



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de
2 de junio, “por la que se reforma la
legislación civil y procesal para el apoyo
a las personas con discapacidad en el
ejercicio de su capacidad jurídica”**

Autor:

Pablo Jato Díaz

Director:

Prof. Dr. Miguel Ángel Pérez Álvarez

TESIS DOCTORAL

Programa Oficial de Doctorado en Derecho

–2021–

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

A QUIEN CORRESPONDA

Don Miguel Ángel Pérez Álvarez, Catedrático de Universidad de Derecho Civil, con destino en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de A Coruña, con sede en la Facultad de Derecho de la citada Universidad, Campus de Elviña s/n, 15071 A Coruña, en mi condición de director de la tesis doctoral desarrollada por el doctorando Pablo Jato Díaz, bajo el título: “El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

AUTORIZO:

El depósito de la tesis doctoral que cumple los requisitos exigidos por la Universidad de A Coruña para optar al grado de doctor.

Y para que conste a los efectos oportunos expido, a solicitud del interesado, el presente escrito en A Coruña a 1 de septiembre de 2021.

Firmado:

Miguel Ángel Pérez Álvarez

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

RESUMO

A tese doutoral examina as modificacións que a Lei 8/2021, do 2 de xuño, levou a cabo na lei de sucesións, "pola que se reforma a lexislación civil e procesal para apoiar ás persoas con discapacidade no exercicio da súa capacidade xurídica".

O estudo divídese en dúas partes. O primeiro inclúe unha visión xeral da Lei para enmarcar a presentación posterior e expoñer os aspectos que condicionan o traballo ("Directrices xerais da Lei 8/2021").

No segundo, considérase "A lei de herdanza". Para iso, o estudo sistematízase con referencia ás áreas institucionais nas que afecta a reforma: a vontade (primeiro capítulo), a capacidade e a indignidade para triunfar (segundo capítulo), o exercicio do "ius delationis" (terceiro capítulo), as lexítimas (cuarto capítulo) e a partición hereditaria (quinto capítulo), para rematar con algunhas consideracións finais sobre a discapacidade que subxace ás reformas levadas a cabo na lei de sucesións e as súas razóns (capítulo sexto).

A tese doutoral conclúe coa presentación das "conclusións", cunha lista bibliográfica e coa evolución seguida na tramitación parlamentaria dos preceptos modificados en materia sucesoria.

RESUMEN

La tesis doctoral examina las modificaciones que en el Derecho sucesorio ha llevado a cabo la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

El estudio se divide en dos partes. La primera abarca una visión general de la Ley con el objeto de enmarcar la exposición ulterior y exponer los aspectos que condicionan el trabajo (“Pautas generales de la Ley 8/2021”).

En la segunda, se considera “El Derecho sucesorio”. A tal fin se sistematiza el estudio con referencia a los ámbitos institucionales en los que incide la reforma: el testamento (capítulo primero), la capacidad e indignidad para suceder (capítulo segundo), el exercicio de “ius delationis” (capítulo tercero), las legítimas (capítulo cuarto) y la partición hereditaria (capítulo quinto), para finalizar con unas consideraciones finales sobre la

discapacidad que subyace a las reformas llevadas a cabo en el Derecho sucesorio y sus motivos (capítulo sexto).

La tesis doctoral concluye con la exposición de las “conclusiones”, con un elenco bibliográfico y con la evolución seguida en la tramitación parlamentaria de los preceptos modificados en materia sucesoria.

ABSTRACT

The doctoral thesis examines the modifications that Law 8/2021, of June 2, has carried out in the inheritance law, “by which the civil and procedural legislation is reformed to support people with disabilities in the exercise of their juridical capacity ”.

The study is divided into two parts. The first includes a general vision of the Law in order to frame the subsequent presentation and expose the aspects that condition the work (“General Guidelines of Law 8/2021”).

In the second, it is considered "The inheritance law". To this end, the study is systematized with reference to the institutional areas in which the reform affects: the will (first chapter), the capacity and unworthiness to succeed (second chapter), the exercise of "ius delationis" (third chapter), the legitimate ones (fourth chapter) and hereditary partition (fifth chapter), to end with some final considerations on the disability that underlies the reforms carried out in inheritance law and its reasons (sixth chapter).

The doctoral thesis concludes with the presentation of the "conclusions", with a bibliographic list and with the evolution followed in the parliamentary processing of the modified precepts in succession matters.

ÍNDICE GENERAL

	Página
ABREVIATURAS.....	10
PRESENTACIÓN.....	12

PRIMERA PARTE PAUTAS GENERALES DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

I. Introducción	16
II. Capacidad jurídica, discapacidad y autonomía	17
1. <i>Preliminar</i>	17
2. <i>Capacidad jurídica</i>	18
3. <i>Discapacidad</i>	18
4. <i>Autonomía</i>	19
III. Las medidas de apoyo: introducción y clases	21
1. <i>Introducción</i>	21
2. <i>Clases</i>	21
IV. Las medidas voluntarias	22
1. <i>Preliminar</i>	22
2. <i>En particular, los poderes y mandatos preventivos</i>	24
V. Las medidas legales y judiciales	26
1. <i>Introducción</i>	26
2. <i>La guarda de hecho de las personas con discapacidad</i>	26
3. <i>La curatela</i>	27
3.1. <i>Consideraciones generales</i>	27
3.2. <i>El ejercicio de la curatela</i>	29
3.3. <i>La autocratela</i>	29
4. <i>El defensor judicial de las personas con discapacidad</i>	31

VI. Referencia a la provisión judicial de apoyos	31
VII. Jerarquía de las medidas de apoyo. Independencia y confluencia de las medidas.....	33
1. <i>La jerarquía de las medidas de apoyo</i>	33
2. <i>Independencia y confluencia de las medidas</i>	34
VIII. Otras reformas del Derecho de familia.....	35
1. <i>Preliminar</i>	35
2. <i>Patria potestad y tutela</i>	35
3. <i>Entre la patria potestad o la tutela y la provisión de apoyos</i>	37
4. <i>El tratamiento de la prodigalidad.....</i>	37
IX. La tutela de las entidades públicas. El apoyo a las personas con discapacidad	39
1. <i>Preliminar</i>	39
2. <i>La tutela administrativa</i>	39
3. <i>Las entidades públicas y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad</i>	40

SEGUNDA PARTE EL DERECHO SUCESORIO

PREÁMBULO	44
CAPÍTULO PRIMERO. EL TESTAMENTO.....	48
I. Introducción	48
II. La capacidad para testar	48
1. <i>Preliminar</i>	48
2. <i>La reforma de los artículos 663 y 665 del Código civil: consecuencias.....</i>	51
3. <i>Referencia a la edad para testar</i>	57
III. El testamento abierto ordinario	58
1. <i>Preliminar</i>	58
2. <i>Manifestación de la voluntad</i>	59
3. <i>Conocimiento del contenido del testamento.....</i>	59
4. <i>Consecuencias</i>	61
5. <i>Concurrencia de testigos.....</i>	61
6. <i>Ámbito de aplicación de la reforma</i>	62
IV. El testamento cerrado.....	64
1. <i>Preliminar</i>	64
2. <i>Personas que pueden otorgarlo.....</i>	64
3. <i>Redacción del testamento</i>	65

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

3.1. Fase previa	65
3.2. Fase de otorgamiento.....	66
4. <i>La conversión del testamento cerrado</i>	67
5. <i>La revocación material</i>	68
V. La supresión del artículo 776 del Código civil	70
1. <i>Preliminar</i>	70
2. <i>Proyecto de reforma</i>	70
3. <i>Supresión</i>	71
CAPÍTULO SEGUNDO. INCAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER	76
I. Introducción	76
II. Incapacidades relativas	78
1. <i>La nueva redacción otorgada al artículo 753 del Código civil</i>	78
1.1. Preliminar	78
1.2. Disposiciones testamentarias a favor del tutor y el curador	79
A) El tutor.....	79
B) El curador.....	79
C) Disposiciones testamentarias excluidas de la ineficacia	80
D) La excepción.....	82
1.3. Disposiciones testamentarias a favor de los establecimientos de internamiento y de sus empleados	83
1.4. Los supuestos de tutela administrativa	85
1.5. Disposiciones testamentarias a favor de los cuidadores	86
1.6. Supuestos necesitados de interpretación.....	87
A) Las personas jurídicas que ejercen la curatela.....	87
B) El guardador de hecho	88
C) El acogimiento	89
a. Acogimiento de menores.....	89
b. Acogimiento de mayores de edad	90
III. Indignidad	91
1. <i>Preliminar</i>	91
2. <i>La reforma del artículo 756.2º del Código civil</i>	91
3. <i>La inexistente reforma del artículo 756.7º del Código civil</i>	93
4. <i>Indignidad y desheredación</i>	94
IV. La norma del artículo 280 del Código civil	95

1. <i>En relación con el curador</i>	95
2. <i>En relación con el tutor</i>	97
CAPÍTULO TERCERO. EL EJERCICIO DEL “IUS DELATIONIS”.....	102
I. Preliminar	102
II. La reforma del artículo 996 del Código civil	103
CAPÍTULO CUARTO. LAS LEGÍTIMAS.....	110
I. Introducción	110
II. La legítima de los descendientes	110
1. <i>El artículo 808 del Código civil</i>	110
1.1. Preliminar.....	110
1.2. Reformas formales del precepto.....	111
1.3. Reformas de fondo del precepto.....	111
A) Preliminar.....	111
B) Personas favorecidas como fiduciarios.....	112
C) Extensión de la sustitución fideicomisaria.....	113
D) Cuestiones de prueba.....	115
2. <i>Reformas colaterales</i>	116
2.1. El artículo 782 del Código civil.....	116
2.2. El artículo 813 del Código civil.....	117
A) Preliminar.....	117
B) La reforma del precepto.....	117
III. El cálculo de la legítima	119
1. <i>Preliminar</i>	119
2. <i>El artículo 822 del Código civil</i>	119
CAPÍTULO QUINTO. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA.....	124
I. Introducción	124
II. Capacidad para pedir la partición	124
1. <i>Preliminar</i>	124
2. <i>Mayores de edad</i>	125
3. <i>Menores de edad y emancipados</i>	125
4. <i>Defensor judicial</i>	126
5. <i>Guardador de hecho</i>	126
III. Práctica y aprobación de la partición concurriendo menores o personas en situación de discapacidad	127
1. <i>Preliminar</i>	127
2. <i>Menores</i>	128

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

3. <i>Personas con medidas de apoyo</i>	128
4. <i>Los casos de intervención de un defensor judicial</i>	128
5. <i>El guardador de hecho</i>	129
IV. Modificación del artículo 1.057 del Código civil	130
1. <i>Preliminar</i>	130
2. <i>La reforma del precepto</i>	130
V. Referencia a la partición convencional	131
VI. Existencia de poderes preventivos	132
VII. La colación	132
1. <i>Preliminar</i>	132
2. <i>La reforma del artículo 1.041 del Código civil</i>	133
3. <i>Incidencia en materia de legítimas</i>	134
CAPÍTULO SEXTO. LA DISCAPACIDAD EN MATERIA SUCESORIA	138
I. Preliminar	138
II. La reforma de la disposición adicional cuarta del Código civil y sus consecuencias en el Derecho sucesorio	138
1. <i>La nueva redacción</i>	138
2. <i>La regla general</i>	139
3. <i>Las excepciones</i>	140
3.1. <i>La excepción del párrafo primero</i>	140
3.2. <i>La excepción del párrafo segundo</i>	144
4. <i>Recapitulación</i>	144
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFÍA	160
RESOLUCIONES JUDICIALES	166
EVOLUCIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFORMADOS EN MATERIA SUCESORIA	168

ABREVIATURAS

ACGC	Anteproyecto elaborado por la primera de la Comisión General de Codificación
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCLP	Comisión con Competencia Legislativa Plena
CD	Congreso de los Diputados
CDPD	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CGC	Comisión General de Codificación
Cfr	Confróntese
EC 2021	Enmiendas del Congreso al PL 2021
Ed	Edición
EMPr2021	Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley 2021
ES 2021	Enmiendas del Senado al PL 2021
FN	Fuero Nuevo de Navarra
Ley 2021	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
Lec	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria

LN	Ley del Notariado
LRC	Ley del Registro Civil
LPPPD	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con Discapacidad
Pág	Página
Párr	Párrafo
PL 2021	Proyecto de ley al que responde el texto vigente de la Ley 2021
Pr	Preámbulo de la Ley 2021
S	Senado
Ss	Sentencias
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
<i>Vid</i>	Véase

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

PRESENTACIÓN

La tesis doctoral que se presenta tiene por objeto examinar las modificaciones que en el ámbito del Derecho sucesorio ha llevado a cabo la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”¹.

A los fines expuestos el estudio se ha dividido en dos partes claramente diferenciadas. Para comenzar se ofrece una visión general del contenido de la Ley de 2 de junio de 2021 con el fin de enmarcar la exposición ulterior y exponer los aspectos que condicionan el objeto del trabajo (“Primera parte: Pautas generales de la Ley 8/2021, de 2 de junio”). No se pretende desarrollar en dicho ámbito un análisis detallado de la reforma en materia de discapacidad. El objeto perseguido en esta primera parte es entresacar aquellos aspectos de la reforma que permitan después abordar la modificación de los artículos que afectan al Derecho sucesorio.

Con apoyo en la exposición precedente, ya se dedica la segunda parte de la tesis doctoral a considerar las reformas que inciden en el Derecho de sucesiones (“Segunda parte: El Derecho sucesorio”).

¹ Publicada en el *BOE*, número 132, de 3 de junio de 2021. La Mesa de la Cámara acordó encomendar la aprobación del Proyecto de ley a la Comisión de Justicia, con competencia legislativa plena (cfr. *BOCG. CD*. Número 27-1, pág. 1). Hasta su publicación, la disposición legal ha seguido el *iter* que a continuación se expone.

a) Por lo que respecta al Congreso de los Diputados: la publicación del proyecto de ley lleva fecha de 17 de julio de 2020 (*BOCG. CD*. Número 27-1); la publicación de las enmiendas al articulado lleva fecha de 18 de diciembre de 2020 (*BOCG. CD*. Número 27-2); la publicación del informe de la ponencia, está fechada en el 18 de marzo (*BOCG. CD*. Número 27-3); y la aprobación por la Comisión con Competencia Legislativa Plena es del 25 de marzo de 2021 (*BOCG. CD*. Número 27-4).

b) Por lo que respecta al Senado: en orden a las enmiendas presentadas que son objeto de incorporación al texto remitido por el Congreso de los Diputados, *BOCG. Senado*, apartado I, número 185-1822, de 11/05/2021; la publicación del texto aprobado por el Senado está fechado en el 20 de mayo de 2021 (*BOCG. Senado*. Número 190). La remisión al CD de las enmiendas del Senado, lleva fecha de 20 de mayo de 2021 (*BOCG. CD. Número 27-5*) y la publicación de la aprobación definitiva por el Congreso está datada en el 31 de mayo de 2021 (*BOCG. CD*. Número 27-6).

El texto vigente tiene un antecedente significativo en el “Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, elaborado por la Comisión General de Codificación y que puede consultarse en la *Revista de Derecho civil* que dedicó al mismo un número monográfico con la participación de diversos autores (*RDC.*, 2018, vol. 5, nº 3).

A tal fin se ha optado por sistematizar el estudio con referencia a los ámbitos institucionales en los que inciden las modificaciones del articulado del Código civil. Así: el testamento (capítulo primero), la incapacidad e indignidad para suceder (capítulo segundo), el ejercicio de “*ius delationis*” (capítulo tercero), las legítimas (capítulo cuarto) y la partición hereditaria (capítulo quinto).

El estudio termina con unas consideraciones de índole general sobre la discapacidad que subyace a las reformas llevadas a cabo en el Derecho sucesorio: La discapacidad en materia sucesoria (capítulo sexto).

La tesis doctoral se acompaña de las preceptivas “conclusiones”, un elenco de la “bibliografía” citada a lo largo del trabajo y de las resoluciones judiciales mencionadas, así como de una tabla cuyo objeto es exponer la evolución seguida en la tramitación parlamentaria por los preceptos del Código civil modificados en materia sucesoria.

Es evidente que la Memoria no tiene por finalidad analizar las distintas figuras del Derecho sucesorio, sino el modo en que la reforma incide en las mismas. De ahí que el material bibliográfico utilizado se centre de modo básico en las obras de índole general que permiten encuadrar las materias modificadas. Ello teniendo en cuenta además que cuando se concluye la tesis doctoral no existe bibliografía específica sobre el texto legal en vigor que se analiza.

Con la sistemática expuesta y respondiendo a la finalidad de exponer las modificaciones que la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha llevado a cabo en materia sucesoria, en última instancia la presente tesis doctoral pretende: determinar la razón de ser de las reformas, los aspectos a los que trascienden, resolver las dudas que plantean, así como detectar los supuestos que, sin previsión por parte de legislador, resultan afectados por las alteraciones llevadas a cabo.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

PRIMERA PARTE
PAUTAS GENERALES DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

I. INTRODUCCIÓN

Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 21 de abril de 2008².

A la finalidad de adaptar dicho antecedente al ordenamiento jurídico español es a lo que responde la publicación en el BOE, con fecha de 3 de junio de 2021, de la Ley “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” (Ley 2021)³.

Sobre la citada adaptación a la Convención, en el apartado I del Preámbulo de la Ley 2021 (Pr 2021) se declara que la reforma de la legislación civil y procesal que se lleva a cabo:

“ [...] pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 [...]. La presente Ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema [...] que viene siendo objeto de atención constante en los últimos

² La CDPD dio lugar a la publicación de diversos trabajos doctrinales sobre la misma o tomándola como presupuesto; a mero título de referencia, por todos: VV. AA., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* -De Salas Murillo, coordinadora- (Madrid, 2013); MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal* (Madrid, 2014); VV. AA., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (Valencia, 2015); ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas* (Pamplona, 2015) y PARRA LUCÁN, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables* (Madrid, 2015). Asimismo, el Tribunal Supremo llevó a cabo en diversas sentencias una adaptación del régimen jurídico entonces vigente a la CDPD: entre otras, Ss. TS -pleno- 21 septiembre 2011, 8 noviembre 2017 y 3 diciembre 2020.

³ La Ley consta de ocho artículos que modifican: el primero, la Ley del Notariado; el segundo, el Código civil; el tercero, la Ley Hipotecaria; el cuarto, la Ley de Enjuiciamiento Civil; el quinto, la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad; el sexto, la Ley del Registro Civil; el séptimo, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria; y el octavo, el Código de Comercio.

Además, la Ley 2021 contiene: seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Conforme a la disposición final tercera: “*La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*”.

años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno”.

Cumpliendo la finalidad de adaptación, en el mismo apartado I del Preámbulo de la Ley 2021 (Pr 2021) se declara que el principio básico a que obedece la disposición legal que se promulga es el proclamado en el artículo 12.2 CDPD: “*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”.

De ahí que, como consecuencia, la Ley 2021 responda al propósito de “adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (apartado I Pr 2021). Mas en concreto, en el apartado III Pr 2021 se declara lo siguiente:

“ [...] el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de la persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la del apoyo a la persona que lo precise [...]”.

A ello obedece lo que constituye el núcleo básico de la reforma operada por la Ley 2021, acogido en el nuevo Título XI del Libro primero del Código civil: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Según lo establecido en el artículo 249, párrafo 1º, del Código civil resulta que tales medidas de apoyo y su correspondiente aplicación:

1º. Son referibles “*a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica*”.

2º. Deben “*estar inspiradas en el respecto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*”.

3º. Y tienen por “*finalidad permitir el desarrollo pleno*” de la personalidad de aquellos a quienes son referibles “*y su desenvolvimiento en condiciones de igualdad*”.

II. CAPACIDAD JURÍDICA, DISCAPACIDAD Y AUTONOMÍA

1. Preliminar

Como acredita su encabezamiento, por medio de la Ley 2021 se reforma la legislación civil y procesal “para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Tanto en el título expuesto, como en el articulado que lo desarrolla, se recurre a términos jurídicos que, a falta de una clara definición legal, han de ser

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

delimitados en orden a la exposición ulterior: la “capacidad jurídica” (2) y la “discapacidad” (3). A uno y otro se vincula un principio de autonomía que constituye el eje sobre el que pivota la ordenación que instaura la reforma (4).

2. Capacidad jurídica

Con el antecedente del artículo 12.2 CDPD, la Ley 2021 recurre a la expresión capacidad jurídica atribuyéndole un significado comprensivo de la capacidad jurídica -aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones- y de la capacidad de obrar -aptitud para ejercitar los derechos y obligaciones-. En efecto, tal es la orientación que asume el Pr 2021, en cuyo apartado I se declara lo siguiente:

“[...] ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”⁴.

En consecuencia, las referencias a la capacidad jurídica contenidas en la Ley 2021 deben vincularse a un sentido genérico que abarque lo que en la tradición del Derecho civil ha venido diferenciado con las expresiones “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”.

A la capacidad jurídica así entendida se aúna la consideración “de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos” (Pr 2021, apartados I y IV).

3. Discapacidad

La Ley 2021 tampoco contiene una definición de la discapacidad que constituye la base para la aplicación de las medidas de apoyo. Tras su reforma, la disposición adicional

⁴ El texto de la Observación a que hace referencia el Pr 2021 tiene el contenido siguiente:

“La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad [y] tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley [...]. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. *La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano.* Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de ésta; esas dos facetas no pueden separarse” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N° 1, 2014).

cuarta del Código civil establece en su párrafo segundo la siguiente regla general: “[...] *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*”.

Más: ¿cuándo resulta precisa la provisión de medidas de apoyo? Al respecto, PÉREZ ÁLVAREZ opina lo siguiente: de lo dispuesto en el artículo 249, párrafo 1º, Cc. que alude al defecto o insuficiencia de la `voluntad`, cabe colegir que, en cuanto sustrato de las figuras reguladas en el Título XI del Libro primero del Código civil, “la discapacidad guarda relación con las enfermedades que por incidir en la conformación de la voluntad de una persona o en la expresión de la misma requieren de una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Corrobora la interpretación expuesta el artículo 663.2º del Código civil al disponer que no puede testar la persona que *‘que no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello’*”⁵.

Por lo tanto: como regla general y sin perjuicio de matizaciones posteriores, la discapacidad resulta ligada a la voluntad necesitada de apoyo para su conformación o expresión⁶.

4. Autonomía

En congruencia con los nuevos parámetros y con fundamento en “el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad” (I Pr. 2021), se instaura el principio general según el cual es la persona con discapacidad la encargada de tomar sus propias decisiones, con los apoyos que en su caso fueran necesarios.

En relación con lo que se acaba de exponer, en el apartado I del Pr 2021 se declara:

“Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”.

⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, capítulo 17 del *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, s.n. (inédito). Agradezco al autor que me haya proporcionado los originales inéditos del citado capítulo, así como los capítulos 15 – “La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad”-, 16 –“La tutela. el defensor judicial y la guarda de hecho de los menores”- y 18 –“El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad”, también inéditos, del citado *Derecho Civil IV. Derecho de familia*. De unos y otros me he servido a los efectos de redactar la presente memoria doctoral.

⁶ Sobre la citada disposición adicional cuarta, con detalle, véase el capítulo sexto en el que se analizan los distintas formas de entender la discapacidad.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

E insistiendo en la misma idea central, en el apartado III del Pr 2021 se declara que se trata:

“ [...] de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado, se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”.

Esta orientación que asume como principio básico la consideración de la persona con discapacidad como encargada de tomar sus propias decisiones, se complementa con dos pautas: una, de índole general, afecta al modo en que habrán de actuar las personas que en su caso presten apoyo a la persona con discapacidad; la otra, de carácter específico, guarda relación con la atribución de facultades representativas.

Por lo que respecta a la primera, a las personas que en los supuestos que se hubiera previsto deban prestar apoyo, el artículo 249, párrafo segundo, del Código civil, les impone con alcance general el deber de “*actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias*” de quien requiera el apoyo, procurando que “*la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones*”, y fomentando que “*la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*”.

Y por lo que respecta a la segunda, las actuaciones de un tercero con facultades representativas en las incumbencias de la persona con discapacidad pasan a tener carácter excepcional. En concreto, la medida de apoyo comprensiva de funciones representativas solo procede “*cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona*” (art. 249, párr. 3º, Cc.).

Respecto de estos supuestos en que la medida de apoyo incluye funciones representativas, el artículo 249, párrafo tercero, del Código civil también determina el modo en que se habrá de actuar. En concreto el artículo 249, párrafo tercero, Cc. establece que “*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*”.

La autonomía de la persona con discapacidad tiene otro desarrollo que, en este caso, afecta a la ordenación de las medidas de apoyo. Según se expondrá con más detalle, la Ley 2021 reconoce al interesado la facultad de determinar las medidas de apoyo que tuviera por conveniente (cfr. art. 255, párrafo primero, Cc.), atribuyéndole como regla general carácter prioritario respecto de cualquier otra medida que la ley pudiera prever (cfr. art. 249, párr. 1º, Cc.).

En consecuencia, la voluntad del interesado en la ordenación de las medidas de apoyo reviste carácter preferente y afecta de modo directo o indirecto al modo de ejercitar las funciones quien ejerce la medida de apoyo. Así entendido, el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad pasa a ser el fundamento del régimen jurídico derivado de la Ley 2021. En este sentido, en el apartado III del Preámbulo, haciendo alusión a la reforma que el artículo segundo de la Ley 2021 lleva a cabo en el Código civil, se declara que:

“[...] es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás”⁷.

III. LAS MEDIDAS DE APOYO: INTRODUCCIÓN Y CLASES

1. Introducción

Desde el principio conforme al cual “las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones” (Pr I 2021), la Ley 2021 procede, según se expuso, a otorgar un nuevo contenido al Título XI del Libro Primero del Código civil que se redacta bajo la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

En el ámbito del Título XI del Libro Primero del Código civil: el Capítulo I acoge las “disposiciones generales” (artículos 249 a 253 Cc.); el Capítulo II, las “medidas voluntarias de apoyo” (artículos 254 a 262 Cc.); el Capítulo III, la “guarda de hecho de las personas con discapacidad” (artículos 263 a 267 Cc.); el Capítulo IV, la “curatela” (artículos 268 a 294 Cc.); el Capítulo V, el “defensor judicial de la persona con discapacidad” (artículos 295 a 298 Cc.); y el Capítulo VI comprende un único precepto que tiene por objeto regular la “responsabilidad por daños causados a otros” por la persona con discapacidad (artículo 299 Cc.).

2. Clases

En el contexto descrito, por medio del artículo 249, párrafo primero, el Código civil asume la distinción entre dos tipos de medidas de apoyo: las voluntarias, por una parte, y las de origen legal o judicial, por otra (cfr. art. 249, párrafo 1º, Cc.).

Las medidas voluntarias son aquellas que proceden del interesado. Más en concreto, establece el artículo 250, párrafo 2º, del Código civil que las “*medidas de apoyo de*

⁷ El legislador confiesa la pretensión de que la actuación de los profesionales del Derecho –“jueces y magistrados, personal al servicio de la administración de justicia, notarios, registradores”- se lleve a cabo “partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas” (I Pr. 2021).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quien debe prestarle apoyo y con qué alcance”.

Por su parte, el artículo 250, párrafo 1º, del Código civil dispone que, además de las naturaleza voluntaria, son medidas de apoyo “la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”, considerándolas en particular del siguiente modo:

La guarda de hecho “*es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*” (artículo 250, párrafo 4º, Cc.).

