

## BLOQUE 10

# LA DISCAPACIDAD Y LA REFORMA DE LAS NORMAS SUCESORIAS

*José Manuel de Torres Perea*

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA DE LA REGULACIÓN DEL TESTAMENTO. 1. El paso del requisito de estar en el «cabal juicio» a la necesidad de «poder conformar y expresar la voluntad aún con medidas de apoyo»: 2. Comparecencia ante notario. 3. Distintos escenarios al analizar la posibilidad de conformar la voluntad. 4. El supuesto del testamento cerrado. 5. Otras cuestiones. III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN A FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD. IV. SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR. V. REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA E INTERVENCIÓN EN LA HERENCIA. VI. IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO CON ANTERIORIDAD A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO. VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021<sup>1</sup> ha realizado una importante reforma en materia de sucesiones a fin de adaptar la regulación española a los principios que proclama la Convención de las Naciones Unidas de 2006 suscrita en Nueva York<sup>2</sup>. Se ha dicho que esta reforma, operada principalmente en el Código Civil, ha supuesto un auténtico «ciclón normativo», tanto por el número de preceptos concernidos, como por el cambio en la concepción de las instituciones que aborda<sup>3</sup>, un cambio que ha sido calificado

---

1. 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. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

2. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008 pp. 20648-20659.

3. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Dirs. Guillermo

por la doctrina como de auténtico «giro copernicano»<sup>4</sup>. De hecho se ha señalado que la reforma obliga a romper estereotipos y desechar modelos consolidados.<sup>5</sup>

Podemos diferenciar dos importantes cuestiones en las que incide la reforma en materia de sucesiones: en primer lugar respecto a la formación de la voluntad para otorgar testamento; y en segundo lugar, respecto a la protección del legitimario con discapacidad. Además, se ha suprimido una figura que si bien ha estado muy arraigada en nuestro derecho la ley ha considerado conveniente derogar, la sustitución ejemplar. Por último, reflexionamos en este capítulo sobre cuestiones puntuales que merecen nuestro interés como la repudiación de la herencia o la impugnación del testamento otorgado con anterioridad a la adopción de las medidas de apoyo.

## II. LA REFORMA DE LA REGULACIÓN DEL TESTAMENTO

La Ley 8/2021 ha modificado los artículos 663, 665, 697, 706, 708, 709 y 742 del Capítulo Primero (de los testamentos) del Título III (de las sucesiones) del Libro Tercero (de los diferentes modos de adquirir la propiedad) del Código Civil. Por otro lado, cabe señalar que el legislador ha incurrido en algún olvido como en el caso del artículo 698.2 CC que no ha sido modificado y se sigue refiriendo al «incapacitado».

### 1. El paso del requisito de estar en el «cabal juicio» a la necesidad de «poder conformar y expresar la voluntad aún con medidas de apoyo»

Tras la reforma operada por la Ley 8/2021 el artículo 663 CC dice: «No pueden testar: La persona menor de catorce años. 2. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios de apoyo para ello.»<sup>6</sup> Este artículo se completa por el 662 al afirmar que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente» y que, por tanto, recoge el principio *favor testamenti* y la presunción a favor de la validez de la voluntad conformada salvo que excepcionalmente se pruebe que incurre en una de las prohibiciones previstas en la ley.

---

Cerdería Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Coords. Cristina Gil Membrado y Juan José Pretel Serrano, Ed. Wolter Kluwer, Madrid, 2021 (pp. 687-702), p. 687.

4. GARCÍA RUBIO, María Paz, «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, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 173-197, p. 173.

5. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, en «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad ¿una quimera?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 782 (pp. 3625-3671) p. 3626, llega a afirmar que existe hoy una auténtica hemorragia doctrinal.

6. En el Anteproyecto aprobado en 2018 la redacción del art.663.2 CC era como sigue: «La persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello.»

El art. 663 CC ha suprimido toda referencia al género, pues anteriormente decía que no podían testar los menores de catorce años de uno y otro género, lo cual a día de hoy es una distinción totalmente innecesaria. En segundo lugar, se ha sustituido la expresión «no hallarse en su cabal juicio» por la frase «no poder conformar o expresar su voluntad ni aun con la ayuda de medios de apoyo para ello». Esta modificación se ha justificado en que la persona con discapacidad no tiene limitada su «capacidad de obrar», sino que le resulta difícil desenvolverse en el tráfico jurídico<sup>7</sup>. Es decir, como señala Quesada González se parte de la premisa de que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica como las demás personas, abarcando ésta tanto la titularidad de derechos como la legitimación para ejercitarlos, por ser la capacidad inherente a la persona humana<sup>8</sup>. Debido a lo confuso que puede resultar la terminología de la Convención en este trabajo distinguimos simplemente entre «personalidad», que todo ser humano adquiere al nacer, y «capacidad», entendida como la anterior «capacidad de obrar», pero que en inglés se refiere como «legal capacity» que es la que el art. 12 de la Convención de Nueva York reconoce a toda persona sea o no discapacitada<sup>9</sup>.

Para comprender el alcance de esta modificación, en primer lugar ha de fijarse el significado de las palabras «cabal juicio». Normalmente esta expresión equivale a estar en «plenas facultades» para emitir un consentimiento válido. De hecho, la doctrina ha afirmado que «es necesario que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone tenga, no solo capacidad, sino capacidad suficiente para entender y querer sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas», añadiéndose que «el que no se halla en su cabal juicio no puede, prácticamente, emitir una declaración de voluntad plenamente consciente»<sup>10</sup>.

---

7. En este sentido María PLANAS BALLVÉ, María, «La capacidad para otorgar testamento», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. Guillermo Cerdería Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Coords. Cristina Gil Membrado y Juan José Pretel Serrano, Ed. Wolter Kluwer, Madrid, 2021 (pp. 651-664), p. 656.

8. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, «Las medidas de naturaleza voluntaria», Capítulo II del Bloque IV de este libro.

9. Téngase en cuenta que la terminología adoptada por la Convención de Nueva York proviene de la terminología propia del *Common Law* donde no se distingue entre dos tipos de capacidades como sí se hacía en el derecho español (capacidad jurídica y capacidad de obrar). En el *Common Law*, sin embargo, se distinguía entre capacidad «Legal capacity» y personalidad «personality». En el Cambridge Dictionary se define la «legal capacity» como: «the legal right of a person or Company to make particular decisions, have particular responsibilities, etc» y en el Merriam-Webster como «the capability and power under law of a person to occupy status or relationship with another or to engage in a particular undertaking or transaction.». Por su parte, la personalidad o «legal personality» es adquirida por todo ser humano al nacer. Téngase igualmente en cuenta que si bien la traducción literal de «legal capacity» es capacidad jurídica, en realidad hace referencia a la hasta ahora «capacidad de obrar», por ello la traducción literal puede resultar confusa, y optamos en este trabajo por distinguir simplemente entre «personalidad» y «capacidad». Lo que la Convención de Nueva York hace es reconocer capacidad (legal capacity) a toda persona, ya sea discapacitada o no, en igualdad de condiciones y para todos los aspectos de la vida

10. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *La Capacidad para testar. Especial referencia al testador anciano*, Ed. Thomson Cívitas, 2006, p. 31, nota 7.

Vicenzo Barba<sup>11</sup> ha realizado un detallado análisis de la jurisprudencia española en esta materia a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998<sup>12</sup> y 12 de mayo de 1998<sup>13</sup>.<sup>14</sup> La doctrina que puede deducirse de dichas sentencias, además de otras que le sirven de precedente, sintetiza cuáles eran las pautas antes vigentes a la hora de considerar la capacidad para otorgar testamento. En primer lugar, refiere que la incapacidad debía ser grave hasta el extremo de desaparecer la personalidad psíquica, que ni la demencia ni la enfermedad obstaban a la facultad de testar en un momento lúcido. Que para considerar la incapacidad para testar era insuficiente atender a la edad senil del testador o que el otorgante se encontrase aquejado de graves padecimientos físicos. Igualmente el buen entendimiento se presumía en toda persona que no hubiera sido previamente incapacitada, que se reputaría en su cabal juicio, añadiendo que en orden al derecho de testar la integridad mental indispensable constituía una presunción *iuris tantum* que solo podía destruirse por prueba en contrario evidente, completa, muy cumplida y convincente, de fuerza inequívoca. Por tanto, la incapacidad para testar no podría apoyarse en simples presunciones indirectas o conjeturas.

En un afán por perfilar qué debía entenderse por «cabal juicio» el Tribunal Supremo fue dando una serie de pronunciamientos que nos pueden ser de utilidad. Destaca la STS de 4 de octubre de 2007 donde se señala que esta falta de cabal juicio puede darse debido a «cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo persigue». Añadía que «la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el art. 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue<sup>15</sup>».

Finalmente podemos resumir este análisis jurisprudencial haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de abril de 2004<sup>16</sup>,

---

11. BARBA, Vicenzo, «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», en Monográfico: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico. La Ley Derecho de familia*, nº 31, julio-septiembre 2021, nota 26 (pp. 1-34), p. 4.

12. STS de 27 de enero de 1998, Ponente: José Luis Alcázar López (430/1998)

13. STS de 12 de mayo de 1998, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (3062/1998)

14. STS de 12 de mayo de 1998, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (3062/1998)

15. STS de 4 de octubre de 2007, Ponente: José Antonio Seijas Quintana (6397/2007).

16. SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004, Ponente: María Dolores Portella Lluch (JUR 2004\157987).

pues nos parece un claro exponente de la forma tradicional de analizar esta materia. Afirmaba que el testador debe tener conciencia completa de lo que significa el acto testamentario, añadiendo que no resulta suficiente «con hallarse en un estado que permita asentir y firmar, o con una capacidad disminuida que tan sólo alcance a comprender los aspectos mecánicos del acto, sino que cuando el Código Civil o el *Codi de Successions* utilizan la expresión «cabal juicio» o «*capacitat legal*» respectivamente refieren claramente que lo que desea el legislador no es otra cosa que asegurarse de que quien otorga un testamento comprende en su totalidad la trascendencia del acto». A lo cual podríamos añadir que se consideraba que a dicha comprensión debía de llegarse de forma autónoma e independiente pues tener cabal juicio implicaba gozar de plena capacidad para testar de forma autónoma sin necesidad de apoyos externos. Además esta falta de «cabal juicio» podía determinar que el juez determinara «ex ante» que una persona pudiera otorgar un testamento. Esto es en síntesis el significado que se ha atribuido a la falta de cabal juicio entendida como una situación de carencia de capacidad para testar.

