

LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DE TUTOR, CURADOR O CUIDADOR TRAS LA LEY 8/2021

NIEVES ROJANO MARTÍN

*Contratada Predoctoral FPU de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 753 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. LOS PÁRRAFOS PRIMERO Y ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 753 CC: PROBLEMAS QUE PLANTEA SU NUEVA REDACCIÓN.- 1. La actuación del Notario para valorar la aptitud para otorgar testamento: el nuevo artículo 665 del Código Civil.- IV. LOS NUEVOS PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 753 CC: LIMITACIONES PARA DISPONER A FAVOR DE LOS CUIDADORES DEL TESTADOR.- V. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES.- 1. Extinción de la tutela o curatela.- 2. Otorgamiento de testamento notarial abierto en caso de disposición a favor de cuidador no integrado en la estructura de un centro asistencial.- 3. Parentesco *ab intestato* del tutor, curador o cuidador con el causante.- VI. REFLEXIONES FINALES.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Bien puede decirse que, a la hora de regular en materia de sucesiones, nuestro legislador ha tenido siempre presente que determinadas personas, por razón de su especial vínculo con el *de cuius*, pueden incidir en la voluntad de este y verse especialmente favorecidas en el testamento. A estas situa-

ciones de particular privilegio en que se encuentran tales individuos dedica el Código Civil los artículos 752, 753 y 754, referidos, respectivamente, a las disposiciones testamentarias a favor de los confesores, tutores o curadores y notarios del testador; disposiciones que son, según los casos, objeto de restricciones y prohibiciones.

Los artículos 752 y 754 del Código Civil no involucran específicamente a la persona con discapacidad, sino, en general, a cualquier persona que disponga *mortis causa* a favor de su confesor o Notario, respectivamente. Por ello, 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, se ha limitado a modificar, en este ámbito, el artículo 753 CC, que alude a la disposición testamentaria realizada a favor del tutor, curador o cuidador del causante. Y lo ha hecho con la intención de que el ejercicio por las personas con discapacidad de su facultad de testamentación esté en armonía con los principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención de Nueva York o CDPD), en particular, con lo dispuesto en su artículo 12. En el apartado cuarto del citado precepto se insta a los Estados Partes a asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida; exigencia que reviste especial importancia en el objeto de estudio del presente trabajo, pues precisamente la eliminación del riesgo de esa influencia indebida constituye la *ratio legis* del precepto cuyo examen aquí se pretende.

Partiendo de estas consideraciones, en las próximas líneas se analizarán las restricciones legales a que se enfrentan actualmente las personas provistas de apoyos cuando pretenden otorgar testamento y las diferencias existentes con relación a la regulación pre-reforma. Ello permitirá evaluar la idoneidad de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en el artículo 753 del Código Civil —así como la de otras novedades en materia testamentaria estrechamente relacionadas con estas— y su adecuación al espíritu y finalidad de la Convención de Nueva York, abordando los aspectos más controvertidos y reflexionando sobre posibles soluciones a los problemas que se plantean al respecto.

II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 753 DEL CÓDIGO CIVIL

Por extraño que pueda parecer, ni en nuestro Derecho histórico ni en el Proyecto de 1851 se encuentra un precepto semejante al artículo 753 del

Código Civil. Ni siquiera el artículo 907¹ del Código de Napoleón, que recoge la prohibición al tutelado de disponer *inter vivos* o *mortis causa* a favor de su tutor mientras fuera menor de dieciséis años y, si fuera mayor de edad o emancipado, mientras no se haya llevado a cabo la rendición de cuentas², fue plasmado en el Proyecto. Así lo afirma GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 414 (del que deriva el actual artículo 754 CC), argumentando que las razones que fundamentaban su vigencia en la legislación francesa no se consideraron extrapolables al panorama español.

Hubo que esperar al Anteproyecto de 1882-1888 para que el precedente del artículo 753 del Código Civil (en su redacción original) hiciera su aparición, que resultó ser idéntico al artículo 769³ del *Codice Civile* de 1865, con la salvedad de que este último, en lugar de emplear el término “pupilo” como hacía nuestro Código, utiliza el de “administrado”. Sin embargo, el Anteproyecto no toma del Código civil italiano la norma complementaria a esta (art. 1053⁴), en virtud de la cual aquellas personas que no pudiesen ser favorecidas en testamento tampoco podrían serlo por disposición *inter*

¹ La redacción del artículo 907 del *Code civil* es la siguiente: “El menor, aunque haya alcanzado la edad de dieciséis años, no podrá disponer, siquiera sea por testamento, en beneficio de su tutor. El menor, una vez mayor de edad o emancipado, no podrá disponer, ni por donación entre vivos ni por testamento, en beneficio del que hubiera sido su tutor, mientras no se haya rendido y verificado la cuenta definitiva de la tutela. Quedan exceptuados de los supuestos anteriores los ascendientes de los menores que sean o hayan sido sus tutores”.

² Este artículo del Código civil francés tiene su origen en la Ordenanza francesa de Francisco I de 1539 y no sólo se aplicó a los tutores y otros administradores, pues la *Coutume de Paris* la hizo extensible a los pedagogos y, en general, a todas las personas que tuvieran alguna autoridad y poder sobre el menor, quedando a salvo sus ascendientes (si bien esta excepción no resultaba de aplicación al progenitor que contraía segundas nupcias ni a los colaterales). El ámbito de aplicación de la prohibición no se circunscribía a estos supuestos, sino que abarcaba también a los jueces, procuradores y abogados, aunque a favor de estos últimos se podía disponer *mortis causa*, al no poder aceptarse en estos casos la existencia de poder sobre el cliente. También resultaban afectados por la prohibición, en tanto que personas con autoridad sobre el menor, los profesores públicos y, en general, “aquellas personas cuya autoridad sobre el menor se hallaba institucionalizada en funciones públicas” (DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 753 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), t. X, v. I, Edersa, Madrid, 1987, p. 137).

³ El precepto estaba redactado como sigue: “El tutor no podrá nunca beneficiarse de las disposiciones testamentarias de su administrado realizadas antes de la aprobación de la cuenta definitiva, aunque el testador muriese después de la aprobación de la cuenta. Sin embargo, serán eficaces las disposiciones hechas en favor del tutor que sea ascendiente, descendente, hermano, hermana o cónyuge del testador”.

⁴ El artículo preceptúa que “no podrán recibir por donación, ni siquiera por persona interpuesta, los incapaces de recibir por testamento en los casos y en la forma previstos en el capítulo De las sucesiones testamentarias”.

vivos. Con ello, a diferencia de lo que sucede en los Códigos europeos más cercanos al nuestro —no solo en el francés y el italiano de 1865, también en el *Codice Civile* de 1942⁵ y en el portugués, tanto en el de 1867⁶ como en el de 1966⁷—, el Código Civil español deja fuera de la prohibición las disposiciones hechas en vida del tutelado a favor de su tutor, dando lugar a una vía de escape para sortear la imposibilidad de que el sometido a tutela testase a favor de quien desempeñara dicho cargo tutelar.