La curatela “*es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado*”. La extensión de la misma resultará de la correspondiente resolución judicial a la vista de la situación, circunstancias y necesidad de la persona que precisa el apoyo (artículo 250, párrafo 5º, Cc.).

Y el defensor judicial es una “medida formal de apoyo”, cuyo nombramiento procederá “*cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente*” (art. 250, párrafo 6º, Cc.).

Por lo tanto: medidas voluntarias y medidas con un origen diferente. No obstante, la voluntad de la persona con discapacidad afecta a la actuación de las medidas de origen legal y judicial. Entre otras cosas: porque, tal y como se adelantó, la voluntad de la persona con discapacidad condiciona siempre el ejercicio de las funciones de quien deba prestarle apoyo; y porque, a efectos de las medidas a adoptar por la autoridad judicial, habrá de atenderse a la “voluntad, deseos y preferencias” de la persona que precise el apoyo (art. 268, párr. 1º, Cc.). Además, las medidas voluntarias, de un lado, y las legales y judiciales, por otro, no forman compartimientos estancos: como se expondrá, unas y otras pueden relacionarse entre sí⁸.

IV. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS

1. Preliminar

⁸ Al respecto, véase el apartado VII. Por otra parte, el Código civil somete las medidas de apoyo a una serie de principios comunes. Además de las que ya han sido expuestos con referencia al modo de actuar de las personas que prestan apoyo, cabe reiterar aquí las siguientes pautas: toda medida deberá estar inspirada en el respecto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, respondiendo a la finalidad de permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la persona que las precise, así como al desenvolvimiento jurídico de las mismas en condiciones de igualdad (cfr. art. 249, párr. 1º, Cc.).

La Ley 2021 dedica el Capítulo II del Título XI a las “medidas voluntarias de apoyo”, estructuradas en dos secciones de las que la primera tiene como referentes las “disposiciones generales” (artículos 254 y 255 del Código civil).

En dicha sede, a las medidas que responden a la propia voluntad del interesado se refiere con carácter general el artículo 255, párrafo primero, del Código civil estableciendo: “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes*”⁹.

Con fundamento en la autonomía que reconoce el artículo 255, párrafo segundo, del Código civil que se acaba de transcribir, cualquier interesado está facultado para disponer todo tipo de actuaciones; entre otras: “desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad [...], el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la personas con discapacidad”, y ello para atender “no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria -domicilio, salud, comunicaciones, etc.”- (Pr III 2021)¹⁰.

Sea cual fuese la medida que ordene, el artículo 255, párrafos 2º y 3º, del Código civil faculta también al interesado para determinar: el régimen de actuación, las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar el apoyo, la forma de ejercitarlo, las medidas u órganos de control que estime oportunos, las salvaguardas necesarias, así como los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo.

De entre las medidas procedentes de la voluntad del interesado hay dos que cobran un relieve especial y a los que la Ley 2021 atiende de un modo singular: los poderes y mandatos preventivos, que se tratan a continuación, y la autotutela que, siguiendo la ordenación del Código civil, será objeto de consideración con referencia a la tutela. A unos y otros se alude en el apartado III del Pr. 2021:

⁹ Comentando el citado artículo, entiende PEREZ ÁLVAREZ que del mismo se deduce “que las medidas voluntarias pueden responder a la ‘previsión’ de la persona interesada que las dispone para el caso de necesitar apoyo en un futuro -poderes preventivos, o reglas que se habrán de aplicar de proceder la constitución de la tutela, por ej.-. Pero también pueden obedecer -continúa el citado autor- a que el interesado las ‘acuerda’, por apreciar que concurren circunstancias que le están dificultando el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás -ordenación de acompañamiento amistoso por un tercero, o delegación de determinadas decisiones, v.gr.-“ (PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, capítulo 17 del *Derecho Civil IV. Derecho de familia*, s.n., cit.).

¹⁰ Resaltando la dualidad apuntada, en el apartado III se declara: “Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales [...]”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

“Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela”¹¹.

Así las cosas, la distinción entre las medidas voluntarias y las demás cobra una relevancia singular por cuanto las “*de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate*” (artículo 249, párr. 1º, del Código civil).

Por lo tanto, existiendo medidas voluntarias que atiendan a la totalidad del apoyo no serán de aplicación las judiciales y legales. Estas últimas habrán de reconducirse a los casos en que no haya medidas procedentes del interesado o, habiéndolas, resultan insuficientes a efectos a cubrir el apoyo que requiere la persona con discapacidad¹².

Al fin de hacer operativo el principio de prioridad de las medidas voluntarias, el artículo 255, párrafo 4º, del Código civil impone al notario autorizante el deber de comunicar al Registro Civil, “de oficio y sin dilación”, el documento público que contenga las medidas de apoyo a los efectos de su constancia en el registro individual del otorgante. Con referencia al citado deber, en el apartado V Pr. 2021 se declara lo siguiente:

“El Registro Civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. No obstante, el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, han llevado a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida”¹³.

2. En particular, los poderes y mandatos preventivos

¹¹ Sobre las previsiones de “autotutela”, poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, véase la Disposición transitoria tercera de la Ley 2021.

¹² Con más detalle, véase el apartado VII.

¹³ Contemplando la inscripción en el registro individual del interesado del “*documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, la propuesta de nombramiento de curador y el apoderamiento preventivo*”, véase art. 77 LRC. Como complemento de lo establecido por el art. 255, párrafo 4º, del Código civil, en relación con los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo, el art. 758.1 Lec., dispone que una vez admitida la demanda “*el letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas*”.

La Ley 2021, dedica la sección segunda del Capítulo II del Título XI a regular los “poderes y mandatos preventivos” (art. 256 a 262 Cc.). De lo establecido en los artículos 256 y 257 del Código civil se deduce que, a los efectos de que la persona interesada pueda atender a su discapacidad, los poderes preventivos pueden revestir una doble modalidad:

Por medio de la primera, al atribuir el poder, el poderdante puede incluir una cláusula de subsistencia del poder para el caso de que llegara a precisar apoyo; artículo 256 del Código civil: *“El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”*.

Por medio de la segunda, el poderdante condiciona la eficacia del poder para el caso de que en un futuro precisase apoyo; artículo 257 del Código civil: *“El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad”*.

En orden a la exposición ulterior conviene resaltar que a los poderes preventivos le son aplicables las siguientes reglas:

1ª. Habrán de ser otorgados en escritura pública (artículo 260, párrafo 1º, Código civil).

2ª. Para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se atenderá a las previsiones del poderdante (artículo 257 Código civil).

3ª. Además de las facultades que otorgue, el interesado podrá, entre otras cosas, establecer condiciones e instrucciones para su ejercicio, medidas u órganos de control, o formas específicas de extinción del poder (artículo 258, párrafo 3º, Código civil).

4ª. El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la facultad de encomendar la realización de uno o varios actos a terceras personas. Sin embargo, no son delegables las facultades cuyo objeto sea la protección de la persona (art. 261 Código civil).

5ª. Salvo disposición en contrario de la persona que los hubiera ordenado, si los poderes comprendieran todos los negocios del otorgante, de sobrevenir la situación de necesidad de apoyo se aplicarán las reglas de la curatela en lo que no se hubiera previsto en el poder (artículo 259 Código civil).

6ª. Los poderes mantienen su vigencia aunque se constituyan otras medidas de apoyo a favor del poderdante; tanto si se trate de medidas establecidas judicialmente, o previstas por el propio interesado (artículo 258, párrafo 1º, Código civil).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Ahora bien, las medidas de prevención procedentes de la persona en situación de discapacidad pueden ordenarse por medio de mandato, de ahí que a tales supuestos resulte de aplicación el régimen jurídico de los poderes preventivos.

Al respecto, el artículo 262 del Código civil establece lo siguiente: “*Lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder*”. Y, por su parte, la nueva redacción otorgada al artículo 1.732 del Código civil salva los mandatos preventivos de la extinción que contempla: “*El mandato se acaba: [...] 5º. Por la constitución a favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos*”.

V. LAS MEDIDAS LEGALES Y JUDICIALES

1. Introducción

En este ámbito procede tratar aquellas medidas de apoyo que el artículo 249, párr. 1º, del Código civil califica como “de origen legal y judicial” a las que, según se expuso, el artículo 250 del Código civil refiere: “la guarda de hecho de las personas con discapacidad” (2), “la curatela” (3) y el “defensor judicial de las personas con discapacidad” (4).

2. La guarda de hecho de las personas con discapacidad

En la práctica, el apoyo a las personas en situación de discapacidad suele ser prestado por un guardador de hecho que, de modo habitual, es algún familiar que carece de investidura legal al respecto. El apartado III del Pr 2021 se hace eco de la citada situación en lo términos siguientes:

“La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que lo componen, especialmente en lo que atañe a los miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”.

En el Capítulo III, del Título XI, los artículos 263 a 267 del Código civil regulan la “guarda de hecho de las personas con discapacidad”, asumiendo un régimen jurídico caracterizado por la finalidad de intensificar la figura. Así se reconoce de modo expreso en el apartado III del Pr 2021:

“ [...] conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad”.

En esta línea, el artículo 263 del Código civil contempla la guarda de hecho atribuyéndole, en determinadas circunstancias, un principio de subsistencia: “*Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente*”.

Sobre las consecuencias del precepto se volverá más adelante¹⁴. A efectos del presente estudio interesa resaltar la facultad que el artículo 264, párr. 1º, del Código civil reconoce al guardador de hecho para realizar actuaciones representativas obteniendo la autorización judicial correspondiente: “*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso [...]*”.

Haciendo referencia al supuesto descrito en el artículo 264, párrafo primero, del Código civil, en el apartado III Pr 2021 se declara:

“Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

En relación con la mencionada autorización judicial, el artículo 264, párrafo 1º, del Código civil dispone que “*podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad*”. Y junto con lo anterior, el artículo 264, párr. 2º, del Código civil exige al guardador de hecho recabar autorización judicial para prestar consentimiento en los actos que enumera el artículo 287 del Código civil; es decir: aquellos actos para los que el curador que ejerce funciones de representación necesita de modo necesario autorización judicial.

3. La curatela

3.1. Consideraciones generales

¹⁴ Véase apartado VII.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

La curatela es una medida formal referible a las personas con discapacidad necesitadas de apoyo de modo continuado (art. 250, párr. 5º, Cc.) que habrá de constituirse mediante resolución judicial motivada (art. 269, párr. 1º Cc.), determinando la extensión de la medida de apoyo en armonía con la situación, circunstancias y necesidades de la persona con discapacidad (arts. 250, párr. 5º, Cc.).

Así descrita, la curatela es una medida de carácter subsidiario: la autoridad judicial solo podrá proceder a su constitución mediante resolución motivada “*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*” (art. 269, párr. 1º, Cc.). Mas sin que ello sea incompatible con la relevancia que se otorga a la figura, ni con la extensión con la que se regula. Al respecto, en el apartado III del Pr 2021 se declara:

“La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”.

A los efectos de explicitar el contenido de la curatela en el procedimiento de provisión de apoyos, la correspondiente resolución la autoridad judicial:

1º. Habrá de determinar “*los actos para los que la persona requiera asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo*” (art. 269, párr. 2º, Cc.).

2º. Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible, “*determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad*” (art. 269, párr. 3º, Cc.)¹⁵.

En relación con la consideración de la mera asistencia como regla general frente a la atribución al curador de funciones representativas como excepción, que resulta de los preceptos anteriores, en el apartado III Pr 2021 se declara:

“El propio significado de la palabra curatela -cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas”.

¹⁵ En la misma orientación, el artículo 287 del Código civil dispone que la resolución judicial determinará los actos para los que el curador que ejerza funciones de representación necesitará autorización judicial que, de modo necesario, se extenderá a los actos que enumera el propio artículo 287 Cc.

3°. “Los actos en lo que el curador deba prestar apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación” (art. 269, párrafo 4°, Cc.).

4°. Y ello, sin que en ningún caso se pueda incluir en la resolución judicial “la mera prohibición de actos” (art. 269, párr. 5°, Cc.)¹⁶.

5°. Además, la propia resolución u otra posterior, a los efectos de garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida, establecerá “las medidas de control que estime oportunas” (art. 270, párr. 1°, Cc.).

3.2. El ejercicio de la curatela

Junto con lo expuesto, por medio de los artículos 271 a 294, el Código civil regula con detalle el régimen de la curatela con referencia al nombramiento del curador, el ejercicio de la curatela y su extinción. Al margen de las que serán consideradas más adelante, a efectos de esta memoria doctoral interesa destacar las siguientes reglas referentes a la actuación del curador:

1ª. Además de estar obligado a mantener contacto personal con aquel a quien presta apoyo, deberá desempeñar las funciones que se le hubieran encomendado con la diligencia debida (art. 282, párr. 2°, Cc.).

2ª. En el ejercicio de sus funciones de asistencia deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que presta el apoyo (art. 282, párr. 3°, Cc.).

3ª. Deberá procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de decisiones, así como fomentar las aptitudes de la misma de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282, párrafos 3° y 4°, del Código civil).

3.3. La autocuratela

Aun siendo la curatela una medida judicial, el régimen jurídico que la Ley 2021 establece para la misma reviste en determinados aspectos carácter dispositivo, por cuanto, puede ser excluido por las personas a quienes va referida. Por lo tanto, a la persona

¹⁶ A partir de la entrada en vigor de la Ley 2021, las posibles prohibiciones derivadas del régimen jurídico derogado resultan ineficaces. Ello es así por cuanto la Disposición transitoria primera de la Ley 2021 establece lo siguiente: “A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

interesada se le facultad para gobernar mediante disposiciones voluntarias la curatela: “autocuratela”.

Al respecto, los artículos 271 a 274 del Código civil concretan el ámbito y el régimen de la autocuratela. Por lo que concierne a su extensión, a la persona mayor de edad o menor emancipada se le permite:

Proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas a los efectos de ejercitar la función de curador, así como designar sustitutos para los mismos (arts. 271 y 273 Cc.)¹⁷.

Y establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela; en especial, “sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo” (art. 272, párr. 2º, Cc.).

Al constituir la curatela, la autoridad judicial estará vinculada por las disposiciones que hubiera ordenado la persona interesada al amparo de la autocuratela (art. 272, párr. 1º, Cc.).

Como excepción: de oficio, a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, mediante resolución motivada la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las citadas disposiciones. Pero ello: “si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones” (art. 272, párr. 2º, Cc.)¹⁸.

¹⁷ El art. 277 del Código civil permite que se proponga el nombramiento de más de un curador “si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican”, pudiendo separarse los cargos de “curador de la persona” y “curador de los bienes”.

¹⁸ Reiterando al tratar el nombramiento de curador lo establecido con alcance general por el precepto citado, el art. 276 del Código civil establece: “La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 272”. Mas, a tales efectos, en su inciso final, el artículo 276 del Código civil establece además que “la autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275”. Este último artículo contempla las prohibiciones para ser curador, de manera que con el ámbito que en algunos casos deja al arbitrio judicial, el nombramiento de curador no podría recaer en quienes incurriesen en las mismas.

Pero además de lo anterior, el artículo 275 Cc. en su apartado inicial dispone con alcance general lo siguiente: “Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función”. En consecuencia, además de por las circunstancias contempladas en el art. 272, párr. 2º, Cc. la autoridad judicial podría excluir a las

4. El defensor judicial de las personas con discapacidad

Y como última medida de apoyo, la Ley 2021 contempla el defensor judicial con referencia a las personas con discapacidad. Al respecto, en el apartado III del Pr 2021 se declara:

“En el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad -2º-, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza -1º-”.

Además de los dos casos a que hace referencia el Pr 2021, el artículo 295 del Código civil prevé el nombramiento de defensor judicial: durante la tramitación de la excusa alegada por el curador (art. 295.3º Cc.) o de la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad (art. 295.4º Cc.), y cuando la persona con discapacidad requiriese el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente (art. 295.5º Cc.).

VI. REFERENCIA A LA PROVISION JUDICIAL DE APOYOS

La Ley 2021 sustituye “los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad” (V Pr 2021). En caso de inexistencia de oposición, la provisión judicial de apoyos se rige por lo dispuesto en la legislación de la jurisdicción voluntaria.

A tales efectos, en el Capítulo III bis, la Ley 2021 incorpora un nuevo expediente al Título II de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria: “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”. El expediente es referible a los “*casos en que sea pertinente la provisión de una medida de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad*” (art. 42 bis.a.1 LJV)¹⁹.

De la prioridad a que en este punto responde la Ley 2021 y la orientación asumida al respecto se refleja en el apartado V Pr 2021 del siguiente modo:

“Se trata, por tanto, de una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e

personas designadas por la persona interesada para ser curador cuando valorase que carecen de aptitud para el ejercicio de la curatela.

¹⁹ El art. 42 bis.a.3 LJV dispone que el expediente podrá promoverlo “*el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos*”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Todo ello sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio”²⁰.

Por su parte, el Libro IV, Título I, Capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento civil pasa a regular “los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”, cuyo referente son los supuestos en que “*sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse*” (art. 756.1 Lec.)²¹.

En lo que atañe a su conclusión, el artículo 760 Lec. establece lo siguiente: “*Las medidas que adopte la autoridad judicial deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables*”²². Y al respecto, el artículo 268 del Código civil dispone que las medidas a tomar por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos:

1º. Habrán de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetando siempre su máxima autonomía y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (cfr. art. 268, párr. 1º, Cc.).

²⁰ En orden a las medidas cautelares a adoptar cuando el Tribunal competente tuviera conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiriese medida de apoyo, el art. 762.1 Lec. dispone que “*adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria*”.

²¹ Además del Ministerio Fiscal en su caso -véase art. 757.2 Lec.-, el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad “*puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, su descendiente o hermano*” (art. 757.1 Lec.).

Ahora bien, las personas legitimadas para instar el proceso o quienes acrediten un interés legítimo también podrán intervenir a su costa en el que ya se hubiera iniciado (art. 757.4 Lec.). Comentando esta última norma, en el apartado V Pr 2021 se declara que por medio de la misma se pretende evitar:

“ [...] que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona con discapacidad, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar en el proceso dada su condición de parte y otros, en cambio, solo podían ser oídos en fase de prueba”.

²² La remisión en este punto a las normas del Código civil, es justificada en el apartado V Pr 2021 del siguiente modo:

“ [...] a diferencia de lo que sucedía en la normativa anterior, el contenido de la sentencia que ha de dictar el Juez se remite a las normas de Derecho Civil que resulten de aplicación, al considerarse una cuestión más de Derecho sustantivo que procesal”.

La misma remisión se contiene en el art. 42 bis.c.1 LJV respecto del auto que ponga fin al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

2º. Tendrán que ser revisadas periódicamente en un plazo de tres años, si bien, de manera excepcional y motivada, se podrá establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años (cfr. art. 268, párr. 2º, Cc.).

3º. Además, las medidas se revisarán cuando requieran una modificación debido a un cambio en la situación de la persona (cfr. art. 268, párr. 3º, Cc.)²³.

En este punto se debe resaltar que, tal y como se anticipó, la resolución judicial no puede tener un contenido negativo. A este respecto, en el apartado III del Pr. 2021 se declara lo siguiente:

“Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos”.

Además de lo anterior, conforme al artículo 72.1 LRC: *“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 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”*. Practicadas las inscripciones, las citadas resoluciones serán oponibles frente a terceros (artículo 73 LRC)²⁴.

VII. JERARQUÍA DE LAS MEDIDAS DE APOYO. INDEPENDENCIA Y CONFLUENCIA DE LAS MEDIDAS

1. La jerarquía de las medidas de apoyo

Según se anticipó, el artículo 249, párrafo 1º, del Código civil establece que las medidas *“de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”*. Por su parte, el artículo 255, párrafo 5º, del Código civil dispone: *“Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad adoptar otras supletorias o complementarias”*. Y, en relación con la guarda de

²³ Asimismo: en relación con los expedientes de provisión de medidas judiciales de apoyo, sobre la revisión de las adoptadas en el auto, véase art. 42 bis.c LJV; y, en relación con los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo, sobre la revisión de las medidas contenidas en la sentencia, véase art. 761 Lec.

²⁴ En relación con los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estuvieran tramitando a la entrada en vigor de la Ley 2021, la Disposición transitoria quinta establece que *“se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de las sentencias, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”*.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

hecho ejercitada de modo adecuado, el artículo 263, párrafo primero, del Código civil contempla un principio de continuidad “*incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente*”.

Con fundamento en los citados artículos, PÉREZ ÁLVAREZ aplica a las medidas de apoyo el siguiente orden jerárquico que es el asumido en la presente memoria doctoral:

1º. En relación con las medidas de apoyo que habrán de aplicarse, gozan de prioridad las procedentes de la voluntad del interesado.

2º. La aplicación de las demás medidas debe reconducirse a los casos en que no existieran medidas voluntarias o, existiendo, fueran insuficientes²⁵.

3º. Los supuestos de inexistencia o insuficiencia de las medidas voluntarias se habrán de solventar, de existir, con la guarda de hecho que supusiera un apoyo suficiente.

4º. Solo en defecto de lo anterior, la autoridad judicial procederá a adoptar otras medidas que suplan la inexistencia de las voluntarias o que complementen sus carencias²⁶.

Pero además, de lo establecido en el artículo 255.5º del Código civil resultaría que, antes que la curatela, procedería el recurso al defensor judicial cuando la persona con discapacidad solo requiriese el establecimiento de medidas de apoyo de modo ocasional.

2. Independencia y confluencia de las medidas

Las medidas de apoyo voluntarias, legales o judiciales actúan en ocasiones de modo exclusivo. Así sucederá, por ejemplo: cuando los poderes preventivos fueran suficientes a los efectos de prestar el apoyo, o se nombrara defensor judicial debido que la persona con discapacidad únicamente requiriese medidas de apoyo con carácter ocasional.

Pero las medidas de apoyo voluntarias, legales y judiciales no conforman compartimentos estancos y en ocasiones pueden confluír. En efecto, de la exposición precedente se deduce lo siguiente:

²⁵ Al respecto, escribe el citado autor lo siguiente: “al margen de los supuestos de falta de medidas de apoyo voluntarias, pueden existir casos de insuficiencia de las mismas debido a que no llegan a cubrir la totalidad del apoyo necesario; así sucederá, por ejemplo, si el interesado se hubiera limitado a proponer el nombre de la persona que habrá de ejercer en su caso la curatela, o hubiera otorgado poderes preventivos únicamente en relación con ciertos negocios. De ahí que en tales casos resulte necesario recurrir a medidas complementarias de apoyo” (PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, cit., s.n.).

²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, s.n., cit.

Las medidas de apoyo que el propio interesado hubiera acordado al amparo del artículo 255 del Código civil pueden conjugarse con las normas que rigen la curatela; la guarda de hecho puede complementarse con la autorización judicial para que el guardador actúe como representante de la persona con discapacidad; y la intervención del defensor judicial de la persona con discapacidad se combina con las demás medidas de apoyo cuando concurren las circunstancias previstas en la ley para el nombramiento de defensor en el caso concreto.

VIII. OTRAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA

1. Preliminar

El título que acompaña a la Ley 2021 refiere la reforma a la legislación relativa al apoyo a las personas con discapacidad, pero, como corolario, la citada disposición legal modifica otros preceptos del Código civil que afectan al objeto de la presente memoria doctoral. En lo que a tales efectos tiene relevancia, la reforma afecta a la patria potestad y a la tutela (2), así como al tratamiento otorgado a la prodigalidad (3)

2. Patria potestad y tutela

Se encuentren o no en situación de discapacidad, la protección de los menores se atiende ahora por medio de la patria potestad y, subsidiariamente, a través de la tutela. Esta nueva ordenación contrasta con el régimen derogado en el que una y otra podían tener otros destinatarios.

Por lo que respecta a la patria potestad, no era referible de modo exclusivo a los menores no emancipados: se contemplaba su prórroga o rehabilitación en relación con los hijos mayores de edad “incapacitados”. Suprimida tanto su prórroga como su rehabilitación, en el nuevo contexto legal la patria potestad se hace referible con carácter exclusivo a los “*hijos no emancipados*” (art. 154, párrafo primero, Cc.), ajena por tanto a los hijos mayores de edad en situación de discapacidad.

Por lo que concierne a la tutela, el régimen derogado la extendía a los “incapacitados”, cuando la sentencia así lo hubiera establecido. En la nueva ordenación legal, la tutela deja de tener relación alguna con las personas mayores de edad con discapacidad, siendo ajena a las medidas de apoyo previstas para ellas. En consecuencia, la tutela se configura como una institución que, en relación con los menores no emancipados, cubre los supuestos de carencia de patria potestad; artículo 199 Cc: “*Quedan sujetos a tutela: 2º. Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad*”.

Justificando este aspecto de la reforma referente a la patria potestad y a la tutela, en el apartado III del Pr 2021 se declara:

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

“[...] se eliminan del ámbito de la discapacidad, no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello por lo que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

Por consiguiente: a partir de la Ley 2021 la patria potestad y la tutela se configuran como las instituciones a través de las cuales se otorga protección a los menores de edad no emancipados, quedando reservadas las medidas de apoyo para “*las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad*” (art. 249, párr. 1º, Cc.).

Pero el régimen institucional asignado a los menores no emancipados se complementa con otras dos figuras. Bajo el encabezado “De la tutela y de la guarda de los menores”, el Título IX del Libro primero del Código civil, tras regular en el Capítulo I la tutela, dedica: el Capítulo II al defensor judicial del menor (arts. 235 y 236) y el Capítulo III a la guarda de hecho del menor (arts. 237 y 238 Cc.).

Por lo que respecta al defensor judicial, se prevé su nombramiento: para solventar la existencia de conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales; cuando el tutor no desempeñase sus funciones; y a los efectos del complementar en ciertos casos la capacidad del menor emancipado cuando lo requiera (cfr. art. 235 Cc.).

Y por lo que respecta a la guarda de hecho del menor, el artículo 237.1 del Código civil atribuye a la autoridad judicial la posibilidad de requerir al guardador información sobre la persona y bienes del menor, establecer medidas de control y vigilancia, y asignarle facultades tutelares.

Una y otra figura se integran con las normas que el Código civil dedica al defensor judicial (cfr. art 236 Cc.) y a la guarda de hecho de las personas con discapacidad (cfr. art. 238 Cc.).

Por lo tanto, con referencia a los menores no emancipados: patria potestad, tutela, guarda de hecho y defensor judicial. Se observa que el defensor judicial y la guarda de hecho se contemplan en dos ámbitos distintos: entre las medidas de apoyo con referencia a las personas con discapacidad, y entre las medidas referentes a los menores no emancipados.

3. Entre la patria potestad o la tutela y la provisión de apoyos

Según se ha podido comprobar, La Ley 2021 delimita de forma nítida las personas a quienes quedan referidas las figuras que contempla: la patria potestad y la tutela a los menores no emancipados con independencia de su situación; las medidas de apoyo, a las personas mayores de edad o emancipadas que por razón de discapacidad las necesiten para el adecuado ejercicio de su capacidad.

Siendo así, una vez extinguida la patria potestad o la tutela procedería, en su caso, constituir la medida de apoyo que fuera procedente para el mayor de edad o emancipado en situación de discapacidad. No obstante, sin perjuicio del posible juego de la guarda de hecho, el Código civil arbitra un medio con el fin de cubrir el vacío que pudiera existir entre la extinción de la patria potestad o la tutela y la constitución de la medida de apoyo que procediera.