Tras este análisis del derecho precedente, procede ahora detenernos en la nueva regulación de esta materia. En principio la reforma ha supuesto abandonar la noción tradicional de la incapacitación, señalando la doctrina que ha adoptado el modelo social de derechos humanos de la Convención de Nueva York, en el que las causas que originaban la diversidad funcional no son científicas sino sociales<sup>17</sup>. Ahora bien la nueva ley sí sigue incluyendo un límite a partir del cual no es posible testar conforme al art. 663.2 CC. La cuestión es determinar dónde ha quedado ahora fijado dicho límite.

El análisis de esta materia puede resultar complejo por la dificultad interpretativa que entraña. La Disposición Adicional cuarta del Código Civil se refiere en un sentido amplio a las discapacidades intelectuales, físicas y sensoriales, si bien lo hace sólo respecto a los artículos 96, 756.7, 782, 808, 822 y 1041 CC<sup>18</sup>. Afirma que en lo demás «toda referencia de la ley a la discapacidad habrá de ser aplicada a la discapacidad intelectual que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica»<sup>19</sup>. Por tanto podemos afirmar, aparte de la

---

17. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «El testamento otorgado con apoyos...», op. cit. p. 3627.

18. La DA cuarta se remite al concepto de discapacidad recogido 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.

19. Aquí la ley ha asumido la terminología de la Convención de Nueva York, es decir la terminología propia del Common Law. Por tanto, «capacidad jurídica» equivale aquí a «legal capacity», es decir, la facultad de poder realizar actos jurídicos válidos.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre, nº99, 2021. Vid.: <https://www.elnotario.es/opinion/86-secciones/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>.

Lora-Tamayo considera que basta que la persona necesite apoyos para que se la considere discapacitada intelectualmente, aunque esos apoyos aun no se hayan prestado. En todo caso incluye dentro de la categoría «discapacidad intelectual» a las personas discapacitadas psíquicas que precisen la provisión de apoyos y los tengan. Añadiendo que por otro lado que hay que interpretar el concepto

excepción señalada, en materia testamentaria la ley parte de una discapacidad intelectual<sup>20</sup>. En la misma línea, Pau Pedrón directamente se refiere al «nuevo régimen de la discapacidad intelectual<sup>21</sup>» y García Rubio a personas con discapacidades de índole «cognitivo»<sup>22</sup>.

Podemos afirmar que se trata de una discapacidad intelectual puntual para la realización de un acto testamentario concreto. Más aún, De Barrón Aniches afirma que se trata de valorar el discernimiento en el momento de realizar el testamento, teniendo en cuenta que es susceptible de graduación. De esta forma, afirma que un testamento más complejo requerirá un grado de discernimiento más alto que otro más sencillo y pone como ejemplo el testamento que contenga disposiciones usuales<sup>23</sup>.

Si tenemos en cuenta los principios en los que se funda la Convención de Nueva York, especialmente su art. 12 que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y más aún teniendo en cuenta la Observación General del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad publicada en 2014<sup>24</sup>, nos damos cuenta de que la expresión «... en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios de apoyo para ello», supone un límite a la capacidad de testar que se configura como una excepción a dichos principios, y que colisiona con el mandato de dicha Observación General. Por todo ello, una vez que nuestro legislador acepta excepcionalmente esta limitación a testar parece que debería dársele un alcance absolutamente excepcional, parecido al tratamiento que merece la curatela representativa.

Más aún, creo que una forma de interpretar la ley sería asimilar en parte los supuestos que podrían dar lugar a una curatela representativa a aquellos en los que no sería posible testar. Si bien ha de tenerse en cuenta que conforme al art. 663.2 CC y el 666 CC<sup>25</sup> no es posible que el juez inhabilite *ex ante* a la persona con dis-

---

«amplio» de discapacidad previsto en la D.A. cuarta conforme al artículo 2 de la Ley 41/2003 que refiere que son discapacitadas las siguientes personas: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%. b) Las afectadas por una minusvalía física igual o superior al 65%. Ello debe completarse con los grados II y III, referidos en la Ley 39/2006 (art. 26), en cuyo estudio no podemos detenernos.

20. Si bien no podemos excluir que pueda darse un supuesto de una imposibilidad de exteriorización de la voluntad por razones físicas.

21. PAU PEDRÓN, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *RDC*, Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), 2018 (pp. 5-28), p. 2. Cuya opinión es cualificada al ser presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

22. María Paz GARCÍA RUBIO, «Algunas propuestas...» op. cit., p.177.

23. Paloma DE BARRÓN ANICHES, Paloma, «para testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°12, febrero 2020, pp. 448-471, p. 465 Vid.: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2020/08/13.-Paloma-de-Barr%C3%B3n-pp.-448-471-1.pdf> Vid.: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2020/08/13.-Paloma-de-Barr%C3%B3n-pp.-448-471-1.pdf>

24. Vid. MARTÍNEZ DE AQUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Dirs. Manuel GARCÍA MAYO, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 85 y ss.

25. El art. 666 CC no ha sido reformado, su texto dice: «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.»

capacidad a fin de que no pueda testar<sup>26</sup>. Lo que afirmamos es que las circunstancias que deben darse para que haya lugar a una curatela representativa se acercan bastante a aquellas en las que no se podría conformar la voluntad para testar. En realidad el «no poder discernir» no puede ser considerado como un criterio absoluto, tal como podía ocurrir antes con la incapacitación<sup>27</sup>. Más bien el «no poder discernir» se refiere a un acto concreto que se valora en el momento en el que se está realizando a fin de determinar si puede conformarse la voluntad<sup>28</sup>. En esto vuelve a coincidir la prohibición de testar del art. 663.2 CC con la curatela representativa que, como ya se ha dicho, es puntual para casos concretos y que normalmente exigirá de una previa autorización judicial para la realización un concreto acto dispositivo<sup>29</sup>.

En el Bloque 7 de este libro<sup>30</sup> se ha concluido que si bien puede pensarse en tres escenarios distintos a la hora de interpretar los artículos reformados, es clara la voluntad del legislador de que la curatela representativa sea parcial por exigirlo el art. 269.3 CC<sup>31</sup>. Igualmente el hecho de que la mayor y más relevante actividad del curador representativo quede sujeta a la previa autorización judicial desvela la voluntad del legislador de que dicha curatela representativa sea parcial.

Si bien es cierto que el art. 249.3 CC<sup>32</sup> podría interpretarse en el sentido de que solo es posible una curatela total prevista para el supuesto en que la persona discapacitada carece de voluntad o no puede exteriorizarla, dicho precepto no deja de ser una disposición general que se limita a recoger uno de los principios inspiradores de la reforma<sup>33</sup>. Dicha interpretación cede ante el art. 269.3 CC por ser esta una

---

26. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas...», op. cit., pp. 175-176.

27. PAU PEDRÓN, Antonio, «De la incapacitación al apoyo...» ob. cit., p. 2.

28. Parte de la doctrina refiere que lo que el fedatario público ha de comprobar es la «capacidad natural» del testador en el momento de testar y para la realización de dicho acto. En este sentido, María PLANAS BALLVÉ, «La capacidad para...», p. 658, e Isidoro LORA-TAMAYO 1«Algunas aplicaciones notariales...» p. 3. La capacidad natural es un concepto que se ha conectado con la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales y que encuentra quizá uno de sus máximos exponentes legales en el art. 162 CC. No veo claro que tras la Ley 8/2021 la facultad para testar venga determinada por dicho concepto.

29. Además debe recordarse que el curador representativo no puede testar en lugar de la persona con discapacidad pues el testamento es un acto personalísimo y las excepciones antes vigentes —sustitución ejemplar y pupilar— han sido suprimidas por las reformas.

30. Bloque 7, capítulo titulado «Las medidas de apoyo a la discapacidad (iv) la excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico».

31. Art. 269.3 CC: «Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

32. Art. 249.3 CC: «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos, y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

33. Igualmente el CC refiere la expresión «curatela plena» en hasta cinco artículos, si bien los mismos han de ser objeto de una interpretación conforme al art. 269.3 CC, nos remitimos al Bloque 7 donde hemos analizado con mayor profundidad esta materia.

norma de carácter específico e imperativo que se ha incluido expresamente en la ley al desarrollar la regulación de la curatela representativa. Esta configuración legal de la curatela representativa como una medida de carácter parcial y puntual determina que no se requiere que la persona con discapacidad carezca absolutamente de voluntad, por ejemplo que estuviese en estado de coma vegetativo sin movimiento intencional para que quede sujeta a representación. Esto mismo podemos decir respecto a los supuestos en los que la persona con discapacidad no pueda legalmente testar.

Por su parte Vincenzo Barba afirma que la autoridad judicial, con independencia de la gravedad de la discapacidad de la persona, nunca puede privarle de la capacidad o facultad de realizar actos de naturaleza existencial, es decir, que afectan a los derechos fundamentales, incluyendo entre ellos la facultad de testar<sup>34</sup>. Será la práctica notarial la que vaya determinando el alcance del artículo 663 CC al examinar casos concretos.

Otra cuestión que puede plantearse es la posibilidad de la intervención del curador en el otorgamiento del testamento. En principio la STS de 7 de marzo de 2018<sup>35</sup> estableció que «no se extenderá la curatela a los actos de disposición *mortis causa*, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificarse por la sentencia recurrida cuál sería la función del tutor, ahora curador...», esta sentencia consideró que las limitaciones que supondría la curatela «...adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad». Es decir, que niega la intervención del curador en todo caso. Nos preguntamos si éste planteamiento se mantendría tras la ley 8/2021 al haber dejado de ostentar el curador no representativo una función de complemento para limitarse a una función meramente asistencial. De hecho, no creemos que dicha intervención asistencial pueda violar el carácter personalísimo del testamento.

Concluimos que el requisito necesario para poder otorgar testamento simplemente es la posibilidad de que la persona, provista con las adecuadas medidas de apoyo, pueda manifestar su voluntad, requisito que ahora se expresa negativamente, que no se encuentre en situación de «no poder conformar o expresar la voluntad». Como dice la Circular informativa 2/2021<sup>36</sup> hoy la discapacidad no limita legalmente el ejercicio de la capacidad jurídica (*legal capacity*, art. 12 CNY), o la libertad para tomar sus propias decisiones, no hay una limitación legal anticipada, ni en consecuencia cabe hablar de «capacidad legal necesaria suficientemente para el

---

34. BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», en *Monográfico: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico. La Ley Derecho de familia*, n° 31, julio-septiembre 2021, p. 4.