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, se introduce un nuevo artículo 221 en el Código, a través del cual se intenta subsanar el defecto apuntado prohibiendo a quien desempeñara algún cargo tutelar recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras no se hubiera aprobado definitivamente su gestión. No obstante las dificultades de interpretación que se plantearon con ocasión del empleo del término “liberalidades”⁸ y la alusión por el precepto citado, como sujeto vetado para recibir liberalidades del tutelado, a quien desempeñara “algún cargo tutelar”⁹, el artículo 753 CC encontró —por fin— en

⁵ En su artículo 596 se establece que: “Son nulas las disposiciones testamentarias de la persona sometida a tutela en favor del tutor, si se hicieron después del nombramiento de éste y antes de que se haya aprobado la cuenta o extinguido la acción para la rendición de la misma cuenta, aunque el testador haya muerto después de la aprobación. Esta norma se aplica también al protutor. Sin embargo, serán válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o del protutor que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador”. El precepto paralelo a este en materia de testamento es el 779, a cuyo tenor: “Es nula la donación a favor de quien ha sido tutor o protutor del donante, si se hizo antes de que haya sido aprobada la cuenta o se haya extinguido la acción para la rendición de la misma”.

⁶ Su artículo 244 dispone que: “Está absolutamente prohibido al tutor: [...] 4.º) Recibir donaciones del menor, *inter vivos* o por testamento, o del ex pupilo emancipado o mayor, salvo después de haber rendido cuentas de su administración y de haber obtenido la aprobación general”.

⁷ El tenor literal de su artículo 596 es el siguiente: “Está prohibido al tutor: [...] d) Recibir del pupilo directamente o por persona interpuesta cualquier tipo de liberalidades por acto *inter vivos* o *mortis causa*, si hubieran sido hechas después de la designación y antes de la aprobación de las respectivas cuentas, sin perjuicio de lo dispuesto para las disposiciones testamentarias en el número 3 del artículo 2192” (nótese que actualmente este último inciso queda sin efecto al estar el art. 2192.3 derogado).

⁸ A pesar de su amplitud, la mejor doctrina entiende que este término debe entenderse referido sólo a las liberalidades *inter vivos*, pues, de lo contrario, absorbería al artículo 753 CC, lo que no parece que sea la intención del legislador (DÍAZ ALABART, “Comentario...”, cit., pp. 140-141).

⁹ Obsérvese que, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, esta expresión ha sido sustituida por la de “tutor”, zanjando así el debate doctrinal sobre si dicha expresión abarcaba también otras instituciones tutelares distintas a la tutela, a pesar de que el artículo sólo mencionase al tutelado.

el 221 CC (actual artículo 226 CC) el complemento necesario para que no se pudiese burlar la prohibición a través de los actos de disposición *inter vivos*. De esta manera, quien no podía recibir por testamento, tampoco podía hacerlo por donación.

Con todo, para que el artículo 753 del Código Civil estuviera en sintonía con la reforma de la tutela de 1983, se aprovechó la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor para modificar técnicamente su redacción, incluyéndose al curador entre los sujetos en cuyo favor no podía disponer el testador (Disp. Final 18.^a). Pero las reformas del citado precepto no acabaron ahí, pues la necesidad de adaptación de la norma —junto con otras relativas al Derecho de sucesiones y a otras ramas del Derecho que han resultado igualmente afectadas— a la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha motivado, según el Preámbulo de la Ley 8/2021, un nuevo cambio en su tenor literal, a cuyo estudio y análisis se dedicarán las líneas que siguen.

III. LOS PÁRRAFOS PRIMERO Y ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 753 CC: PROBLEMAS QUE PLANTEA SU NUEVA REDACCIÓN

Uno de los párrafos del artículo 753 del Código Civil que ha sido reformado por la Ley 8/2021 es el primero, cuya redacción anterior era la siguiente: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela”. Tras la entrada en vigor de la citada ley, se ha añadido el calificativo “representativo” al sustantivo “curador” y se ha obviado por completo la referencia al momento de aprobación definitiva de las cuentas, manteniéndose únicamente la alusión a la extinción de la tutela o curatela. El legislador ha querido garantizar así que en el momento de hacerse la disposición *mortis causa* no hay ya vinculación alguna entre testador y tutor o curador beneficiario, y que la situación que hacía necesaria la figura de apoyo no tiene ya existencia. Por tanto, una disposición testamentaria realizada con carácter previo a la constitución de la medida de apoyo en favor de quien con posterioridad fuera tutor o curador del testador tendrá plena validez, pero si se efectúa una vez establecida dicha institución y antes de la extinción de esta, no desplegará efecto alguno. En este último caso, la disposición será nula de pleno derecho y no podrá ser convalidada una vez extinguido el cargo tutelar; extinción que tendrá

lugar cuando concurren las causas previstas en los artículos 231 y 291 CC, según se trate de tutela o curatela, respectivamente.

La primera crítica que podría hacerse de las novedades introducidas en el primer párrafo del artículo 753 del Código Civil sería, quizá, la escasa trascendencia práctica de la prohibición de disponer *mortis causa* en favor del curador representativo. La razón de ello es que la figura del curador representativo aparece configurada en el nuevo artículo 269 CC con carácter excepcional, constituyéndose únicamente en aquellos casos en los que “resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad”¹⁰, lo que lleva a plantearse si las personas provistas de dicha medida de apoyo tendrán la aptitud necesaria para ejercer la facultad de testar. En efecto, se trataría de supuestos en los que el grado de discernimiento del testador para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones es mínimo, como sería el caso de una persona que sufra una forma grave de parálisis cerebral o que se encuentre en una fase terminal de Alzheimer o en un estado profundo de inconsciencia (coma)¹¹. Siendo esto así, se hace patente el carácter superfluo de la previsión, puesto que el escenario para el que el artículo 753 del Código Civil ha sido pensado no tendría lugar si la persona está sometida a una curatela representativa cuando pretende otorgar testamento; y si no lo está, el supuesto de hecho que describe el precepto no se da¹². Más adelante se analizará, por lo que se refiere a la valoración de las facultades intelectivas del testador, la actuación que debe desarrollar el Notario en este sentido, como resultado de la modificación del artículo 665 CC por la Ley 8/2021.

El segundo problema se plantea cuando se ponen en relación el primer y último párrafo del mencionado artículo 753 del Código Civil: mientras que el primero de ellos, en su nueva redacción —no así en la anterior, donde hacía mención al simple curador—, alude al curador “representativo”, el segundo, además de al tutor (figura aplicable ahora únicamente al menor) y

¹⁰ Este carácter excepcional también puede observarse en el Preámbulo de la Ley 8/2021, donde se dice expresamente que “en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas”.

¹¹ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 292.

¹² ZURITA MARTÍN, I., “Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3114-3115.

al cuidador, se refiere, sin ningún calificativo que lo acompañe, al curador¹³. La duda que surge es, pues, si el artículo 753 *in fine* CC entra en juego respecto de todas las disposiciones testamentarias en las que incide el entero precepto, o solamente respecto de aquellas de las que se ocupan los párrafos segundo y tercero, esto es, las hechas en favor de los cuidadores de la persona con discapacidad.