En efecto, el artículo 254 del Código civil dispone lo siguiente: *“Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a la tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar [...] la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad [...].*

Exigiéndose la participación del menor en el proceso, el citado “acuerdo” puede obedecer a la petición del propio menor, progenitores, tutor o del Ministerio Fiscal y presenta una excepción: el caso en que siendo mayor de dieciséis años el propio menor hubiera hecho sus propias previsiones para cuando alcanzase la mayoría de edad (art. 254, *in fine*, Cc.).

Por el medio que prevé el artículo 254 del Código civil se puede pasar sin interrupción desde la patria potestad o la tutela a la que estaba sujeto un menor de edad con discapacidad a la aplicación de la medida de apoyo que procediera.

4. El tratamiento de la prodigalidad

En el PL 2021 se contemplaba la prodigalidad a la que dedicaba el Título XII del libro primero bajo la siguiente rúbrica “De la asistencia en caso de prodigalidad” comprensivo de dos preceptos (arts. 300 y 301 PL 2021).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

En dicho contexto, la prodigalidad era definida como “aquella situación en que se encuentra una persona cuya conducta se caracteriza por la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada, cuando se ponga en riesgo el derecho de alimentos de parientes” (art. 300, párr. primero, PL 2021).

A partir de ahí se preveía para la prodigalidad el siguiente régimen jurídico:

1º. En la resolución que declarase la prodigalidad se nombraría a la persona que hubiera de asistir al pródigo y se determinarían los actos que no pueda realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle (artículo 300, párr. 2º, PL 2021).

2º. La autoridad judicial decretaría la extinción de la asistencia cuando la conducta del pródigo la hiciera innecesaria (artículo 300, párr. 3º, PL 2021).

3º. Al asistente del pródigo se le habrían de aplicar de modo supletorio las normas del curador en lo que resultasen compatibles con su función patrimonial (artículo 301 PL 2021).

Mas, en su paso por el Congreso de los Diputados la prodigalidad pierde su consideración específica. Las razones de la supresión se encuentran en el apartado III del Pr 2021 en el que se contiene la siguiente declaración:

“ [...] se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”²⁷.

Es decir: aun cuando no se contemple de modo específico, la prodigalidad es una situación que, de existir, puede ocasionar la aplicación de las medidas de apoyo que contempla la Ley 2021.

En particular, tras la Ley 2021 los casos de prodigalidad pueden ser cubiertos, por ejemplo:

Mediante la aplicación de la curatela para el pródigo con la atribución al curador de las funciones de apoyo que la autoridad judicial estime pertinentes.

²⁷ En virtud de la Disposición derogatoria única.2 Ley 2021: “[...] queda derogada toda regulación de la prodigalidad contenida en cualquier norma del ordenamiento jurídico”.

O también con el nombramiento de un defensor judicial por tratarse de un supuesto que requiere el establecimiento de una medida de apoyo con carácter ocasional, aunque sea recurrente (cfr. art. 295.5º Cc.)²⁸.

IX. LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Preliminar

En relación con el régimen jurídico expuesto no se debe orillar la existencia de medidas que, cerrando el sistema, responden a la finalidad de atender a los casos extremos en los que fallan las providencias ordinarias. A dicha finalidad obedecen la tutela administrativa (2) y las funciones encomendadas a las entidades públicas en relación con las medidas de apoyo (3).

2. La tutela administrativa

En artículo 199.1º del Código civil dispone que quedan sujetos a tutela: “1º. *Los menores no emancipados en situación de desamparo*”. Y vinculando la citada tutela a las personas a quien corresponde, el artículo 222, párrafo primero, del Código civil, establece: “*La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores*”²⁹.

Las consecuencias que conlleva la tutela administrativa y su posible incidencia en algunas cuestiones del Derecho sucesorio serán objeto de consideración en el lugar oportuno³⁰. Baste decir aquí, siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ lo siguiente:

“la tutela pública actúa como una medida administrativa de cobertura por la que se otorga amparo a un menor cuando, para su protección, no han sido suficientes - por falta de ejercicio de las funciones correspondientes o debido a un ejercicio

²⁸ En orden al Derecho transitorio, véanse: respecto de los tutores, curadores, defensores judiciales, guardadores de hecho, situaciones de patria potestad prorrogada o rehabilitada y de las declaraciones de prodigalidad, la Disposición transitoria segunda; según adelantamos, respecto de las previsiones de “autotutela”, poderes y mandatos preventivos, la Disposición transitoria tercera; respecto de la revisión de las medidas ya acordadas, la Disposición transitoria cuarta; y respecto de los procesos en tramitación, la Disposición transitoria quinta.

²⁹ En similar orientación, art. 172 Cc. Sobre el desamparo me remito a lo que se expondrá en el capítulo II de la segunda parte de la memoria. Aquí solo señalar que la asunción de esta tutela pública conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria a que estuviera sujeto el menor (art. 172.1, párrafo tercero, del Código civil).

³⁰ Véase el citado capítulo II de la segunda parte de la memoria.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

deficiente- las instituciones ordinarias previstas por el Código civil, ocasionando su desprotección moral o material”³¹.

3. Las entidades públicas y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad

La intervención pública también puede resultar necesaria en relación con las personas con discapacidad que, careciendo de apoyo, lo precisasen con carácter inmediato. Con el fin de atender a tales situaciones, el artículo 253 del Código civil establece: “*Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas*”.

En la misma orientación, con el fin de evitar las situaciones de vacío que pudieran derivarse de los supuestos en que el curador se excusase o fuese removido de su cargo, el artículo 281, párrafo tercero, Cc. establece: “*En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal*”.

La norma se complementa con lo establecido en el artículo 281, párrafo 4º, del Código civil que impide a la entidad pública escudarse en excusa alguna para liberarse del ejercicio del apoyo que se le atribuye: “*No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública*”.

En relación con los preceptos citados, concluye PÉREZ ÁLVAREZ lo siguiente:

“La admisión de la excusa al cargo de curador, a su ejercicio, o la remisión de quien hubiera sido nombrado para ejercitar los apoyos, podría desembocar en una situación de desprotección o indefensión de la persona necesitada de apoyo -v.gr. por dificultad o imposibilidad a los efectos de poder nombrar defensor judicial *ex art. 295 Cc.* o de persona que asuma la curatela-. Con el fin de atender a los citados supuestos, el art. 281, párr. 3º, Cc. impone a la autoridad judicial actuar de oficio recurriendo a la colaboración: ‘necesaria’ de los llamados a desempeñar los apoyos; y, de no poder contar con ellos, con la ‘inexcusable’ de los organismos o entidades

³¹ “La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad”, capítulo 15 del *Derecho Civil IV. Derecho de familia*, cit., s.n.

públicas competentes y del Ministerio Fiscal.- En todo caso, en última instancia la prestación de apoyos resultará garantizada mediante la asignación *ex art. 253 Cc.* a la entidad pública competente a la que, con el fin de garantizar la cobertura de la persona con discapacidad, el art. 281, *in fine*, Cc. le impide excusarse”³².

Hasta aquí el marco legal en el que se enmarcan las reformas que la Ley 8/2021, de 2 de junio, introduce en el ámbito del Derecho sucesorio que se pasan a analizar a continuación.

³² PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, capítulo 17 del *Derecho Civil IV. Derecho de familia*, cit., s.n. Por otra parte, como complemento del régimen jurídico que se ha expuesto en esta primera parte: respecto de la “habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial”, véanse los artículos 27 a 32 LJV; respecto de “la tutela, curatela y la guarda de hecho”, véanse los artículos 43 a 52 LJV; respecto de “la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad”, véanse los artículos 61 a 66 LJV; y respecto de “las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad”, véanse los artículos 87 a 89 LJV.

SEGUNDA PARTE
EL DERECHO SUCESORIO

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

PREÁMBULO

Tal y como se anticipó en la Presentación, tomando como fundamento la exposición precedente se dedica esta segunda parte de la Tesis doctoral al análisis concreto de las reformas llevadas a cabo por la Ley 2021 en el Derecho Sucesorio.

A tal fin se sistematiza el estudio con referencia a los ámbitos institucionales en los que inciden las modificaciones del articulado del Código civil en la materia sucesoria. Así: el testamento (capítulo primero), la incapacidad e indignidad para suceder (capítulo segundo), el ejercicio del *ius delationis* (capítulo tercero) las legítimas (capítulo cuarto) y la partición de la herencia (capítulo quinto).

Esta segunda parte concluye con unas consideraciones de índole general sobre la discapacidad que subyace a las reformas llevadas a cabo en el Derecho Sucesorio (capítulo sexto).

Según se podrá ir comprobando, el tratamiento otorgado por la Ley 2021 al Derecho sucesorio no puede ser sino la proyección en la citada materia de las pautas básicas de la reforma. Haciéndose eco de dicha consideración y extendiéndola a la materia de contratos, en el apartado IV del Preámbulo de Ley 2021 se declara lo siguiente:

“Particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva”.

**CAPÍTULO PRIMERO:
EL TESTAMENTO**

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CAPÍTULO PRIMERO: EL TESTAMENTO

I. INTRODUCCIÓN

La figura objeto de consideración en este capítulo es definida por el artículo 667 del Código civil del siguiente modo: “*El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento*”³³. Con el fin de favorecer la *testamentifactio* activa de las personas en situación de discapacidad, la Ley 2021 reforma determinados preceptos del Código civil, secundados por modificaciones en la Ley del Notariado y en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Las mencionadas modificaciones guardan relación: con la capacidad para testar - artículos 663 y 665 del Código civil- (II); el testamento abierto ordinario -artículos 695 y 697 del Código civil- (III); y el testamento cerrado -artículos 708 y 709 del Código civil- (IV).

Mas, también en relación con el testamento, la Ley 2021 suprime el artículo 776 del Código civil que admitía la sustitución ejemplar con los consiguientes debates, durante su vigencia, sobre la eventual excepción al carácter personalísimo del testamento que la figura podía conllevar (V).

II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR³⁴

1. Preliminar

En el régimen jurídico derogado, el tratamiento otorgado con carácter general a la “discapacidad” resultaba del contenido asignado a los artículos 663.2 y 665 del Código civil.

Por lo que respecta al primero, el artículo 663 del Código civil se acompañaba del siguiente texto:

³³ La definición del artículo 667 del Código civil ha dado lugar a opiniones adversas, entre otros motivos, por atribuir al testamento un sentido exclusivamente patrimonial. Sobre el tema y el contenido del testamento, por todos, *vid*: DOMÍNGUEZ LUELMO, “El testamento” (*Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, 2ª ed. Pamplona, 2016, -Gete-Alonso, directora, Solé Resina, coordinadora-, págs. 391 y ss.).

³⁴ A los efectos de redactar este apartado II me he servido del trabajo del prof. PÉREZ ÁLVAREZ, “La capacidad para testar”, s.n. (inédito) que, integrado en el *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, constituye una adaptación del tema a las reformas llevadas a cabo en dicha materia por la Ley 2021. Agradezco al autor que me haya proporcionado los originales inéditos del citado apartado.

“Están incapacitados para testar:

2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

Y por su parte, con el fin de favorecer el otorgamiento del testamento, el artículo 665 del Código civil disponía lo siguiente:

“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designara dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando respondan de su capacidad”.

A partir de los citados artículos del Código civil, en el ámbito jurisprudencial se asentaron diversas pautas relativas a la “discapacidad” en su relación con la capacidad para testar:

En primer lugar, como presupuesto inicial, se consideró que el testamento es una manifestación de voluntad que presupone para su eficacia el grado de inteligencia suficiente³⁵.

En segundo lugar, se asumió un criterio amplio respecto del modo en que había de ser interpretado el “cabal juicio”, cuya falta excluía la capacidad para testar. En concreto, desde la STS 7 octubre 1982 se consideró que en la falta de cabal juicio debían ser incluidas:

“no solo las enfermedades mentales propiamente dichas sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan 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 [...]”³⁶.

En tercer lugar, se estimó que había de partirse de una presunción *iuris tantum* que, ajustada al principio del *favor testamenti*, suponía reputar a una persona “en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, había de presumirse la capacidad del testador”³⁷.

En cuarto lugar, como consecuencia de la citada presunción se entendió que las disposiciones testamentarias debían mantenerse en tanto no se acreditase que el testador

³⁵ Por todas, Ss. TS 11 diciembre 1962 y 27 enero 1968.

³⁶ En el mismo sentido, por todas: STS 4 octubre 2007.

³⁷ Como muestra, Ss. TS 26 septiembre 1988, 27 noviembre 1995 y 24 julio 1995. Sobre el *favor testamenti*, entre otras: Ss. TS 10 septiembre 2015 y 8 abril 2016.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

estaba aquejado de enfermedad mental, correspondiendo la prueba al que sostuviese la incapacidad de quien otorgó el testamento³⁸.

En quinto lugar, teniendo en cuenta que en los testamentos notariales se exige al Notario asegurarse de que, a su juicio, el otorgante goza de la capacidad necesaria para testar (cfr. arts. 685, 696 y 707 Cc.), se consideró que la aseveración notarial al respecto reviste especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de la capacidad del testador³⁹. Dicho en otros términos, en los casos de testamentos notariales la intervención del fedatario reforzaría la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador.

En sexto lugar, se afirmó que por tratarse de una cuestión de hecho la apreciación de la sanidad de juicio del testador corresponde a la Sala de instancia⁴⁰.

En séptimo lugar, por razón de lo anterior se estimó que la aseveración notarial sobre el juicio del testador podía ser desvirtuada por medio de prueba en contrario, pero para ello resultaban precisas pruebas cumplidas y convincentes⁴¹.

Y en octavo lugar, como resultado de lo expuesto, procedía la declaración de nulidad del testamento notarial si resultaba acreditada la falta de juicio del testador⁴². Ello, incluido el testamento que hubiera otorgado el incapacitado por virtud de sentencia judicial cumpliendo las formalidades exigidas por el artículo 665 del Código civil.

La STS 22 enero 2015 puede servir como síntesis de buena parte de los criterios jurisprudenciales sobre la materia que se han expuesto:

“a) la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario;

b) la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento;

c) la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean

³⁸ Entre otras, Ss. TS 8 junio 1994, 26 abril 1995 y 7 julio 2016.

³⁹ Por todas: Ss. TS 18 marzo 1988 y 29 marzo 2004.

⁴⁰ Por ejemplo, Ss. TS 26 abril 2008 y 22 enero 2015.

⁴¹ Entre otras, Ss. TS 26 septiembre 2008 y 5 noviembre 2009.

⁴² Por todas, Ss. TS 24 julio 1995 y 22 enero 2015.

muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre;

d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia”.

Tal era en el estado de la cuestión en lo referente a las relaciones entre la “discapacidad” y la capacidad para testar con anterioridad a la reforma.

Respecto de la práctica jurídica, con proximidad a la reforma de 2021 la doctrina había llamado la atención sobre el “progresivo incremento” que estaban experimentando las demandas que solicitaban la nulidad de los testamentos por la falta de capacidad del testador, al amparo de lo establecido en el derogado artículo 663.2º Cc. que consideraba incapacitado para testar al que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”⁴³.

En relación con el citado incremento, PÉREZ ÁLVAREZ escribía que a las demandas y sentencias posteriores declarando la nulidad del testamento por falta de capacidad:

“subyace la mayor facilidad probatoria que existe en la actualidad para determinar las facultades mentales o psíquicas del testador. Facilidad derivada de la asistencia sanitaria habitual -general y especializada- y de la constancia de historiales clínicos e informes hospitalarios. Pero también del hecho de figurar en unos y otros el tratamiento farmacológico prescrito o suministrado, permitiendo valorar la incidencia de la medicación en las facultades intelectivas del testador con proximidad al momento de manifestar sus últimas voluntades. De este modo -termina el citado autor- resulta cada vez más asequible acreditar con solvencia las condiciones reales en que el causante se encontraba cuando testó”⁴⁴.

2. La reforma de los artículos 663.2º y 665 del Código civil: consecuencias

Tras diversas modificaciones llevadas a cabo durante su tramitación parlamentaria, la Ley 2021 otorga un nuevo contenido a los artículos 663.2º y 665 del Código civil.

Por lo que respecta al primero de los preceptos citados, el artículo 663.2º del Código civil dispone ahora lo siguiente:

“No pueden testar:

⁴³ PÉREZ ÁLVAREZ, *El dolo testamentario*, Pamplona, 2020, pág. 14.

⁴⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, *op. et loc. cit.*

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

2º. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”⁴⁵.

Y por lo que se refiere al segundo, al artículo 665 del Código civil se le asocia ahora el siguiente texto:

“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 estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”⁴⁶.

A partir del contenido vigente de los citados artículos, en orden a la capacidad para testar se extraen las consideraciones que se exponen a continuación⁴⁷.

1ª. Al igual que antes, existen una habilitación general para testar derivada del artículo 662 del Código civil: “*Pueden testar todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíbe expresamente*”.

⁴⁵ En la versión inicial del PL 2021, al artículo 663.2º Cc. se le asignaba el siguiente contenido: no puede testar “la persona que en el momento de testar tenga afectadas las facultades necesarias para hacerlo” (BOCG. CD. Número 27-1, pág. 29). La redacción vigente procede de la modificación que experimentó la norma durante la tramitación del Pr. 2021 en el Congreso de los Diputados (cfr. BOCG. CD. Número 27-4, pág. 45).

⁴⁶ Tampoco el citado precepto tenía inicialmente el mismo contenido. En el Pr 2021 al artículo 665 Cc. se le asignaba la siguiente redacción: “Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud” (BOCG. CD. Número 27-1, pág. 29). El precepto procedía del anteproyecto de ley elaborado por la sección primera de la Comisión General de Codificación; justificándolo frente a las opiniones adversas, escribía GARCÍA RUBIO:

“Aunque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador” (“Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, RDC., 2018, vol. V, nº 3, pág. 176).

Lo que acabó siendo la redacción vigente procede de la versión que se otorgó al precepto en el Congreso de los Diputados (cfr. BOCG. CD. Número 27-4, págs. 45 y 46). En el Senado se introdujo una modificación de índole formal; en concreto, se sustituyó la expresión “los ajustes que estime necesarios” por “los ajustes que resulten necesarios” (BOCG. Senado. Número 190, pág. 125).

⁴⁷Ampliando su contenido, he recurrido a las consideraciones señaladas por PÉREZ ÁLVAREZ en “La capacidad para testar”, cit., s.n.

2ª. La citada habilitación se complementa y refuerza con otra referente a las personas en situación de discapacidad: *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”* (artículo 12.2 CDPD).

3ª. Por razón de lo expuesto, existe una presunción de capacidad a los efectos de otorgar testamento que alcanza a toda persona con independencia de que se encuentre o no en situación de discapacidad⁴⁸.

4ª. Se suprime la cautela anterior representada por la exigencia de la designación notarial de dos facultativos a los efectos de que, concurriendo determinadas circunstancias en quien pretende testar, pueda ser otorgado el testamento.

Según se expuso, el Pr 2021 mantenía la citada cautela pero, al suprimirse la incapacitación, la refería a los casos en que el Notario dudase de la aptitud de la persona que pretendía otorgar testamento. Suprimida en la tramitación parlamentaria la cautela representada por el recurso a los dos facultativos, habrá de entenderse que el Notario no podrá servirse de la misma para solventar los casos de duda referentes a la aptitud de quien pretende testar.

5ª. Con fundamento en las normas expuestas, cualquier persona con discapacidad podrá comparecer ante Notario a los efectos de otorgar testamento, aun cuando contara con medidas de apoyo fuera cuales fuesen.

Al respecto ocurre que la resolución judicial pertinente no podría tener un contenido que supusiera negar la testamentifacción activa a la persona con discapacidad: *“El ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos”* (artículo 269, apartado final, del Código civil).

Y de suceder que las medidas de apoyo comprendiesen funciones representativas, estas no podrían alcanzar al otorgamiento de las últimas voluntades dado el carácter personalísimo del testamento impuesto por el artículo 670, párrafo primero, del Código

⁴⁸ Con anterioridad a la Ley 2021 el Tribunal Supremo había recurrido a la CDPD para fundamentar el principio de presunción de la capacidad. Al respecto, en la STS 15 marzo 2018 se declara lo siguiente:

“El principio de presunción de capacidad, que resulta de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760 Lec) ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente” (véase, asimismo, entre otras, STS 29 abril 2009).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

civil que además establece que “no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”⁴⁹.

6ª. Que la persona con discapacidad pueda comparecer ante Notario a los efectos de testar no conlleva que se le permita acceder de modo necesario al otorgamiento del testamento.

Con fundamento en el artículo 663.2º del Código civil, para ello es necesario que la persona que pretende testar pueda conformar o expresar su voluntad. Es decir, el otorgante debe tener aptitud suficiente para constituir sus últimas voluntades y darlas a conocer al notario, aunque sea “con ayuda de medios o apoyos para ellos” (art. 663.2º Cc.)⁵⁰. Por lo tanto, el juicio del Notario no guarda relación directa con la eventual enfermedad del otorgante sino que concierne a la voluntad testamentaria.

7ª. En orden a los medios a utilizar para que a juicio del Notario se entienda conformada y expresada la voluntad testamentaria será de aplicación el artículo 25 de la Ley del Notariado cuyo, párrafo cuarto, de nuevo cuño, establece lo siguiente:

“Para garantizar la accesibilidad de las personas que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistema de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”⁵¹.

⁴⁹ En los casos en que las medidas de apoyo estuvieran establecidas judicialmente, entiende LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ que “el notario no podría autorizar la escritura si se prescinde de ellas, aunque así lo pretenda la persona con discapacidad” (“El apoyo notarial a la persona discapacidad en la Ley que reforma los preceptos del Código civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica, *Notario del Siglo XXI*, 2021, nº 97, pág. 44).

⁵⁰ Escribe LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ que si comparece una persona que carece de medida de apoyo:

“el notario será su fundamental medida de apoyo [...]”, considerando que deberá “de alguna forma hacer constar que el compareciente, según le ha manifestado o comprobado, padece una discapacidad intelectual; nos parece importante esta constancia notarial para evitar que se pueda intentar impugnar el otorgamiento porque el notario no detectó la discapacidad. Creemos -concluye el citado autor-, que además debe añadir que apoyó expresamente a la persona, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando la expresión de sus preferencias” (LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 43).

⁵¹ En relación con la comparecencia ante Notario del eventual otorgante debe tenerse en cuenta la nueva norma del artículo 42.bis.a.3 LJV: “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de su cargo conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán

La redacción del precepto evidencia que se trata de una enumeración abierta, de modo que cabe recurrir a cualquier otro sistema o dispositivos que permitan al Notario comprender al testador, hacerse comprender por el mismo y manifestar sus últimas voluntades.

8ª. En todo caso la voluntad testamentaria habrá de proceder de quien pretende otorgar testamento, de manera que, bajo pena de vulneración del carácter personalísimo del testamento exigido por el art. 670, párrafo 1º, del Código civil los apoyos no pueden suponer la conformación de la voluntad testamentaria por terceros⁵².

9ª. Con los citados medios y presupuestos y apoyando a quien pretende testar, según disponen los artículos 664.2º y 665 del Código civil al Notario corresponde valorar si se cumple la aptitud del otorgante en orden a la comprensión y alcance de lo que quiere que sean sus últimas voluntades. De no ser así, no podría otorgarse testamento por incurrir en la prohibición del artículo 663.2º del Código civil.

10ª. Suprimida para los casos de duda la cautela representada por la designación notarial de dos facultativos, los casos de incertidumbre sobre la aptitud de quien pretende testar habrán de ser resueltos a la vista de las normas que, según se ha visto, favorecen la testamentifacción activa y teniendo en cuenta el principio del *favor testamenti*.

11ª. El juicio del Notario referente a la aptitud del otorgante debe tomar como referencia “el momento de testar”, como resulta de lo establecido en el artículo 663.2º Cc. En la misma orientación, el artículo 666 del Código civil establece: “*Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*”.

12ª. Una vez otorgado el testamento, las circunstancias ulteriores que pudieran incidir en la capacidad del testador no afectan por sí mismas al testamento que se hubiera otorgado; artículo 664 del Código civil: “*El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido*”⁵³.

ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos este iniciará el presente expediente” –“de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”-.

⁵² Para los casos en que la persona discapacitada comparece acompañada de otra que le asiste para el otorgamiento entiende LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ lo siguiente:

“ambas deberán comparecer en la escritura. Además de reseñarse por el notario el contenido de la medida de apoyo para ese acto concreto y el documento en el que consta, es fundamental que el consentimiento quien ha de prestarlo es exclusivamente la persona discapacitada; quien la asista ni presta consentimiento alguno, ni complementa el del otorgante con discapacidad. El notario -concluye- hará constar que el otorgante ha estado asistido en ese acto por la persona de que se trata” (LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *op. et loc. cit.*).

⁵³ Si bien con referencia al régimen anterior en la STS. 8 abril 2016 se declara:

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Por lo tanto, la validez del testamento no resulta afectada por el hecho de que con posterioridad al mismo se hubieran acordado medidas de apoyo para la persona con discapacidad que lo hubiera otorgado.

13ª. En cuanto afecta a una cuestión de hecho, la valoración notarial sobre la aptitud del testador puede ser impugnada en sede judicial.

Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 663.2º, 665 y 670 del Código civil, la nulidad del testamento podrá ser decretada de probarse la falta de aptitud del testador para conformar o expresar sus últimas voluntades en el momento del otorgamiento, o de acreditarse que se vulneró el carácter personalísimo del testamento.

14ª. Naturalmente, la persona con discapacidad podrá otorgar testamento recurriendo a cualquiera de las formas testamentarias admitidas. En relación con esta cuestión podría plantearse la duda de si la resolución judicial que ordena la medida de apoyo pudiera exigir, por razones de seguridad, el otorgamiento de testamento abierto por la persona con discapacidad.

De inicio pudiera entenderse que ello no es posible por cuanto, según se expuso, el apartado I del Pr 2021 declara que el principio básico a que obedece la Ley 2021 es el proclamado en el artículo 12.2 CDPD (“*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”). Y a la misma conclusión puede llegarse si se hace una lectura del artículo 269, párrafo 5º, del Código civil por cuanto prohíbe que la resolución judicial incluya “*la mera prohibición de actos*”.

No obstante, la duda subsiste si se aprecia que la imposición de la necesidad de recurrir al testamento abierto notarial no constituye en puridad una privación de derechos. Ello por cuanto que mediante la misma no se veda a la persona con discapacidad la capacidad para testar: subsiste aunque reconducida por razones de seguridad a una forma testamentaria específica. De admitirse esta interpretación, resultaría que carecería de eficacia, por ejemplo, el testamento ológrafo que se hubiera otorgado en contra de lo que se hubiera determinado en la resolución judicial que constituyó la medida de apoyo.

“[...] lo que viene a precisar la sentencia de forma acertada, es que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar de modo concluyente [...] la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos ‘ex tunc’ de la sentencia de incapacitación [...]”.

15ª. La presunción de capacidad y el principio del *favor testamenti* no se extiende a la necesaria observación de los requisitos formales de los testamentos en el sentido de que, para su validez, habrá de entenderse que el testamento deberá ser otorgado cumpliendo las formalidades que para cada forma testamentaria prescriben las normas vigentes.

3. Referencia a la edad para testar

Al margen del tratamiento otorgado a la discapacidad se debe hacer notar que, si bien con el mismo alcance, entre las prohibiciones para testar el artículo 663.1º del Código civil contempla ahora la referencia a la edad de un modo diferente a como lo hacía la versión precedente de la norma.

