Octubre.
- WALLACE-HADRILL, A. (2009). Family and Inheritance in the Augustan marriage laws, en *Augustus*. Edinburg: J. Edmonsohn (ed.), pp. 250-274.

NOTAS

¹ El artículo 1 de la Convención destaca su finalidad: “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”. Sobre la Convención y su adaptación en Derecho español, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 25 y ss.

² Sobre el artículo 12 de la Convención, TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado.

³ AA.VV. (2016). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

⁴ Por ejemplo, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁵ Apartado II del Preámbulo de la Ley 8/2021, al que nos remitimos.

⁶ Por ejemplo, ha efectuado rectificaciones al ordenamiento civil de Austria en 2013; en 2014 a Suecia; en 2015 a Alemania. También ensalzó en 2015 la incorporación en Italia de la figura del curador, al igual que en 2017 ponderó la regulación francesa, plenamente consecuente con el texto y el espíritu de la Convención. El modelo francés inspira, cuando menos parcialmente, la reforma practicada en el Código civil español.

⁷ “*Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”, y obliga a los Estados Partes “*a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

⁸ Disposición Adicional 7ª. Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

⁹ Sesiones del mencionado Comité celebradas entre los días 19-23 de septiembre de 2011.

¹⁰ La sentencia del TS 282/2009, de 29 de abril, se pronuncia favorable a un sistema de protección flexible. Respecto de la labor interpretativa del TS, AA.VV. (2018). *Estudio sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por los órganos jurisdiccionales españoles*. (coords. J.M. Fernández Martínez, N. Díaz Abad, I. Sancho Gargallo, A. Muñoz Calvo, J. García Lorente). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

¹¹ MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad. En: *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné nº 3. Villanueva de Gállego: Ediciones USJ, pp. 33-56.

¹² Una valoración inicial de la reforma legislativa en MUÑOZ CALVO, A. (2021). Breve Informe sobre la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Notarios y Registradores*, 10/07/2021.

¹³ La *mens legislatoris* parte de la consideración de cuatro tipos de discapacidad (intelectual, cerebral, física y sensorial), de la misma manera que, con base en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, supera la dualidad tradicional que deslinda capacidad jurídica/capacidad de obrar. Este cambio de paradigma se traduce también en la terminología, puesto que ya no se habla de incapacitado, sino de discapacitado; las nociones de tutela y curatela no se identifican con sus campos y escenarios anteriores; la idea de representación, salvo en los casos más severos, cede paso al concepto de ayuda o apoyo.

¹⁴ PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil. *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, nº 3, julio-septiembre de 2018, pp. 5-28.

¹⁵ PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁶ PEREÑA VICENTE, M. (2018). La transformación de la guarda en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil*. Vol. V, nº3 (julio-septiembre), p. 64.

¹⁷ El artículo 1º modifica la Ley del Notariado; el artículo 2º modifica el Cc; el artículo 3º reforma la Ley Hipotecaria; el artículo 4º reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil; el artículo 5º modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; el artículo 6º reforma la Ley del Registro Civil; el artículo 7º reforma la Ley de Jurisdicción Voluntaria; por fin, el artículo 8º reforma el Código de comercio.

¹⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y derecho transitorio. En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. Llamas Pombo, E.; Martínez Rodríguez, N.; Toral Lara, E.). Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, p. 371.

¹⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Madrid: F. Lefebvre, p. 23.

²⁰ La jurisprudencia habla en relación a este precepto de una fuerte presunción: SSTs de 22 de junio de 1992 (RJA 1992/5460) y de 31 de marzo de 2004 (RJA 2004/1717).

²¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2016). Comentario de los artículos 662 a 666 del Cc. En: AA.VV. Código Civil comentado. Vol. II (dir. Cañizares, Laso, A.; de Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J.; Valpuesta Fernández, R). Cizur Menor: Aranzadi, p. 266.

²² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Comentario a los arts. 663 y 665 CC. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 886.

²³ SSTs 22 de enero de 2015 (RJA 2015/465); 11 de diciembre de 1962 (RJA 1962/5063).

²⁴ STS 19 de junio de 2000 (RJA 2000/5291); SAP Islas Baleares, 15 de marzo de 2013 (AC 2013/1199); SAP Zaragoza, 3 de octubre de 2016 (JUR 2016/268580).

²⁵ Con relación a la enfermedad del Alzheimer, su desarrollo progresivo muestra distintas etapas que pueden relacionarse con la respectiva capacidad de testar: en su inicio se puede afirmar la existencia de tal capacidad; en su fase avanzada, con demencia manifiesta, la incapacidad es más que constatable, a diferencia de lo que sucede en una fase intermedia en la que, a falta de certidumbre, el notario podría otorgar el testamento o no. Al respecto, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2016). Op. Cit., p. 269.