La interpretación literal de la norma llevaría a entender que solo cuando se tratase de curador representativo la disposición testamentaria hecha a su favor sería ineficaz, sin que pudiera aplicarse la excepción de pariente *ab intestato* del *de cuius*, al quedar esta circunscrita a las disposiciones realizadas en beneficio de los tutores, curadores sin facultades de representación y cuidadores. Con arreglo a esta tesis, aunque el curador representativo del causante fuese pariente de este con derecho a suceder *ab intestato*, la disposición *mortis causa* hecha en su favor no tendría validez, pudiendo, en cambio, ser beneficiados por el testador los curadores que, siendo parientes *ab intestato* de aquel, careciesen de facultad de representación.

Alternativamente, cabría considerar que en la mención al curador del artículo 753 *in fine* del Código Civil el legislador ha querido incluir tanto al que posee facultades representativas como al que adolezca de ellas. De ser esto cierto, de la interpretación *sensu contrario* de la norma se desprendería la ineficacia de la disposición testamentaria en favor del curador —representativo o no— de la persona con discapacidad que no sea pariente *ab intestato* de esta. Sin embargo, habida cuenta de que el párrafo primero del citado precepto sólo sanciona la invalidez de la disposición testamentaria hecha a favor del curador representativo, no parece que esto tenga mucho sentido.

A la vista de todo lo anterior, no es posible sino concluir que el último párrafo del tantas veces referido artículo 753 CC es expresión de una deficiente técnica legislativa, pues debiera aludir al curador representativo, en lugar de al curador sin mayor cualificación, que no se encuentra dentro del ámbito prohibitivo del primer párrafo del precepto. Ahora bien, si el simple curador desempeñase también las funciones de cuidador, en tanto que el artículo 753 *in fine* del Código Civil menciona expresamente esta última figura, la excepción prevista en dicho apartado sí le resultaría aplicable¹⁴.

¹³ En concreto, la redacción que la Ley 8/2021 ha dado al último párrafo del 753 CC (antiguo segundo párrafo del citado precepto) es la que sigue: “Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*”.

¹⁴ De esta opinión es ZURITA MARTÍN, “Requisitos...”, cit., p. 3115.

1. La actuación del Notario para valorar la aptitud para otorgar testamento: el nuevo artículo 665 del Código Civil

Como ya se ha apuntado, el artículo 665 CC es otro de los muchos artículos que ha sido modificado por la Ley 8/2021, pues, para adaptar nuestro Ordenamiento a la Convención de Nueva York, había que eliminar todas las trabas que existieran para que una persona con discapacidad pudiese testar. Ahora es únicamente el Notario quien, mediante su evaluación favorable, puede determinar que la persona posee la aptitud necesaria para otorgar testamento.

Pero la redacción definitiva que debiera darse al artículo 665 del Código Civil no ha sido una cuestión pacífica, pues fueron varias las enmiendas que se presentaron a lo largo de la tramitación parlamentaria de la citada ley. En un primer momento, en el Proyecto de Ley se previó la designación por el Notario, en caso de que dudara fundadamente de la aptitud del eventual testador, de dos expertos que previamente lo reconociesen y emitiesen un dictamen favorable sobre dicha aptitud. De esta forma, el fedatario público quedaba encargado de valorar, al igual que antes de la reforma, si la persona que pretendía otorgar testamento poseía el grado de discernimiento necesario para ello. La diferencia es que ahora el juicio notarial se aplicaría a cualquier persona, al haber desaparecido la incapacitación y, en consecuencia, la designación obligatoria de dos facultativos que reconociesen al incapacitado cuando la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento alguno acerca de su capacidad para testar; capacidad de la que ahora no se le puede privar, salvo cuando el Notario determine que en el momento de testar la persona no puede conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello. A efectos prácticos, la actuación del fedatario público sería, tras la reforma, prácticamente la misma que desempeñaba antes en los casos en que la persona que quería otorgar testamento no estaba incapacitada. Así, solo cuando el Notario tuviera dudas fundadas acerca de la facultad de la persona que pretendiese otorgar su última voluntad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones, debería acudir a dos expertos que la reconociesen previamente, y únicamente en caso de que estos dictaminaran favorablemente sobre su aptitud para testar, tendría lugar la autorización notarial del testamento¹⁵.

Sin embargo, los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común consideraron que el modelo médico de discapacidad no estaba del todo en consonancia con

¹⁵ ZURITA MARTÍN, "Requisitos...", cit., p. 3108.

los postulados de la Convención de Nueva York¹⁶, por lo que abogaron por su eliminación y propusieron que el tenor literal del artículo 665 del Código Civil fuese el siguiente: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”¹⁷. Esta fue la redacción que finalmente se adoptó, pues, al alejarse de la concepción médica de la discapacidad, se estimó que resultaba más coherente con el reconocimiento por el artículo 12 CDPD a las personas con discapacidad de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Con todo, hubo otras dos enmiendas¹⁸, presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y el de Ciudadanos, que también se justificaron en la necesidad de no circunscribir el juicio de discernimiento a “‘dos expertos’ que recuerdan al modelo médico de discapacidad”, quedando así las personas con discapacidad “sujetas a las mismas reglas que los demás en lo que a dicho juicio se refiere”. La redacción que estos grupos parlamentarios propusieron dar al artículo 665 del Código Civil fue la siguiente: “Para asegurarse de la aptitud del testador para otorgar testamento, el Notario podrá acudir a cualquier medio de asistencia, apoyo o ajuste razonable para emitir su juicio de discernimiento, lo que hará constar expresamente”. Este texto, a diferencia del definitivamente aprobado, aunque elimina la alusión expresa al dictamen de los dos expertos bajo la amplia fórmula de “medio de asistencia, apoyo o ajuste razonable”, lo sigue permitiendo —tanto dicho dictamen como cualquier otra ayuda que encuentre cabida en

¹⁶ Al respecto, GARCÍA RUBIO, M. P., “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*, v. V, núm. 3, 2018, p. 176, estima que “aunque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones”.

¹⁷ Enmienda número 171 al articulado del Proyecto de 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.

¹⁸ Enmiendas número 34 y 120 al articulado del Proyecto de 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.

esa expresión y sirva para conformar el juicio notarial sobre la aptitud del eventual testador—. Sin embargo, parece que la redacción que finalmente se trasladó al Código Civil, al centrarse más en la persona con discapacidad y en la facilitación de la formación de su voluntad —y no tanto en el proceso de evaluación del Notario—, estaba más en sintonía con los dictados de la Convención de Nueva York.