Con anterioridad al período codificador no existía equiparación entre hombres y mujeres en lo que a la capacidad de testar se refiere: la mujer podía otorgar testamento a partir de los doce⁵⁴. Por esta razón el legislador de 1889 consideró oportuno matizar por medio del artículo 663.1º del Código civil que la incapacidad para testar afectaba a “los menores de uno y otro sexo”. Por medio de la Ley 2021 se aprovecha la oportunidad para suprimir la referencia al sexo del otorgante, disponiendo ahora el artículo 663 del Código civil lo siguiente:

“No pueden testar: 1º. La persona menor de catorce años”.

Si esa es la regla general en orden a la edad para testar, como es sabido la excepción está representada por el testamento ológrafo en cuanto el artículo 688, párrafo primero, del Código civil sigue disponiendo que *“sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad”*⁵⁵.

⁵⁴ Sobre el tema LACRUZ y SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, quinta edición, Barcelona, 1993, págs. 174 y 175.

⁵⁵ La exigencia de la mayoría de edad procede de la segunda edición del Código civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889). Por lo que respecta a su razón de ser, según consta en la Exposición de la Real Orden de 29 julio 1889 que contiene los fundamentos de las enmiendas y adiciones incorporadas a la primera edición del Código civil:

“Algunas otras pequeñas variaciones ha introducido también la Sección en el capítulo de los estamentos encaminadas a determinar mejor las condiciones necesarias para asegurar su autenticidad y alejar el peligro de las falsedades. Con esta mira, y aceptando indicaciones hechas en las Cortes, ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndola tan solo a los mayores de edad, aunque baste la de catorce años para testar en otra forma” (consultada la Real Orden de 29 de julio de 1889 en el *Código civil de Aranzadi*, Pamplona, 2000, págs. 38 y ss.).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

III. EL TESTAMENTO ABIERTO ORDINARIO

1. Preliminar

El artículo 679 del Código civil establece lo siguiente: “*Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone*”.

Partiendo de la definición legal, en la exposición que sigue se asume el criterio que conlleva diferenciar entre: el testamento abierto ordinario, que se habrá de otorgar ante Notario; y la categoría del testamento abierto especial en la que se acoge el testamento en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia, para cuyo otorgamiento se exige la presencia de testigos⁵⁶.

En síntesis, el testamento abierto ordinario supone la manifestación de la voluntad por el testador, la redacción del testamento por el Notario, la lectura del documento y, por último, su firma (cfr. art. 695, párr. 1º, Cc.).

Pues bien, en su redacción anterior, el artículo 695 del Código civil tenía el siguiente contenido:

“El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora del 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. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos”.

La Ley 2021 atiende a favorecer el otorgamiento de testamento abierto ordinario por la persona con discapacidad mediante un doble añadido en el contenido del artículo 695 del Código civil.

⁵⁶ No se ignora que la calificación como “especiales” de los testamentos en peligro de muerte y en caso de epidemia puede pugnar con lo establecido en los artículos 676 y 677 del Código civil. Ello debido a que el artículo 676, párr. 2º, Cc. califica sin distinciones al testamento abierto como “común” y que el artículo 677 Cc. solo considera testamentos especiales “el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero”. Sin embargo, la distinción del Código civil ha sido objeto de críticas debido, precisamente, al hecho de no acoger a los testamentos en peligro de muerte y en caso de epidemia entre los especiales, por cuanto uno y otro precisan de la concurrencia de circunstancias singulares -el peligro de muerte o la epidemia-. En orden a la citada crítica, por todos: OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada* (Granada, 2001, págs. 45 y 46).

El primero de ellos se corresponde con el modo en que el testador puede dar a conocer al Notario su última voluntad (2). El segundo concierne al conocimiento necesario que el testador habrá de tener del testamento una vez redactado por el Notario (3). Tanto uno como otro suponen una nueva consideración de las causas de validez o nulidad del testamento abierto ordinario (4).

Pero la modificación del artículo 695 del Código civil repercute en una reforma parcial del artículo 697 del Código civil que regula los casos de concurrencia testigos (5).

Una vez tratado lo anterior, en relación con las citadas reformas resulta obligado preguntarse sobre su ámbito de aplicación y la consiguiente extensión de las modificaciones que se llevan a cabo (6).

2. Manifestación de la voluntad

En la redacción derogada se exigía que el testador expresara su voluntad al Notario “oralmente o por escrito”. Con el fin de favorecer el otorgamiento, la reforma explicita que, además de la expresión oral o por escrito, el testador podrá dar a conocer su voluntad “*mediante cualquier medio técnico, material o humano*”. De este modo el testador podrá recurrir a “los instrumentos y ajustes razonables” que enumera el artículo 25, párrafo 4º, LN a los que ya se ha hecho referencia⁵⁷.

Estas diversas formas de dar a conocer la voluntad son coherentes con lo establecido por el ya citado artículo 663.2º del Código civil que, interpretado en un sentido contrario, permite otorgar testamento a quienes pueden conformar o expresar su voluntad “*con ayuda de medios o apoyos para ello*”. Eso sí, de suceder que ni aún recurriendo a los citados medios se pudiera conformar o expresar las últimas voluntades, quien pretende testar carecería de testamentifacción activa.

3. Conocimiento del contenido del testamento

La redacción del testamento abierto ordinario habrá de ser llevada a cabo por el Notario con arreglo a la voluntad que previamente hubiera expresado el testador quien tendrá que prestar su asentimiento (cfr. art. 695, párrafo 1º, Cc.). Con el fin de que pueda comprobar que la redacción es conforme a su voluntad, le asiste al otorgante el derecho a leer el testamento y, en todo caso, el Notario habrá de proceder a su lectura en alta voz (cfr. art. 695, párr. 1º, Cc.).

No obstante, la específica situación de discapacidad en que se encuentra el otorgante puede dificultar la prestación de la necesaria conformidad a la redacción del Notario. Así ocurre cuando el testador tuviera “*dificultad o imposibilidad para leer el testamento o*

⁵⁷ Véase el apartado II.2.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

para oír la lectura de su contenido” (art. 695, párr. 3º, Cc.); en definitiva: por estar afectado el otorgante de alguna dificultad o imposibilidad de lectura o audición en cuanto constituyen obstáculos para poder prestar la conformidad.

Para tales supuestos la nueva redacción del artículo 695 *in fine* del Código civil impone al Notario observar una determinada garantía; en concreto, el fedatario deberá asegurarse:

“[...] 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”.

También en estos casos parece claro que de suceder que, ni aun recurriendo a los citados medios, quien pretende testar estuviera en condiciones de prestar el asentimiento necesario resultaría excluido de la testamentifacción activa.

En definitiva, por razón de las modificaciones introducidas en la Ley 2021, el contenido completo del vigente artículo 695 del Código civil pasa a ser el siguiente:

“El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, 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. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

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”⁵⁸.

⁵⁸ En esencia, el precepto procede del anteproyecto elaborado por la CGC, comentándolo escribía GARCÍA RUBIO lo siguiente:

“Se trata de uno de los contados preceptos del Anteproyecto que están fundamentalmente dirigidos a discapacidades de índole sensorial -sobre todo las que afectan a la vista y al oído-, puesto que la mayor parte de la propuesta de la CGC se dirige de modo prioritario a regular los apoyos que precisan las personas con discapacidades de índole cognitiva o en la toma de decisiones, que son precisamente aquellas a las que usualmente se les ha negado la plena capacidad jurídica en el sentido del art. 12 CDPD” (“Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, cit., pág. 177).

4. Consecuencias

De lo que se ha expuesto se deduce que la reforma ha abierto cauces con el fin de favorecer el otorgamiento del testamento abierto ordinario en los casos en que el otorgante estuviera en situación de discapacidad. Ello, a los efectos de la manifestación de las últimas voluntades y de la prestación de la necesaria conformidad a la redacción del documento llevada a cabo por el Notario. De ser ello posible el Notario deberá autorizar el otorgamiento del testamento abierto ordinario.

Pero de lo expuesto también se infiere que aun con las facilidades expuestas no cabría otorgar testamento abierto ordinario en los casos siguientes: cuando no resultara posible al testador expresar su voluntad, de manera que el Notario no puede llegar a conocer de forma indubitada la voluntad real de quien pretende otorgarlo; cuando quien pretende testar no pudiera entender la información y explicaciones que el Notario habrá de darle; o cuando el otorgante estuviera imposibilitado de manifestar su conformidad a través de cualquiera de los medios de que pudiera servirse.

Mediando las citadas circunstancias, de ser autorizado, se incurriría en la prohibición del artículo 663.2º del Código civil que, según se ha expuesto, prohíbe acceder al otorgamiento de cualquier testamento a *“la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda o medios o apoyos para ello”*. La consiguiente declaración de nulidad conllevará las consecuencias contempladas en el artículo 705 del Código civil: *“Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”*.

5. Concurrencia de testigos

Con anterioridad a la reforma, el artículo 697.2º del Código civil exigía la concurrencia de dos testigos en el testamento abierto ordinario:

“Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada”.

Por medio de la Ley 2021 se suprime el ordinal 2º del artículo 697 Cc. que se acaba de transcribir. En consecuencia ya no es exigible la concurrencia de dos testigos en los casos en que el testador: pudiendo firmar el testamento, fuera ciego; ni cuando declarase que no sabe o no puede leer por sí el testamento; eliminándose también las garantías a

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

observar para el caso de sordera que afectase al testador que no supiese o pudiese leer el testamento⁵⁹.

La citada supresión de la concurrencia de testigos se ve compensada con la imposición de cautelas al Notario en los casos de dificultad o imposibilidad de lectura del testamento o para escuchar la lectura del mismo. Tal y como se ha expuesto, para tales contingencias el art. 695, párr. 3º, del Código civil impone al Notario el deber de utilizar los medios técnicos, materiales o humanos que permitan aseverar que el testador ha visto reflejada su voluntad en el testamento redactado y al que ha de prestar su conformidad el otorgante.

En definitiva, tras la reforma operada por la Ley 2021, al acto de otorgamiento del testamento abierto ordinario deberán concurrir dos testigos idóneos:

1º. *“Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento”*⁶⁰.

2º. *“Cuando el testador o el Notario lo soliciten”*.

En mi opinión nada tiene de extraño que, después de la entrada en vigor de la Ley 2021, en la práctica notarial se recurra a la intervención de los testigos en los casos de personas en acusada situación de discapacidad cuyo testamento va a ser autorizado. Ello a los efectos de que, en su caso, el Notario pueda corroborar los motivos por los que, observando las garantías exigidas por el citado artículo 695 del Código civil, autorizó el testamento o tuvo que denegar el otorgamiento⁶¹.

6. Ámbito de aplicación de la reforma

Según se ha podido comprobar la reforma incide en el régimen del testamento abierto ordinario. Ello obliga a preguntarse si las modificaciones expuestas afectan también a los testamentos abiertos especiales. Esto es, si las facilidades referentes a la manifestación de

⁵⁹ La reforma tiene su origen en el ACGC y comentando los arts. 695 y 697 Cc. escribía GARCÍA RUBIO:

“se trata [...] de modificaciones intensamente reivindicadas por las entidades que abogan por el pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidad, en general muy molestas con unas reglas como las contenidas en el vigente artículo 697 Cc., precepto que impone la necesidad de testigos en el testamento abierto de las personas ciegas o enteramente sordas, lo que según el criterio de esas entidades suponía restricciones y cargas añadidas que no se exigían a los demás” (“Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, cit., pág. 177).

⁶⁰ Para tales casos será de aplicación lo establecido en el artículo 695, párr. 2º del Código civil: habrá de firmar por el testador y a su ruego uno de los testigos. Mediante la nueva redacción se suprime también la referencia que el art. 697 Cc. hacía al testador que fuese “enteramente sordo”.

⁶¹ Por lo que a los testigos se refiere, en relación con las personas en situación de discapacidad debe tenerse presente que el art. 681.4º del Código civil prohíbe ser testigos en los testamentos a los “*que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical*”.

las últimas voluntades son referibles a los casos de testamentos abiertos no notariales; en concreto: al otorgado en peligro inminente de muerte (artículo 700 del Código civil: “*Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario*”) y en caso de epidemia (artículo 701 del Código civil: “*En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años*”) de encontrarse el testador en situación de discapacidad.

Con el fin de hacer un desarrollo lineal de la cuestión expuesta y debido a que el testamento en caso de epidemia carece de aplicación en la práctica, se centrará la exposición en el testamento en peligro inminente de muerte. Las conclusiones que se obtengan habrán de hacerse referibles al testamento para caso de epidemia.

Inicialmente no suscita problemas el tema referente a la intervención de testigos, por cuanto el artículo 700 del Código civil exige de modo necesario la intervención de cinco en el testamento *in articulo mortis*. Las dudas afectan a si, para la expresión de la voluntad, el testador podrá servirse de “cualquier medio técnico, material o humano” para dar a conocer su última voluntad.

Inicialmente podría pensarse que las mayores facilidades que otorga la reforma se fundamentan en la garantía que representa la necesaria intervención del fedatario público en el testamento abierto ordinario. De aceptarse dicha consideración tendría que concluirse que las facilidades no resultarían aplicables al testamento en peligro de muerte.

Sin embargo, entiendo que es otra la solución que reclama el problema expuesto. La norma general de referencia aplicable a los testamentos es la contenida en el artículo 663.2º del Código civil que excluye de la testamentifacción activa a quien no puede “*conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello*”. Siendo ello así, debe admitirse la posibilidad de que el testamento en peligro de muerte pueda ser otorgado sirviéndose de cualquier medio que permita a los testigos conocer de forma indubitada la última voluntad de quien debe manifestarla en presencia de ellos.

Naturalmente a efectos de que el testamento otorgado en peligro de muerte pueda regir la sucesión se habrá de proceder a la presentación, adverbación y protocolización del testamento, siguiendo las pautas exigidas en los artículos 64 y 65 de la Ley del Notariado (LN). En lo que aquí pudiera ser relevante respecto de las consecuencias derivadas de la actividad notarial, el artículo 65.6 LN establece lo siguiente: “*Si el Notario no considera justificada la autenticidad del testamento lo hará constar así, cerrará el acta y no autorizará la protocolización del testamento.- Autorizada o no la protocolización del testamento, los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda*”.

Por lo tanto, con fundamento en los argumentos que se han desarrollado se puede afirmar que a los testamentos abiertos no notariales le son aplicables las facilidades que

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

para manifestar la voluntad que el artículo 695 del Código civil contempla para el testamento abierto ordinario.

IV. EL TESTAMENTO CERRADO

1. Preliminar

El artículo 680 del Código civil dispone lo siguiente: “*El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halle contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto*”.

En síntesis el testamento cerrado supone: en primer lugar, la fase previa o de redacción en la que se procede a la escritura del mismo atendiendo a lo dispuesto en el artículo 706 del Código civil; y, en segundo lugar, la fase de otorgamiento en la que habrán de cumplirse las formalidades que impone el artículo 707 del Código civil.

La Ley 2021 también reforma de modo parcial el articulado referente al testamento cerrado; en concreto, las alteraciones afectan: a las personas que pueden otorgarlo (2) y a la redacción del testamento (3). Además, el examen de las citadas modificaciones exige plantear la cuestión referente a la posible conversión del testamento cerrado (4). Ello expuesto, se pasará a analizar la modificación que la Ley 2021 introduce en la regulación de la llamada revocación material del testamento cerrado (5).

2. Personas que pueden otorgarlo

En la redacción anterior, el artículo 708 del Código civil excluía del testamento cerrado a quienes no supieran o pudieran leer (a) y a los “ciegos” (b):

“No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer”.

La doctrina justificaba su exclusión por tratarse de personas que no pueden “*cerciorarse por sí mismos* de que sea su última voluntad la que se ha escrito y quedado encerrada en la cubierta del testamento que se presenta al otorgarlo notarialmente. Y la ley, para evitar fraudes, no acepta que se cercioren a través de otra en la que confíen”⁶².

La Ley 2021 incide de modo parcial en el citado artículo 708 del Código civil del siguiente modo:

⁶²ALBALADEJO, “Comentarios a los arts. 708 a 715 Cc.” (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. IX, vol. 2, Madrid, 1983, págs. 54 y ss.).

a) Se mantiene la primera de las exclusiones expuestas, estableciendo el artículo 708, párrafo primero, del Código civil lo siguiente:

“No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer”.

b) Mas la exclusión por razones de visión se matiza con el fin de aclararla y favorecer el otorgamiento del testamento cerrado. Al respecto, el artículo 708, párrafo segundo, del Código civil dispone:

“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 en este Código”⁶³.

La lectura del precepto permite afirmar que se trata de una mera matización a la prohibición anterior de otorgar testamento cerrado que, con carácter absoluto, tenía su razón en la ceguera. En el régimen vigente, la discapacidad visual veda también el otorgamiento de testamento cerrado cuando quien pretenda testar no pueda de ningún modo escribirlo y leerlo.

3. Redacción del testamento

3.1. Fase previa

En relación con la fase previa o privada, al igual que antes, el artículo 706, párrafo segundo, del Código civil dispone que el testamento cerrado pueda ser escrito de su puño y letra por el testador poniendo al final su firma. El régimen jurídico en vigor también mantiene la posibilidad de la redacción del testamento cerrado recurriendo a medios “mecánicos”, o a un tercero para que lo redacte a ruego del testador, quien en tales casos deberá firmar en todas las hojas y al pie del testamento.

No obstante la continuidad esencial, la Ley 2021 otorga una nueva redacción al párrafo tercero del artículo 706 del Código civil. En su redacción anterior el citado precepto tenía el contenido siguiente:

“Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento”.

En virtud de la nueva redacción que se le otorga, el párrafo tercero del artículo 706 del Código civil pasa a tener el contenido vigente siguiente:

⁶³ Ya con el régimen jurídico anterior la doctrina consideraba que la prohibición no era aplicable a las personas que carecieran de parte de la visión o fuese defectuosa (por todos, LÓPEZ BURNIOL, “Comentarios al testamento cerrado”, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993, págs. 1797 y 1798).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

“[Si el testamento] estuviere escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”⁶⁴.

Esta redacción conlleva una doble modificación que la actualiza a los medios actuales: por una parte, se sustituye la expresión “medio mecánico” por la de “medio técnico”; y por otra, se exige firma electrónica reconocida de haberse redactado el testamento en soporte electrónico.

Antes que una modificación motivada por la concurrencia de una persona en situación de discapacidad, esta nueva versión otorgada al artículo 706, párrafo 3º, del Código civil parece responder a un aprovechamiento de la Ley 2021 con el simple fin de actualizar los modos de redactar el testamento cerrado.

3.2. Fase de otorgamiento

En relación con el testamento cerrado, la Ley 2021 también incide en el artículo 709 del Código civil que, para los casos en que el testador no pudiera expresarse verbalmente pero sí escribir, regula el modo en que se habrá de proceder en la fase en la que el otorgante comparece ante el Notario presentando el testamento a efectos de su otorgamiento.

En primer lugar, la Ley 2021 afecta al inciso inicial del artículo 709 del Código civil introduciendo una modificación de naturaleza meramente formal. En su redacción anterior, el precepto comenzaba del siguiente modo:

“Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: [...]”.

En este punto, la reforma se limita a introducir el término “persona” de manera que, en la redacción vigente, el precepto tiene el siguiente contenido:

“Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado observándose lo siguiente”.

⁶⁴ El Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, “relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE”, define la firma electrónica como “los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar”. Con fundamento en el citado Reglamento, la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, “reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza”, derogó la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, “de firma electrónica”.

En segundo lugar, la Ley 2021 incluye una matización de mayor relevancia. Con el fin de comprenderla se debe tener en cuenta que, entre las prescripciones que se han de observar en la fase de otorgamiento cuando la persona no pudiera expresarse verbalmente pero sí escribir, en relación con el testamento cerrado el artículo 709.2º del Código civil, dispone lo siguiente: *“Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él”*.

Pues bien, en consonancia con lo establecido en el artículo 708, párrafo segundo, Cc. en relación con las personas con discapacidad visual y al fin de determinar el modo de proceder en tales casos, se añade un nuevo párrafo al artículo 709 del Código civil con el siguiente contenido:

“Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medio mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”.

4. La conversión del testamento cerrado

El artículo 715, primera proposición, del Código civil sanciona con la nulidad el testamento cerrado que incumpla las formalidades exigidas con la consiguiente responsabilidad, en su caso, del Notario: *“Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o ignorancia inexcusables”*⁶⁵.

Pero además, en su segunda proposición, el propio artículo 715 del Código civil establece: *“Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito o firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento”*. En relación con las “condiciones propias” aludidas por el artículo transcrito, según resulta del artículo 688, párrafo segundo, del Código civil, el testamento ológrafo requiere el cumplimiento de los requisitos de “autografía”, “fecha” y “firma”. Textualmente: *“Para que sea válido este testamento -ológrafo- deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue”*.

La pregunta que cabe hacerse es la siguiente: ¿inciden de algún modo en el artículo 715 del Código civil las reformas introducidas por la Ley 2021 en el testamento cerrado? En particular, ¿puede producirse la conversión cuando una persona mayor de dieciocho años con discapacidad visual, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 708,

⁶⁵ En orden a la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, *vid.* arts. 57 a 60 LN.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

párrafo segundo, Cc., hubiera redactado el testamento cerrado utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitieran escribirlo y leerlo, observándose los demás requisitos de validez establecidos en el Código? La pregunta anterior cabría generalizarla a los casos en que el testamento hubiese sido redactado por un tercero a ruego del testador.

La respuesta se subordina a la resolución de una cuestión previa: ¿la autografía constituye un requisito inexcusable para la validez del testamento ológrafo? La respuesta parece ser que sí debido a la finalidad que cumple el citado requisito: la identificación del autor y la garantía de la autenticidad del testamento⁶⁶.

CÁMARA LAPUENTE se ha ocupado del tema expuesto concluyendo del siguiente modo:

“Exclusivamente se admite el testamento enteramente manuscrito por el testador *-escrito todo él por el testador-*, por lo que carecen de validez los testamentos audiovisuales o fonográficos (ni vídeos ni grabaciones sonoras). El requisito de la autografía, además, excluye como ológrafos los testamentos redactados a máquina o por ordenador, impresos y firmados por el causante (STSJ. Navarra 30 octubre 2008; según la STS 4 noviembre 2009, tampoco lo es el documento informático que plasma la voluntad manifestada al oficial de la Notaría)”⁶⁷.

A mayor abundamiento se debe reiterar una observación apuntada en otro lugar: el principio de equiparación y del *favor testamenti* no supone una relajación de los requisitos que las normas prevén para las distintas formas testamentarias.

5. La revocación material

Al tratar el tema de la revocación testamentaria, el artículo 742 del Código civil contiene una modalidad referente de modo exclusivo al testamento cerrado. Mediante su párrafo primero, el citado precepto dispone “*Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen*”. Por lo tanto, el legislador identifica las citadas alteraciones del testamento cerrado con la voluntad del testador de dejarlo sin efecto.

⁶⁶ Precisamente a ello se orientan de modo primordial las diligencias a llevar a cabo en orden a la adveración y protocolización de los testamentos ológrafos; *vid:* arts. 692 y 693 Cc., así como arts. 61 a 63 LN. En detalle, sobre la autografía como requisito del testamento ológrafo, por todos: TORRES GARCÍA, “Comentarios a los arts. 688 a 693 Cc.” (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T.IX, vol. 1-A, Madrid, 1990, págs. 404 y ss.) y OSSORIO MORALES, *op. cit.*, págs. 116 y 117.

⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión testamentaria” (*Curso de Derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2016, pág. 130).

Mas, para que se produzca la ineficacia es preciso que la revocación provenga de quien otorgó el testamento cerrado y que estuviera en condiciones de revocarlo. Además, de haberse roto la cubierta o quebrantados los sellos se podría haber sustituido el testamento original por otro. Por tales razones, en su versión anterior el art. 742, párrafo segundo, del Código civil establecía:

“Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez”.

La Ley 2021 afecta a la citada norma, dando una nueva redacción al segundo párrafo del artículo 742 del Código civil, adjuntándole el siguiente texto:

“El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez”.

Al margen de una modificación meramente formal -se cambia el inicio del párrafo sustituyendo “Este testamento” por “*El testamento*”-, la Ley 2021 incide en el precepto para sustituir la referencia del testador “en estado de demencia” por el testador “*afectado por alteraciones graves en su salud mental*”. En este caso, resulta excluida la presunción de revocación que establece el artículo 742, párrafo primero, del Código civil.

La modificación parece responder a finalidad de suprimir la referencia a la “demencia”, y la nueva alusión al “*afectado por alteraciones graves en su salud mental*” supone continuar exigiendo una situación de discapacidad cualificada que, teniendo entidad suficiente, permita excluir la fuerza revocatoria.

Según se comprobará al tratar sobre la disposición adicional cuarta del Código civil, la referencia a las alteraciones graves en la salud mental del artículo 742 del Código civil constituye uno de los supuestos de excepción a la regla general que, simplemente, conlleva identificar la discapacidad con la situación “*que haga precisa la provisión de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”⁶⁸.

⁶⁸ Sobre el tema véase el capítulo sexto.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

V. LA SUPRESIÓN DEL ARTÍCULO 776 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Preliminar

Por cuanto podía interpretarse que acogía la posibilidad de otorgar testamento por otro, procede tratar aquí el tema de la sustitución ejemplar. El *iter* parlamentario seguido por el artículo 776 del Código civil, con la consiguiente regulación de la sustitución ejemplar -o cuasi-pupilar- que contemplaba, tal vez haya sido el más sorprendente de los preceptos objeto de consideración por la Ley 2021.

Como punto de partida es necesario traer la redacción del precepto en el momento anterior a la presentación del proyecto de ley. Respondiendo a la regla general de exclusión del “incapacitado por enfermedad mental” de la *testamentifactio* activa, el artículo 776 Cc. tenía el siguiente contenido:

“El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

2. Proyecto de reforma

No ofrece duda que el artículo 776 del Código civil requería desde luego una redacción acomodada a la terminología que se iba a derivar de la Ley 2021. Pero el precepto había planteado diversas dudas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. Las dudas afectaban, entre otros, a los extremos siguientes del precepto:

En primer lugar, si acogía una concepción estricta o amplia. Esto es: si lo que el precepto admitía era testar por el “incapacitado” -tesis amplia- o simplemente que el sustituto recibiera la porción en que hubiera sido instituido el sustituto -tesis estricta-.

Tras sentencias anteriores contradictorias, el Tribunal Supremo había terminado por decantarse por la tesis amplia, considerando que, al permitirse testar por otro, se trataba de una excepción al carácter personalísimo del testamento (Ss. TS. 7 noviembre 2008 y 14 abril 2011).

En segundo lugar, se cuestionaba el momento en que debía producirse la “incapacitación”. El Tribunal Supremo terminó por aceptar que la “declaración de incapacidad” podía hacerse antes o después del testamento (por todas, STS. 29 marzo 2001).

Y en tercer lugar, el silencio del artículo 776 del Código civil obligaba a resolver cuál sería el criterio a seguir en el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución⁶⁹.

Al fin de responder a tales extremos y de acomodarlo al régimen previsto para las personas en situación de discapacidad, el proyecto otorgó una nueva redacción al artículo 776 del Código civil, asignándole el siguiente contenido:

“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 estas 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”.