²⁶ El artículo 25 de la Ley del Notariado faculta en caso de personas con discapacidad “... utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos (...), entre los que tendrían acogida, por supuesto, los sistemas braille, aumentativos y alternativos, de lectura fácil, dispositivos multimedia, intérpretes, y otros más”.

²⁷ STS 19 de septiembre de 1998 (RJA 1998/6399).

²⁸ SAP Pontevedra 31 de mayo de 2016 (Roj SAP PO 1121/2016).

²⁹ A pesar de no mencionarse expresamente, debería entenderse implícita la mención a partir de la referencia efectuada en el mismo párrafo tercero a personas con dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido. En este sentido, ESPÍÑEIRA SOTO, I. (2022). Comentario al artículo 695 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 511, 512.

³⁰ DÍAZ ALABART, S. (2022). El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad. EN: AA.VV. (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*. Madrid: Reus, pp. 28-29.

³¹ La razón que se esgrime para ello radica en que la presencia de testigos en casos de dificultades visuales o auditivas puede incrementar la certeza de la voluntad del testador. En este sentido, REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los arts. 695 y 697 CC. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 898-899.

³² BARBA, V. (2021). Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad. En: AA.VV. (coord. García Rubio, M.P.). *La Ley Derecho de familia*, nº 31, p. 45.

³³ MESA MARRERO, C. (2022). Comentario al artículo 695 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 506, 507.

³⁴ BARBA, V. (2021). Op. Cit., p. 41.

³⁵ VALLS I XUFRE, J.M. (2022). El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 114.

³⁶ VALLS I XUFRE, J.M. (2022). Op. Cit., p. 114.

³⁷ El inciso 2º del artículo 685 del Cc señala que el notario debe asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene capacidad legal para testar, una disposición de carácter general que se replica específicamente en los testamentos abierto y cerrado (artículos 696, inciso segundo, y 707.4º in fine del Cc, respectivamente).

³⁸ Procede tener en cuenta la Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ofrece algunas pautas al notario sobre el particular: recomendación de agregar alguna especialidad en caso de apoyos asistenciales, con énfasis en que es la persona con discapacidad, a la postre, quien toma la decisión, aunque precise la ayuda de personas que la apoyen; de concurrir con apoyos voluntarios o judiciales, la persona con discapacidad habrá de comparecer siempre en su propio nombre y derecho, asistido por quienes deban prestarle su apoyo; en caso de otorgamiento con curador representativo, resulta conveniente incluir una advertencia conforme al artículo 249 del Cc; si faltan los apoyos, corresponde al notario prestarle ayuda para vencer sus dificultades.

³⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). Reformas en Derecho de sucesiones. En: AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 465, nota 28; VALLS I XUFRE, J.M. (2022). Op. Cit., p. 100.

⁴⁰ El juicio de capacidad es subjetivo y circunstancial, VALLS I XUFRE, J.M. (2022). Op. Cit., pp. 101-104.

⁴¹ La Sentencia del TS 269/2021, de 6 mayo, aporta una nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales: “*el sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada (...), debe ser un traje a medida (...), responder a una valoración concreta y particularizada de cada persona (...). En definitiva, a situaciones diversas, medidas individualizadas diferentes*”.

Una línea ya apuntada en otra Sentencia del TS (458/2018, de 18 de julio), al señalar que: “*el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas*”.

Con ello se consolida la idea del traje a medida (SSTS 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo).

⁴² *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública* (2019), pp. 27 y 44.

⁴³ BARBA, V. (2021). Op. Cit., p. 41; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). Op. Cit., p. 380.

⁴⁴ VALLS I XUFRE, J.M. (2022). Op. Cit., pp. 106, 112.

⁴⁵ Tener en cuenta la última redacción del artículo único de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: “*el notario solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*”. En su virtud, el dictamen médico es excepcional y el notario debe solicitarlo en los supuestos legalmente previstos.

⁴⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica. *El Notario del siglo XXI*, nº 97, mayo-junio 2021, [En línea] disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica> (consultado con fecha 8/05/2023).

⁴⁷ Circular Informativa 2/2021, Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, 1 de septiembre.

⁴⁸ TENA, R. (2021). El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI*, nº 99, septiembre-octubre.

⁴⁹ ESPÍÑEIRA SOTO, I. (2022). Op. Cit., p. 517.

⁵⁰ MESA MARRERO, C. (2022). Comentario al artículo 663 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, p. 504.

⁵¹ VALLS I XUFRE, J.M. (2022). Op. Cit., p. 113.

⁵² Sobre la doble proyección de la apreciación notarial —formación y expresión de la voluntad—, ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. (2022). La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 540-544.

⁵³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico* nº 136, p. 60.

⁵⁴ RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado. *El Notario del Siglo XXI* nº 80, julio-agosto.