Sea como fuere, lo que queda claro con el nuevo artículo 665 CC es que la función sustancial que ha de desempeñar el Notario es de apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de su facultad de testamentifacción. Así lo estima la doctrina, que valora de manera muy positiva este papel asistencial del fedatario público en la conformación de la voluntad del testador¹⁹. Ahora queda completamente al arbitrio del Notario la determinación de si el eventual testador posee la aptitud necesaria para ello, aptitud que se cifra en la facultad de este de conformar y expresar su voluntad comprendiendo el significado de sus disposiciones. No obstante, un sector doctrinal considera que, pese a la supresión del texto definitivo del artículo 665 CC del recurso al dictamen de los dos expertos para evaluar la aptitud de la persona para

¹⁹ BARBA, V., “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021, p. 43 y ZURITA MARTÍN, “Requisitos...”, cit., p. 3108. Incluso hay autores que ya con anterioridad a la reforma operada por la Ley 8/2021 señalaban la idoneidad del Notario como figura de apoyo a la persona con discapacidad en los términos del artículo 12 CDPD. Así, CORVO LÓPEZ, F. M., “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, v. VI, núm. 4, 2019, p. 165, que sostiene que “la propia función notarial constituye la medida de apoyo que precisa la persona con discapacidad intelectual que pretende otorgar testamento notarial”; GARCÍA RUBIO, “Algunas...”, cit., p. 176, para quien la “intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPC cuando en su párrafo tercero dispone ‘Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica’”; CAROL ROSÉS, F., “Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2017, p. 3249, a cuyo juicio “el Notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio— para las personas discapacitadas y vulnerables en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención”; y NIETO ALONSO, A., “Recensión al libro de MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*”, *Revista de Derecho Civil*, v. V, núm. 1, 2018, pp. 255-256, que estima, respecto a la evaluación del Notario de la aptitud del testador, que “constituye una efectiva garantía y medida precautoria que, en nuestro Derecho, impide que las personas que carecen de capacidad o aptitud natural puedan otorgar testamento y, en consecuencia, se evitan nulidades fundamentadas en esta causa”.

otorgar testamento, cabe esta posibilidad si el Notario lo estima necesario. Con todo, la decisión de aquellos no le vincularía, de modo que incluso con un dictamen desfavorable podría tener lugar la autorización notarial del testamento²⁰.

En cualquier caso, para asegurarse, tal como exige el artículo 696 CC, de que el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, el Notario no sólo deberá constatar que la persona posee la aptitud mínima para ello, sino que habrá de desplegar una conducta basada en el favorecimiento de una toma de decisiones autónoma, guiándola en esta tarea y ayudándola a comprender y razonar, con el fin de que pueda conformar y manifestar su voluntad —voluntad que, en todo caso, deberá respetar—. Esta labor de acompañamiento y asesoramiento²¹ podrá ser facilitada, como indica el propio artículo 665 CC, con los “ajustes” que resulten oportunos, entre los que parece que han de incluirse —pues el precepto no lo determina— tanto la medida de apoyo que tenga establecida la persona con discapacidad (sin que en ningún caso pueda verse conculcado el carácter

²⁰ De esta opinión es BARBA, “Capacidad...”, cit., p. 42, que entiende que no es necesario que los expertos sean profesionales de la medicina, pudiendo serlo de otros ámbitos, en función de la discapacidad de la persona. También ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario al artículo 665 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5.ª edición, Cizur Menor, 2021, p. 912, considera que “no debe hacer inconveniente en que el Notario pueda integrar dentro de los ‘ajustes necesarios’ la valoración, opinión o ayuda de terceros expertos, especialmente cuando pueda tener dudas acerca de la propia condición de persona con discapacidad”. Por su parte, ZURITA MARTÍN, “Requisitos...”, cit., p. 3109, sostiene que el Notario puede acudir al dictamen de los expertos, pero sólo si la persona con discapacidad muestra su conformidad. Según esta autora, podría ocurrir que la persona con discapacidad, ante la evaluación desfavorable del Notario sobre su aptitud para otorgar testamento, quisiese recurrir a la intervención de un experto que verificase que se halla con la capacidad legal necesaria para ejercer su facultad de testaméntifación. Como es lógico, en estos casos —sigue diciendo la autora—, el dictamen favorable del experto con base en el cual el Notario decide autorizar el otorgamiento, aunque no será obstáculo para la impugnación, sí se constituirá como medio de prueba ante esta.

²¹ Ya antes de la reforma la STS 19-9-1998 (RJ 1998, 6399) ponía de manifiesto cómo había de desarrollarse esa función notarial de asesoramiento al declarar que “la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad”.

intuitu personae del acto testamentario) como los que se recogen en el artículo 25 de la Ley del Notariado²². Este último precepto cuenta, a raíz de la promulgación de la Ley 8/2021, con un nuevo párrafo final, en virtud del cual “para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

Asimismo, el artículo 665 del Código Civil debe ser complementado con lo establecido en otras disposiciones del mismo cuerpo legal, como los artículos 695 y 709 CC, en cuyos sendos últimos párrafos²³ se hace referencia a los medios (técnicos, materiales o humanos, en el caso del primero de los dos preceptos; mecánicos o tecnológicos, en el caso del segundo) que se han de utilizar para garantizar que el testador conoce que lo recogido en el testamento responde fielmente a su voluntad. En el supuesto de testamento abierto, al que hace referencia el citado artículo 695 CC, la previsión de la utilización de dichos medios por el Notario ha llevado aparejado que la concurrencia de los dos testigos idóneos al acto de otorgamiento dispuesta por el artículo 697 CC solamente tenga lugar “cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento” (art. 697.1) o “cuando el testador o el Notario lo soliciten” (art. 697.2). El actual número 2.º del mentado precepto (número 3.º antes de la reforma operada por la Ley 8/2021) ha venido a sustituir al anterior, que daba un tratamiento quizá no muy acorde con la filosofía de la Ley 8/2021 a las personas que, aun pudiendo firmar el testamento, padeciesen ceguera o declarasen no saber o no poder leerlo por sí mismas; se exigía en tales casos la intervención de los referidos testigos, e

²² Así lo entienden BARBA, “Capacidad...”, cit., p. 43 y ÁLVAREZ LATA, “Comentario...”, cit., pp. 911-912.

²³ El artículo 695 *in fine* CC, referido al testamento abierto, preceptúa que “cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”. En el caso del testamento cerrado, el último párrafo del artículo 709 CC dispone que “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”.

incluso la lectura del testamento por parte de estos cuando el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo. Por lo que se refiere al testamento cerrado, se contempla en el nuevo artículo 706 CC la posibilidad de firmarlo electrónicamente. Además, con el fin de evitar cualquier tipo de connotación negativa que pueda conducir a un tratamiento desigualitario y estigmatizador de las personas con discapacidad, se suprime el término “ciegos” del artículo 708 CC y se habla ahora de “personas con discapacidad visual”, posibilitándoles otorgar testamento cerrado utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo.