Tal era el texto asignado al artículo 776 del Código civil cuando al proyecto de ley se le dio entrada en el Congreso⁷⁰.

3. Supresión

Además de otras de índole modificativa, al artículo 776 del Código civil se presentó en el CD la enmienda nº 173 proponiendo la supresión del precepto con la siguiente justificación:

“La figura de la sustitución ejemplar supone testar por otro, lo que no es conforme con la Convención”⁷¹.

⁶⁹ Sobre los problemas expuestos, además de otros que planteaba el artículo 776 del Código civil, proponiendo soluciones al respecto: CÁMARA LAPUENTE, “Las sustituciones” (*Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2016, págs. 210 a 217).

⁷⁰ Analizando la redacción otorgada en el proyecto original al artículo 776 del Código civil, véase: ESPEJO LERDO DE TEJADA, “La sustitución ejemplar en el Código civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad” (VV.AA., *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* -directores Cerdeira Bravo de Mansilla y Pérez Gallardo-, Argentina, 2021, pp. 435 y ss.).

⁷¹ Fueron firmantes de la citada enmienda los “Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Común Podem-Galicia en Común”. Mediante la enmienda nº 393, firmada por

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

En definitiva, la sustitución ejemplar pugnaba con los nuevos principios asentados para la discapacidad por la reforma. Como consecuencia, en relación con la citada cuestión el texto aprobado por el Informe de la Ponencia ya contiene la siguiente declaración de la que es consecuencia el texto vigente: “Se suprime el artículo 776”⁷².

Sin embargo, el legislador no ha sido consciente que la supresión afecta a otros preceptos del Código civil que habían de ser reformados. Tras referirse el artículo 775 Cc. a la sustitución pupilar y el artículo 776 Cc. a la ejemplar, el artículo 777 del Código civil sigue estableciendo: “*Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos*”. Suprimido el artículo 776 Cc., carece de sentido la referencia a “las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores” que sigue conteniendo el artículo 777 del Código civil.

el “Grupo Parlamentario Popular en el Congreso”, también se proponía que el artículo 776 del Código civil quedara sin contenido, justificándolo como “mejor técnica” (cfr. *BOCG. CD. Número 27-2*). El anteproyecto CGC ya preveía la supresión del artículo 776 Cc. que GARCÍA RUBIO justificaba del siguiente modo:

“Una opción del Anteproyecto de Ley que, sin lugar a dudas, puede ser controvertida es la eliminación de la sustitución ejemplar a través de la supresión del art. 776 CC. El mayor de catorce años podrá hacer testamento en términos generales y con los apoyos que requiera, que en ningún caso pueden significar que el que suministra el apoyo llegue a sustituir al testador, consecuencia que además cohonesta con el tradicional principio del carácter personalísimo del testamento (art. 670 CC). Puede discutirse si este carácter personalísimo debería ser sometido a revisión en casos extremos en los que la persona que desea testar no puede hacerlo por no superar las exigencias del art. 665 CC, o en aquellos otros en los que quien en su día no precisó o superó dichas exigencias y testó de forma impecable, ha perdido la mayor parte de sus facultades volitivas y cognitivas, pero que, a pesar de ser esa su voluntad, no pueda revocar por si solo el testamento que en su día otorgó y del que ahora se arrepiente; de ser oportuna esa revisión, no se ven razones sensatas para limitar esa posibilidad de `testar por otro` (o `con ayuda de otro`) a los ascendientes de las personas con discapacidad, como hace ahora la norma contenida en el citado artículo 776” (“Algunas propuestas de reforma del Código civil...”, cit., págs. 179 y 180).

⁷² *BOCG. CD. Número 27-3*. A los efectos de solventar los problemas de Derecho transitorio que pudieran plantear las sustituciones realizadas al amparo del art. 776 Cc., en el paso por el Senado del PR 2021 se introdujo una nueva Disposición transitoria -tercera bis- con el siguiente contenido: “*Cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, se aplicará lo previsto en ésta 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 residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida*”.

**CAPÍTULO SEGUNDO:
INCAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER**

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CAPÍTULO SEGUNDO: INCAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 744 del Código civil dispone lo siguiente: “*Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley*”.

Respecto de los “incapacitados por la ley”, el Código civil contempla las incapacidades absolutas para suceder por medio del artículo 745: “*Son incapaces de suceder: 1º. Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30 –“nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”-. 2º. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley*”.

Pero el examen de los “incapacitados por ley” también exige tomar en consideración las calificadas como “incapacidades relativas” y la “indignidad”. Es a estas últimas figuras a las que alcanzan las reformas llevadas a cabo por la Ley 2021.

A los efectos de enmarcar la exposición ulterior procede hacer las consideraciones siguientes que le sirven de fundamento:

1º. Las *incapacidades relativas* se regulan en los artículos 752 a 754 del Código civil y, obedeciendo a la finalidad de evitar la captación de la voluntad, excluyen de la sucesión a determinadas personas por cuanto, por razón del cargo, oficio o relación con el testador, pudieran mover las últimas voluntades en el propio beneficio o de un tercero.

Y ello sin que las causas de incapacidad relativa admitan dispensa por el testador, estableciendo el artículo 755 del Código civil la nulidad de la disposición testamentaria hecha a favor del incapaz “*aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta*”.

Con el fin de justificar afirmaciones posteriores, en este punto parece necesario matizar que la posible captación de la voluntad del testador no está únicamente detrás de los artículos 752 a 754 del Código Civil.

Siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ, como principio general, “las declaraciones *mortis causa* no deben obedecer a la actuación ilícita de un tercero que, incidiendo en la voluntad del testador, la determine en su propio favor o en el de un tercero”⁷³.

⁷³ *El dolo testamentario*, cit., pág. 49.

Pues bien, continuando con el citado autor, además de los preceptos que regulan la incapacidad relativa, existen otros artículos cuya finalidad es eludir la captación de la voluntad. Así, la prohibición relativa al testamento mancomunado: “*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*” (artículo 669 Código civil); la prohibición referente a las condiciones en favor recíproco: “*Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra persona*” (artículo 794 Código civil); o la nulidad del testamento por razón de dolo: “*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*” (artículo 673 Código civil).

Los casos de los artículos 669 Cc. -testamento mancomunado-, 794 Cc. -condiciones a favor recíproco- y 752 a 754 Cc. -incapacidades relativas para suceder-, dando por hecho que se produce la captación de la voluntad, conllevan de por sí la nulidad. Sin embargo, concluye PÉREZ ÁLVAREZ, para que prospere la impugnación del testamento, en los casos de dolo testamentario se exige la prueba de que se ha captado la voluntad del testador mediante el empleo de “palabras o maquinaciones insidiosas”⁷⁴.

2º. Por su parte, las causas de *indignidad* se regulan en el artículo 756 del Código civil y tienen su fundamento en la concurrencia de ciertas conductas reprobables en la persona llamada a suceder. Mas, a diferencia de la incapacidad relativa, la indignidad puede ser remitida por el causante.

Al respecto, el artículo 757 del Código civil contempla la rehabilitación del indigno, en las modalidades de expresa y tácita, en los términos siguientes: “*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público*”⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, págs. 49 y 50. El citado autor identifica el dolo testamentario “con las palabras, artificios o maquinaciones utilizadas por un tercero que, captando la voluntad del testador, inciden en las disposiciones *mortis causa* y conllevan un beneficio patrimonial” (PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 13).

⁷⁵ La indignidad y la incapacidad relativa plantean el problema de determinar si impiden suceder o si, permitiendo la sucesión, obligan a restituir una vez ejercitada la acción para declararlas. Se trata de una cuestión que no afecta a la exposición que se lleva a cabo, pudiendo consultarse las opiniones al respecto en: HERRERO OVIEDO, “Comentario al artículo 762 Cc.” (*Código civil comentado*, vol. II, cit., págs. 649 y ss.).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

II. INCAPACIDADES RELATIVAS

1. La nueva redacción otorgada al artículo 753 del Código civil

1.1. Preliminar

Las incapacidades relativas toman como referente al sacerdote que hubiera confesado al testador durante su última enfermedad -extendiéndose a sus parientes dentro del cuarto grado, iglesia, cabildo, comunidad o instituto al que el sacerdote pertenezca (artículo 752 Cc.). También al Notario autorizante del testamento -ampliándose a su cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, así como a los testigos del testamento abierto- (art. 754 Cc.).

Pero además el Código civil extiende la incapacidad relativa por medio del artículo 753, que con anterioridad a la reforma tenía el siguiente contenido:

“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviesen que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador”.

La Ley 2021 reforma ampliamente el citado precepto, otorgando al artículo 753 el siguiente texto:

“Tampoco 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.

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. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato”.

En algunos aspectos, la versión vigente otorgada al artículo 753 del Código civil constituye una de las modificaciones más relevantes llevadas a cabo por la Ley 2021. Con el fin de clarificar la exposición, procede distinguir entre las distintas cuestiones que a continuación se exponen.

1.2. Disposiciones testamentarias a favor del tutor o curador

A) El tutor

Por lo que respecta al tutor, mediando determinadas circunstancias, se le sigue manteniendo en el ámbito de las incapacidades relativas, debiendo tenerse presente que, además de las personas físicas (artículo 211 Cc.), también pueden ser tutores “*las fundaciones y demás personas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores*” (artículo 212 Cc.).

Pero hay algo que exige una alusión. En el régimen derogado la tutela guardaba relación, no solo con los menores no emancipados, sino también con los “incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido” (artículo 222 del Código civil, en su redacción anterior). Tal y como se expuso en su momento, en el régimen vigente la tutela ya no guarda relación con las personas en situación de discapacidad. Por lo tanto, en el nuevo contexto, la incapacidad relativa que atañe al tutor tiene un ámbito de aplicación limitado: es referible a la persona que ejerce la tutela ordinaria en relación con un menor no emancipado (art. 199 Cc: “*Quedan sujetos a tutela: [...] 2º. Los menores no emancipados sujetos a patria potestad*”) y, según se expondrá más adelante, a la entidad que ejerce tutela administrativa respecto del menor en desamparo.

Siendo ello así, en relación con la referencia del artículo 753 del Código civil al tutor, la disposición testamentaria que resulta ineficaz habría de proceder de quien siendo menor de edad hubiera podido otorgar testamento notarial por haber cumplido los catorce años (artículo 663.2º Cc.), al estarle prohibido el testamento ológrafo (artículo 688, párr. 1º, Cc.)⁷⁶.

B) El curador

También se conserva la incapacidad relativa referente al curador, mas limitándola al que lo sea “representativo”. Como se expuso en la primera parte de la presente memoria, la curatela constituye una mera medida de asistencia o apoyo pero que, según establece el artículo 269, párrafo 3º, del Código civil, con carácter excepcional puede englobar funciones representativas cuando “*resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad*”.

⁷⁶ Al margen de la disposición testamentaria a su favor, el artículo 226 del Código civil prohíbe al tutor: “*1º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión*”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Solo a ella afecta la incapacidad relativa, de manera que son ajenos a la misma los curadores ordinarios: aquellos cuya labor de apoyo no comprende funciones representativas, quienes podrán ser beneficiados por las disposiciones *mortis causa* llevadas a cabo por la persona sujeta a curatela⁷⁷.

C) *Disposiciones testamentarias excluidas de la ineficacia*

En relación con el tutor y el curador representativo, la Ley 2021 también incide en otro extremo cuyo entendimiento precisa asimismo alguna previa aclaración.

Además de la obligación de rendir cuenta anual de su administración que exige el artículo 228.5º del Código civil, el tutor debe rendir ante la autoridad judicial la cuenta justificada de su administración según mandato del artículo 232, párrafo primero, del Código civil: “*El tutor, sin perjuicio de la obligación de rendición anual de cuentas, al cesar en sus funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa*”.

Y tratándose del curador, además de la obligación de rendición periódica de cuentas que hubiera podido imponérsele al amparo del artículo 270 Cc., al cesar en sus funciones, el artículo 292, párr. 1º, del Código civil también le obliga a rendir la cuenta general: “*El curador, sin perjuicio de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial, al cesar en sus funciones deberá rendir ante ella la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa*”.

Pues bien, tal y como se puede comprobar, en el régimen derogado se excluían de la incapacidad relativa las disposiciones testamentarias llevadas a cabo “después de aprobadas definitivamente las cuentas”. Sin embargo, ahora se excluyen las disposiciones testamentarias realizadas “*después de la extinción de la tutela o curatela*”.

En consecuencia, la incapacidad relativa que se examina afecta al tutor o curador representativo que estuviera en el ejercicio de su cargo (artículo 753 Código civil: “*Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador representativo del testador...*”), y la extinción de la tutela o de la curatela con facultades representativas constituye la referencia a la que se habrá de atender en detrimento de la aprobación definitiva de la cuenta general. Siendo así, se trata de desarrollar a

⁷⁷ Al margen de las disposiciones *mortis causa* en favor del curador, el artículo 251.1 del Código civil prohíbe a todo aquel que desempeñe cualquier medida de apoyo: “*1º. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor*”.

continuación lo que en este extremo supone la reforma con referencia: primero a la tutela y después a la curatela.

Por lo que respecta al tutor, el artículo 231 del Código civil dispone que la tutela se extingue: “1º. Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor. 2º. Por la adopción del menor. 3º. Por muerte o declaración de fallecimiento del menor. 4º. Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercerla de hecho”.

Por lo tanto es a estos supuestos a los que ahora hay que reconducir la exclusión de la incapacidad relativa que afecta al tutor, de manera que la concurrencia de cualquiera de ellos con la consiguiente extinción de la tutela conlleva la facultad de quien ha estado sometido a la misma para disponer *mortis causa* en condiciones de eficacia a favor de quien ha sido su tutor.

Y por lo que afecta al curador representativo, además de por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, el artículo 291 párrafo segundo, del Código civil establece que “*la curatela se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela*”.

Así pues, en tales casos quien fue curador representativo deja de estar inmerso entre las personas a quienes afecta la incapacidad relativa.

En conclusión: Quien ejerce la tutela o la curatela representativa está incluido en un supuesto de incapacidad relativa que impide a quien está sometido a las mismas disponer *mortis causa* en condiciones de eficacia a favor de quienes ejercen los citados cargos.

En realidad, al eliminar como referencia básica de la exclusión de incapacidad relativa la aprobación definitiva de la cuenta, la nueva redacción otorgada al precepto es redundante: si previamente se establece que no surte efecto “*la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador representativo del testador*”, resulta evidente que, aunque nada se dijera, la incapacidad no podría afectar a quien ya no tuviera la condición de tutor o curador representativo al haberse extinguido la tutela o la curatela.

Sea como fuera, produce plena eficacia la disposición testamentaria hecha a favor del tutor y del curador representativo en el período que pudiera transcurrir entre la extinción de una u otra y la aprobación de la cuenta general por la autoridad judicial⁷⁸.

⁷⁸ Sobre la aprobación de la cuenta general, véase el artículo 51 LJV, reformado por la Ley 2021.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

D) *La excepción*

Conforme a lo establecido en el artículo 753 *in fine* del Código civil, la disposición testamentaria que se hubiera hecho a favor del tutor o del curador representativo sí será eficaz cuando uno u otro tuvieran derecho a suceder ab intestato al testador. Textualmente, el citado artículo 753, párrafo cuarto, del Código civil dispone:

“Serán sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor, curador [...] que sea pariente con derecho a suceder ab intestato”.

Esta redacción modifica la versión precedente del precepto. Con anterioridad, la exclusión afectaba a quien fuera “ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador” (art. 753, párrafo segundo, del Código civil en su versión derogada). La nueva referencia a quienes tienen derecho a suceder ab intestato al testador conlleva ampliar la exención por cuanto resultan excluidos de la incapacidad relativa, además del cónyuge, los parientes colaterales hasta el cuarto grado del testador, afectando por tanto a los tíos o sobrinos que ejercieran la tutela o la curatela representativa⁷⁹.

En relación con lo expuesto considero que puede haber algún error en la redacción del artículo 753 del Código civil en lo que atañe al curador representativo. Según se ha podido comprobar, en la redacción anterior se excluían expresamente de la nulidad las disposiciones hechas a favor del “cónyuge” del testador. Ahora se excluye a los “parientes” con derecho a suceder ab intestato y sucede que, en un sentido literal, no cabría incluir entre los mismos al cónyuge que ejerciera la curatela representativa: no existe vínculo de parentesco entre los cónyuges. Ello, aun cuando el artículo 276.1º del Código civil dispone que la autoridad judicial puede nombrar curador: “*Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa apoyo*”.

Sin embargo, creo que se está ante un error en la redacción del precepto: no existe razón que permita fundamentar que, ejerciendo la curatela representativa, el cónyuge o la persona que se encuentra en situación de hecho asimilable, deban excluirse de la excepción que contempla el artículo 753 *in fine* del Código civil.

En conclusión: Se considera que el artículo 753, último párrafo, del Código civil debe interpretarse con la referencia exclusiva a los herederos ab intestato, excluyendo la

⁷⁹ Siempre y cuando no incurran en causa de exclusión, tanto unos como otros podrían ser designados tutores o curadores representativos. Los tíos o sobrinos del menor de edad podrían ser designados tutores del mismo al amparo de los artículos 213 y 214 del Código civil. Y los tíos o sobrinos de la persona con discapacidad podrían ser designados curadores de la misma al amparo del artículo 276 del Código civil.

exigencia relativa al parentesco; es decir: “Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor, curador [...] con derecho a suceder ab intestato”.

1.3. Disposiciones testamentarias a favor de establecimientos de internamiento y de sus empleados

El régimen derogado no contenía referencia alguna a las disposiciones testamentarias a favor de los establecimientos y de los trabajadores en que estuvieran internadas las personas por razones de salud o asistencia. Al no estar incluidos los mencionados establecimientos y sus trabajadores entre quienes estaban inmersos en las incapacidades relativas, de ser el caso, dichas disposiciones testamentarias debían ser impugnadas por la vía del dolo contemplado en el artículo 673 del Código civil y, por tanto, con la necesaria prueba de haber concurrido palabras o maquinaciones insidiosas que hubieran captado la voluntad del testador⁸⁰.

La cada vez más frecuente existencia de personas necesitadas de asistencia ha ocasionado un notable incremento de internamientos de las mismas en centros que les procuran las ayudas pertinentes. En el citado contexto han tenido lugar disposiciones testamentarias en las que resulta favorecidas los establecimientos que prestan los citados servicios o los empleados en los mismos⁸¹.

Al fin de responder a dichas realidades, alguna legislación autonómica ya contenía normas para atender a tales contingencias. Así, el artículo 412.5.1 CCCat establece: “*Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o pacto sucesorio*”⁸².

La lectura de la norma que se acaba de transcribir pone de manifiesto que en el CCCat se asume un supuesto de incapacidad relativa pero de carácter condicionado: se hace pasar

⁸⁰ Para un tratamiento por extenso de la materia, me remito a la ya citada monografía *El dolo testamentario*, de PÉREZ ÁLVAREZ.

⁸¹ Sobre el tema, véase *El dolo testamentario*, cit., pág. 34; de entre las sentencias analizadas por el autor hay diversas que responden al mencionado supuesto de hecho.

⁸² Sobre la citada norma, entre otros: GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, “Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder” (*Tratado de Derecho de Sucesiones* -Gete-Alonso, directora, Solé Resina, coordinadora- T.I, Pamplona, 2011, págs. 240 y 241). En la misma orientación que el CCCat, la ley 153 del Fuero Nuevo de Navarra establece: “*Las personas físicas o jurídicas, y los dependientes de las mismas, que presten al disponente, o le hayan prestado, servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual solo pueden adquirir a título lucrativo “inter vivos” o “mortis causa” de aquel si la disposición es ordenada en documento otorgado bajo la fe pública notarial.- No precisará de tales requisitos la adquisición de cantidades u objetos de módico valor conforme a los usos sociales*”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

la invalidez de las disposiciones testamentarias que contempla al hecho de no haberse llevado a cabo en testamento notarial abierto o pacto sucesorio.

Asumiendo el mismo supuesto de hecho, la Ley 2021 le otorga una solución radical al no permitir salvar la ineficacia de las disposiciones testamentarias citadas de ningún modo. En efecto, según se anticipó, el artículo 753, párrafo segundo, del Código civil establece:

“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. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos”.

De la lectura del nuevo contenido asignado al precepto se deduce que en el régimen del Código civil:

1º. Los establecimientos públicos o privados, sus titulares, administradores y quienes presten servicio en los mismos están inmersos en un caso de incapacidad relativa para suceder respecto de quienes actualmente estuvieran internados en los citados establecimientos por razones de salud o asistencia⁸³.

En realidad, la interpretación que se deduce del sentido literal del precepto que se comenta es diferente al que se acaba de exponer. El artículo 753, párrafo segundo, Cc. lo que dispone es que son nulas las disposiciones a favor de “*sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado*”. Entendido en su literalidad se llegaría a un entendimiento absurdo de la norma: la incapacidad relativa afectaría a quienes tuvieran la condición de cuidadores, de manera que los titulares de los establecimientos, administradores o empleados de los mismos que no ejercieran funciones de cuidado quedarían al margen del precepto.

2º. La consideración del supuesto como de incapacidad relativa conlleva que, a efectos de que prospere la reclamación correspondiente, no resulte necesario acreditar la concurrencia de dolo de los establecimientos o personas a que el artículo 753, párrafo segundo, del Código civil se refiere.

3º. La incapacidad relativa que se considera revista carácter absoluto, en el sentido de que no puede ser salvada recurriendo a una forma testamentaria específica; en concreto:

⁸³ Los citados establecimientos y demás personas aludidas no podrían ser designados curadores por razón de lo establecido en el art. 250, párrafo final, del Código civil: “*No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa apoyo*”.

a las mayores garantías de la espontaneidad de la declaración que pudiera representar el otorgamiento de un testamento abierto ante notario a favor de las citadas personas.

4º. El precepto no hace distinciones de manera que parece debe ser aplicable a cualquier persona que, con independencia de su edad, vulnerabilidad o discapacidad se encuentre internada por razones de salud o asistencia en un establecimiento público o privado que preste los servicios pertinentes.

Una vez examinada la incapacidad relativa contemplada en el artículo 753, párrafo tercero, del Código civil ya procede hacer algunas consideraciones en relación con la tutela administrativa.

1.4. Los supuestos de tutela administrativa

Además de los menores no sometidos a patria potestad, expusimos en la primera parte de la memoria que el artículo 199.1 del Código civil también sujeta a tutela a: “1º. *Los menores no emancipados en situación de desamparo*”.

Se trata de la tutela administrativa que, por razón de lo dispuesto en el artículo 172.1, párrafo 1º, del Código civil, corresponde por ministerio de la ley a las entidades públicas competentes en relación con los menores en situación de desamparo⁸⁴. El desamparo es objeto de definición en el artículo 172.1, párrafo segundo, del Código civil del siguiente modo: “*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”.

A partir de las normas anteriores no parece ofrecer duda que la entidad pública que ejerce la tutela sobre el menor en desamparo está inmersa en un supuesto de incapacidad relativa. Al respecto, el artículo 753, párrafo primero, del Código civil sanciona con la ineficacia la disposición testamentaria a favor del tutor sin establecer distinción alguna. Por tanto la norma debe hacerse aplicable, tanto al tutor ordinario, como a la entidad que estuviera ejerciendo la tutela administrativa. Ello sin perjuicio de que por razón del precepto citado puedan considerarse válidas las disposiciones testamentarias llevadas a cabo una vez extinguida la tutela administrativa.

Además, dejando para más adelante la cuestión referente al acogimiento familiar, para los casos en que la guarda del menor en situación de desamparo se llevará a cabo por la Administración mediante acogimiento residencial habrá de ser aplicable el artículo 753, párrafo segundo, Cc. Esto es, habrá de reputarse nula la disposición que el menor en

⁸⁴ Sobre el desamparo y sus consecuencias, por extenso: PÉREZ ÁLVAREZ, “El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad”, cit., s.n.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

desamparo hubiera hecho a favor de los titulares de los citados centros, administradores y empleados en los mismos⁸⁵.

Pero al margen de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo, sucede que las entidades públicas también deberán prestar apoyo a las personas en situación de discapacidad. Así lo establece el artículo 253 del Código civil: “*Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas*”.

A pesar del silencio de las normas sobre el supuesto, parece no ofrecer duda la necesaria aplicación del artículo 753 del Código civil al caso descrito. Por lo tanto: no deberá surtir efecto la disposición testamentaria hecha por la persona en situación de discapacidad a favor de la entidad pública, del centro público o privado a través del cual le presta la asistencia que el artículo 753 Cc. le impone, o de quienes prestaran servicios en los mismos.

1.5. Disposiciones testamentarias a favor de los cuidadores

Además del internamiento en establecimientos destinados a procurar prestaciones por razones de salud o asistencia, también es notable el número de personas que recurren a terceros que le prestan servicios ordinarios de asistencia. A atender a tales supuestos responde la norma del artículo 753, párrafo tercero, del Código civil, estableciendo:

“Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto”.

La lectura del precepto pone de manifiesto que se trata de una incapacidad relativa diferente a la examinada, por cuanto reviste carácter condicionado: con el fin de garantizar que no media captación de voluntad se exige que la disposición testamentaria se lleve a cabo bajo la supervisión notarial que presta el testamento abierto ordinario.

⁸⁵ En relación con la guarda que corresponde a la Administración respecto de los menores declarados en desamparo, el artículo 172 ter.1, párrafo primero, Cc. dispone: “*La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial [...]. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores*”.

Con todo, al igual que sucede con el tutor o el cuidador con facultades representativas, no existe incapacidad relativa ni siquiera condicionada cuando el cuidador tuviera derecho a suceder en virtud de llamamiento legal; artículo 753, apartado final, del Código civil: “*Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del [...] cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato*”⁸⁶.

Mas ello no excluye que, como en cualquier otro caso, se pueda impugnar el testamento con fundamento en el artículo 673 del Código civil. A tales efectos habrá de probarse que concurrió dolo en la conformación de la voluntad del testador cuando, en el testamento abierto ordinario, dispuso *mortis causa* en favor del cuidador.

1.6. Supuestos necesitados de interpretación

El contenido atribuido por la Ley 2021 al artículo 753 del Código civil obliga a concretar su aplicación a los casos en que es una persona jurídica ejerce la curatela, cuestionarse sobre el guardador de hecho y resolver la cuestión en los casos de particulares que ejercen la guarda administrativa por medio de acogimiento familiar.

A) Las personas jurídicas que ejercen la curatela

El artículo 275.1, párrafo segundo, del Código civil, también permite ser curador “*a las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad*”. Por su parte, el artículo 276.7º del Código civil contempla el posible nombramiento de las mismas como curador.

Con tales precedentes no plantea problema alguno el caso de la persona jurídica nombrada curador con facultades representativas. Para tales casos, hemos visto como el artículo 753, párrafo primero, del Código civil sanciona con la ineficacia “*la disposición testamentaria a favor de quien sea [...] curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la [...] curatela*”. Pero, ¿qué sucede si se trata de una curatela ordinaria?

En principio la respuesta pudiera venir dada por el artículo 753, párrafo segundo, del Código civil. Según se ha expuesto, el citado precepto sanciona con la nulidad las disposiciones hechas a favor de los establecimientos y trabajadores de los mismos. Pero ocurre que la nulidad se condiciona al internamiento de la persona en los citados establecimientos, de manera que, de no existir, no se aplicaría el precepto. Por ello cabe interpretar que, cuando no media internamiento de la persona en situación de discapacidad, no resulta aplicable el artículo 753 del Código civil a las personas jurídicas

⁸⁶ Sobre el citado precepto, véanse las consideraciones que se han realizado en el precedente apartado 1.2.D.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

que ejercen la curatela ordinaria. Tal es la conclusión que cabe extraer de una interpretación sistemática de las normas aplicables.