⁵⁵ Muy ilustrativa resulta al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1987, [En línea], disponible en <https://ignaciogarciano-blejasnotaria.files.wordpress.com/2020/05/resolucion-dgrm-1987-sordomudos-otorgamiento.pdf> (consultado con fecha 9/05/2023).

⁵⁶ DÍAZ ALABART, S. (2022). Op. Cit., p. 21.

⁵⁷ ESPÍNEIRA SOTO, I. (2018) Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos (Nuevo artículo 695 CC), [En línea], disponible en *Web Notarios y Registradores* (9 de octubre de 2018), p. 7.

⁵⁸ La ignorancia de saber leer y escribir se contempla en los párrafos 1º y 2º, razón por la cual las dificultades que alude el precepto deben referirse a la existencia de ciertas discapacidades sensoriales de la persona, visuales o auditivas. Al respecto, RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº10 bis, p. 360.

⁵⁹ ESPÍNEIRA SOTO, I. (2022). Op. Cit., pp. 516, 517.

⁶⁰ Tener en cuenta al respecto el artículo 57 de la Ley del Notariado que trata de la comparecencia ante notario de quien tenga en su poder un testamento cerrado cumpliendo el deber del artículo 712 del Cc.

⁶¹ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Comentario al artículo 706, III del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, p. 523.

⁶² Tener en cuenta la Observación General nº 1, de 19 de mayo de 2014 del Comité de derechos de las personas con discapacidad, respecto de quienes utilizan formas de comunicación no verbales.

⁶³ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Op. Cit., pp. 529 y 530.

⁶⁴ BARBA, V. (2021). Op. Cit., p. 47.

⁶⁵ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Op. Cit., pp. 531 y 532.

⁶⁶ MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). Op. Cit., p. 33.

⁶⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 709 del Código Civil. En: *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5406.

⁶⁸ RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). Op. Cit., p. 361.

⁶⁹ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Op. Cit., p. 536.

⁷⁰ REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los arts. 706, 708, 709 y 742 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.). Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 906.

⁷¹ Algunas leyes augusteas de fomento de la natalidad (*Lex Iulia de maritandis ordinibus*, año 18 a.C.; *Lex Papia Poppaea*, año 9 d.C.) declararon incapaces para heredar a los varones entre 25-60 años y a las mujeres entre 20-50 años que permanecieran solteros, o bien estuvieran casados, pero sin hijos, así como también al viudo sin hijos, o a los cónyuges sin hijos (en este último supuesto, solo podían adquirir entre sí 1/10 de su herencia). Al respecto, GALINSKY, K. (1981). Augustus Legislation on Morals and Marriage, *Philologus*, nº 125, pp. 126 y ss.; WALLACE-HADRILL, A. (2009). Family and Inheritance in the Augustan marriage laws. En: *Augustus*. Edinburgh: J. Edmonsohn (ed.), pp. 250 y ss.

⁷² D. 34, 9, 3. Al respecto, PANERO GUTIÉRREZ, R. (2021). *Derecho Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 695, 696.

⁷³ MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2019). *Derecho de Sucesiones* (dir. Carrasco Perera, A.). Madrid: Tecnos, pp. 39-47.

⁷⁴ En torno a las similitudes y diferencias entre indignidad e incapacidad relativa, MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2019). Op. Cit., pp. 47, 54, 55.

⁷⁵ GARCÍA RUBIO, M.P. (2022). Comentario al artículo 251 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 239-244.

⁷⁶ Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

⁷⁷ PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código Civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español). En: AA. VV. (2022). (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 558-560.

⁷⁸ A favor del establecimiento de estas salvaguardas para las personas con discapacidad, a pesar del principio de libertad de testar, GARCÍA RUBIO, M.P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Sepín*, p. 3.

⁷⁹ DE SALAS MURILLO, S. (2019). Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador. *Derecho Privado y Constitución*, n° 35, julio-diciembre 2019, pp. 59, 60.

⁸⁰ PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., p. 566.

⁸¹ Respecto del testamento otorgado *ex post* a la extinción de la tutela o curatela representativa como excepción a la regla del artículo 753, 1 del Cc, PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., pp. 567-570.

⁸² Con anterioridad a la Ley 8/2021 se llegaba a cuestionar que la inhabilidad sucesoria afectara a todo curador, cuando en muchos casos su actuación apenas podía entrañar riesgo de captación de voluntad respecto del disponente. Esta posición doctrinal habría sido tomada en cuenta en la nueva redacción del artículo 753,1 del Cc, según MESA MARRERO, C. (2022). Op. Cit. p. 541. Un cuestionamiento sobre la posición adoptada por el legislador, PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., p. 565.