En definitiva, en palabras de ÁLVAREZ LATA²⁴, el nuevo artículo 665 CC “trata de articular un sistema para conferir garantías al testamento de la persona con discapacidad y procurar dar plena efectividad a la voluntad testamentaria de la persona, configurando así un apoyo *ad hoc* en el ejercicio de su capacidad jurídica”. De ello da cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha afirmado reiteradamente que la evaluación del Notario sobre la aptitud del eventual testador para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones constituye una *enérgica* presunción *iuris tantum* (SSTS 21-11-2007 [RJ 2007, 8119], 31-3-2004 [RJ 2004, 1717] y 15-2-2002 [RJ 2001, 2051]) y que la prueba por medio de la cual se pretenda destruir dicha presunción debe ser *inequívoca, cumplida y convincente*, no pudiendo sustentarse la falta de aptitud para testar en meras presunciones o indirectas conjeturas (SSTS 26-4-2008 [RJ 2008, 2680] y las que cita).

Este elevado valor que los Tribunales conceden al juicio notarial sobre la facultad para otorgar testamento de quien pretende hacerlo tiene su fundamento en el prestigio de la función del Notario en tanto que persona versada en materia testamentaria²⁵. Con todo, y si bien es cierto que cuanto mayor complejidad presente el contenido del testamento, mayor grado de entendimiento habrá de exigirse al testador —lo que hará que la aptitud mínima para testar varíe de un supuesto a otro²⁶—, no puede pasarse por alto que

²⁴ ÁLVAREZ LATA, “Comentario...”, cit., p. 911.

²⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “Comentario al artículo 662 del Código Civil”, en AA.VV., *Código Civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso), Civitas, 1.ª edición, Cizur Menor, 2011, p. 264; y SSTS 18-2-1988 (RJ 1988, 10355) y 29-3-2004 (RJ 2004, 2310).

²⁶ En este sentido, NÚÑEZ NÚÑEZ, M., “La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial”, en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. M. Pereña Vicente, coords. G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez), Dykinson, Madrid, 2018, p. 522, sostiene que: “El sujeto ha de comprender el tipo de acto que va a realizar, sus consecuencias, características y efectos; a quienes ha de afectar, los sujetos a los que puede referirse (no solo los mencionados en el testamento, sino especialmente los no mencionados, por ejemplo, ante la institución a favor de algún pariente,

el Notario, en principio, no es una persona experta en patologías que hagan que la facultad de comprensión y discernimiento se vea comprometida²⁷. Por este motivo, parte de la doctrina se muestra contraria a la eliminación del recurso por el Notario al dictamen de expertos, considerando que esta era una forma adecuada de salvaguardar los intereses involucrados²⁸.

Por otra parte, algunos autores entienden que esta función del fedatario público de evaluación de la facultad de la persona con discapacidad para conformar y expresar su voluntad comprendiendo el significado de sus disposiciones es incompatible con el otorgamiento de testamento cerrado. Para argumentarlo, sostienen que la necesidad de que tales disposiciones hayan sido redactadas con carácter previo al otorgamiento hace que el Notario no pueda verificar que la persona con discapacidad comprende y manifiesta el alcance de sus disposiciones, y ello aunque la aptitud del testador pudiese ser apreciada en el instante de extensión del acta de otorgamiento por el fedatario público —que es, en realidad, el momento que adquiere relevancia para el legislador²⁹, habida cuenta de lo dispuesto en los números 4.º y 6.º

qué otros parientes quedan excluidos), y sobre qué bienes se va a aplicar, su alcance económico. Hay consenso en que habrá de tener un conocimiento suficiente de lo que hace, lo que dependerá asimismo del nivel intelectual del testador, de la complejidad de lo querido y de las relaciones económico-jurídicas afectadas". Concluye esta autora diciendo que la capacidad para testar será distinta en cada caso, "ya que la capacidad no será para un testamento genérico, sino para cada uno en concreto". También RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "El testamento y la futura reforma del Código Civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, p. 359, señala la mayor dificultad que supone para la evaluación notarial de la aptitud del testador un testamento con muchos bienes o en el que la designación de herederos no esté clara.

²⁷ Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN, "Comentario...", cit., p. 264: "el problema de si una persona está o no en plenitud de facultades mentales es un problema médico, no jurídico, y el notario no es un técnico en la valoración mental de la salud de las personas".

²⁸ De esta opinión es ZURITA MARTÍN, "Requisitos...", cit., p. 3110. En contra se posiciona PÉREZ GALLARDO, L. B., "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020, pp. 3643-3644, que entiende que "resulta suficiente la intervención del Notario, que sí actúa como verdadera salvaguarda para evitar captaciones de voluntad o influencias indebidas por el apoyo o los apoyos frente al testador". Según este autor, "los facultativos en el enfoque español actúan con una visión medicalizada de la discapacidad", limitándose a "determinar el discernimiento o la capacidad mental del testador, lo que además resulta verdaderamente discutible si tal valoración tampoco se hace en el momento mismo del otorgamiento, al exigirse en Derecho que la *testamenti factio* activa se aprecie al justo instante del otorgamiento".

²⁹ Este es el argumento del que se sirven los autores que sostienen la tesis contraria, esto es, la que considera válido el testamento cerrado otorgado por una persona que precisa apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Vid.*, sobre la división de la doctrina en este punto, RODRÍGUEZ GUTIÁN, "Comentario...", cit., pp. 279-280.

del artículo 707 CC—. De ahí que este sector doctrinal abogue por permitir únicamente que la persona con discapacidad otorgue testamento abierto³⁰. Sin embargo, a mi juicio, limitar de forma generalizada el empleo por las personas con discapacidad de determinadas formas testamentarias supondría impedirles ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, que es el propósito de la Convención de Nueva York. Luego, en lugar de hacer una reserva tan absoluta, quizá debieran analizarse las concretas circunstancias de la persona y los medios disponibles para decidir si, pese a tratarse de testamento cerrado y haberse redactado el documento, por tanto, en un momento anterior al otorgamiento, el Notario tiene la información y los recursos suficientes para verificar que dicha persona puede comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones.

IV. LOS NUEVOS PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 753 CC: LIMITACIONES PARA DISPONER A FAVOR DE LOS CUIDADORES DEL TESTADOR

A diferencia del *Code Civil*, en cuyo artículo 909³¹ se prohíbe que los sanitarios puedan ser beneficiados *inter vivos* o *mortis causa* por las personas

³⁰ Así lo entienden ZURITA MARTÍN, “Requisitos...”, cit., p. 3110; ÁLVAREZ LATA, “Comentario...”, cit., p. 911; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Capacidad para testar de 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 (146/2018)”, en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), v. X, Dykinson, Madrid, 2018, p. 464.

³¹ El tenor literal del precepto es el siguiente: “Los miembros de las profesiones médica y farmacéutica, así como los auxiliares médicos, que hubiesen proporcionado cuidados a una persona durante la enfermedad que ocasionase su muerte, no podrán beneficiarse de las disposiciones *inter vivos* o testamentarias que esta hubiese hecho a su favor durante el transcurso de la misma.

Del mismo modo, los mandatarios judiciales para la protección de los mayores de edad y las personas jurídicas en cuyo nombre desempeñen sus funciones no podrán beneficiarse de las disposiciones *inter vivos* o testamentarias que las personas de cuya protección se responsabilicen puedan realizar a su favor, con independencia de la fecha de la liberalidad.