35. STS de 7 de marzo de 2018, Ponente: Eduardo Baena Ruiz (RJ 2018\934).

Por su parte, la STS de 15 de marzo de 2018, Ponente: Ángeles Parra Lucán (RJ 2018\1090) refiere que «la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento».

36. 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

otorgamiento de un testamento». Añadiendo que «Ahora bien, procede analizar cómo será evaluada la «capacidad de hecho» o discernimiento del compareciente por el notario otorgante.»

## 2. Comparecencia ante notario

Debemos recordar que la función del notario en el otorgamiento del testamento es eminentemente garantista y cubre tanto asegurar la integridad de la voluntad testamentaria como la corrección jurídica del acto<sup>37</sup>. En aras de cumplir su función el notario evaluará cada caso procurando cooperar con la persona con discapacidad para que pueda manifestar su voluntad, sin que sea ya necesario el dictamen de dos facultativos para decidir sobre la posibilidad de testar, pues el art. 665 CC omite toda referencia a los mismos. Conforme a la Circular informativa 2/2021 antes citada, si bien ya no puede hablarse de capacidad legal necesaria para otorgar testamento, ello no quita para que el notario deba enjuiciar la «capacidad de hecho» del compareciente, abstracción hecha de la situación o no de discapacidad. Añadiendo que: «esta exigencia legal corresponde a la necesidad que quien otorgue el testamento esté en situación de discernir sus consecuencias.» Es decir, aunque el art. 12 de la Convención de Nueva York reconoce «capacidad legal» a toda persona sea discapacitada o no, y para todo acto de la vida; el legislador español ha introducido dos claras excepciones, la primera la curatela representativa y la segunda la prohibición del art. 663.2 CC. La dificultad estriba en como acoger legalmente esta excepción, de ahí la distinta terminología, a veces confusa, que encontramos. Parece que se prefiere analizar esta excepción como un «juicio de discernimiento», si bien al tratarse de una excepción, lo que en el fondo se enjuicia es la capacidad que conforme al art. 12CNY debería tener todo ser humano, pero de la que excepcional y puntualmente se puede carecer, cuando concurra una representación o una inhabilitación puntual para testar.

Por tanto, conforme a dicho art. 663.2 CC será el notario quien deba decidir si la persona compareciente puede o no testar, si bien para formarse juicio podrá llamar a los expertos que considere necesario, los cuales no necesariamente tendrán ya que ser médicos<sup>38</sup>. Por otro lado, señalar que el legislador ha olvidado adaptar el artículo 698.2 CC a la nueva legislación. Este artículo sigue refiriendo que «Al otorgamiento también deberán concurrir los facultativos que hubieren reconocido al testador incapacitado». Se trata, evidentemente, de un olvido y por tanto debe de ser interpretado conforme al conjunto del texto reformado haciendo uso de una interpretación sistemática conforme al art. 3 CC. De esta forma, ni el art. 698.2 CC puede ya referirse al «incapacitado» sino a la persona con discapacidad; ni este artículo puede

---

37. MESA MARREDO, C., *La capacidad para testar. Aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Ed. Wolter Kluwer, Barcelona, 2017, p. 81.

38. Anteriormente se consideraba que el término «facultativo» debía interpretarse como «persona titulada en medicina y que ejerce como tal», por lo que podía serlo tanto un psiquiatra como un neurólogo. Berta BONETE SATORRE, «El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 53, enero 2021 (pp. 121-146), p. 133.

dar por sentado que el CC sigue requiriendo en determinados supuestos la intervención de dos facultativos para que emitan un dictamen sobre la persona discapacitada, pues dicha previsión ha sido suprimida del art. 665 CC, ahora los facultativos solo reconocerán a la persona con discapacidad si el notario así lo estima necesario.

El referido art. 665 CC dice ahora que «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». Dentro de esos ajustes podríamos incluir ciertos medios mecánicos o tecnológicos que permitieran comunicar con la persona cuando la exteriorización de su voluntad sea difícil. Esta utilización de los medios técnicos, materiales adecuados se reitera en el art. 695.1 CC. Este artículo refiere que «El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a dicha última voluntad y con expresión del lugar, año, día y hora de su otorgamiento, y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad...». Podemos concluir que la ley no excluye ningún medio, sino que permite cualquiera de los que puedan posibilitar la comunicación entre testador y notario<sup>39</sup>. Este medio de comunicación igualmente servirá para manifestar la confirmación de la voluntad a las manifestaciones contenidas en el testamento una vez redactado por el notario (art. 695 CC).

Precisamente el art. 665 CC nos da una de las claves para entender el alcance de la prohibición de testar del art. 663.2 CC. El primero de estos artículos refiere que la función del notario sobrepasa la de la mera fe pública registral y puede ser considerada como una medida de apoyo a la persona con discapacidad. La doctrina lo ha interpretado en el sentido de que se trata de «una persona que necesita ayuda para comprender, razonar y conformar su voluntad, sus preferencias y sus deseos». Es decir, que la ley prevé que pueda ser necesaria ayuda para que el testador realice el proceso de formación de su voluntad, sin que dicho supuesto implique que se tenga que dar lugar a la curatela representativa<sup>40</sup>.

Por otro lado, cabe plantearse cuál es el ámbito de aplicación de esta norma. A tal fin puede sernos de ayuda atender a los comentarios que se hicieron del texto anterior del art. 665 CC<sup>41</sup>, pues el supuesto de hecho se mantiene si bien con modi-

---

39. De hecho, la Ley 8/2021 también ha reformado el artículo 25.3 de la Ley del Notariado que dice ahora que 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 apoyo 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.

40. BARBA, Vicenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 5.

41. Texto del art. 665 CC con anterioridad a la reforma de la Ley 8/2021: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad de testar pretenda

ficación de los requisitos. Tradicionalmente se consideraba que este artículo solo habilitaba a otorgar testamento abierto, quedando vedado el testamento ológrafo. Así lo manifestaba en su día Albaladejo García<sup>42</sup>. Por su parte, Rodríguez Guitián se planteaba el supuesto del testamento cerrado, que dudaba que pudiera ser contemplado por esta norma<sup>43</sup>. Estas mismas observaciones se pueden hacer del nuevo texto, sin embargo Vincenzo Barba considera que del tenor del nuevo art. 665 CC no puede excluirse *a priori* la validez de un testamento ológrafo, pues afirma que una interpretación diferente podría frustrar el «espíritu» de la norma. Por tanto, considera que el testamento ha de ser considerado válido si se demuestra que la persona entendió al otorgarlo el alcance de sus disposiciones<sup>44</sup>. No obstante creemos vigentes las objeciones anteriormente planteadas.

Señalaba Rodríguez Guitián que en estos supuestos el juicio que realiza el notario sobre la capacidad del testador venía a reforzar la presunción *iuris tantum* de la capacidad del testador<sup>45</sup>. A lo cual añade Vincenzo Barba que lo que ha variado ahora es el contenido del juicio a realizar por el notario. Si bien anteriormente era un juicio de valoración de la capacidad de la persona, ahora se limita a «constatar que la persona pueda conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones<sup>46</sup>». Al respecto la Circular informativa 2/2021 señala que ahora ya no puede haber una limitación legal anticipada, sino simplemente un juicio notarial sobre el discernimiento del compareciente (al que llama «capacidad de hecho») con abstracción de la situación o no de discapacidad<sup>47</sup>. En la práctica nota-

---

otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad».

42. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentarios arts. 662-666 CC en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, coord. por Manuel Albaladejo García, Tomo IX, vol. 1-A, ed. EDERSA, Madrid, 1990 (pp. 80-95), p. 88.

p. 88. Posición compartida por DIAZ ALABART, Silvia y GÓMEZ LAPLAZA «La capacidad testamentaria de los incapacitados» *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, dirs. Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio, ed. La Ley 2015 (pp. 529-546), p. 534.

43. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Comentario al art. 665 CC», en *Código Civil comentado*, Dir. Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, ed. Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, vol.2 (pp. 275-281), p. 279.

44. BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 6. Sin embargo, afirma que el testamento ológrafo ni destruye la presunción de capacidad del otorgante, ni implica que el interesado en mantener su validez haya de probar que el otorgante lo hizo pudiendo comprender el alcance de sus disposiciones. El mismo señala que la doctrina tradicional considera justo la opción opuesta: PUIG FERRIOL, Luis, «Comentario al art. 665 CC», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch, Tomo I, Madrid 1991, p. 1675.

45. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Comentario al art. 662 CC», en *Código Civil comentado*, Dir. Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, Ed. Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, vol.2 (pp. 275-281), p. 264.

46. BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 7.

47. 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. La Circular recomienda suprimir la expresión «tiene, a mi juicio la capacidad legal necesaria para el otorgamiento...» y sustituirla por «tiene, a mi juicio, capacidad para el otorgamiento de este instrumento público» o «A mi juicio, ejerce su capacidad jurídica mediante su

rial no son infrecuentes los supuestos en los que personas cercanas al testador intentan manipular su voluntad testamentaria. Es por ello que la función del notario será doble, por un lado comprobar que el testador comprende las disposiciones que introduce en el testamento, y por otro evitar intromisiones o influencias ajenas a la voluntad del testador que puedan impedirle manifestar su verdadera voluntad o puedan alterarla.

Una vez que el testador haya dado su conformidad al testamento redactado por el notario conforme a los artículos 695.1 CC y 25 de la Ley del Notariado, procederá su firma por el testador, notario, testigos y/u otras personas intervinientes. Al respecto dice el nuevo párrafo segundo del art. 695 CC que «si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos». Igualmente, el siguiente párrafo dice 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. De lo cual deducimos que aunque el testador no pueda hablar o escribir o tenga imposibilidad para leer u oír podrá en su caso testar. Esto implica que el notario deberá prestar apoyo, tanto cuando medien incapacidades intelectuales como cuando medien incapacidades físicas o sensoriales. De hecho, el notario deberá enjuiciar tanto la capacidad intelectual del testador como las limitaciones físicas o sensoriales que tiene para manifestar su voluntad<sup>48</sup>.

El art. 697 CC también ha sido modificado, habiendo sido suprimido su anterior párrafo segundo que decía: «al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento...». Por tanto, con la nueva redacción solo se exigirán dos testigos para el otorgamiento cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, y cuando el testador o el notario lo soliciten. Señala García Rubio que esta modificación era «intensamente reivindicada» por las entidades que abogan por el respeto a las personas con discapacidad. Refiere que las mismas se mostraban muy molestas con las reglas que contenía el art. 697 CC al imponer la presencia de testigos en el testamento abierto de persona ciega o enteramente sorda, por suponer ello unas cargas y restricciones añadidas que no se exigían a las demás personas<sup>49</sup>.