⁸³ Principalmente el curador asistencial y, con dudas, en el defensor judicial, por su carácter no permanente, y del guardador de hecho, ya que su actuación se aproxima más a un cuidador habitual. En este sentido, REPRESA POLO, M.P. (2021): Comentario a los arts. 753 y 756 CC. En: *Op. Cit.*, pp. 912-913.

⁸⁴ Tener en cuenta la STS de 8 de abril de 2016 (RJA 2016, 3659).

⁸⁵ GARCÍA RUBIO, M.P. (2022). Comentario al artículo 250 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, p. 224.

⁸⁶ DE SALAS MURILLO, S. (2019). Op. Cit., p. 66.

⁸⁷ REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los arts. 753 y 756 CC. En: *Op. Cit.*, pp. 913-914.

⁸⁸ El distinto tratamiento jurídico del legislador en uno y otro caso parte, al menos, de dos premisas que no compartimos: el hecho de estar internado en un establecimiento aumenta el riesgo de captación de la voluntad testamentaria para el testador vulnerable; la intervención notarial no sería suficiente garantía para disipar los riesgos sobre las influencias indebidas al otorgar testamento, por cuestionar la intervención notarial como garantía. En este sentido, CAVALLÉ CRUZ, A. (2012). *El notario como garante de los derechos de las personas*. Lima: Jurista editores, p. 416.

⁸⁹ SOLÉ RESINA, J. (2021). Apoyos no formalizados en el ejercicio de la capacidad jurídica. En: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Bosch, p. 385.

⁹⁰ DÍAZ ALABART, S. (2018). *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*. Foro de Debate Jurídico. Madrid: Reus, p. 53.

En sentido contrario, REPRESA POLO, M.P. (2022). La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). Madrid: Reus, pp. 69-70.

⁹¹ Disposición Transitoria 1ª de la Ley 8/2021: “a partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”.

⁹² Planea en la solución del legislador español la teoría anglosajona “undue influences” y la consideración del notario anglosajón, carente de la fe pública notarial. Al respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1980). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista de Derecho Notarial*. Colegios Notariales de España, XVII, nº CVII, enero-marzo, pp. 255-409.

⁹³ ALFARO GUILLÉN, Y. (2019). El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba. En: *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*. Madrid: Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, pp. 1419, 1420.

⁹⁴ PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., p. 580.

⁹⁵ En este sentido, REPRESA POLO, M.P. (2022). Op. Cit., p. 57.

⁹⁶ Tener en cuenta el apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021: “... las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (...). El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad ...”.

⁹⁷ En el ámbito de la sucesión testamentaria, si la curatela es representativa, por el principio de especialidad, aplicará la incapacidad para suceder del artículo 753,1 del Cc antes que la indignidad sucesoria del artículo 756, 2º, III del Cc. Si la curatela es asistencial, la incapacidad para suceder del curador asistencial removido de su cargo derivará de la causal de indignidad y no de la prohibición establecida en el artículo 753,1 del Cc al curador representativo. Al respecto, MESA MARRERO, C. (2022). Op. Cit., p. 546.

⁹⁸ Los artículos 142 y 146 del Cc delimitan el contenido de la obligación: lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, así como los gastos de embarazo y parto, si no están cubiertos de otro modo, en una cuantía proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

⁹⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). Op. Cit., p. 389.

¹⁰⁰ “La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finali-

dad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

¹⁰¹ REPRESA POLO, M.P. (2021). Op. Cit., p. 922.

¹⁰² Codex 6, 26, 9; Siete Partidas VI, V, 1 y 11.

¹⁰³ Al respecto, APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Comentario a la supresión del artículo 776 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 550-553.

¹⁰⁴ Al respecto, APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., pp. 550, 551, 554; ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Reformas en Derecho de Sucesiones. En: AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 478 y ss.

¹⁰⁵ ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Op. Cit., pp. 482-485.

¹⁰⁶ Sobre el particular, APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., pp. 554, 555; ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Op. Cit., pp. 478 y ss.

¹⁰⁷ APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., pp. 559, 560.

¹⁰⁸ Artículo 2 (Beneficiarios), 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.

¹⁰⁹ Artículo 26 (Grados de dependencia). 1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal; b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

¹¹⁰ APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., p. 570.

¹¹¹ ORTEGA DOMÉNECH, J. (2022). Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.). Madrid: Reus, pp. 109-110.

¹¹² CERVILLA GARZÓN, M.D. (2021). La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad. En: *Un nuevo Orden jurídico para las personas con discapaci-*

dad (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Wolters Kluwer, p. 696.

¹¹³ APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., p. 568.

¹¹⁴ ORTEGA DOMÉNECH, J. (2022). Op. Cit., p. 111.

¹¹⁵ APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., p. 571.6

*Trabajo recibido el 2 de junio de 2023 y aceptado
para su publicación el 17 de abril de 2023*