B) *El guardador de hecho*

Según se desarrolló en su momento, entre las medidas de apoyo previstas para las personas en situación de discapacidad, la Ley 2021 ha atribuido una importancia notable a la guarda de hecho. Y en la citada orientación se ha visto además que el artículo 263, párrafo primero, del Código civil establece un principio de continuidad de la guarda de hecho que, en determinadas circunstancias, se sobrepone a las demás medidas de apoyo: “*Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente*”⁸⁷.

En cuanto no se trata de una tutela ni de una curatela representativa, ante el silencio de la reforma en este punto cabría considerar que no existen razones para incluir al guardador de hecho entre quienes están inmersos en las incapacidades relativas. Aun cuando resulta prudente, tampoco parece que le deba ser aplicable la cautela del otorgamiento de testamento notarial abierto, por cuanto el artículo 753, párrafo cuarto, parece exigirla cuando media retribución. Ello por cuanto el citado precepto contempla como necesario el recurso al testamento notarial abierto a los casos de “*servicios*” de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga.

Aun cuando no se acepte esta opinión, teniendo en cuenta que de modo habitual la guarda de hecho es ejercida por algún familiar con derecho a suceder ab intestato, el supuesto entraría comúnmente en la excepción del artículo 753, *in fine*, del Código civil⁸⁸.

⁸⁷ Sobre la guarda de hecho de la persona con discapacidad, véase el apartado V.2 de la primera parte de la presente memoria.

⁸⁸ Según se expuso, la EM 2021 resalta la citada vinculación familiar con el guardador de hecho:

“La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida y apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables- [...]”.

Por otra parte, las razones expuestas entiendo que fundamentan la misma solución para los casos en que un menor de edad estuviera sometido a la guarda de hecho contemplada en el artículo 237 del Código civil.

C) *El acogimiento*

a) Acogimiento de menores

Al margen del acogimiento residencial, la guarda de los menores en desamparo puede llevarse a cabo mediante el acogimiento familiar al que, según se ha expuesto, el artículo 172 ter.1 del Código civil atribuye carácter prioritario. Teniendo presente que el acogimiento familiar “*se realizará por la persona o personas que determine la entidad pública*” (art. 172 ter.1 Cc.), el artículo 173 bis.2 del Código civil contempla tres modalidades de acogimiento familiar:

a) El acogimiento familiar de urgencia: como medida provisional hasta que se decida la medida de protección familiar que corresponda, con una duración no superior a seis meses (art. 173 bis 2.a Cc.).

b) El acogimiento familiar temporal: para los casos en que se prevé como posible la reintegración del menor en su propia familia o hasta que se adopte una medida de protección más estable, como regla general tiene una duración máxima de dos años (art. 173 bis 2.b Cc.).

c) El acogimiento familiar permanente, cuya constitución procede: al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal de no ser posible la reintegración familiar, o directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias lo aconsejen (art. 173 bis 2.b Cc.).

En todo caso, sea cual fuese el tipo de acogimiento familiar que procediera, con carácter común a todos ellos el artículo 173.1 del Código civil dispone: “*El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo*”. Además, de tratarse de menor con discapacidad se impone el deber de continuar con los “apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades” (art. 173.1, segunda proposición, Cc.)⁸⁹.

Expuestos los tipos de acogimiento y su contenido esencial, una pregunta es obligada: ¿se aplica a quienes ejercen el acogimiento familiar la norma del artículo 753 del Código civil? Para responder a la pregunta se debe atender a los siguientes presupuestos:

1º. Que con carácter general la posibilidad de favorecer a las personas que tuvieran en acogimiento familiar a un menor resulta del artículo 756.2º, párrafo tercero, del Código

⁸⁹ Sobre el acogimiento en general, por extenso: MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento: Régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio” (en VV.AA., *El nuevo régimen jurídico del menor*, Pamplona, 2017, págs. 219 y ss. -Mayor del Hoyo, directora).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

civil por cuanto, según se ha visto, considera incapaz para suceder a quien hubiera sido removido del ejercicio del “acogimiento familiar de un menor”. El precepto parte, por tanto, de la posibilidad de que el menor pueda beneficiar a quienes lo tienen en acogimiento.

2º. Que lo normal es que la cuestión sobre la aplicabilidad del art. 753 del Código civil a los acogedores solo pueda plantearse en relación con los acogimientos temporales y permanentes. Ello por cuanto que los acogimientos familiares de urgencia se reconducen, de modo principal, a los menores de seis años que carecen de testamentifacción activa (art. 173.bis.1.a Cc.).

3º. Que aún sin ser tutor ni curador, quien tiene en acogimiento al menor ejerce funciones de cuidado.

4º. Que se ha considerado que los supuestos contemplados en el artículo 753, párr. 3º, con la consiguiente exigencia de otorgar testamento abierto notarial parecen estar pensados para los casos en que los cuidados se prestan mediante retribución.

5º. Que si quien ejerce el acogimiento fuese pariente del testador con derecho a suceder ab intestato con fundamento en el art. 753, *in fine*, Cc. podría resultar favorecido por las disposiciones testamentarias.

Por todo ello la cuestión solo cabe plantearla en relación con quienes ejercen acogimiento familiar mediante retribución y sin tener derecho a suceder a la persona que tienen en acogimiento. Para tales casos será de aplicación la exigencia de otorgamiento de testamento notarial abierto del artículo 753, párrafo tercero, del Código civil: tales personas solo podrán ser favorecidas en las citadas sucesiones si se ordenan en la citada modalidad testamentaria.

Con todo, la conclusión a la que se acaba de llegar carece de relevancia si se tiene en cuenta que por tratarse de menores de edad sería necesario recurrir al otorgamiento notarial, debido a que les está vedado el ológrafo por razón del requisito de la mayoría de edad impuesto por el artículo 688, párrafo primero, del Código civil. La única significación afectaría al testamento cerrado: en tales casos resultaría excluido dada la exigencia de otorgamiento del testamento abierto notarial que impone el art. 753, párrafo tercero, del Código civil.

b) Acogimiento de mayores de edad

El Código civil carece de regulación respecto del acogimiento que tiene como destinatarios a los mayores de edad. No obstante la legislación autonómica contempla el

supuesto de acogimiento de mayores y en algunos casos con referencias específicas a las personas mayores con discapacidad⁹⁰.

Con fundamento en los argumentos que se han expuesto con anterioridad, cabe entender que tratándose de acogimientos de mayores en los que media retribución a los acogedores, a los efectos de que se pueda favorecer mediante disposiciones testamentarias a quienes los ejercen resulta necesario recurrir al requisito del testamento abierto notarial que impone el artículo 753, párrafo tercero, del Código civil. Ello, salvo que el acogimiento retribuido fuese ejercido por persona con derecho a suceder ab intestato a quien tienen en acogimiento (cfr. art. 753, párr. 4º, Cc.).

Ahora bien, ya se trate de acogimientos de menores o de personas mayores, de suceder que el cuidado de los mismo se llevase a cabo mediante acogimiento residencial no ofrece duda que, tal y como se justificó, habría de ser aplicable la norma de artículo 753, párrafo segundo, del Código civil; esto es: sería nula la disposición hecha a favor de los titulares, administradores o empleados en los establecimientos en que se llevase a cabo actualmente el acogimiento residencial.

III. INDIGNIDAD

1. Preliminar

Según se expuso, el Código civil recoge ciertas conductas que suponen considerar indigno para suceder a quien las hubiera realizado. El Código civil contempla las causas de indignidad en el artículo 756 que es objeto de reforma por la Ley 2021.

En principio, las modificaciones que se introducen en el citado ámbito afectan a dos aspectos incardinados en los ordinales 2º y 7º del citado artículo 756 del Código civil. Mas, la reforma que se lleva a cabo del artículo 756.7º Cc. en su paso por el Senado termina por desvirtuarla.

2. La reforma del artículo 756.2º del Código civil

En primer lugar, resulta afectado el artículo 756.2º del Código civil. Más en concreto el párrafo tercero del citado ordinal que, refiriéndose al incapaz de suceder por indignidad, aludía al:

⁹⁰ A título de ejemplo, *vid*: respecto de Navarra, la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, “de acogimiento familiar de personas mayores”; respecto de Galicia, el Decreto 318/2003, de 26 de junio, “por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores con discapacidad” y la Orden de 8 de enero de 2004 “por la que se convocan ayudas económicas para el acogimiento familiar de personas mayores o personas con discapacidad; y respecto del País Vasco, el Decreto foral 88/2008, de 23 de diciembre, “por el que se aprueba el Programa de acogimiento familiar de personas en situación de dependencia y las ayudas económicas para su desarrollo”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

“[...] privado por resolución firme de la patria potestad o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo”.

Esta norma contenida en el artículo 756.2º del Código civil requería una modificación debido a que, según se expuso, la reforma reconduce la tutela exclusivamente a los menores de edad y erige a la curatela como medida de apoyo para las personas en situación de discapacidad.

Por las razones expuestas, el párrafo tercero del ordinal 2º del artículo 756 dispone ahora que incurre en indignidad:

“También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo”.

A efectos de complementar lo dispuesto en el artículo 756.2º, párrafo tercero, del Código civil se debe recurrir a las siguientes normas:

1º. Respecto de la remoción del ejercicio de la tutela, el artículo 223, párrafo primero, del Código civil remite a lo establecido para la curatela. Por razón de tal remisión, en lo que afecta a la remoción, resulta de aplicación a la tutela y a la curatela el artículo 278, párrafo 1º, del Código civil. El citado precepto dispone: *“Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo”.*

Mas no toda remoción del ejercicio de la tutela o de la curatela supone la consideración del tutor o el curador como incurso en causa de indignidad. A tales efectos, de lo establecido en el artículo 756.2º, párrafo tercero, del Código civil resulta exigible que la causa de la remoción fuese imputable al tutor o al curador.

2º. Y respecto de la remoción del acogimiento familiar de un menor, el artículo 173.3 del Código civil establece la remoción de la guarda para los casos en que *“surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiada la guarda en acogimiento familiar”.*

Al igual que con la remoción del tutor o del curador, en los casos de acogimiento familiar la remoción solo da lugar a indignidad cuando lo fuese por causa imputable a quien ejerce el acogimiento (cfr. art. 756.2º, párr. tercero, Código civil)⁹¹.

Además de lo expuesto, también podrían conllevar la remoción alguno de los supuestos previstos como cese del acogimiento familiar; en concreto: el cese por resolución judicial (art. 173.4.a Cc.); o el cese por resolución de la entidad pública cuando lo “*considere necesario para salvaguardar el interés del mismo*” -del menor- (art. 173.4.b Cc.)⁹². Tanto detrás uno como de otro caso podría existir una causa imputable a quien ejerce el acogimiento familiar.

2. La inexistente reforma del artículo 756.7º del Código civil

En segundo lugar, hasta su paso por el Senado también resultaba afectado por la Ley 2021 el artículo 756.7º del Código civil. En relación con las personas inmersas en indignidad, bajo su redacción anterior el citado precepto disponía lo siguiente:

“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

Respondiendo al fin de especificar la discapacidad a que es aplicable el precepto, el PL 2021 pasó a otorgar al ordinal 7º del artículo 756 del Código civil la siguiente redacción:

“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”⁹³.

La concreción “discapacidad psíquica, física o sensorial” acompañaba a algunos de los artículos a los que, según se expondrá, la disposición adicional cuarta refiere un significado de la discapacidad distinto del general⁹⁴. En su paso por el Senado se suprimió la citada concreción que acompañaba a ciertos preceptos, de manera que, con relación al

⁹¹ La remoción de la guarda habrá de ser solicitada a la Entidad Pública, pudiendo hacerlo, además del propio menor, “*el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada*” (artículo 173.3 del Código civil).

⁹² En tales casos, la Entidad pública podrá actuar “*de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez [...], oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor*” (artículo 173.4.b del Código civil).

⁹³ BOCG. CD. Número 27-1, pág. 31.

⁹⁴ Sobre el tema véase el capítulo sexto de la memoria doctoral.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

tema que aquí se trata, se otorgó al artículo 756.7º del Código civil el siguiente contenido, que pasa a ser el vigente:

*“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”*⁹⁵.

Tal vez sin ser consciente de ello, mediante la redacción otorgada en el Senado, el artículo 756.7º Cc. vuelve a tener el mismo contenido que tenía antes de su entrada en vigor, de manera que, en realidad, nada se ha modificado”⁹⁶.

3. Indignidad y desheredación

La desheredación permite al testador privar de la legítima a los herederos en los casos determinados expresamente por la ley (arts. 813, párrafo primero, y 848 Cc.). Por lo que a las causas se refiere, con alcance general el artículo 852 del Código civil incluye las de indignidad para suceder aludiendo, entre otras, a la señalada en el artículo 756 número 2º, reiterándolo: para los hijos y descendientes, el artículo 853 Cc.; para los padres y descendientes el artículo 854 Cc.; y para el cónyuge, el artículo 855 del Código civil.

Pues bien, el entendimiento de la citada causa de desheredación habrá de hacerse con referencia a la nueva redacción otorgada por la Ley 2021 al artículo 756.2 del Código civil; esto es: estará inmerso en causa de desheredación “ [...] *el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo*”.

Por otra parte, hemos visto que en su paso por el Senado la Ley 2021 frustró la reforma del artículo 756.7º (“*Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil*”). Aun siendo así se plantea una cuestión colateral debido a que el citado precepto no está citado de modo expreso entre los que los que pueden dar lugar a desheredación. ¿Quiere ello decir que el supuesto contemplado en el artículo 756.7º del Código civil no puede fundamentar la desheredación?

⁹⁵ *BOCG. Senado*. Número 190, pág. 127.

⁹⁶ La causa 7ª del artículo 756 del Código civil había sido introducida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”.

Sí, pero por otro cauce legal: la negativa a prestar alimentos está contemplada de modo general como justa causa para la desheredación de hijos y descendientes (artículo 853 del Código civil), padres y ascendientes (artículo 854 del Código civil) y el cónyuge (artículo 855 del Código civil)⁹⁷.

IV. LA NORMA DEL ARTÍCULO 280 DEL CÓDIGO CIVIL

1. En relación con el curador

Aun cuando no constituya un supuesto de incapacidad relativa ni de indignidad, en cuanto conlleva para el curador una privación de derechos hereditarios procede aludir en este contexto a la redacción que la Ley 2021 ha otorgado al artículo 280 del Código civil.

Con anterioridad, teniendo en cuenta que también se refería la tutela a las “personas con discapacidad” el artículo 257 del Código civil tenía el siguiente contenido:

“El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador”.

Partiendo de que en el régimen jurídico vigente la curatela es institución referible a las personas en situación de discapacidad, la Ley 2021 pasa a dirigir al curador la norma equivalente al anterior artículo 257 Cc. A los fines expuestos se asigna al artículo 280 del Código civil el siguiente texto:

“El curador nombrado en atención a una disposición testamentaria que se excuse de la curatela por cualquier causa, perderá lo que en consideración del nombramiento le hubiere dejado el testador”.

En relación con este nuevo contenido atribuido por la Ley 2021 al artículo 280 del Código cabe aludir a los siguientes extremos:

1º. La pérdida de los derechos hereditarios puede afectar a las disposiciones testamentarias que la propia persona con discapacidad hubiera llevado a cabo en favor de quien designa como curador, de ser nombrada para el cargo por la autoridad judicial⁹⁸.

⁹⁷ Sobre el tema, rebatiendo las opiniones en contra: ALGABA ROS, “De la desheredación” (*Código civil comentado*, vol. II, Pamplona, 2º ed., 2016, pág. 985; Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores). Por otra parte, en orden a la discapacidad a tener en cuenta en la aplicación del artículo 756, nº 7, del Código civil, véase el capítulo sexto de la presente memoria.

⁹⁸ Respecto de la posibilidad de que la autoridad judicial nombre curador a una persona distinta a la propuesta por la persona que precisa apoyo, véase el artículo 276 del Código civil.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

El ámbito propio de este supuesto sería el de la autotutela que, según se expuso en su momento, entre otras cosas permite proponer en escritura pública el nombramiento de una o varias personas a los efectos de ejercitar la función de curador, así como designar sustitutos para los mismos (arts. 271 y 273 Cc.)⁹⁹.

2º. La pérdida de derechos hereditarios también puede afectar a las disposiciones testamentarias hechas por terceros a favor de la persona que proponen como curador, en los casos en que fuese la nombrada para el cargo por la autoridad judicial¹⁰⁰.

3º. De lo dispuesto en el artículo 280 del Código civil se deduce que la pérdida no afectaría a otros derechos hereditarios que pudieran corresponder al designado como curador en relación con la persona con discapacidad; por ejemplo, los que se habrían de derivar de la apertura de la sucesión intestada de la persona sujeta a tutela.

4º. La pérdida de los derechos hereditarios se condiciona al hecho de que el curador se excuse de la tutela. A este respecto, el artículo 279, párrafo primero, del Código civil considera excusable el desempeño de la tutela “*si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo*”¹⁰¹.

En uno y otro caso sería aplicable la norma del artículo 280 del Código civil que aquí se comenta, debiendo alegarse la causa de excusa dentro del plazo de quince días a contar desde que el interesado tuviera conocimiento del nombramiento (cfr. art. 279, párrafo tercero, del Código civil).

5º. En cuanto el precepto no distingue, se habrá de entender que la pérdida de los derechos hereditarios afecta también a los casos en que, con posterioridad, el curador desistiese de continuar ejercitando el cargo.

Contemplando los citados supuestos, el artículo 279, párrafo primero, del Código civil establece lo siguiente: “*También podrá el curador excusarse de continuar ejerciendo la tutela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa*”. En estos casos, el interesado podrá alegar la excusa en cualquier momento (cfr. art. 279, párrafo tercero, del Código civil).

⁹⁹ Sobre la autotutela véase el apartado V.3.3 de la primera parte de la presente memoria doctoral.

¹⁰⁰ En relación con lo expuesto, entre las personas a las que la autoridad judicial puede nombrar curador, el artículo 276.4º Cc. contempla a “*la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público*”.

¹⁰¹ Tratándose de personas jurídicas privadas, el artículo 279, párrafo segundo, del Código civil les permite excusarse “*cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela o las condiciones de ejercicio de la tutela no sean acordes con sus fines estatutarios*”.

6°. La norma del artículo 280 del Código civil plantea un problema ulterior. El citado precepto reconduce la pérdida que contempla al hecho de que el curador “se excuse”. Sin embargo para la eficacia de la excusa se exige resolución judicial (cfr. art. 279, párrafo cuarto, del Código civil). Por ello, cabe preguntarse si la pérdida de las atribuciones a que se refiere el artículo 280 del Código civil tienen lugar por la alegación de la excusa o resulta necesario que la autoridad judicial la resuelva de forma favorable, eximiendo al curador del cargo. O en un sentido más amplio: ¿se está sancionando la alegación de la excusa o es necesaria la falta de ejercicio del cargo?

En mi opinión creo que la pérdida que contempla el artículo 280 del Código civil debería vincularse a la falta de ejercicio efectivo de la curatela, por cuanto en otro caso ningún perjuicio se ha ocasionado a la persona en situación de discapacidad. De admitirse esta interpretación la sanción establecida en el artículo 280 del Código civil sería de aplicación cuando la autoridad judicial resolviera la excusa admitiéndola con el consiguiente abandono del cargo por el curador.

Pero cabe interpretar que dicha sanción también debe ser aplicable a los casos en que el curador no ejerciera su función a pesar de haberse inadmido la excusa, o no quisiera ejercerla mientras la autoridad judicial resuelve sobre la misma. Contemplando dicho supuesto, el artículo 279, párrafo 4°, del Código civil dispone lo siguiente: “*Mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si ésta fuera rechazada*”.

En definitiva, cabe concluir este apartado considerando lo siguiente: la privación de los derechos hereditarios que contempla el artículo 280 del Código civil debe vincularse a los casos en que, por una u otra razón, el curador no ejerce o deja de ejercer sus funciones.

2. En relación con el tutor

El legislador no apreció que un supuesto similar al que se acaba de describir se puede seguir planteando en la nueva configuración de la tutela que, tras la reforma, tiene como referente a los “menores no emancipados no sujetos a patria potestad” (cfr. art. 199.2° Cc.). Como punto de partida del problema que se puede suscitar hay que recurrir al artículo 201 del Código civil que, en relación con la designación de tutor, dispone lo siguiente: “*Los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos*”.

Con tal presupuesto, ¿qué sucede en los casos en que, atención a la designación como tutor, los progenitores hubieran hecho alguna atribución testamentaria a favor del mismo?

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Naturalmente el problema únicamente se presentará si la autoridad judicial hubiera procedido a nombrar tutor al que hubieran designado los progenitores (artículo 213 Cc: “*Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º. A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial*”) ¹⁰².

En mi opinión, la solución debe ser la misma que la arbitrada para tales casos para el curador por el artículo 280 del Código civil. Al respecto ocurre que en orden a las causas de excusa y remoción de la tutela el Código civil se remite a la curatela: “*Las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela*” (artículo 223, párrafo primero, Cc.).

Parece, por tanto, que también habrán de ser aplicables al tutor las consecuencias establecidas para el curador en los casos de excusa de la tutela y de entre ellas la que se derivaría del artículo 280 del Código civil de manera que: el tutor designado en atención a una disposición testamentaria que se excuse de la tutela por cualquier causa, perderá lo que en consideración del nombramiento le hubiere dejado el testador. Abundando en la citada conclusión, cabe traer la norma del artículo 224 del Código civil en cuanto dispone: “*Serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela*” ¹⁰³.

¹⁰² En su apartado final, el propio artículo 213 del Código civil permite que, de modo excepcional, mediante resolución motivada se prescinda de la persona que hubieran designadas los progenitores “*si el interés superior del menor así lo exigiese*”. Además, la exclusión de las personas designadas por los progenitores también puede obedecer a que, conforme al criterio de la autoridad judicial no reúnen la aptitud necesaria (artículo 211 Cc: “*Podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las `condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función` y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes*”).

¹⁰³ En un principio, la aplicación del régimen jurídico de la curatela solo se preveía a efectos de integrar las normas referentes al ejercicio de la tutela: “El ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes” (art. 224 Cc. en la versión original del PL2021, *BOCG. CD. Número 27-1*, pág. 15).

**CAPÍTULO TERCERO:
EJERCICIO DEL IUS DELATIONIS**

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CAPÍTULO TERCERO: EJERCICIO DEL IUS DELATIONIS

I. PRELIMINAR

Por razón del llamamiento a suceder se atribuye al llamado del *ius delationis* con la consiguiente facultad de ejercitar las opciones que el citado derecho acoge; esto es: repudiar la herencia, desligándose de la misma; o aceptarla, asumiendo la condición de heredero.

En relación con el ejercicio positivo del *ius delationis*, el llamado puede aceptar de forma pura o a beneficio de inventario (artículo 998 Cc.). Si es de forma pura responderá por las deudas de la herencia con sus propios bienes. De acogerse al beneficio de inventario resultará favorecido por la limitación de la responsabilidad que le reconoce el artículo 1.023.1º del Código civil: “*El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma*”.

Con respecto a las opciones expuestas, el Código civil contenía una norma cuya finalidad era concretar el ejercicio del *ius delationis* en los casos en que hubiera sido llamada a la herencia una persona “en situación de discapacidad”. En particular, el artículo 996 del Código civil tenía el siguiente contenido:

“Si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario”.

En lo que aquí tiene relevancia, la comprensión de la norma exige tener en cuenta que en el régimen jurídico en la que estaba inserta:

1º. La tutela era referible a los “incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido (artículo 222.2º Cc.), con la consideración del tutor como representante del “incapacitado” como regla general: “El tutor es el representante del [...] incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación” (artículo 267 Cc., en su versión anterior).

2º. Y la curatela era referible a “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento” (artículo 287 Cc., en su versión anterior), correspondiendo al curador “la asistencia para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido” -la curatela- (artículo 289 Cc., en su versión anterior).

Reordenadas la tutela y la curatela en los términos que han sido expuestos en su momento, la norma del artículo 996 del Código civil carecía de sentido en el nuevo sistema de manera que resultaba necesaria su modificación¹⁰⁴.

II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 996 DEL CÓDIGO CIVIL

Adaptándolo al nuevo contexto, la Ley 2021 incide en el ejercicio del *ius delationis* de las personas con discapacidad mediante la modificación que lleva a cabo del artículo 996 del Código civil al que asigna el siguiente contenido:

“La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas”.

La nueva redacción otorgada al artículo 996 del Código civil es consecuencia del principio de autonomía de las personas con discapacidad que, según se ha expuesto, trasciende a todo el régimen jurídico instaurado por la Ley 2021. A partir del fundamento al que responde el precepto, se puede interpretar lo siguiente:

1º. Aun cuando la norma hace solo referencia al contenido positivo del *ius delationis*, -aceptación- dado el principio al que obedece la nueva redacción se habrá de interpretar que la persona con discapacidad podrá, como regla general, optar por ejercitar cualquiera de las opciones que se derivan del llamamiento a suceder.

En consecuencia, la persona con discapacidad podrá desde luego aceptar de forma pura. Y también podrá aceptar acogándose al beneficio de inventario o al derecho de deliberar contemplados en los artículos 1.010 y siguientes del Código civil¹⁰⁵.

Pero además el llamado con discapacidad podrá optar por repudiar la herencia; eso sí, en este caso bajo la fe notarial por cuanto la repudiación *“deberá hacerse ante Notario en instrumento público”* (artículo 1.008 Código civil).

Todo ello, sin perjuicio de que, aún siendo la aceptación y la repudiación irrevocables, quepa la posibilidad, reconocida a todos por el artículo 997 del Código civil, de proceder a su impugnación si *“adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento”*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Respecto de la citada reordenación me remito a lo expuesto al respecto en la primera parte de la memoria doctoral.

¹⁰⁵ Sobre las consecuencias de una y otra figura, véase: PÉREZ ALVAREZ, *El beneficio de inventario* (Pamplona, 2016) y LÓPEZ SUÁREZ, “Consideraciones en torno al derecho de deliberar” (*Diario La Ley*, nº 9748, 2020).

¹⁰⁶ Respecto del artículo 997 del Código civil, véase la reciente STS de 15 de marzo de 2021. En la citada resolución judicial se declara: “puesto que la aceptación es un acto inter vivos, hay que estar a la regulación que resulta de los artículos 1.265 y siguientes del Código civil, con las adaptaciones

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Asimismo habrá de entenderse que la persona con discapacidad resulta vinculada como heredero si llevara a cabo alguno de los actos que conllevan aceptación tácita de la herencia; esto es: los que supusieran “*necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*”: artículo 999, párrafo 3º, del Código civil¹⁰⁷. E igualmente quedará obligada como heredero la persona con discapacidad que llevara a cabo alguno de los actos que conforme al régimen del Código civil suponen aceptación *ex lege* de la herencia (arts. 994.4, 1.000 y 1.002 del Código civil).

2º. Como excepción a la regla general, el artículo 996 del Código civil contempla la posibilidad de un régimen dispar derivado de las medidas de apoyo que se hubieran determinado —“*salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas*”—. Al respecto puede suceder lo siguiente:

a) Que al curador se le hubieran atribuido funciones representativas y la resolución judicial las hubiera referido a los casos en que la persona con discapacidad tuviera que ejercitar el *ius delationis*.