Se concluye que dentro de la función notarial se comprende el apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones,

---

decisión de otorgar este...». Igualmente añade que en todo caso la «capacidad jurídica» no puede ser calificada de necesaria o suficiente porque es incondicional, por lo que hay que adaptar la terminología anteriormente en uso. Por último, refiere que en el caso de otorgamiento se podría utilizar la fórmula: «Leo esta escritura y el otorgante, que cuenta, a mi juicio con el discernimiento necesario, presta libremente su consentimiento informado (en su caso, con los apoyos necesarios.» Nótese que las referencias a la «capacidad» que recomienda la Circular, lo serían en realidad a la que la misma denomina «capacidad de hecho» que se correspondería con discernimiento, es decir con «juicio de discernimiento.»

48. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales...», op. cit., p. 7.

49. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», op. cit., p. 177.

lo cual implica apoyarle en su comprensión y conocimiento cuando necesite ayuda para poder conformar su voluntad al otorgar un testamento abierto, si bien el límite viene expuesto por el art. 665 CC, esto es que a juicio del Notario, el testador pueda comprender y manifestar el alcance de las disposiciones testamentarias en el momento de testar. La ley hace descansar esta evaluación en el notario, de forma que su juicio servirá de refuerzo a la presunción en favor de la capacidad de testar.

### 3. Distintos escenarios al analizar la posibilidad de conformar la voluntad

Señala Lora-Tamayo que el juicio notarial afirmando la capacidad sin más del testador que anteriormente exigía la ley<sup>50</sup> necesita ser reelaborado, pues tras la Convención de Nueva York, que reconoce capacidad jurídica a todas las personas con plena igualdad, dicha afirmación equivaldría a decir que el testador es una persona o tiene personalidad jurídica<sup>51</sup>. Afirma que ahora lo esencial es la apreciación de si el compareciente, libre y voluntariamente, puede ejercitar en ese momento y para ese otorgamiento su capacidad jurídica.

A lo cual podríamos puntualizar que además de la Convención de Nueva York debemos tener en cuenta la nueva redacción del art. 663.2 CC y la importante excepción que introduce. El cambio consiste en que ya no es posible una inhabilitación *ex ante* y general; por el contrario ahora habrá que realizar un «juicio de discernimiento» del testador en el momento de la comparecencia y para el otorgamiento de un determinado testamento, teniendo en cuenta el grado de dificultad que pueda presentar la redacción de dicho documento y los apoyos que pueden ofrecérsele para que venza sus resistencias.

Lora-Tamayo propone analizar esta materia distinguiendo entre distintos escenarios, según el compareciente sea una persona discapacitada de hecho que no tenga medida de apoyo, o sí tenga medida de apoyo o medie representación<sup>52</sup>. Desarrollamos ahora esta materia conforme a estos distintos escenarios:

En primer lugar, nos referimos al caso en que el otorgante sea una persona discapacitada «de hecho» que no tenga medida de apoyo, lo cual se comprueba mediante consulta al Registro Civil<sup>53</sup>. Considera Lora-Tamayo que en tal caso el

---

50. Igualmente, el art. 167 del Reglamento Notarial, que no ha sido modificado, debe ser interpretado conforme a la Ley 8/2021, a la que en todo caso no puede oponerse. Dicho artículo dice: «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

51. Como señala Teodora TORRES GARCÍA la discapacidad difiere radicalmente de la incapacidad, pues no puede ser entendida como una falta de capacidad de obrar. «Efectos de la incapacitación», en *Tratado de Derecho de la persona física*, Dir. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Coord. Judith Solé Resina, Tomo II, Ed. Civitas, Pamplona, 2013, p. 135.

52. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales...», op. cit., p. 2.

53. Señala el art. 72 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, que: «La resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la

notario quedará obligado a prestar apoyo conforme al art. 249.2 CC, haciéndolo constar en el documento. Si bien se remite a lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de Nueva York, en conformidad con el preámbulo de la Ley 8/2021 que dice que «los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás», señala que el apoyo del notario no se realiza a fin de que el testamento sea «objetivamente mejor», sino para que el testador pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones<sup>54</sup>. Añadiendo que, en todo caso, el notario formará su juicio positivo sobre la posibilidad de que la persona tiene facultad de discernimiento prestándole los apoyos necesarios. Por su parte, señala García Rubio que la intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de la decisión que toma, «constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el referido art. 12».<sup>55</sup>

No obstante, el Notario podrá negarse coyunturalmente a que se otorgue el testamento en el caso de que considere que son necesarias medidas de apoyo. Por un lado podrá prestar la ayuda que sea precisa para vencer las dificultades del compareciente<sup>56</sup>, por otro podrá proponer que se designen apoyos voluntarios o que se acuerden medidas de apoyo, para hacer viable el testamento, remitiendo al sujeto o a su familia a que acudan al juez a tal fin. Sin embargo, si una vez que se han adoptado las medidas de apoyo se comprueba que no son suficientes conforme al artículo al art. 249.3 CC, pues a pesar de ellas no es posible determinar las voluntad, deseos y preferencias de la persona, no habrá lugar a la representación al haberse derogado la sustitución ejemplar, con lo que el curador representativo en ningún momento podrá otorgar el testamento en nombre de la persona con discapacidad.

Finalmente, en estos casos el fedatario público llegará a la conclusión de que la persona que se le presenta para testar no es capaz de conformar o expresar su voluntad en absoluto conforme al art. 663.2 CC. Por ejemplo por tener un alzhéimer tan avanzado que sea imposible mantener un mínimo hilo conductor congruente

---

extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre las medidas de apoyo a personas con discapacidad.» A su vez el art. 73 dice: «Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones.» (La redacción vigente de ambos artículos se debe a la Ley 8/2021). No obstante, como señala Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO en «Las tensiones entre Registro Civil y Registro de la Propiedad ante la modificación judicial de la capacidad (RDGRN 28 de octubre 2014 y 31 de marzo 2016)», en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre la discapacidad*, dir. Cristina Guilarte Martín-Calero, Coord. Javier GARCÍA MEDINA, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016 (pp. 27-51), p. 29, la regla general salvo las excepciones previstas legalmente, es la de que la inscripción en el Registro Civil tiene un carácter declarativo. Ahora bien, téngase en cuenta el régimen de acceso restringido a los datos inscritos sobre la discapacidad previsto por el art. 84.1 de la Ley 20/2011 del Registro Civil, tras la modificación de la Ley 8/2021.

54. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales...», op. cit., p. 2.

55. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», op. cit., p. 176.

56. 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.

en la conversación, o porque sencillamente no sea posible comprender sus manifestaciones en modo alguno, o por tener una edad mental propia de un niño de corta edad que no le permita darse a entender y que le impida comprender la trascendencia de un negocio testamentario. En tales supuestos y otros similares, el notario podrá considerar aplicable la prohibición del art. 663.2 CC. Es cierto que planteamos un supuesto extremo, pues si una persona se encuentra en tales situaciones límite, será muy extraño que de *motu proprio* acceda a un notario para otorgar su última voluntad. Pero puede darse el caso de que la iniciativa no provenga de él mismo, sino de su círculo cercano, muy interesado en que se realice un testamento con un determinado contenido.

El segundo escenario será aquel en el que medien medidas de apoyo. En tal caso podrá comparecer el propio testador, asistido por su curador, conforme al art. 269.2 CC.<sup>57</sup> En el caso excepcional en el que se haya nombrado un defensor judicial se estará igualmente a lo dispuesto en la resolución judicial conforme al art. 295 CC<sup>58</sup>. En el caso de medidas de apoyo de carácter voluntario se estará a lo dispuesto en la escritura pública otorgada por la persona con discapacidad, teniéndose en cuenta que el otorgante podrá modificar en todo momento dicho documento, salvo si el notario considera que, ni con su apoyo, ni con el apoyo de medios técnicos, puede ya comprender su alcance. Finalmente, si media un guardador de hecho, y es necesaria su asistencia para el otorgamiento del testamento por la persona con discapacidad, el guardador le asistirá si bien deberá acreditar su condición ante el notario. En este caso, el problema será interpretar correctamente el art. 264 CC, pues su redacción resulta confusa, especialmente respecto al ámbito de aplicación del párrafo tercero. En todo caso la doctrina considera que no será necesaria autorización judicial para realizar actividades asistenciales no representativas.<sup>59</sup>

El tercer escenario se daría en el caso de mediar una representación de la persona con discapacidad. En este caso, cabe decir que conforme al artículo 249 CC la curatela representativa supone una medida excepcional de carácter parcial y

---

57. Art. 269.2 CC: «La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.

58. Art. 295 CC: «Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar el apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.»

59. LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel y PÉREZ RAMOS, Carlos, «La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021», El Notario del Siglo XXI, septiembre-octubre, n°99, 2021.

Vid. <https://www.elnotario.es/opinion/86-secciones/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>

puntual que no se puede aplicar en el otorgamiento testamentario, por ser éste un acto de carácter personal y por haber suprimido la Ley 8/2021 el supuesto que excepcionalmente admitía el testamento por representación de la persona «incapacitada», es decir la sustitución ejemplar. Por la misma razón tampoco será posible en este supuesto la guarda de hecho representativa. Por último y en concordancia con lo anterior cabe señalar, que si bien la ley prevé la posibilidad de otorgar poderes preventivos en los arts. 256-262 CC, poderes que podrán prever su subsistencia si en el futuro se precisa apoyo para el ejercicio de la capacidad, sin embargo, dentro de las facultades delegables no puede incluirse la de testar por los motivos ya señalados.

#### 4. El supuesto del testamento cerrado

La regulación del testamento cerrado también ha sido objeto de la reforma, que la doctrina considera de un importante significado testimonial, a pesar de su escasa relevancia práctica<sup>60</sup>. De esta forma, el art. 708 CC que antes prohibía hacer testamento cerrado a toda persona ciega o que no supiera o pudiese leer, ahora dice simplemente que no pueden hacer testamento las personas que no sepan o puedan leer. Además, se ha incorporado un segundo párrafo según el cual «las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos por el Código». Por tanto, la discapacidad visual por sí sola (que el CC denominaba ceguera) ya no tiene por qué ser un obstáculo inhabilitante si por ejemplo haciendo uso de instrumentos adecuados puede escribirse el testamento en código braille. La doctrina considera que este artículo debe ser interpretado en el sentido de que solo se prohíbe realizar el testamento cerrado a quien de forma absoluta y no superable no sepa o pueda leer<sup>61</sup>. La referencia a medios mecánicos o tecnológicos puede incluir un implante en el cerebro diseñado para distinguir letras del alfabeto<sup>62</sup>.