Quedarán excluidas:

1.º Las disposiciones remuneratorias hechas a título particular, habida cuenta de las facultades del disponente y de los servicios prestados;

2.º Las disposiciones universales, en caso de parentesco hasta el cuarto grado inclusive, siempre que el causante no tuviese herederos en línea directa, a menos que la persona en cuyo beneficio se hubiese efectuado la disposición se encuentre entre los citados herederos.

Deberán respetarse estas mismas normas en relación con los ministros de culto”.

a las que hubiesen atendido durante su última enfermedad si la disposición se hace a lo largo de esta, nuestro Código Civil no contemplaba, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, limitación alguna para que las personas que se encontraran internadas por razones de salud o asistencia pudieran testar a favor de sus cuidadores. Sin embargo, tras la reforma operada por la citada ley, el nuevo artículo 753 CC introduce determinadas restricciones, distinguiendo para ello entre dos tipos de cuidadores, a los que otorga un tratamiento diferenciado.

Así pues, mientras que el párrafo segundo del mentado precepto hace referencia a aquellos cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que el testador estuviera internado, el párrafo tercero alude a “las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante”. Los primeros, esto es, los titulares, administradores o empleados del centro asistencial que tengan la condición de cuidadores —en el sentido amplio del término, incluyendo, por tanto, no solo a quien se ocupa única y exclusivamente del testador internado³², sino a cualquier persona que esté integrada en la estructura de dicho centro— no podrán ser beneficiados en testamento en ningún caso, siendo nula, asimismo, la disposición realizada a favor de los citados establecimientos³³. En cambio, las demás personas físicas que atiendan al causante podrán ser favorecidas en la sucesión de este, pero solo si es ordenada en testamento notarial abierto. Con relación a estos posibles beneficiarios, cabría preguntarse si el artículo 753 del Código Civil se refiere solamente a aquellas personas que, sin trabajar en el centro asistencial, procuran atenciones al testador internado, o a todas las que cuidan del causante, con independencia de que lo hagan en un establecimiento (público o privado) o en su propio domicilio. Esta segunda interpretación parece, en principio, más acertada, pues bien puede entenderse que la ausencia en el párrafo tercero de mención alguna a los establecimientos quiere significar la comprensión dentro del supuesto de hecho de la norma tanto del caso en

³² LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, p. 167, si bien reconoce que la letra del artículo 753.II CC no arroja suficiente claridad al respecto, sostiene que el supuesto de hecho de la norma no comprende “supuestos puntuales de internamiento”, como el ingreso en un hospital, y ello con independencia de que esta circunstancia se prolongue durante algún tiempo.

³³ Como apunta LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 753 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5.ª edición, Cizur Menor, 2021, p. 1003, la prohibición solamente estará vigente mientras tenga lugar la situación de internamiento del causante.

el que los servicios de cuidado se presten al testador en el centro asistencial en que este se encuentre internado (sin que el cuidador forme parte de la estructura de dicho centro), como de aquel otro en el que las atenciones se procuren en cualquier otro lugar en el que el causante habite y desarrolle su vida privada.

En cualquier caso, no se entiende muy bien el fundamento de ese diferente tratamiento según que el cuidador pertenezca o no a un establecimiento público o privado en el que el testador estuviese internado por razones de salud o asistencia. En primer lugar, si la razón de ser de la norma es combatir la influencia indebida que pueden ejercer las personas que asisten al causante en la voluntad de este, ¿por qué a unas se les permite otorgar testamento notarial abierto y a otras no? ¿Acaso no pueden incidir ambos grupos de cuidadores en los deseos y preferencias de la persona necesitada de cuidados, y hacerlo, además, en la misma medida? En segundo lugar, resulta cuestionable la adecuación de estas previsiones con el espíritu de la Convención de Nueva York, cuya finalidad, según el Preámbulo de la Ley 8/2021, es la de “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”. Quizá, habida cuenta de que es el Notario la persona encargada de valorar la aptitud de quien pretende otorgar testamento, la exigencia de testamento notarial abierto fuera suficiente para prevenir la captación de la voluntad del testador que, por necesitar asistencia y hallarse, por tanto, en una situación de mayor vulnerabilidad, está más expuesto a posibles manipulaciones. Pero limitar —de la forma en que lo hace el legislador— la facultad de testar de estas personas, impidiéndoles disponer *mortis causa* a favor de quienes les prestan servicios de cuidado, por el solo hecho de encontrarse estos cuidadores integrados en la estructura del centro asistencial en el que aquellas están internadas, supone una clara diferencia con respecto al ejercicio por cualquier otra persona de su capacidad jurídica, lo que no parece acorde con el propósito de la Ley 8/2021 y la Convención.

VI. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES

Todas las limitaciones expuestas en las líneas precedentes, impuestas por el artículo 753 CC al testador que desea favorecer a las personas que le brindan apoyos, ya sea en régimen de tutela, curatela o cuidados, no operan de manera absoluta, pues el propio precepto contempla algunas excepciones que entran en juego cuando concurren determinadas circunstancias. En

estos casos, aunque la persona a cuyo favor se quiera disponer *mortis causa* sea tutor, curador representativo o cuidador del causante, la disposición testamentaria tendrá plena validez.

1. Extinción de la tutela o curatela

Como ya se ha adelantado, la redacción del artículo 753 CC anterior a la reforma solo permitía beneficiar al tutor o curador en testamento una vez producida la aprobación definitiva de las cuentas, si bien, en el caso en que no tuviesen que rendirse estas, podía efectuarse dicha disposición cuando la tutela o curatela se hubiese extinguido. Sin embargo, la Ley 8/2021 ha abandonado parcialmente este esquema y ha optado por contemplar la posibilidad de testar a favor del tutor o curador representativo únicamente si ha tenido lugar la extinción del cargo de apoyo de que se trate; cargo de apoyo que queda limitado a los supuestos de tutela y curatela representativa, sin posibilidad de que opere la excepción cuando se hayan adoptado otras formas de asistencia. Es decir, solo cuando el causante deje de estar sometido al cargo tutelar en cuyo favor —o, más precisamente, en favor de la persona que desempeñe dicho cargo tutelar— quiera disponer en testamento, porque no se encuentre ya en la situación de discapacidad que motivó la medida de apoyo o por cualquier otra causa en virtud de la cual haya desaparecido el punto de unión entre tutor o curador y tutelado o curatelado, la disposición testamentaria será válida. Por tanto, el problema no se plantea cuando el testador dispone, antes del establecimiento de la medida de apoyo a favor de quien luego resulte ser su tutor o curador representativo, ni cuando lo hace una vez extinguida dicha medida. El problema viene cuando la disposición se realiza mientras el cargo tutelar está vigente, pues en ese caso no producirá efecto alguno, y ello con independencia de que posteriormente tenga lugar la extinción de la institución con arreglo a las causas previstas en los artículos 231 CC, si se había constituido una tutela, y 291 CC, si se trataba de una curatela.