Pues bien, el número 5º del artículo 287 del Código civil dispone que el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa apoyo necesita autorización judicial para “*aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar ésta*”.

Por lo tanto, salvo que se trate de aceptación beneficiaria, en tales casos el curador representativo necesitará contar con la correspondiente autorización judicial.

b) Que, con fundamento en el artículo 295.5º del Código civil, se hubiera nombrado un defensor judicial a los efectos del ejercicio del *ius delationis* debido a que la persona con discapacidad solo requiere medidas de apoyo con carácter ocasional.

En dichos supuestos, a los efectos de determinar la actuación del defensor judicial en relación con la respuesta al llamamiento hereditario hecho a favor de la persona con discapacidad, habrá que estar a lo que se hubiera dispuesto en el nombramiento correspondiente. De no haberse dispuesto nada al hacerse el nombramiento, el defensor

necesarias para su aplicación a un acto jurídico unilateral”. En relación con las citadas adaptaciones se habrán de tener en cuenta las reformas que el artículo cuarenta y ocho de la Ley 2021 introduce en materia de obligaciones y contratos -arts. 1.263, 1.291, 1.299, 1.301, 1.302, 1.304 y 1.314 del Código civil-, cuestión que no corresponde tratar en la presente memoria doctoral.

¹⁰⁷ Sobre los actos que pudieran suponer aceptación tácita de la herencia, por todos, véase: ARROYO AMAYUELAS, “Comentarios a los artículos 999 a 1.004 del Código civil” (*Código civil comentado*, II, 2ª ed., cit., págs. 1430 a 1435).

judicial deberá contar con la autorización judicial a los efectos de aceptar de forma pura o de repudiar la herencia a la que hubiera sido llamada la persona con discapacidad¹⁰⁸.

Junto con lo anterior, en los supuestos en que a los efectos de ejercitar el *ius delationis* mediase conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la persona que presta el apoyo, con fundamento en los arts. 283, párrafo 1º, y 295.2º Cc. el letrado de la Administración de Justicia habrá de nombrar un defensor judicial¹⁰⁹.

c) Que la persona con discapacidad estuviera bajo guarda de hecho. Para tales casos, de requerirse actuación representativa a efectos del ejercicio del *ius delationis* el guardador de hecho podrá obtenerla por el cauce previsto en el artículo 264, párrafo primero, del Código civil: “*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso [...]*”¹¹⁰.

Sin la correspondiente autorización judicial el guardador de hecho no podría ejercitar el *ius delationis* por carecer de representación en relación con la persona con discapacidad.

En este punto la Ley 2021 reclama una necesaria interpretación. El artículo 264, párrafo segundo, establece lo siguiente: “*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*”. El artículo 287 del Código civil determina los actos para los que el curador que ejerce funciones de

¹⁰⁸ En relación con las autorizaciones judiciales a efectos de ejercitar el *ius delationis* a que se ha aludido, los artículos 93 a 95 Ley de la Jurisdicción Voluntaria regulan el expediente relativo a la aceptación y repudiación de la herencia.

En lo que para esta memoria tiene relevancia, tras su reforma por la Ley 2021, el art. 94.2 LJV establece que pueden promover el citado expediente “*los llamados a la herencia y los acreedores del heredero que hubiera repudiado la herencia.- Si los llamado fueran menores, podrán promoverlo quienes ostentes su representación y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.- Si se tratara de personas con discapacidad provista de medidas de apoyo representativo para este tipo de actos podrán promoverlo los que ejerzan el apoyo.- Asimismo, podrá promoverlo el defensor judicial si no se le hubiera dado la autorización en el nombramiento*”.

¹⁰⁹ En efecto, respecto de lo que se ha desarrollado en el texto, según la nueva redacción otorgada por la Ley 2021 al artículo 93.2 LJV, precisarán autorización judicial: “*a) Los progenitores que ejerzan la patria potestad para repudiar la herencia o legados en nombre de sus hijos menores de 16 años, o si aun siendo mayores de esa edad, sin llegar a la mayoría, no prestaren su consentimiento. b) Los tutores, los curadores representativos y, en su caso, los defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos. c) Los acreedores del heredero que hubiere repudiado la herencia a la que hubiere sido llamado en perjuicio de aquellos, para aceptar la herencia en su nombre*”.

¹¹⁰ Vid. los artículos 93 a 95 LJV.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial. Según se ha expuesto con anterioridad, de entre los citados actos, el artículo 287.5º Cc. exige autorización judicial a los efectos de que el citado representante pueda aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia.

Siendo así, resultaría que el guardador de hecho podría, sin autorización judicial, aceptar a beneficio de inventario la herencia a la que hubiera sido llamada la persona con discapacidad. Ello cuando, por carecer de representación, el guardador de hecho necesitaría obtener la correspondiente autorización judicial también para aceptar la herencia a beneficio de inventario.

**CAPÍTULO CUARTO:
LEGÍTIMAS**

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CAPÍTULO CUARTO: LEGÍTIMAS

I. INTRODUCCIÓN

Dispone el artículo 806 del Código civil lo siguiente: “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. Y por su parte el artículo 807 del Código civil atribuye la condición de herederos forzosos a las siguientes personas: “*1º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*”.

En relación con los legitimarios se ha expuesto que la reforma del art. 756.2 del Código civil influye de soslayo en materia de desheredación¹¹¹. Además, se expondrá que la modificación del 1.041 del Código civil también incide en la materia de legítimas.¹¹². Pero la Ley 2021 afecta a otros aspectos de la materia que procede tratar aquí; en concreto: la reforma que lleva a cabo en el articulado que regula la legítima, que puede ser ordenada con referencia a los siguientes aspectos genéricos: la legítima de los descendientes (II) y el cálculo de la legítima (III).

II. LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

1. El artículo 808 del Código civil

1.1. Preliminar

Teniendo por objeto determinar la cuantía legitimaria de los hijos y descendientes, en su anterior redacción el artículo 808 del Código civil tenía el siguiente contenido:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima

¹¹¹ Véase el Capítulo segundo, III.4.

¹¹² Véase el Capítulo quinto, VII.2.

estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición”.

La Ley 2021 afecta al contenido del artículo 808 del Código civil con un doble alcance: por una parte se introducen modificaciones de carácter meramente formal (1.2); por otra, se incluyen algunas reformas que afectan al fondo del precepto (1.3).

1.2. Reformas formales del precepto

La Ley 2021 lleva a cabo una reordenación sistemática del contenido del artículo 808 del Código civil referente a la legítima de los hijos y descendientes: el último párrafo relativo a la parte de libre disposición pasa a ser el párrafo tercero. Además se modifica la referencia anterior al “padre” y a la “madre” por la de los “progenitores”. Como resultado de las alteraciones expuestas, los tres primeros párrafos del artículo 808 del Código civil tienen ahora el siguiente contenido:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición”.

En definitiva, al margen de los aspectos formales aludidos, para nada resulta afectada la distribución interna de la legítima de los descendientes: su cuantía sigue identificada con las dos terceras partes del haber hereditario del causante (artículo 808, párr. 1º, Cc.); subsiste la facultad de aplicar una de las dos terceras partes que conforman la legítima como mejora a favor de los hijos o descendientes (artículo 808, párr. 2º, Cc.), con la consiguiente configuración de un tercio como legítima estricta; y persiste la consideración del tercio restante como de libre disposición (artículo 808, párr. 3º, Cc.)¹¹³.

1.3. Reformas de fondo del precepto

A) Preliminar

Sí reviste una mayor profundidad la modificación llevada a cabo en el contenido del anterior párrafo tercero del artículo 808 del Código civil que, afectando a la legítima estricta, pasa en la nueva redacción a ser el párrafo cuarto. Con el fin de favorecer a las personas en situación de discapacidad, la redacción anterior de la norma había sido

¹¹³ Por tanto, el legislador no aprovechó la Ley 2021 para encarar la modificación de la cuantía de la legítima como se viene reclamando en diferentes ámbitos. Como referencia sobre el tema, por todos: BARRIO GALLARDO, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos* (Madrid, 2012).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y de la normativa tributaria con esta finalidad”.

Ya con anterioridad a la Ley de 2003, resultaba posible establecer una sustitución fideicomisaria sobre la mejora siempre y cuando beneficiase a los descendientes, con fundamento en el artículo 824 del Código civil: “*No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan a favor de los legitimarios o sus descendientes*”.

Pero, ampliando las facultades del testador, la citada disposición legal de 2003 permitió incidir en la legítima estricta posibilitando imponer sobre la misma una sustitución fideicomisaria, siendo favorecidos como fiduciarios los hijos “judicialmente incapacitados” y asumiendo la condición de fideicomisarios los restantes legitimarios.

De modo textual, en su versión anterior el artículo 808, párrafo tercero, del Código civil establecía lo siguiente:

“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

La Ley 2021 reforma el precepto afectando a tres aspectos del mismo: en primer lugar, a la condición de las personas que pueden resultar favorecidas mediante la sustitución fideicomisaria (B); en segundo lugar, resolviendo la cuestión referente a la modalidad de la sustitución fideicomisaria que contempla (C); y en tercer lugar, añadiendo una disposición relativa a cuestiones de prueba (D).

B) *Personas favorecidas como fiduciarios*

Debido a su referencia a los “descendientes judicialmente incapacitados” el precepto estaba necesitado de una reforma terminológica para adaptarlo a las pautas impuestas al nuevo régimen de la discapacidad. Por ello, la Ley 2021 modifica el supuesto de hecho y lo hace referible a la “situación de discapacidad”. Además, se contempla expresamente la posibilidad de que sean varias personas las que, estando en situación de discapacidad, resulten favorecidas en cuanto fiduciarios. Y, según se expondrá en su lugar, la disposición adicional cuarta determina el modo restrictivo en que habrá de ser interpretada la “discapacidad” que constituye el sustrato para la aplicación del artículo 808 del Código civil¹¹⁴.

¹¹⁴ Al respecto véase el capítulo sexto.

En concreto, por lo que respecta a la terminología y a quienes pueden ser beneficiados en cuanto fiduciarios, la primera proposición del párrafo cuarto del artículo 808 del Código civil pasa a tener ahora el siguiente contenido:

*“Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad [...]”*¹¹⁵.

C) *Extensión de la sustitución fideicomisaria*

Pero la norma había planteado un problema referente al fideicomiso que el testador podía establecer sobre la legítima estricta. Al respecto podía considerarse que lo que se admitía era una sustitución fideicomisaria normal, con la obligación del heredero fiduciario de conservar los bienes hereditarios como dispone el artículo 781 del Código civil (*“conserve y transmita”*) para entregarlos al fideicomisario.

Mas cabía dudar si también podía establecerse un fideicomiso de residuo, admitido con carácter general al amparo del artículo 783, párrafo segundo, del Código civil que, después de imponer al fiduciario la obligación de entregar la herencia al fideicomisario, excluye el caso *“en que el testador haya dispuesto otra cosa”*, atribuyéndose al fiduciario la facultad de disponer de los bienes.

Con fundamento en el principio de interpretación restrictiva de las sustituciones (*“in dubiis semper contra fideicommissum”*) había prevalecido en la doctrina la opinión desfavorable al fideicomiso de residuo. En esta orientación y a título de muestra, DE PABLO CONTRERAS consideró lo siguiente:

¹¹⁵ Según se ha indicado, en algunos de los preceptos a los que la Disposición adicional cuarta de la Ley 2021 somete a un entendimiento singular, el PL 2021 hacía acompañar la referencia a la “discapacidad” con la concreción “discapacidad psíquica, física o sensorial”; concreción que fue suprimida en el paso del texto original por el Senado.

Otros casos sometidos también a dicho entendimiento singular de la discapacidad contenían una remisión expresa al primer párrafo de la Disposición adicional cuarta. Así ocurría en la versión que otorgaba el PL 2021 a la primera proposición del artículo 808 del Código civil: *“Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de la disposición adicional cuarta, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad [...]”*.

Al igual que sucedió con las alusiones a la “discapacidad psíquica, física o sensorial”, en su paso por el Senado se suprimieron las remisiones que se hacían al párrafo primero de la Disposición adicional cuarta (respecto del artículo 808 Cc., véase: *BOCG. Senado*. Número 190, pág. 128). En realidad las remisiones resultaban innecesarias desde el momento en que la citada Disposición enumera los artículos en los que la “discapacidad” debe ser entendida de un modo diferente a la regla general.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

“Aunque se trate de una modalidad de sustitución fideicomisaria, el art. 808 no faculta al testador para constituir un fideicomiso de residuo, pues la naturaleza de la legítima estricta a que tienen derecho sus hijos y descendientes le impide atribuir a uno de ellos el poder de disposición sobre la misma en perjuicio de los demás (cfr. artículos 782, 813, 815 y 816 del Código civil)”¹¹⁶.

Terciando entre las dos posibles interpretaciones, la Ley 2021 determina las consecuencias a seguir en los casos expuestos, atribuyendo al párrafo cuarto *in fine* del artículo 808 del Código civil el siguiente contenido:

“[...] *En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado 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 acto mortis causa*”.

De lo establecido en el precepto que se acaba de transcribir se extraen las conclusiones siguientes:

1ª. El testador está facultado para configurar el supuesto como sustitución fideicomisaria ordinaria. En tales casos, al legitimario beneficiado le incumbiría la obligación de conservar y transmitir a los demás legitimarios los bienes recibidos en virtud de la disposición que, sobre la legítima estricta, hubiera realizado el testador.

2ª. No habiéndose ejercitado la citada facultad, habrá de interpretarse que lo recibido por el legitimario en situación de discapacidad mediante la disposición de la legítima estricta efectuada a su favor por el testador queda gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los legitimarios a quienes, por razón de la sustitución, se les perjudica.

3ª. De configurarse como fideicomiso de residuo, al legitimario beneficiado no le incumbe la obligación de conservar los bienes, pero por imperativo legal le está prohibido disponer de los bienes a título gratuito y por acto *mortis causa*. En consecuencia, el legitimario únicamente podría disponer *inter vivos* a título oneroso¹¹⁷.

¹¹⁶ “Limitaciones mortis causa a la libertad de disponer” (en *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2016, pág. 297). Eso sí, se considera que no existía obstáculo alguno para la posible constitución de un fideicomiso de residuo sobre el tercio libre de disposición o el destinado a mejora (al respecto por todos, DE PABLO CONTRERAS, *op. et loc. cit.*).

¹¹⁷ La doctrina distingue entre dos tipos de fideicomiso de residuo: el fideicomiso *de eo quod supererit* -“de lo que quedase”- cuando el fideicomisario recibirá algo debido a que el testador limita el ámbito de lo que el fiduciario está facultado para disponer; y el fideicomiso *si quid supererit* -si quedase algo- en el que no existen limitaciones y el fideicomisario solo se beneficiará de quedar algo en la herencia (al respecto, por todos: CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 232).

D) *Cuestiones de prueba*

Con el fin de resolver los problemas de prueba que pudieran plantearse por la disposición de la legítima estricta llevada a cabo por el testador en los casos que contempla el artículo 808 del Código civil, la Ley 2021 incorpora al precepto un último párrafo -el quinto- con el siguiente contenido:

“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”.

Quiero ello decir que en principio existe una presunción que tiene un doble contenido: por una parte, que el legitimario favorecido con la legítima estricta se encuentra en una situación de discapacidad que lo permita; por otra, que los demás legitimarios perjudicados no se encuentran en la citada situación.

A los efectos de impugnar el gravamen, los legitimarios no favorecidos habrán de probar que no concurre la situación de discapacidad singular exigible para tales casos que se recoge en el párrafo primero de la Disposición adicional cuarta del Código civil¹¹⁸.

En definitiva, a través de las modificaciones expuestas, el contenido íntegro asignado por la Ley 2021 al artículo 808 es el siguiente:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una 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 beneficiado 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 acto `mortis causa`.

A partir de la citada distinción, cabe interpretar que el artículo 808 del Código civil responde a la modalidad de fideicomiso *si quid supererit*: se excluyen determinados actos de disposición -a título gratuito o por acto *mortis causa*- pero no los bienes de la legítima estricta sobre los que pueden recaer, de modo que los fideicomisarios podrían no recibir nada de haberse dispuesto *inter vivos* a título oneroso de los mismos.

¹¹⁸ Al respecto, véase el capítulo sexto de la memoria doctoral.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

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”.

2. Reformas colaterales

La necesaria modificación terminológica y la nueva redacción otorgada por la Ley 2021 al artículo 808 del Código civil acarrearán la reforma del texto de dos preceptos: el artículo 782 (2.1) y el artículo 813 (2.2) del mismo cuerpo legal.

2.1. El artículo 782 del Código civil

El artículo 781 del Código civil define la sustitución fideicomisaria como aquella “*en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*”, condicionando su validez y eficacia a “*que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*”¹¹⁹.

Con los citados presupuestos, antes de la Ley 2021 el artículo 782 del Código civil tenía el siguiente contenido:

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes”.

Con el fin de acomodar el precepto a lo establecido en el artículo 808 del Código civil, la Ley 2021 asigna al artículo 782 el contenido siguiente:

“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 una situación de discapacidad.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”.

La nueva redacción mantiene la prescripción de que sobre el tercio de mejora la sustitución solo podrá beneficiar a los descendientes. Pero, al margen de la división del precepto en dos párrafos, el nuevo texto conlleva diversas modificaciones que obedecen

¹¹⁹ Sobre la citada exigencia, por todos: CÁMARA LAPUENTE, “De la sustitución” (*Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., cit. págs. 709 a 714).

a la finalidad de armonizarlo con la nueva regulación de la discapacidad y con la redacción otorgada al artículo 808 del Código civil vigente. Así:

1ª. La referencia al “hijo o descendiente judicialmente incapacitado” es objeto de una necesaria sustitución que la reemplaza por la “situación de discapacidad”.

2ª. La Disposición adicional cuarta especificará la situación de discapacidad a que es aplicable la norma que, como veremos, asimismo conlleva una cualificación de la citada situación que la aleja de la regla general¹²⁰.

3ª. Mediante la remisión al artículo 808 del Código civil, salvo disposición en contrario del testador, la sustitución que grave la legítima estricta habrá de ser entendida como fideicomiso de residuo.

4ª. Se contempla que los beneficiados por la sustitución pueden serlo “uno o varios” hijos del testador, a los que deberá afectar la situación de discapacidad exigible *ex* Disposición adicional cuarta de la Ley 2021 para la aplicación de la norma.

2.2. *El artículo 813 del Código civil*

A) *Preliminar*

Tras imponer en su párrafo primero al testador la prohibición de privar a los herederos de su legítima (“*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*”), se asignaba al párrafo segundo del artículo 813 del Código civil el siguiente contenido:

“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

B) *La reforma del precepto*

La Ley 2021 no afecta al párrafo primero del artículo 813 del Código civil, pero sí modifica el párrafo segundo del precepto al que asigna el contenido siguiente:

¹²⁰ En la versión del PL 2021 también el artículo 782 del Código civil contenía una remisión a la Disposición adicional cuarta (“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 una situación de discapacidad *de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de la disposición adicional cuarta*”), suprimida en el paso del texto por el Senado (véase *BOCG. Senado*. Número 190, pág. 127). Sobre la cuestión, véase el capítulo sexto de la presente memoria doctoral.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”.

Al igual que la norma que le precede, el precepto responde al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, que conlleva la prohibición de imponer gravámenes, condiciones o sustituciones sobre ella (“la legítima no soporta cargas”). Lo que tiene de novedad es la cuestión referente a las excepciones al citado principio.

Al respecto, el artículo 813 del Código civil sigue contemplando las excepciones representadas por el usufructo del cónyuge viudo y el artículo 808 del Código civil:

El usufructo del cónyuge viudo, por cuanto, de no estar separado legalmente o de hecho *“tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”* si concurre a la herencia con hijos o descendientes.

Y el artículo 808 del Código civil por cuanto que, según se ha expuesto, en los términos que contempla permite gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria.

La novedad que introduce la Ley 2021 afecta a la referencia que, como excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, el precepto hace también al artículo 782 del Código civil. Ello es así por cuanto que, según hemos anticipado, en el ámbito específico de las sustituciones fideicomisarias el citado artículo contempla el gravamen de la legítima. Aun cuando a partir de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ya existía tal posibilidad, no se había modificado el artículo 813 del Código civil para considerarla de modo expreso como excepción al principio de intangibilidad de la legítima. Cosa que ahora sí se hace en la nueva redacción del citado artículo del Código civil.

Asimismo, la nueva redacción suprime la referencia anterior a los “hijos o descendientes judicialmente incapacitados”: “salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados” (art. 813, párrafo segundo, en su versión anterior).

La supresión no va acompañada de ninguna referencia por medio de la cual se especificara, por ejemplo: “salvo lo establecido en los artículos 782 y 808 respecto de los descendientes en situación de discapacidad”. La omisión parece obedecer a evitar reiteraciones innecesarias, debido a que tanto el artículo 782 como el artículo 808 ya refieren las normas que contienen a los legitimarios en situación de discapacidad.

En definitiva, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 2021, el artículo 813 del Código civil pasa a tener el siguiente contenido vigente:

“El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”.

III. EL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

1. Preliminar

En orden al cálculo de la legítima, el artículo 818 del Código civil dispone lo siguiente: *“Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento.- Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”.*

Por lo tanto la fijación de la legítima exige restar del valor de los bienes de la herencia -activo- las deudas y cargas de la misma -pasivo-, añadiendo al *relictum* así resultante el importe de las donaciones colacionables –“reunión ficticia”- ¹²¹.

La Ley 2021 incide en la materia mediante una reforma que afecta de modo parcial al artículo 822 del Código civil que guarda relación con el cálculo de la legítima ¹²².

2. El artículo 822 del Código civil

La redacción del precepto que se modifica responde a la versión que le había otorgado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. En lo que aquí importa, el contenido de los dos primeros párrafos del artículo 822 Cc. era el siguiente:

“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella”.

¹²¹ En orden a las donaciones es opinión comúnmente aceptada que se han de tomar en consideración todas las donaciones hechas por el causante, con independencia de quienes fuesen los donatarios - legitimarios o extraños-. Sobre la expresión “donaciones colacionables”, por todos: CAPILLA RONCERO, “Comentarios a los arts. 816 a 820 Cc.” (en *Código civil comentado*, II, 2ª ed., cit., pág. 847).

¹²² Más adelante se expondrá que, junto con el artículo 822 Cc., existe algún precepto reformado que afecta a la materia aquí tratada: véase el capítulo quinto.VII.3. En este ámbito se centrará la exposición en el citado artículo 822 del Código civil.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera 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”.

La Ley 2021 pasa a asignar a los párrafos primero y segundo del artículo 822 del Código civil el siguiente contenido:

“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.

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”.

Según se expuso, a efectos de fijar la legítima, el párrafo segundo del artículo 818 del Código civil establece que al *relictum* -resultante de restar las deudas y cargas hereditarias del valor de los bienes que quedasen a la muerte del causante- deberán agregarse las donaciones colacionables. A introducir una excepción a la citada agregación es a lo que obedece el artículo 822 del Código civil: se excluye la donación del derecho de habitación al que el precepto se refiere.

En lo que aquí interesa, conviene destacar que son dos los supuestos de referencia contemplados en el artículo 822 del Código civil:

Por una parte, la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que el titular haga a favor de un legitimario.

Por otra, salvo voluntad en contra del testador, la atribución del citado derecho por ministerio de la ley al legitimario que lo necesitase.

Pues bien, en uno -atribución voluntaria- y otro -atribución legal- caso ha de tratarse de una persona en situación de discapacidad. Mas, los efectos son los mismos: exclusión del citado derecho del cálculo de las legítimas si el legitimario viniera conviviendo en la vivienda de que se trata con el fallecido.

Bajo los presupuestos señalados, la reforma del artículo 822 del Código civil llevada a cabo por la Ley 2021, junto con su interpretación sistemática, afecta a los siguientes extremos:

1º. La nueva versión del precepto sustituyen las alusiones al “legitimario persona con discapacidad” y “legitimario discapacitado” por la de “legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad”.

2º. La Disposición adicional cuarta también someterá la situación de discapacidad a que alude el artículo 822 del Código civil al entendimiento particular que se prevé en el párrafo primero de la citada Disposición y que difiere del significado general vinculado “a la persona que precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹²³.

Por lo tanto: a efectos de fijar la legítima, exclusión de la donación o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual cuando el favorecido fuese un legitimario en situación de discapacidad entendida en el modo que se determina en el párrafo primero de la Disposición Adicional cuarta del Código civil¹²⁴.

¹²³ Al respecto, véase el capítulo sexto de la tesis doctoral. También en este caso en que se matizaba en la Disposición adicional cuarta el significado de la discapacidad, la versión original del PL 2021 especificaba: “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 psíquica, física o sensorial* [...]”. Al igual que en los demás preceptos en que sucedía lo mismo, en el paso del Proyecto por el Senado se suprimió la citada especificación (véase *BOCG. Senado*. Número 190, pág. 128).

¹²⁴ Por lo tanto, la Ley 2021 no afecta a los párrafos tercero y cuarto del artículo 822 del Código civil: “*El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación*”.

CAPÍTULO QUINTO
LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CAPÍTULO QUINTO: LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

I. INTRODUCCIÓN

La partición de la herencia es “el acto o negocio jurídico que extingue el estado de indivisión y comunidad atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos”¹²⁵. Legalmente hecha, la partición “*confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*” (artículo 1.068 Cc.).

En esta materia las reformas llevadas a cabo por la Ley 2021 afectan a la capacidad para pedir la partición regulada en el artículo 1.052 del Código civil (II), modificándose además el artículo 1.057 del Código civil que guarda relación con ciertos tipos de partición (IV), lo que obliga a tratar el tema referente a la partición convencional (V).

Pero, además, se reforma también el artículo 1.060 del Código civil relativo a la aprobación de la partición (III), así como el artículo 1.041 del Código civil referente a la colación (VII).

II. CAPACIDAD PARA PEDIR LA PARTICIÓN

1. Preliminar

El artículo 1.052 del Código civil regula la capacidad para solicitar la partición de la herencia, estableciendo en su versión anterior lo siguiente:

“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos”.

El legislador aprovecha la reforma de 2021 para otorgar una nueva redacción al precepto que, junto con cambios formales, conlleva su adaptación a la nueva ordenación de la discapacidad. En particular, el artículo 1.052 del Código civil pasa a tener el siguiente contenido en vigor:

¹²⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5ª ed., Madrid, 1990, pág. 570.

“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus 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”.

La nueva redacción refunde en un único párrafo el precepto y, en congruencia con el nuevo sistema, sustituye la referencia a los “incapacitados” por la del coheredero que cuenta con medidas de apoyo. A partir de lo anterior, en orden a la capacidad para solicitar la partición de la herencia se habrá diferenciar entre los supuestos que a continuación se exponen.

2. Mayores de edad

Con fundamento en los artículos 246 (*“El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales en este Código”*) y 1.052 del Código civil, el mayor de edad podrá, como regla general, pedir la partición de la herencia.

Mas, de contar con medidas de apoyo el mayor de edad llamado a heredar habrá que estar a lo que resulte de las mismas, lo que conlleva: que pudiera solicitar la partición por sí mismo; hacerlo con el apoyo de la persona que, en su caso, debe prestárselo; hacerlo el curador en los supuestos en que se le hubieran atribuido funciones representativas; o de ser el caso, según veremos, el defensor judicial.