La Ley 8/2021 ha modificado también lo arts. 706 y 709 CC dentro de la regulación del testamento cerrado. Con respecto al art. 706 CC hay que decir que sigue refiriendo que el testamento cerrado habrá de ser escrito, añadiendo que el testador lo puede escribir del puño y letra con firma al final. Igualmente se sigue refiriendo la posibilidad de que el testamento cerrado se escriba por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, en cuyo caso éste deberá firmar todas sus

---

60. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», op. cit, p. 178.

61. BARBA, Vicenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 10.

62. Se recoge esta posibilidad en una noticia que trascendió en octubre 2021 cuando se hizo público un experimento consistente en un implante realizado en la región visual del cerebro (corteza visual) de una persona invidente en España de un diseño de electrodos, conectado a una retina artificial, consistente en un procesador de imagen similar al de una cámara, montado sobre unas gafas convencionales, que le permiten percibir patrones y reconocer letras del alfabeto. Publicado en El País, el 20 de octubre de 2021, p. 22. <https://elpais.com/ciencia/2021-10-19/cientificos-espanoles-logran-que-una-mujer-ciega-reconozca-formas-y-letras-con-un-implante-en-el-cerebro.html>

hojas y al final del documento. Por otro lado, se ha añadido un último inciso que dice: «Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida.» Y por otro lado, se ha suprimido el anterior párrafo tercero de este artículo que antes refería que en el caso de que el testador no supiera o no pudiese firmar, lo haría a su ruego otra persona al pie y en todas las hojas del documento, con expresión de la causa que motiva la imposibilidad. Esta posibilidad ha quedado por tanto suprimida y sustituida por la posibilidad de la firma electrónica, que pudiera ser una alternativa en el caso de mediar una imposibilidad para realizar una firma manual.

El artículo 707 CC no ha sufrido modificación alguna por lo que las solemnidades legales previstas para el otorgamiento del testamento cerrado se mantienen tal como estaban hasta la fecha. En resumen el testador comparecerá ante el notario con el papel que contenga el testamento que estará dentro de una cubierta cerrada y sellada y delante del mismo manifestará que dicho papel contiene su testamento. Acto seguido el Notario extenderá el acto del otorgamiento sobre la cubierta del testamento dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona. El acta será firmada por el testador y personas intervinientes, salvo que lo firme un testigo idóneo en caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmarlo. La intervención de dos testigos será facultativa a solicitud del testador o del notario. Lora-Tamayo echa de menos que en este artículo se hubiera recogido la posibilidad de que el testador pueda también manifestar su voluntad por cualquier medio técnico, material o humano, tal como dispone el art. 695.2 CC para el testamento abierto<sup>63</sup>. No obstante, será aquí también de aplicación el art. 25 de la Ley del Notariado.

Por último, se ha modificado el art. 709 CC, artículo que establece las cautelas a seguir cuando el testamento cerrado sea otorgado por persona que no puede expresarse oralmente, pero puede escribir. Se ha añadido la palabra «persona» en el inciso inicial y se ha añadido un último párrafo que dice: «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 el testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas». Téngase en cuenta que cuando la ley se refiere a «persona que no pueda expresarse verbalmente» debe de interpretarse conforme al espíritu de la ley, y por tanto que implica que aun haciendo uso de los medios técnicos, materiales o humanos disponibles dicha expresión verbal no es posible<sup>64</sup>.

## 5. Otras cuestiones

La nueva normativa no ha modificado el articulado del testamento ológrafo regulado en los artículos 688-705 CC, ni tampoco las disposiciones de los testamentos especiales, regulados en los artículos 716-736 CC. Se señala que el testamento ológrafo debe ser evitado por las personas con discapacidad visual a favor del abierto,

---

63. BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 10.

64. En este sentido, BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 11.

por las ventajas que éste último aporta<sup>65</sup>, y por el hecho de que la intervención notarial para protocolizarlo se realiza en un momento posterior, esto es, los cinco años siguientes al fallecimiento del testador (art. 689 CC). Como señala Díaz Alabart, en el testamento ológrafo la apreciación de la capacidad del testador debe hacerse a posteriori y por ello resulta difícil, y además puede facilitar la captación de su voluntad<sup>66</sup>. En todo caso este testamento gozará del principio *favor testamenti* y del hecho de que tras la Ley 8/2021 toda persona será considerada con plena capacidad y por tanto facultado para testar. Queda pendiente resolver si ahora será posible anular un testamento realizado por persona no sujeta a medida de apoyo, alegándose que al testar no podía conformar o expresar su voluntad. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Finalmente, hay que señalar que la Ley 8/2021 contiene un nuevo supuesto de incapacidad relativa para suceder para el caso en que el testamento sea otorgado por una persona con discapacidad, que se aplicará a todo tipo de testamentos, salvo en lo dispuesto por su párrafo tercero. Dice el art. 753 CC que no surtirá efecto «la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela». Igualmente, ha añadido que «será 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». Siendo igualmente nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos<sup>67</sup>. Termina este artículo señalando que «Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento abierto. Sin embargo, serán válidas las disposiciones hechas a favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*<sup>68</sup>».

### III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN A FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD.

En primer lugar, nos referiremos al fideicomiso previsto en el art. 808 CC a favor del hijo con discapacidad, y en segundo lugar al derecho de habitación previsto en el art. 822 CC a favor del legitimario igualmente con discapacidad. La Ley 8/2021 ha mantenido los dos primeros párrafos del art. 808 CC en los cuales se determina la legítima que corresponde a los hijos, que es el equivalente a dos terceras partes del haber

---

65. BONETE SATORRES, Berta, «El testamento de las personas...», op. cit., p. 131.

66. DIAZ ALABART, Silvia, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posible soluciones*, Ed. Reus, 2018, pp. 9 y ss.

67. Señala María Paz GARCÍA RUBIO, en «Algunas propuestas de reforma...», op. cit., p. 179, que la inclusión de esta norma está inspirada en el derecho comparado si bien se ha optado por una solución propia.

68. Prohibición que ya recogía el art. 412-5.2 CC catalán.

hereditario, manteniendo la facultad de mejorar a un descendiente en una de las dos partes que conforman la legítima de los hijos.

El párrafo tercero ha sido suprimido pasando a ocupar su lugar el anterior párrafo cuarto, que determina que el tercio restante del haber hereditario es de libre disposición. A continuación se han añadido dos nuevos párrafos. El primero de ellos dice: «Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiario quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por actos *mortis causa*». El último párrafo dice ahora: «Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique». Lo cual puede ser interpretado en el sentido de que debe acreditarse que no procede el fideicomiso y que no existe causa que excluya su legítima. Este tipo de fideicomiso singular que afecta al hasta hace poco inmaculado principio de intangibilidad de la legítima fue introducido en 2003 en nuestro derecho por la Ley de protección patrimonial a las personas con discapacidad<sup>69</sup>, como un instrumento útil y necesario para la protección de la persona con discapacidad. No obstante, se criticó con razón la redacción anterior del art. 808 CC que exigía la «incapacitación judicial» cuando el concepto de discapacidad es mucho más amplio. Con la nueva redacción esta limitación ha sido superada. Es cierto que cierta doctrina critica esta modificación y sigue abogando a favor del requisito de la «incapacitación judicial», pero como señala Cervilla Garzón, el legislador ha considerado que lo más acorde con el Convenio de Nueva York era eliminar la referencia a incapacitación y en todo caso «ello no libera al discapaz de la necesidad de acreditar la falta de autonomía en los términos del nuevo precepto, debiendo ostentar una resolución administrativa que exprese su carencia de autonomía física, psíquica o sensorial para entrar en el supuesto de hecho de la norma.»<sup>70</sup>

Conforme a la nueva legislación este fideicomiso será de residuo si el testador no lo hubiera dispuesto de otro modo. De esta forma, el legislador ha dado respuesta a un largo debate doctrinal que finalmente llega a su fin, pues el fideicomiso de residuo no es solo legalmente posible para este supuesto, sino que se constituye como el supuesto normal que se presume para cuando no se especifique su naturaleza al otorgarse el testamento. Por tanto, este fideicomiso no impide que el

---

69. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

70. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «La sustitución fideicomisaria...», op. cit., p. 693. Pues al art. 808 CC debe de aplicársele la Disposición Adicional cuarta del CC, tal como ha quedado redactada por la Ley 8/2021. Por tanto, este artículo hace referencia al concepto de discapacidad recogido por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

fiduciario pueda disponer de los bienes a título oneroso, si bien en este caso los bienes adquiridos quedarán igualmente sujetos al fideicomiso.

Por otro lado, destaca la modificación del párrafo cuarto del art. 808 CC, al sustituirse la expresión: «cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado...» por la nueva: «lo así recibido por el hijo beneficiario quedará gravado con sustitución fideicomisaria...». Es decir, el nuevo supuesto de hecho de la norma solo permite que sea fiduciaria la persona con discapacidad, que sea «hijo» del testador, excluyéndose a ulteriores descendientes. De forma coordinada, el art. 782 CC igualmente ha sido reformado y dice ahora: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en situación de discapacidad».

Un problema que podría plantearse en relación con el art. 808.4 CC es la determinación del alcance del fideicomiso (que salvo disposición en contrario será de residuo) sobre la cuota hereditaria recibida por la persona con discapacidad. Su párrafo cuarto se limita a señalar «lo recibido por el hijo beneficiario quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo», lo cual puede interpretarse como «todo lo recibido», como la «legítima larga» recibida o como la «legítima corta» recibida. La interpretación correcta debe hacerse atendiendo al interés que esta norma quiere proteger, cuál es el interés de los otros legitimarios que se ven impedidos del pleno dominio de la cuota que les correspondería en la legítima estricta, cuota que recibirían sin gravamen de no existir esta previsión legal excepcional a favor de la persona con discapacidad. Por tanto, el fideicomiso de residuo recaerá únicamente sobre la parte correspondiente a la legítima estricta. Ahora bien, ¿Toda la legítima estricta incluyendo la parte de la persona con discapacidad? La doctrina lo discute, unos autores consideran que debe extenderse a toda la legítima estricta al deducirlo de la expresión «todo lo recibido»<sup>71</sup>, mientras que otros afirman que la sustitución fideicomisaria solo afecta a la porción del tercio que no corresponda al discapacitado, esto es la parte de los coherederos fideicomisarios.<sup>72</sup> Ahora bien como señala Cervilla Garzón parece lógico que esta sustitución fideicomisaria requiere que el testador haya dispuesto del tercio de mejora a favor del discapacitado, «pues el gravamen excepcional de la legítima estricta solo se justifica a mayor abundamiento de protección patrimonial». Considera que carecería de sentido admitir este tipo de sustitución en el supuesto de que el testador hubiera distribuido el tercio de mejora a partes iguales entre sus hijos legitimarios<sup>73</sup>.