2. Otorgamiento de testamento notarial abierto en caso de disposición a favor de cuidador no integrado en la estructura de un centro asistencial

La segunda excepción que prevé el nuevo artículo 753 CC es la atinente a las personas físicas que, sin ser titulares, administradores o empleados de un establecimiento público o privado en el que el testador estuviera internado, presten a este servicios de cuidado, asistenciales o cualesquiera otros de naturaleza análoga. La excepcionalidad radica en la posibilidad de que

estas personas sean favorecidas en la sucesión del causante cuando esta sea ordenada en testamento notarial abierto, posibilidad de la que no gozan —por alguna razón que, como se ha apuntado *supra*, no se comprende— los cuidadores que forman parte de la estructura de un centro asistencial. La admisión de la validez de esta disposición testamentaria en favor de la persona que procura atenciones y cuidados al *de cuius* no es, con todo, completamente novedosa, pues ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 podían hallarse casos jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo reconocía la eficacia de dicha disposición (SSTS 9-5-1990 [RJ 1990, 3696] y 21-1-2003 [RJ 2003, 604]), si bien ello dependía de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la duración de los servicios de cuidado o del vínculo (ya sea amistoso o parental) entre el causante y el cuidador³⁴.

A diferencia de lo que ocurre con la excepción relativa al tutor o curador representativo, la prevista para la persona que cuida al testador resultará de aplicación aunque la prestación de los servicios asistenciales no haya finalizado en el momento de realizar la disposición *mortis causa*, pudiendo esta efectuarse, por tanto, mientras tienen lugar los cuidados. Ahora bien, como en estos casos el riesgo de influencia indebida en los deseos y preferencias del *de cuius* —que es, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, lo que pretende evitar el legislador— no desaparece, la norma solo permite realizar la disposición en testamento notarial abierto. Esta forma testamentaria, al requerir que el testador exprese oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario, ofrece, en este sentido, mayores garantías que el testamento cerrado o el ológrafo. La razón de ello es que el fedatario público, en el instante en el que se formalizan las disposiciones, está enjuiciando la aptitud del otorgante para comprender y manifestar el alcance de estas, reduciéndose así, en cierto modo, las posibilidades de que otra persona —el cuidador, en este caso— incida, al menos, en ese momento, en su voluntad.

3. Parentesco *ab intestato* del tutor, curador o cuidador con el causante

La tercera y última excepción que contempla el artículo 753 del Código Civil en su nuevo último párrafo hace referencia a aquellos supuestos en los que el tutor, curador o cuidador del testador a que este desea favorecer en testamento es pariente suyo con derecho a suceder *ab intestato*. La excepción,

³⁴ GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., “Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder”, en AA.VV., *Tratado de sucesiones* (dir. M. C. Gete-Alonso y Calera), t. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 240.

por tanto, no solo abarca, como hacía en la redacción anterior, a los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge del causante, sino también a todos los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

El fundamento de la validez de la disposición testamentaria cuando son esos familiares los beneficiarios es, por un lado, el vínculo afectivo que une a esas personas con el causante y, por otro, la posibilidad de que esos parientes sean legitimarios. Con todo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 753 del Código Civil, el testamento podrá ser impugnado y declarado nulo si se prueba que ha habido captación de la voluntad del *de cuius*.

A efectos de la aplicación de la regla excepcional que permite disponer testamentariamente a favor del tutor, curador o cuidador cuando este es pariente *ab intestato* del testador, carece de relevancia alguna que los hijos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio o que los hermanos lo sean doble vínculo o de vínculo sencillo. Pero, ¿qué ocurre con la pareja de hecho del causante? El artículo 753.IV CC es claro en su dicción: solo están comprendidos en la excepción los parientes *ab intestato* del testador. Luego, son dos los requisitos que exige el Código para que la excepción resulte de aplicación: 1) que el tutor, curador o cuidador del causante sea pariente de este; y 2) que pueda recibir la herencia por sucesión intestada. En principio, podría pensarse que la pareja de hecho, en tanto que caracterizada por el mantenimiento de una relación de afectividad análoga a la conyugal, satisface el primer requisito. En realidad, ni siquiera los cónyuges son parientes entre sí, como lo demuestran los muchos preceptos en los que el Código emplea los términos “pariente” y “cónyuge” de manera separada (así, arts. 182, 276, 681, 682, 712, 754, 913, 943, 954, 969 y 1653 CC), pero, como quiera que la redacción anterior del artículo 753 CC, al contemplar la misma excepción, incluía al cónyuge, no resultaría lógico pensar que, ahora que ha ampliado el abanico de posibles beneficiarios al hablar de parientes *ab intestato* (abarcando, por tanto, a los colaterales hasta el cuarto grado), ha querido excluir al cónyuge, a quien ya beneficiaba antes de la reforma. En cualquier caso, parece claro que lo que no se cumple es el segundo requisito, pues el Código Civil no contempla a la pareja de hecho entre las personas llamadas a la sucesión intestada, ni la equipara al cónyuge a esos efectos. En consecuencia, no creo que la pareja de hecho del causante que sea su tutora, curadora o cuidadora pueda participar en la herencia o legado de este, pues no veo por qué habría de dársele el mismo tratamiento que al cónyuge en los términos del artículo 753.IV CC cuando el propio Código

no se lo da al establecer el régimen de la sucesión a la que alude el citado precepto cuando formula la excepción³⁵.

En igual sentido negativo habría que responder a la posibilidad de que alguna de las instituciones del Estado que desempeñase cualquiera de los cargos de apoyo mencionados en el artículo 753 CC pudiese ser beneficiada en el testamento por la persona en cuyo favor se hubiera establecido la medida de apoyo. En primer lugar, porque el Estado, pese a ser llamado a la sucesión intestada en defecto de descendientes, ascendientes, cónyuge y parientes colaterales hasta el cuarto grado, no tiene la consideración de pariente. En segundo lugar, porque existiría una contradicción entre los párrafos segundo y cuarto del artículo 753 CC si el primero de ellos declarara nula la disposición testamentaria hecha por las personas necesitadas de asistencia a favor del establecimiento público en el que estuvieran internadas y el segundo (es decir, el párrafo cuarto) admitiera su validez³⁶.

VI. REFLEXIONES FINALES

A nadie escapa que las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en el Código Civil en materia de sucesiones tienen su razón de ser en el cumplimiento de las exigencias de la Convención de Nueva York, en particular, de lo dispuesto en su artículo 12 sobre el ejercicio por las personas con discapacidad de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. No obstante este entrañable trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención, las medidas adoptadas, si bien han brindado a las personas con discapacidad —mediante la incorporación de avances tecnológicos en el proceso de otorgamiento de testamento— notables facilidades para ejercer su facultad de testar, no terminan de ajustarse, en algunos casos, a ese tratamiento igualitario de las personas con discapacidad que tanto anhela el citado texto internacional.