---

71. BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 13.

72. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «La sustitución fideicomisaria en legítima estricta a favor del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de los discapacitados*, RCDI, n.687, 2005 (pp. 11-30) pp. 11 y ss.; y GARCÍA MARTINEZ, Claudia, *La sustitución fideicomisaria en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, su impacto fiscal*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, DOC nº17/2005, p. 8.

73. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «La sustitución fideicomisaria...», op. cit., p. 690. Además señala siguiendo a Silvia DÍAZ ALABART en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de

Otro problema que sin duda late es poder distinguir, una vez que la persona con discapacidad haya recibido la herencia, qué parte del caudal hereditario recibido queda sujeto al fideicomiso (normalmente de residuo) y cuál no, caso, por ejemplo en el que se hubiera dispuesto de todo el patrimonio a favor de uno solo de los herederos, el hijo con discapacidad. Se señala que en tal supuesto se podría disponer por título gratuito de todo el patrimonio recibido hasta llegar al límite del valor de la completa legítima estricta<sup>74</sup>.

Finalmente nos planteamos la cuestión del alcance que debe darse al «fideicomiso de residuo» en tanto que si se mantiene la obligación de conservar los bienes recibidos o no. Media un acalorado debate doctrinal entre defensores y detractores de tal obligación. Nos parece acertado el análisis realizado por Cervilla Garzón a favor de dicha obligación con carácter general en todo tipo de fideicomiso de residuo por exigirlo el principio de la buena fe. Considera que precisamente por dejarse el alcance de este fideicomiso a la buena fe del fiduciario en quien se confía, el mismo viene condicionado por la exigencia de actuar conforme a la buena fe. Sin embargo, señala cómo este deber de conservar los bienes observando los límites exigidos por la buena fe quiebra en el caso del art. 808 CC, pues en este caso el legislador concede una facultad al testador para favorecer patrimonialmente al hijo con discapacidad, con lo que la confianza se diluye en este caso como eje vertebrador del fideicomiso. Ahora bien señala Cervilla Garzón que ello no implica que desaparezca absolutamente la obligación de conservar los bienes, pues está orientado a atender la necesidad del fiduciario, por lo que «quedaría excluido todo acto cuya finalidad no sea atender a la necesidad del discapacitado.»<sup>75</sup> En todo caso, aunque se discute<sup>76</sup> es razonable entender que toda disposición onerosa realizada por el fiduciario quedaría sujeta a subrogación real<sup>77</sup>.

En segundo lugar, nos referimos al derecho de habitación sobre la vivienda habitual que la ley reserva a favor del legitimario con discapacidad. El art. 822 CC ha sido reformado si bien la modificación ha consistido en sustituir la expresión «legitimario que fuera persona con discapacidad» por «legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad», y la referencia que del mismo se hace en el segundo párrafo de este artículo. Obsérvese que este artículo se refiere al «legitimario» sin discriminar entre ellos por lo que el beneficiario podrá también ser un legitimario que no fuese hijo del testador a diferencia de lo previsto en el art. 808.4 CC.

---

18 de noviembre», *Revista de Derecho Privado*, nº88, marzo 2004 (pp. 259-270), pp. 259 y ss., que en todo caso no es necesario que se disponga del tercio de libre disposición a favor del discapacitado.

74. BARBA, VICENZO, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 13. Autor que considera conveniente identificar previamente los bienes que componen la legítima estricta. Sugiere que para ello el testador realice una previsión específica en la que identifique con precisión los bienes que debieran ser incluidos en dicha legítima estricta.

75. CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, «La sustitución fideicomisaria...», op. cit., pp. 696-699.

76. GUTIÉRREZ JEREZ, LUIS JAVIER, «La subrogación real: Derechos reales, régimen económico matrimonial y Derecho de sucesiones», Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 130-134.

77. CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, «La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual: cuestiones resueltas y pendientes de resolución», *RCDI*, Año 89, núm. 738, p. 2013, pp. 2173 y ss.

Prevé el art. 822.1 CC<sup>78</sup> que pueda realizarse una donación o legado a favor de la persona con discapacidad consistente en un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del donante o testador, disposición que no se computará para el cálculo de las legítimas cuando en el momento del fallecimiento el otorgante/donante conviviera con la persona beneficiaria. Hecha la atribución, la ley presume que se realiza excluyendo dicho derecho de habitación del cálculo de las legítimas aun cuando el testador haya guardado silencio al respecto<sup>79</sup>. Cabe plantearse si esta exclusión del derecho de habitación ha de ser imputada al tercio de libre disposición, tal como si se tratase de un legado no imputable a la legítima; o si por el contrario ha de quedar apartado del cálculo del caudal hereditario, por lo que ni se computa en el caudal computable para el cálculo de la legítima, ni tampoco debe entenderse colacionable, tal como señala Fernández Manuel, pues su valor «no ha de añadirse al valor de los bienes que quedaren a la muerte del donante a los efectos del art. 818 CC»<sup>80</sup>.

Igualmente, el art. 822.2 CC<sup>81</sup> prevé que se atribuirá el derecho de habitación al legitimario que fuera persona con discapacidad, que hubiera convivido con el causante en el momento de su fallecimiento, y que lo necesitara. No obstante, dicha atribución no tendrá lugar si el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, si bien el inciso final del artículo refiere lo siguiente: «pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.» Este derecho de habitación ha de ser considerado como un derecho personal del legitimario con discapacidad que, por tanto, no tiene naturaleza real. Se trata de una norma que «a falta de que el testador disponga otra cosa» se aplica por ministerio de la ley en el momento en que concurran los requisitos previstos en su supuesto de hecho. Además, es un derecho no excluyente, pues no puede impedirse a los demás legitimarios que también tengan necesidad del uso de la vivienda y hubiesen convivido en ella poder seguir habitándola. Quizá el mayor problema interpretativo que pueda surgir sea determinar qué ha de entenderse por «necesidad» en este precepto. Podría identificarse con una situación de necesidad económica, en cuyo caso el hecho de que la persona con discapacidad dispusiera de otra vivienda le vetaría este derecho de habitación. Sin embargo, se ha apuntado que el art. 822 CC tiene un interés existencial que trasciende el puramente económico, obsérvese que el hecho de que una persona con discapacidad tenga que abandonar el hogar familiar

---

78. Art. 822.1 CC tras la reforma Ley 8/2021: «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella».

79. BARBA, VICENZO, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., p. 15.

80. RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, Comentario del art. 822 CC, en *Código Civil comentado*, Cañizares Laso Ana, De Pablo Contreras Pedro, Orduña Moreno Javier, Valpuesta Fernández Rosario (Dirs.), Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, vol. 2 (pp. 889-893), p. 891.

81. Art. 822.2 CC tras la reforma Ley 8/2021: «Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.»

en el que convivía con la persona fallecida puede serle traumático. Por ello se apela al carácter extrapatrimonial de esta norma como instrumento para garantizar el «mejor bienestar de la persona», especialmente el bienestar psicofísico. Desde esta perspectiva se aboga por considerar que la «necesidad» prevista en el art. 822 CC cubre una función existencial que, por ejemplo, le permitiría a la persona con discapacidad seguir viviendo en el que ha sido su hogar hasta la fecha del fallecimiento del testador, hogar en el que están sus afectos y recuerdos, aunque su situación económica sea holgada o tenga una segunda vivienda<sup>82</sup>. Finalmente este derecho podrá concurrir con el derecho del cónyuge sobre la vivienda familiar.

Procede ahora referirnos al art. 1041 CC cuyo primer párrafo ha sido ligeramente modificado pues dice ahora que «no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarios, ni los regalos de costumbre». Es decir, se han caído de la lista los gastos de aprendizaje y de equipo ordinario. Y cuyo segundo párrafo ha sido objeto de una modificación menor, para quedar como sigue: «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad». Por tanto, se ha sustituido la palabra «padres» por «progenitores» y la expresión «con discapacidad» por «requeridas por su situación de discapacidad».

Por último, se han modificado igualmente los artículos 1052<sup>83</sup>, 1057<sup>84</sup> y 1062<sup>85</sup> CC. Se trata de modificaciones necesarias para adaptar dichos artículos a la nueva regulación.

#### IV. SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

La sustitución ejemplar ha sido suprimida por la Ley 8/2021. Sin embargo, no era esta la única opción del legislador puesto que en el Proyecto de Ley de reforma

---

82. BARBA, VICENZO, «Capacidad para otorgar testamento...», op. cit., pp. 15-16.

83. Nuevo texto del art. 1052 CC: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de los bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas».

84. Nuevo texto del art. 1057 CC: «Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas».

85. Nuevo texto del art. 1060 CC: «Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial. La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

(BOCG, 17 de junio de 2020), se mantenía e incluso se proponía una nueva redacción al art. 776 CC que venía a recoger la posición doctrinal mayoritaria a la hora de interpretar el alcance de este tipo de sustitución<sup>86</sup>. De esta forma, se consideraba que esta figura se refería a la posibilidad de realizar un testamento sustitutorio, constituyéndose en una clara excepción a la regla general que impide realizar el testamento por representación, dado su carácter personalísimo. Al respecto decía Espejo: «La redacción propuesta para el art. 776 CC por el Proyecto de Ley resuelve con claridad el largo debate que ha estado presente en nuestra doctrina desde hace decenios sobre el alcance de la sustitución ejemplar, optando por la tesis del testamento sustitutorio, siguiendo así las orientaciones de la jurisprudencia y de algunos autores más recientes»<sup>87</sup>, si bien, criticaba que el texto de la propuesta refiriese que la sustitución ejemplar debería comprender la totalidad de los bienes del discapacitado, cuando lo cierto era que debería haber dicho que podría comprender la totalidad de sus bienes para dejar al sustituyente determinar el alcance de la sustitución. Además señalaba como al optar por esta tesis el legislador se había separado de la propuesta del Código Civil de la APDC.

Sin embargo, finalmente la sustitución ejemplar ha sido suprimida pues ha sido considerada contraria a los principios de la Convención de Nueva York. Señala García Rubio que aunque el mayor de catorce años podría hacer testamento en los términos generales y con los apoyos que requiriese, ello en ningún caso podría implicar que quien prestase el apoyo llegara a sustituir al testador, lo cual, consideraba, «cohonesta con el tradicional principio del carácter personalísimo del testamento (art. 670 CC)»<sup>88</sup>.

No obstante debe tenerse en cuenta que aunque la sustitución ejemplar ha quedado suprimida, la Disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2021 señala que «cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del art. 776 CC, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en esta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de

---

86. El texto inicialmente propuesto para el art. 776 CC decía: «1.El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a curatela representativa, si bien la sustitución será ineficaz si el descendiente ha otorgado testamento válido, antes o después de dictarse las medidas de apoyo, o si éstas hubieran quedado sin efecto con anterioridad a su fallecimiento.

2. El ascendiente deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del sustituido.

3. La sustitución ejemplar comprenderá la totalidad de los bienes del sustituido.

4. En el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución, se preferirá la disposición realizada por el ascendiente fallecido de grado más próximo. Si son del mismo grado se atenderá a las disposiciones de todos si son compatibles. Si no lo son, prevalecerá la de cada uno en lo que hubiera dejado al descendiente, y el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente».

87. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, en el magnífico capítulo «La sustitución ejemplar en el Código Civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad», en *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*. Dir.: Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y Leonardo PÉREZ GALLARDO, Ed. Lex, Ediciones Olejnik, 2021 (pp. 435-458), p. 451.

88. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», op. cit, p. 180.

residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida».

Finalmente, cabe señalar que en todo caso el texto propuesto para el malogrado art. 776 CC puede servir para interpretar correctamente el art. 775 CC que regula la sustitución pupilar y si se mantiene o no<sup>89</sup>. Sin duda, la derogación del art. 776 CC es una opción legislativa marcada por el devenir de los tiempos. Sin embargo, es una pérdida de una institución que nos ha acompañado durante un largo periodo histórico, sobre la que la doctrina ha discutido acaloradamente y que cumplía una útil función protectora. Por todo ello, esta pérdida nos evoca un cierto romanticismo jurídico. Sirvan estas líneas de póstumo tributo<sup>90</sup>.

## V. REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA E INTERVENCIÓN EN LA HERENCIA

El art. 996 ha sido modificado y establece ahora que la persona con discapacidad podrá aceptar la herencia, salvo que resultare otra cosa de las medidas de apoyo que el juez hubiera acordado. Sin embargo, no encontramos una norma similar respecto a la repudiación de la herencia. Creemos pertinente seguir el mismo criterio en la

---

89. El texto del art. 775 CC dice: «Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad».

90. No obstante, el último tributo jurídico se ha hecho a la sustitución ejemplar y se lo debemos a Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, en el magnífico capítulo ya referido «La sustitución ejemplar en el Código Civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad.»... pp. 435-458 y en «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Dirs. Guillermo Cerdería Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Coords. Cristina Gil Membrado y Juan José Pretel Serrano, Ed. Wolter Kluwer, Madrid, 2021, pp. 665-685.

Podemos sintetizar así la opinión del autor respecto a la supresión de la sustitución ejemplar: Considera Manuel Espejo que la sustitución ejemplar permitía que nuestro derecho contara con un mecanismo de protección del discapacitado que ya no podrá ser abordado de un modo adecuado al desaparecer este tipo de sustitución. Considera que la misma puede favorecer de modo indirecto la alimentación y los cuidados de la persona con discapacidad. De hecho, afirma que ello se comprueba si se examina la práctica testamentaria que revela la jurisprudencia, en la que se advierte que los ascendientes que cuidan del discapacitado eligen como sustituto ejemplar a quien mejor puede continuar con esa tarea cuando ellos mueran; y que, en no pocas ocasiones, se establece explícitamente una carga testamentaria de cuidados al discapacitado, que el sustituto debe cumplir para recibir la herencia. Añade que es obvio que lo principal para el discapacitado son los cuidados que se le procuran durante su vida, y estos requieren un patrimonio capaz de asumir los gastos que sean precisos para ello. Frente a esto, el uso de las expectativas sucesorias con esa misma finalidad no deja de ser un mecanismo indirecto, aunque no por ello se pueda desdeñar su utilidad. De hecho, no pocos testadores (sin discapacidad alguna, pero en previsión de la prolongación de su vejez, o por su dependencia física) utilizan sus propias atribuciones testamentarias con la finalidad de proporcionarse cuidados; en este contexto, la sustitución ejemplar permitiría que, del único modo entonces posible, los discapacitados que no puedan testar, puedan utilizar su herencia con esta misma función. Concluye Espejo afirmando que no le parece contrario a la Convención el mantenimiento de la sustitución fideicomisaria; y que más se lo parecería que la sucesión del discapacitado que no puede testar debiera ser necesariamente la intestada, pudiendo suceder personas, que sin incurrir en conductas tipificables como indignidad, no hayan atendido las necesidades especiales que requería la persona don discapacidad.

aceptación y en la repudiación por parte de la persona con discapacidad, pues es la opción más razonable conforme a los principios introducidos por la Ley 8/2021<sup>91</sup>. Por tanto, si no existen medidas o éstas no disponen nada al respecto corresponderá al notario evaluar si el aceptante/repudiante comprende el acto que realiza y por tanto puede realizarlo válidamente. Además, en estos supuestos el acto no quedará sujeto a previa autorización judicial, salvo si se trata de una curatela representativa.

Los artículos 1052 y 1060 CC regulan la intervención en la partición de la persona con discapacidad. De esta forma, en primer lugar se establece que en el caso de que el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas. Por otro lado, no se requerirá autorización o intervención judicial en el supuesto de que intervenga en la partición un curador con facultades de representación, si bien una vez realizada deberá ser aprobada por el juez. Igualmente será necesaria la aprobación judicial si interviene el defensor judicial representando a la persona con discapacidad. Por último se ha reformado también el art. 1057 CC que prevé la posibilidad de que la partición sea hecha por un contador partidor testamentario o dativo. Los nuevos párrafos tercero y cuarto de este artículo dicen ahora: «Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas».

## **VI. IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO CON ANTERIORIDAD A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO**

Retomamos ahora un tema que dejamos anteriormente pendiente. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha sido poco dado a anular el testamento por falta de capacidad mental, cuando éste ha sido otorgado por una persona que aún no hubiera sido declarada incapaz en el momento de testar. De hecho, es una constante exigir cumplida prueba de la falta de capacidad para testar en el momento del otorgamiento, lo cual implica acreditar «de manera inequívoca o indudable la carencia de la capacidad mental del testador», tal como se señala en la STS de 8 de abril de 2016<sup>92</sup> y en la misma línea la de 15 de marzo de 2018<sup>93</sup>, fijando esta última que era función del notario apreciar la concurrencia de esta capacidad legal para testar. Es precisamente esta intervención notarial la que refuerza la presunción de capacidad del testador y de la validez del testamento que en la práctica resultaba muy difícilmente destruible<sup>94</sup>.

---

91. En esta línea, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales...», op. cit., p. 8.

92. STS de 8 de abril de 2016, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2016\1675). En la misma línea la STS de 10 de septiembre de 2015, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2015\5628).

93. STS de 15 de marzo de 2018, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (RJ 2018\1090).

94. Aunque ello no implica que no se pueda anular un testamento notarial, en el caso de la SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004, Ponente: María Dolores Portella Lluch (JUR 2004\157987), se anuló

Incluso la anulación del testamento ológrafo por falta de capacidad para testar ha resultado ser una pretensión con pocos visos de éxito ante el Tribunal Supremo. Sirva como botón de muestra la STS de 10 de febrero de 1994<sup>95</sup> que casó la sentencia de la Audiencia Provincial y consideró que el hecho de que la testadora resultara incapacitada posteriormente no era en absoluto decisivo, así como que el dictamen pericial es un simple apoyo auxiliar del juez, y que se presume la validez del testamento como consecuencia de la presunción de capacidad legal de todo testador salvo prueba en contrario, fundamento del principio *favor testamenti*.

La cuestión que nos planteamos ahora es si tras la Ley 8/2021 sigue siendo posible anular un testamento notarial alegándose falta de discernimiento para comprender las consecuencias del acto testamentario, en el caso de una persona sobre la que aún no se hubiese adoptado ninguna medida de asistencia. Ya sabemos que conforme a la jurisprudencia anterior esta posibilidad quedaba muy limitada, en primer lugar por haber pasado el filtro del notario, y en segundo lugar por el principio *favor testamenti*. A lo cual hay que añadir la dificultad de poder probar en el caso del testamento ológrafo que la persona carecía de voluntad en el momento de testar, pues en puridad en ese momento se carece de testigos o expertos que pudieran atestiguarlo. Pero es que ahora se ha añadido otra dificultad como consecuencia de la nueva regulación. La nueva Ley siguiendo los principios de la Convención de Nueva York parte de la consideración de que todas las personas tienen capacidad con plena igualdad. Solo se exceptúa el supuesto de la curatela representativa para casos muy puntuales y normalmente sometidos a la autorización judicial. Es por ello que podría plantearse que resulta contrario al espíritu de la ley permitir impugnar un negocio jurídico realizado por quien no está sujeto a ninguna medida de apoyo. En el caso del negocio jurídico testamentario confluirían los dos argumentos esgrimidos contrarios a admitir su nulidad por el hecho de que un testador, que no estuviera sujeto a medida de apoyo, no hubiera podido conformar o expresar la voluntad testamentaria.

No obstante resultan de interés las apreciaciones que realiza Lora-Tamayo cuando estudia esta materia. Considera que desde una perspectiva práctica habrá que tener en cuenta la posibilidad de que una persona con discapacidad «de hecho» sobre la que aún no se haya declarado medida de apoyo quiera realizar un testamento notarial. En tal supuesto, considera que el notario tendrá que evaluar si el testador es capaz de conformar y expresar su voluntad con el apoyo notarial y si considera que no es así, no otorgará el testamento<sup>96</sup>. Por tanto, podría plantearse que al igual que el notario podría negarse a otorgar el testamento por realizar un juicio negativo sobre la posibilidad de conformar o no la voluntad de quien quiere testar, cuestión ya analizada anteriormente, también se podría plantear la posibilidad

---

un testamento notarial al considerarse que la persona otorgante estaba afectada por la enfermedad de Alzheimer y que por tanto no estaba capacitada para otorgarlo.