Basta acudir al reformado artículo 753 del Código Civil para comprobar sin demasiada dificultad la referida falta de coherencia. Así, defectos técnicos aparte, resulta especialmente llamativa la introducción por el mentado precepto de restricciones a la facultad de testar de las personas que se

³⁵ En contra se posiciona LÓPEZ MAZA, “Comentario...”, cit., p. 1004, que entiende que no hay razones para negar la validez de una disposición testamentaria realizada en favor de la pareja de hecho del causante que desempeñe la labor de tutora, curadora o cuidadora de este.

³⁶ LÓPEZ MAZA, “Comentario...”, cit., p. 1004.

encuentran internadas por razones de salud o asistencia en favor de sus cuidadores. El espíritu y finalidad de la Ley 8/2021, tendente a que se respete en la medida de lo posible la voluntad de la persona con discapacidad, no parece estar en consonancia con esta injerencia en su libertad testamentaria cuando son determinadas personas —probablemente, con fundamento en el vínculo que crean con el causante como consecuencia de los cuidados y atenciones que le procuran— las que se ven beneficiadas. El legislador asume que los cuidadores de las personas internadas influyen en la voluntad de estas en su propio interés y, para evitarlo, les priva radicalmente de la facultad de disponer *mortis causa* en favor de aquellos. De esta forma, mientras que, por un lado, se intenta que las personas con discapacidad puedan ejercer su libertad de testar en términos similares a como lo haría cualquier otra (mediante la supresión del dictamen de los dos facultativos, la atribución únicamente al Notario de la facultad de discernir sobre la aptitud de quien pretende otorgar testamento y la posibilidad de este de hacerlo en testamento abierto o cerrado, entre las medidas más recientes); por otro lado, se coarta esa libertad impidiéndoles —en contra, en muchos casos, de su voluntad— disponer testamentariamente a favor de determinadas personas. Así configurado, no parece que este mecanismo de protección esté en sintonía con los principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pues es claro que la limitación *a priori* de la facultad de testar de dichas personas en beneficio de sus cuidadores —con base en una presunción *iuris et de iure* del influjo indebido de estos en aquellas— no casa bien con el respeto a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad que el mencionado texto internacional postula.

Estrechamente relacionada con la anterior se encuentra otra modificación cuya idoneidad resulta igualmente cuestionable, como es la operada en el artículo 665 del Código Civil, que elimina la intervención de los dos expertos para ayudar al Notario a evaluar las facultades intelectivas de quien pretende otorgar testamento, quedando únicamente en manos del fedatario público la determinación de la aptitud del eventual testador. Dos son los comentarios que merece, fundamentalmente, esta medida.

En primer lugar, si bien no hay duda de que el Notario es, por sus amplios conocimientos en materia testamentaria, la persona más adecuada para enjuiciar la facultad de quien pretende otorgar testamento para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones, también parece claro que, en algunos casos, las particularidades que presente la discapacidad del testador pueden hacer que dichos conocimientos —por versar sobre ramas diferentes a la medicina forense— no sean suficientes para valorar el grado de discernimiento de aquel. En estos supuestos, no veo de qué

forma la solicitud por el Notario de la asistencia —entendida esta en sentido amplio— que, a su buen criterio, fuese necesaria para esclarecer sus dudas acerca de la aptitud del eventual testador pudiera ser contraria o incoherente con lo preconizado por el artículo 12 CDPD. Por tanto, a mi juicio, habría sido más oportuno mantener la posibilidad del Notario de recurrir, no ya a dos expertos médicos —que, quizá, puedan evocar el modelo médico de discapacidad, con los estigmas que este lleva asociados—, sino a cualquier medio de apoyo razonable para emitir su juicio de discernimiento cuando no esté seguro de la aptitud del testador para conformar y expresar su voluntad; posibilidad, por otra parte, que contemplaban algunas de las enmiendas presentadas sin éxito durante la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021.

En segundo lugar, pese a que un importante sector doctrinal es partidario de un sistema de testamento notarial únicamente abierto para las personas con discapacidad, reiterando lo dicho en las páginas precedentes, pienso que el ejercicio por dichas personas de su capacidad jurídica no tendría lugar en igualdad de condiciones con las demás —que es lo que persigue la Convención— si, con carácter general, se les impidiera el acceso al testamento cerrado. Creo que la solución pasa, más bien, por analizar caso por caso las circunstancias de la persona y los recursos disponibles para decidir si, aun habiéndose redactado las disposiciones en un momento anterior al otorgamiento, el Notario puede verificar que dicha persona posee la aptitud necesaria para otorgar su última voluntad. Y si se demuestra que los deseos y preferencias del testador han sido manipulados, la facultad de impugnación del testamento siempre quedará a salvo.

En definitiva, al margen de la evidente falta de flexibilidad de las medidas adoptadas por la Ley 8/2021 —por no permitir, como sucede en el artículo 753 CC, prueba en contrario—, si lo que estas pretenden evitar es que se produzcan influencias indebidas en la voluntad del causante, cumpliendo, a la par, con los postulados de la Convención de Nueva York, es claro que algunas de ellas no satisfacen plenamente estas exigencias, al menos, de manera concurrente. Unas veces, porque las modificaciones introducidas no están totalmente en consonancia con el tratamiento de la persona con discapacidad que marca el artículo 12 del citado texto internacional; otras, porque, incomprensiblemente, se arbitran mecanismos diferentes para supuestos de hecho similares, de suerte que el riesgo de captación de la voluntad testamentaria se elimina radicalmente en algunos casos, mientras que en otros, no.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N., "Comentario al artículo 665 del Código Civil", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5.^a edición, Cizur Menor, 2021, pp. 910-912.
- BARBA, V., "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021, pp. 34-69.
- CAROL ROSÉS, F., "Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifación de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2017, pp. 3242-3265.
- CORVO LÓPEZ, F. M., "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil*, v. VI, núm. 4, 2019, pp. 135-170.
- DÍAZ ALABART, S., "Comentario al artículo 753 del Código Civil", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), t. X, v. I, Edersa, Madrid, 1987, pp. 136-161.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., "Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder", en AA.VV., *Tratado de sucesiones* (dir. M. C. Gete-Alonso y Calera), t. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 226-274.
- GARCÍA RUBIO, M. P., "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*, v. V, núm. 3, 2018, pp. 173-197.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Capacidad para testar de 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 (146/2018)", en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), v. X, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 453-466.
- LÓPEZ MAZA, S., "Comentario al artículo 753 del Código Civil", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5.^a edición, Cizur Menor, 2021, pp. 1002-1004.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.
- NIETO ALONSO, A., "Recensión al libro de Mesa Marrero, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*", *Revista de Derecho Civil*, v. V, núm. 1, 2018, pp. 251-267.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M., "La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial", en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. M. Pereña Vicente, coords. G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 511-527.
- PÉREZ GALLARDO, L. B., "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020, pp. 3625-3671.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "El testamento y la futura reforma del Código Civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 346-373.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., "Comentario al artículo 662 del Código Civil", en AA.VV., *Código Civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso), Civitas, 1.ª edición, Cizur Menor, 2011, pp. 260-266.
- TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- ZURITA MARTÍN, I., "Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3098-3125.