95. STS de 10 de febrero de 1994.

96. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales...», op. cit., p. 2. Afirma que corresponde al notario realizar un juicio de capacidad y «si falta consentimiento (1261 CC), la falta de capacidad natural impide la celebración del negocio y desde luego el notario no podrá autorizar el otorgamiento pretendido».

de anular un testamento notarial realizado por una persona sin medida de apoyo alegándose su falta de discernimiento para comprender las consecuencias del acto realizado.

Si bien la jurisprudencia anterior era muy reacia a admitir dicha nulidad por la presencia del notario en el otorgamiento, ahora podría serlo de forma absoluta. Es decir, parece que se considera acorde con la nueva ley entender que si se otorga un testamento ante notario, ello implica que se ha conformado y expresado la voluntad por el testador correctamente y por tanto, que en tal caso no habría lugar a una impugnación por dicho motivo, pues una vez superado el «juicio de discernimiento» notarial, tal posibilidad quedaría excluida. En otras palabras se consideraría que de haberse necesitado asistencia, el propio notario la habría prestado en el momento puntual del otorgamiento del testamento y que si el notario no había requerido que se adoptasen medidas de apoyo para testar era porque no eran necesarias. Quizá el caso límite lo encontraríamos en el supuesto de que ya estuviera incurso un procedimiento de jurisdicción voluntaria (o contencioso) sobre la posible adopción de medidas de apoyo y en el *interim* se otorgase el testamento, si resulta que finalmente la resolución judicial dispone que es necesaria una medida de apoyo para otorgar el testamento. En todo caso se trata de una hipótesis de trabajo a estudiar y profundizar, hipótesis que no excluye otras opciones.

Cuestión distinta, evidentemente, sería si el testamento fuese ológrafo, ya que se podría considerar que al no intervenir el notario mediaría una mera presunción *iuris tantum* que admitiría prueba en contrario, por lo que una vez abierta la sucesión podría interponerse una acción, si bien podría ser realmente difícil probar la nulidad del testamento<sup>97</sup>. En todo caso una interpretación estricta de la Convención de Nueva York podría llevar a otra posición.

## VII. CONCLUSIÓN

La reforma operada por la Ley 8/2021 ha sido calificada como de ciclón normativo o tsunami por la doctrina, que además la considera como un auténtico un giro copernicano respecto a la legislación anterior. En materia sucesoria la reforma incide principalmente respecto a la formación de la voluntad para otorgar testamento y la protección del legitimario con discapacidad. Igualmente se han incluido otras modificaciones puntuales a las que hemos hecho referencia a lo largo de este capítulo.

En primer lugar, respecto al discernimiento necesario para otorgar testamento, en el artículo 663.2 CC se ha sustituido la expresión «no hallarse en su cabal juicio» por la frase «no poder conformar o expresar su voluntad ni aun con la ayuda de medios de apoyo para ello», quedando por tanto superado el concepto de «incapacitación». Según la jurisprudencia dicha falta de «cabal juicio» suponía la necesidad de acreditar una incapacidad grave hasta el extremo de desaparecer la personalidad

---

97. María PLANAS BALLVÉ, «La capacidad para otorgar...» p. 662.

psíquica e impedir la comprensión de la trascendencia del acto testamentario. Sin embargo, la valoración que se realizará a partir de ahora se limitará a comprobar si la persona en el momento de testar podía conformar su voluntad, aunque para ello fuese necesario que se sirviera de medidas de apoyo. Al respecto, conforme a la disposición adicional cuarta del Código Civil, tal como ha quedado redactada tras la reforma<sup>98</sup>, el art. 663.2 CC se refiere a una discapacidad intelectual o cognitiva que supone una falta de discernimiento, que se valora de forma puntual para la realización de un concreto acto testamentario y que igualmente puede ser susceptible de graduación, conforme al grado de dificultad del acto a realizar.<sup>99</sup> Por tanto, el juez no puede inhabilitar *ex ante* a la persona con discapacidad para que no pueda testar. Será la práctica notarial la que irá determinando el alcance del artículo 663.2 CC al examinar casos concretos. Tal como señala la Circular 2/2021<sup>100</sup> la discapacidad no implica una limitación legal anticipada, ni cabe hablar de «capacidad legal necesaria suficientemente para el otorgamiento de un testamento». Sin embargo, el notario deberá enjuiciar el discernimiento del compareciente «abstracción hecha de su situación o no de discapacidad».

Respecto a las medidas de apoyo, decir que si bien el curador representativo no puede otorgar el testamento en nombre de la persona discapacitada, no encontramos obstáculo en que el curador no representativo pueda prestarle apoyo al testar, pues teniendo en cuenta que la función del mismo es asistencial, no creemos que tal apoyo pueda violar el carácter personalísimo del acto testamentario.

En segundo lugar, respecto a las medidas de protección a favor del legitimario con discapacidad, destaca la sustitución fideicomisaria prevista en el art. 808.4 CC, la cual obviamente ha superado el requisito de la «incapacitación judicial» y ahora se predica de todo tipo de discapacidad, no solo la intelectual o cognitiva, sino también de la recogida por la Ley 41/2003, entendida como carencia de autonomía física, psíquica o sensorial. Igualmente se ha limitado el ámbito de aplicación del supuesto de hecho de este artículo, que ahora solo refiere como potenciales fiduciarios a los hijos con discapacidad del testador, y no a sus ulteriores descendientes. Añadir que resulta plausible que el legislador haya puesto fin a una larga polémica doctrinal sobre si el fideicomiso previsto en el art. 808 CC, que ahora se restringe únicamente a favor del hijo con discapacidad, puede ser de residuo. Pero es que no

---

98. Según dicha disposición adicional, el concepto «discapacidad» solo se entenderá conforme a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en los casos específicos que se señala, en los demás 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.

99. María Paz García Rubio, en «Algunas propuestas de reforma...» p. 176, señala que hay que tener en cuenta que «el estándar reclamado por el notario y sus posibilidades de apoyo efectivo pueden ser muy distintas según lo que pretende la persona que desea testar, puesto que las disposiciones mortis causa pueden ser muy sencillas o enormemente complejas, y la capacidad de entender y querer aquellas y estas dista mucho de ser única e intangible

100. 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

es solo que se haya establecido su posibilidad legal, sino que se ha erigido como el modelo aplicable por defecto.

Finalmente, cabe decir que la malograda reforma de la sustitución ejemplar, que ha sido suprimida, podrá servir de apoyo para interpretar en lo sucesivo la sustitución pupilar como una vía para realizar un testamento sustitutorio.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentarios arts. 662-666 CC, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, coord. por Manuel Albaladejo García, Tomo IX, vol. 1-A, ed. EDERSA, Madrid, 1990, pp. 80-95.
- BARBA, Vicenzo, «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», en Monográfico: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico. La Ley Derecho de familia* n° 31, julio-septiembre 2021, nota 26, pp. 1-34.
- BONETE SATORRE, Berta, «El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 53, enero 2021, pp. 121-146.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual: cuestiones resueltas y pendientes de resolución», *RCDI*, Año 89, núm. 738, p. 2013, pp. 2173-2202.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. Guillermo Cerdería Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Coords. Cristina Gil Membrado y Juan José Pretel Serrano, Ed. Wolter Kluwer, Madrid, 2021, pp. 687-702.
- Díaz Alabart, Silvia y GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, «La capacidad testamentaria de los incapacitados» *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, dirs. Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio, ed. La Ley 2015, pp. 529-546.
- DÍAZ ALABART, Silvia, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posible soluciones*, ed. Reus, Madrid 2018.
- DÍAZ ALABART, Silvia, en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista de Derecho Privado*, n°88, marzo 2004, pp. 259-270.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Las tensiones entre Registro Civil y Registro de la Propiedad ante la modificación judicial de la capacidad (RDGRN 28 de octubre 2014 y 31 de marzo 2016)», en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre la discapacidad*, dir. Cristina Guilarte Martín-Calero, Coord. Javier GARCÍA MEDINA, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 27-51.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «La sustitución ejemplar en el Código Civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad.», *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*. Dir.: Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y Leonardo PÉREZ GALLARDO, ed. Lex, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 435-458.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. Guillermo Cerdería Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Coords. Cristina Gil Membrado y Juan José Pretel Serrano, Ed. Wolter Kluwer, Madrid, 2021, pp. 665-685.
- GARCÍA MARTINEZ, Claudia, *La sustitución fideicomisaria en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, su impacto fiscal*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, DOC n°17/2005. 2015.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «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, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 173-197.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «La sustitución fideicomisaria en legítima estricta a favor del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de los discapacitados*, RCDI, n.687, 2005, pp. 11-30.
- GUTIERREZ JEREZ, Luis Javier, *La subrogación real: Derechos reales, régimen económico matrimonial y Derecho de sucesiones*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 130-134.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *EL Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre n°99. 2021. Vid.: <https://www.elnotario.es/opinion/86-secciones/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel y Carlos PÉREZ RAMOS, «La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021.», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, n°99. 2021. Vid. <https://www.elnotario.es/opinion/86-secciones/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>
- MARTINEZ DE AQUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La Observación General Primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Dirs. Manuel GARCÍA MAYO, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA,
- MESA MARREDO Carolina, *La capacidad para testar: Aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Ed. Wolter Kluwer, Barcelona, 2017.
- Paloma DE BARRÓN ANICHES, Paloma, «para testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°12, febrero 2020, pp. 448-471, Vid.: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2020/08/13.-Paloma-de-Barr%C3%B3n-pp.-448-471-1.pdf>
- PAU PEDRÓN, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *RDC*, Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), 2018, pp. 5-28.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad ¿una quimera?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 782, pp. 3625-3671
- PLANAS BALLVÉ, María, «La capacidad para otorgar testamento», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. Guillermo Cerdería Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Coords. Cristina Gil Membrado y Juan José Pretel Serrano, Ed. Wolter Kluwer, Madrid, 2021, pp. 651-664.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Comentario del art. 822 CC», en *Código Civil comentado*, Cañizares Laso Ana, De Pablo Contreras Pedro, Orduña Moreno Javier, Valpuesta Fernández Rosario (dirs.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, vol. 2, pp. 889-893.

- RODRIGUEZ GUITIÁN, Alma María, *La Capacidad para testar. Especial referencia al testador anciano*, ed. Thomson Cívitas, 2006.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Comentario al art. 665 CC» en *Código Civil comentado*, dir. Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, ed. Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, vol.2, pp. 275-281.
- TORRES GARCÍA, Teodora, «Efectos de la incapacitación», en *Tratado de Derecho de la persona física*, dir. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, coord. Judith Solé Resina, Tomo II, ed. Civitas, Pamplona, 2013, p. 135.