3. Menores de edad y emancipados

Al carecer el menor de edad de la libre disposición de los bienes, la solicitud de la partición habrán de hacerla sus representantes legales. Según se ha reiterado, tras la Ley 2021, al igual que la patria potestad (art. 154 Cc.), la tutela es referible con carácter exclusivo a los menores de edad no emancipados (art. 199 Cc.), correspondiendo a los progenitores (art. 154 Cc.) o al tutor su representación (art. 225 Cc.). Por lo tanto, unos u otro habrán de pedir la partición de la herencia a la que hubiera sido llamado un menor de edad.

A dicho régimen se asimila el ordenado por el artículo 1.052 del Código civil para los casos de ausencia: se habrá de recurrir a la solicitud de la partición por el representante del ausente.

Por lo que respecta al menor emancipado, la opinión común en la doctrina es la que considera que, por carecer de la libre disposición de los bienes (art. 247 Cc.), de la aplicación del artículo 1.052 del Código civil resultaría que tendría que contar con la

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

asistencia de sus padres o del tutor a los efectos de solicitar la partición de la herencia¹²⁶. Asistencia que deberá ser prestada por un defensor judicial cuando quienes debe complementar la capacidad del menor emancipado no puedan hacerlo o medie conflicto de intereses (cfr. artículo 235.3º Cc.).

4. Defensor judicial

Según se verá, el artículo 1.060, párrafo tercero, del Código civil hace referencia tanto al defensor judicial del menor como al de la persona con medidas de apoyo, cuyo nombramiento procede: tratándose de menores en los casos establecidos en el artículo 235 del Código civil; y tratándose de personas con discapacidad en los supuestos contemplados en el artículo 295 del citado cuerpo legal

Pues bien, en los casos en que sea necesaria su intervención, especialmente cuando existe conflicto de intereses entre el menor o la persona con discapacidad y sus representantes legales -progenitores, tutor o curador representativo-, habrá de ser el defensor judicial quien solicite la partición de la herencia¹²⁷.

5. Guardador de hecho

Los artículos 237 y 238 del Código civil contemplan la guarda de hecho de los menores, estableciendo este último precepto que a la guarda de hecho del menor le son aplicables con carácter supletorio “*las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad*”; normas que se contienen en los artículos 263 a 267 del Código civil.

Al no asistirle la representación legal, quien ejerce la guarda de hecho no podría intervenir en la partición en nombre del menor o de la persona en situación de discapacidad. Ahora bien, según se ha expuesto, el artículo 264 del Código civil prevé la posibilidad de que el guardador de hecho solicite autorización judicial a los efectos de realizar aquellos actos que requieran la actuación representativa.

A la vista de tales precedentes cabe concluir del siguiente modo: en los casos en que fuera necesario la actuación representativa a efectos de solicitar la partición de la herencia

¹²⁶ Sobre las distintas opiniones al respecto, véase: DÍEZ SOTO, “Comentario al artículo 1.052 del Código civil (*Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., cit., pág. 1653).

¹²⁷ Además de por otras causas, el artículo 235 del Código civil dispone que el nombramiento de un defensor judicial del menor procede: “1º. *Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo*”. Y por su parte, entre otros motivos, el artículo 295 del Código civil ordena el nombramiento de un defensor judicial de las personas con discapacidad: “2º. *Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo*”.

a la que hubiera sido llamado un menor o una persona con discapacidad bajo guarda de hecho podrá la autoridad judicial autorizar a tales efectos a quien viniera ejerciendo la guarda.

Además de lo expuesto, el artículo 264, párrafo primero, del Código civil posibilita que la correspondiente autorización judicial pueda “*comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*”. En lo que aquí importa ello supondría la posibilidad de que la autorización concedida al guardador de hecho por la autoridad judicial se extienda a todos los actos que fueran necesarios en relación con la herencia a que fue llamado el menor o la persona con discapacidad.

III. PRÁCTICA Y APROBACIÓN DE LA PARTICIÓN CONCURRIENDO MENORES O PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

1. Preliminar

En relación con esta cuestión, redactado por la Disposición final 1ª de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en su versión anterior el artículo 1.060 del Código civil tenía el siguiente contenido:

“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

La Ley 2021 incide en el artículo 1.060 del Código civil, asignándole el contenido siguiente:

“Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la 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

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

Mediante la nueva redacción, desde un punto de vista formal y con algún error, la norma del artículo 1.060 del Código civil pasa a estructurarse en tres párrafos atinentes: a los menores de edad, a las personas en situación de discapacidad y a los casos en que hubiera sido designado un defensor judicial. Con referencia a dichos sujetos se regula la intervención judicial a los efectos de practicar la partición o la aprobación de la misma.

2. Menores

Para los casos de menores bajo patria potestad legalmente representados, el artículo 1.060, párrafo primero, del Código civil excluye la intervención y la autorización judicial a efectos de la práctica de la partición, así como la ulterior aprobación judicial. Mas, en los casos de menores sometidos a tutela legalmente representados es exigible la intervención judicial, pero solo a los efectos de la aprobación de la partición una vez llevada a cabo.

3. Personas con medidas de apoyo

En los casos de curatela ordinaria, la persona con discapacidad podrá actuar por sí misma con el apoyo, en su caso, del curador. De ahí que el artículo 1.060 del Código civil solo se refiera al curador con funciones representativas. El régimen a seguir en tales casos ya está determinado en otro ámbito por el artículo 289 del Código civil: “*No necesitarán autorización judicial la partición de la herencia o la división de la cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial*”.

Se puede apreciar que el párrafo segundo del artículo 1.060 del Código civil no hace sino explicitar en el ámbito de la partición lo establecido por el artículo 289 Código civil en sede de curatela: no es necesaria la autorización ni la intervención judicial para la partición realizada por el curador representativo; pero una vez practicada, se requiere aprobación judicial.

En todo caso, antes de dar la correspondiente aprobación, la autoridad judicial “*oír a al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes*” (artículo 290 Cc.).

4. Los casos de intervención de un defensor judicial

Como se deduce de la lectura del artículo 1.060 del Código civil, en estos casos la intervención judicial solo se prevé a los efectos de la aprobación de la partición una vez realizada por el defensor judicial del menor de edad o de la persona con medidas de apoyo.

Como excepción, no resulta necesaria la aprobación judicial cuando al defensor judicial se le hubiera eximido de la misma al hacerse el nombramiento.

Pero en este punto el artículo 1.060 del Código civil incurre en error por razones de redundancia: con la salvedad expuesta, el párrafo tercero del precepto exige la aprobación judicial de la partición llevada a cabo por el defensor judicial del menor de edad y de la persona con medidas de apoyo; ello, cuando el párrafo primero del precepto ya lo había exigido para la partición realizada por el defensor judicial del menor de edad.

Por lo tanto, parece que hubiera sido suficiente lo establecido en el párrafo tercero, debiendo suprimirse la referencia al defensor judicial del menor contenida en el párrafo primero y que constituye un arrastre de la versión anterior del artículo 1.060 del Código civil.

Abundando en la reiteración, el régimen aplicable al defensor judicial de la persona con medidas de apoyo también se resuelve con carácter previo en el artículo 289, segunda proposición, del Código civil: *“Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”*.

En todo caso: el defensor judicial designado podrá actuar en la partición representado al menor o a la persona en situación de discapacidad sin necesidad de ulterior aprobación judicial si así se hubiera determinado con ocasión de su nombramiento.

5. El guardador de hecho

Según se anticipó, los artículos 237 y 238 del Código civil contemplan la guarda de hecho de los menores, estableciendo este último precepto que a la guarda de hecho del menor le son aplicables *“con carácter supletorio las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad”* contenidas en los artículos 263 a 267 del Código civil. Al no asistirle la representación legal, quien ejerce la guarda de hecho no podrá intervenir en la partición en nombre del menor o de la persona en situación de discapacidad.

Mas, se ha visto que el artículo 263 del Código civil prevé la posibilidad de que el guardador de hecho solicite autorización judicial a los efectos de realizar aquellos actos que requieran la actuación representativa y, por tanto, para la partición. De serle concedida, el guardador de hecho podría intervenir en la partición representando al menor o a la persona en situación de discapacidad. Por analogía con lo dispuesto en el artículo 1.060, párrafo tercero, del Código civil para el defensor judicial, parece que debería ser exigible la aprobación judicial de la partición; ello, salvo que al serle concedida la autorización de la actuación representativa se hubiera dispuesto otra cosa.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

IV. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Preliminar

El artículo 1.056 del Código civil contempla la llamada “partición por el testador”: *“Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”*, atribuyéndole la facultad de mantener indivisa una explotación o el control de una sociedad de capital: *“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quisiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo [...]”*, estableciendo el régimen a seguir que, entre otras cosas, permite al testador disponer que se pague en metálico la legítima a los demás interesados.

Por su parte, el artículo 1057, párrafo primero, del Código civil contempla la partición por contador-partidor o comisario: *“El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos”*.

Y a su vez, el artículo 1.057, párrafo segundo, del Código civil guarda relación con la partición por contador-partidor dativo: *“ [...] el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por ciento del haber hereditario y con citación de los demás interesados [...] podrá nombrar un contador-partidor dativo [...] la partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos o legatarios”*.

A partir de lo expuesto, por medio de su párrafo tercero, el artículo 1057 del Código civil disponía lo siguiente:

“Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas”¹²⁸.

2. La reforma del precepto

La Ley 2021 incide en el párrafo tercero del artículo 1.057 del Código civil al que atribuye el siguiente contenido:

¹²⁸ La redacción del artículo 1.057 del Código civil responde al contenido que le otorgó la Disposición final 1ª de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Véanse los artículos 92 LJV y 66 LN.

“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”.

La nueva redacción otorgada al anterior párrafo tercero del artículo 1.057 del Código civil conlleva las siguientes consecuencias:

1ª. Habrá de entenderse que, como regla general, el régimen establecido en orden a la partición por el testador en el artículo 1.056 del Código civil, así como para la partición por el contador-partidor y el contador-partidor-dativo contempladas en el artículo 1.057 del Código civil no se altera por el hecho de que entre los herederos a quienes afectan hubiera algún menor sujeto a patria potestad o tutela o una persona con medidas de apoyo.

2ª. Para tales casos se sigue imponiendo al contador-partidor la obligación de inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales. Esto es: los titulares de la patria potestad o, en su defecto, el tutor. Pero, en el ámbito de los representantes legales se habrá de incluir también, en su caso, la citación al defensor judicial, así como al guardador de hecho a quien se hubiera atribuido funciones representativas.

3ª. Respecto de la redacción anterior la nueva versión del precepto suprime la referencia al curador, contemplándose la persona en situación de discapacidad por medio de un nuevo párrafo -cuarto-, añadido al precepto, que remite a lo que se hubiera dispuesto en las medidas de apoyo.

En virtud de la citada remisión se habrá de entender que habiéndose atribuido al curador funciones representativas, al igual que los demás representantes, habrá de ser citado para que concurra a la práctica del inventario de los bienes hereditarios. De carecer el curador de funciones representativas, concurrirá la persona con discapacidad con el apoyo que en su caso se hubiera previsto.

V. REFERENCIA A LA PARTICIÓN CONVENCIONAL

Para los supuestos en que el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otros dicha facultad, el artículo 1.058 del Código civil establece que: “[...] *si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la maneras que tengan por conveniente*”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

A pesar de la alusión a los herederos mayores de edad, por algunos autores se interpreta que la partición convencional puede llevarse a cabo concurriendo menores o personas en situación de discapacidad, observando las reglas pertinentes¹²⁹.

En consecuencia: tratándose de partición convencional, de concurrir menores de edad, emancipados, personas en situación de discapacidad o un defensor judicial habrá que recurrir a lo establecido por el artículo 1.060 del Código civil de conformidad con la redacción otorgada al precepto por la Ley 2021, que ya ha sido objeto de consideración.

VI. EXISTENCIA DE PODERES PREVENTIVOS

Según se ha expuesto, en materia de partición de la herencia el Código civil atribuye protagonismo a quienes, según los casos, ejercen funciones representativas en relación con los menores: progenitores, tutores, defensor judicial o guardador de hecho con atribución judicial de facultades de representación. También en relación con las personas con discapacidad: curador representativo, defensor judicial o guardador de hecho con atribución de funciones de representación.

Sin embargo, respecto de las personas con discapacidad debe tenerse presente que las funciones del curador representativo o la atribución de funciones representativas al guardador de hecho reviste carácter subsidiario. Ello es así por cuanto de haber ordenado la persona con discapacidad poderes preventivos al respecto, las funciones aquí examinadas en relación con la partición hereditaria deberán ser llevadas a cabo por el apoderado. Este, de suceder que el poder comprendiese todos los negocios del otorgante, “*quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*” (artículo 259 del Código civil).

VII. LA COLACIÓN

1. Preliminar

En lo que aquí se debe tratar, la colación constituye una operación particional a llevar a cabo cuando en la comunidad hereditaria concurren varios legitimarios y uno de ellos hubiera recibido del causante, mientras vivía, atribuciones gratuitas: artículo 1.035 del Código civil: “*El heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo,*

¹²⁹ Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La partición hereditaria”, capítulo 19 del *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2016, pág. 663; Pérez Álvarez, coordinador.

para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición” (artículo 1.035 del Código civil).

En cuanto al resultado de la colación, el artículo 1.047 del Código civil dispone lo siguiente: *“El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad”*.

El Código civil contiene determinadas normas cuya finalidad es concretar los bienes que son objeto de colación y precisamente es a una de ellas a la que afecta la reforma. La Ley 2021 parte del siguiente contenido del artículo 1.041 del Código civil:

“No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre”.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

2. La reforma del artículo 1.041 del Código civil

En primer lugar, la reforma llevada a cabo por la Ley 2021 afecta al párrafo primero del artículo 1.041 del Código civil. Mediante la supresión de la referencia que la mencionada norma hacía al “equipo ordinario”, el párrafo primero del precepto pasa a tener el contenido siguiente:

“No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre”.

Siguiendo a SARMIENTO RAMOS, por equipo ordinario “ha de entenderse las ropas, objetos de uso personal adecuado a la posición social de la familia y a la fortuna del que los sufraga”¹³⁰. Partiendo de dicho significado, parece evidente que los objetos que integran el equipo ordinario no deben ser objeto de colación. Siendo así cabe preguntarse la razón de la supresión de la referencia al mismo en la nueva redacción otorgada al párrafo primero del artículo 1.041 del Código civil.

En mi opinión caben dos opciones: bien entender que se ha suprimido la referencia al “equipo ordinario” por considerarlo intrascendente; o bien, lo que parece más probable,

¹³⁰ “Comentarios a la colación” (*Comentario del Código Civil*, T.I, Madrid, 1993, pág. 2454). Utilizando diversos términos, no existen en la doctrina discrepancias sobre la interpretación de lo que debe entenderse por “equipo ordinario”. Al respecto, asumiendo la opinión de Sarmiento Ramos, véase, por ejemplo: RUBIO GARRIDO, *La partición de la herencia*, Pamplona, 2017, pág. 352.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

la supresión obedece a una omisión por error al copiar la redacción precedente del artículo 1.041 del Código civil.

Y en segundo lugar la reforma afecta al párrafo segundo del artículo 1.041 del Código civil. El citado párrafo había sido añadido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. La Ley 2021 incide en la norma, atribuyéndole el siguiente contenido:

“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”.

En esta materia la reforma no tiene otro objeto que el de llevar a cabo una modificación de índole terminológica; de modo básico: cambiar la referencia a los “padres” para sustituirla por los “progenitores”.

Sin embargo, no era la anterior la única relevancia de la reforma: en la versión del Pr. 2021 se concretaba que la citada discapacidad podía ser “psíquica, física o sensorial”¹³¹.

Al igual que sucedió con los demás preceptos que adoptaban el mismo criterio, en el paso por el Senado del Pr 2021 se suprimió la mencionada referencia, pero sometiendo la disposición adicional cuarta el supuesto a la interpretación de la discapacidad que se contienen en su párrafo primero¹³².

3. Incidencia en materia de legítimas

Según se ha expuesto, el artículo 818 del Código civil determina el modo en que se habrá de fijar la legítima, estableciendo el párrafo segundo del citado artículo lo siguiente: *“Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”.*

Por lo tanto, en orden al cálculo de la legítima, al *relictum* resultante de restar las deudas y cargas de la herencia del valor de los bienes que quedasen al momento de la muerte del causante deberá agregarse el importe de las donaciones colacionables. Pues bien, a dicho fin habrá de atenderse a lo establecido en el vigente artículo 1.041 del Código civil en su párrafo segundo.

¹³¹ Véase *BOCG. CD*. Número 27-1, pág. 32.

¹³² Véase capítulo sexto.

Ello supone la exclusión de los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por la situación de discapacidad entendida en los términos del párrafo primero de la Disposición adicional cuarta del Código civil que se examina a continuación.

CAPÍTULO SEXTO
LA DISCAPACIDAD EN MATERIA SUCESORIA

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CAPÍTULO SEXTO: LA DISCAPACIDAD EN MATERIA SUCESORIA

I. PRELIMINAR

Una vez expuesto el alcance de las reformas llevadas a cabo por la Ley 2021 en el Derecho sucesorio, procede concluir concretando el concepto de discapacidad que subyace a las mismas. A tales efectos resulta necesario recurrir a la Disposición adicional cuarta del Código civil.

La citada disposición había sido añadida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que le otorgó el siguiente contenido:

“La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”.

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

La Ley 2021 reforma la citada Disposición adicional y a través de la misma modifica, a su vez, el significado que habrá de otorgarse a la discapacidad en lo términos que a continuación se exponen.

II. LA REFORMA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO SUCESORIO

1. La nueva redacción

Alterando la redacción que se había previsto para la misma en el Proyecto de ley, La Ley 2021 termina otorgando a la Disposición adicional cuarta del Código civil la siguiente redacción:

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

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

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

A partir del nuevo texto, cabe extraer determinadas consecuencias sobre la discapacidad a que responden las normas del Derecho sucesorio que han sido objeto de reforma por la Ley 2021.

2. La regla general

Con fundamento en el párrafo segundo de la Disposición adicional cuarta, como regla general deberá entenderse que las referencias a la discapacidad se identifican con las situaciones que precisan una medida de apoyo a los efectos de ejercitar la capacidad jurídica.

Al respecto, se concretó al comienzo de la memoria doctoral que dicha discapacidad guarda relación con las enfermedades que por incidir en la conformación de la voluntad o en la expresión de la misma requieren apoyo para que la persona pueda desarrollar la capacidad jurídica¹³³.

Dicha situación de discapacidad constituye el trasfondo de los siguientes preceptos que han sido objeto de reforma por la Ley 2021:

1º. Artículo 663 -prohibiciones para testar-¹³⁴.

2º. Artículo 665 -capacidad para testar de la persona con discapacidad-¹³⁵.

3º. Artículo 695 -testamento abierto ordinario-¹³⁶.

4º. Artículo 697 -testamento abierto ordinario-¹³⁷.

5º. Artículo 706 -testamento cerrado-¹³⁸.

¹³³ Al respecto, véase el apartado II de la primera parte de la presente memoria.

¹³⁴ Véase el capítulo primero, apartado II de la segunda parte de la memoria.

¹³⁵ Véase el capítulo primero, apartado II de la segunda parte de la memoria.

¹³⁶ Véase el capítulo primero, apartado III de la segunda parte de la memoria.

¹³⁷ Véase el capítulo primero, apartado III de la segunda parte de la memoria.

¹³⁸ Véase el capítulo primero, apartado IV de la segunda parte de la memoria.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

6º. Artículo 708 -testamento cerrado-¹³⁹.

7º. Artículo 709 -testamento cerrado-¹⁴⁰.

8º. Artículo 753 -incapacidad relativa para suceder-¹⁴¹.

9º. Artículo 756.2º -indignidad-¹⁴².

10. Artículo 996 -aceptación de la herencia-¹⁴³.

11. Artículo 1.052 -partición de la herencia-¹⁴⁴.

12. Artículo 1.057 -partición de la herencia-¹⁴⁵.

13. Artículo 1.060 -partición de la herencia-¹⁴⁶.

Por cuanto los citados preceptos no encajan en las exclusiones establecidas en la Disposición adicional cuarta del Código civil, la identificación entre la persona con discapacidad y la que necesita apoyo es la regla que subyace a la mayor parte de las normas de Derecho sucesorio que han sido reformadas. Y es que la citada disposición contiene las dos excepciones a la regla general que a continuación se exponen.

3. Las excepciones

3.1. La excepción del párrafo primero

Mediante la primera excepción resultan excluidas de la concepción general de la discapacidad las normas de los artículos 756, nº 7, 782, 808, 822 y 1.041 del Código

¹³⁹ Véase el capítulo primero, apartado IV de la segunda parte de la memoria.

¹⁴⁰ Véase el capítulo primero, apartado IV de la segunda parte de la memoria.

¹⁴¹ Véase el capítulo segundo, apartado II de la segunda parte de la memoria.

¹⁴² Véase el capítulo segundo, apartado III de la segunda parte de la memoria.

¹⁴³ Véase el capítulo tercero, apartado II, de la segunda parte de la memoria.

¹⁴⁴ Véase el capítulo quinto, apartado II, de la segunda parte de la memoria.

¹⁴⁵ Véase el capítulo quinto, apartado IV, de la segunda parte de la memoria.

¹⁴⁶ Véase el capítulo quinto, apartado III, de la segunda parte de la memoria.

civil¹⁴⁷. Se trata de los preceptos que atañen a los supuestos que a continuación se exponen:

1º. A la persona en situación de discapacidad a los efectos de considerar inmerso en indignidad a quien no le hubiera prestado las atenciones debidas: artículo 756.7º del Código civil¹⁴⁸.

2º. A quienes pueden resultar beneficiados por las sustituciones fideicomisarias: artículo 782 del Código civil¹⁴⁹.

3º. A los legitimarios que pueden resultar favorecidos por el gravamen impuesto sobre la legítima estricta: artículo 808 del Código civil¹⁵⁰.

4º. Al legitimario favorecido por la donación o legado de un derecho de habitación: artículo 822 del Código civil¹⁵¹.

5º. Y a los hijos o descendiente para los que se eximen determinados gastos de la colación: artículo 1.041 del Código civil¹⁵².

Son, precisamente, los preceptos que tenían en el PL 2021 una nota común: bien, se le les hacía acompañar de la referencia a la “discapacidad psíquica, física o sensorial” (arts. 756.7º, 822 y 1.041 Cc.); o bien determinaban que la discapacidad a tener en cuenta era la establecida en el primer párrafo de la disposición adicional cuarta (arts. 782 y 808 Cc.)¹⁵³.

¹⁴⁷ La versión anterior de la Disposición adicional cuarta refería las excepciones a los artículos 756, 822 y 1.041 Cc., que, según cabe comprobar, ahora se amplían a los artículos 782 y 808 del Código civil.

¹⁴⁸ Véase el capítulo segundo, apartado III de la segunda parte de la memoria.

¹⁴⁹ Véase el capítulo cuarto, apartado II de la segunda parte de la memoria.

¹⁵⁰ Véase el capítulo cuarto, apartado II de la segunda parte de la memoria.

¹⁵¹ Véase el capítulo cuarto, apartado III de la segunda parte de la memoria.

¹⁵² Véase el capítulo quinto apartado VII de la segunda parte de la memoria.

¹⁵³ Al margen del Derecho sucesorio, la Disposición adicional cuarta también incluye entre las excepciones a la regla general el artículo 96 del Código civil acogido en el ámbito de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. En virtud de la redacción que le ha otorgado la Ley 2021, respecto del uso de la vivienda familiar en los casos en que no exista acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, en lo que a la discapacidad tienen relevancia, el art. 96.1 del Código civil dispone:

“[...] Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.- A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación [...]”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Las mencionadas matizaciones carecían de sentido desde el momento en que el párrafo primero de la propia Disposición adicional determinaba los preceptos concretos a que se aplicaba. Tal vez por ello, las citadas matizaciones se suprimieron en el tránsito del PL 2021 por el Senado.

Sea cual fuese la causa de la supresión, el resultado es el mismo: a los efectos de determinar las personas a quienes se aplican los artículos 756, nº 7, 782, 808, 822 y 1.041 del Código civil hay que atender al concepto de discapacidad que se asume en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y a las situaciones de dependencia de grado II o III consideradas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Por lo que se refiere a la primera, el artículo 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, disponía que tendrán la consideración de personas con discapacidad:

“a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.

Pero la propia Ley 2021 incide en la citada disposición legal y, con el fin de acomodar su terminología, otorga una nueva redacción al artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre:

“A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.

Y por lo que se concierne a la segunda norma de referencia para determinar la discapacidad relevante en la aplicación de los artículos 756, nº 7, 782, 808, 822 y 1.041 Cc., el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, “de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia” regula los grados a que se refiere la Disposición adicional cuarta del Código civil del siguiente modo:

Al igual que los otros preceptos sometidos al régimen de la discapacidad del párrafo primero de la Disposición adicional cuarta, en su versión original, el art. 96.1 Cc. aludía a la “discapacidad psíquica, física o sensorial”, referencia que, como en los demás casos, fue suprimida en la tramitación del PL 2021 en el Senado (cfr. *BOCG. Senado*. Número 190, pág. 90).

“Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”¹⁵⁴.

Por tanto, solo quienes se encuentran en las condiciones expuestas de discapacidad explicitadas en las normas de referencia podrán resultar beneficiados por las disposiciones a ellos favorables a que se refieren los artículos 782, 808, 822 y 1041 del Código civil; y solo quienes no hubieran prestado las atenciones debidas a la persona que se encontrara en tal situación de discapacidad les afectará el supuesto de indignidad considerado en el artículo 756, nº 7, del Código civil.

Y ello aun cuando la discapacidad en cuestión encajara en la regla general; es decir: se tratara de una persona con discapacidad que hace necesaria la provisión de alguna de las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Cabría preguntarse cuál es la razón de la exigencia de una discapacidad cualificada a los efectos de que puedan aplicarse los citados preceptos. En mi opinión, las razones pudieran ser la siguientes:

a) Por lo que respecta a los artículos 782, 808, 822 y 1.041 del Código civil la razón parece obedecer a que el beneficio que reportan a la persona con discapacidad lo es en detrimento de otros.

En efecto: los artículos 782 y 808 del Código civil permiten gravar la legítima estricta en perjuicio de los demás legitimarios. La exclusión del cálculo de la legítima del derecho de habitación contemplado en el artículo 822 del Código civil a favor de la persona con discapacidad perjudica a los restantes legitimarios. Y el mismo perjuicio se deriva para el resto de los legitimarios de la exclusión de la colación, en favor de la persona con discapacidad, de los gastos contemplados en el artículo 1.041 del Código civil.

Siendo así, nada tiene de extraño que se exija un plus a los efectos de valorar la discapacidad en la aplicación de unos artículos que, entrañando un beneficio para la persona a quien afecta, conllevan un perjuicio para otros,

¹⁵⁴ En consecuencia, resulta excluida de la discapacidad que consideramos el Grado I de “dependencia moderada” que también contempla el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre: “cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para la autonomía personal”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

b) Y por lo que respecta al artículo 756.7º del Código civil la razón de exigirse también una cualificación de la discapacidad parece obedecer al hecho de tratarse de una norma sancionadora: conlleva la indignidad de quien no hubiera prestado las atenciones debidas a la persona con discapacidad.

3.2. La excepción del párrafo segundo

Mediante la segunda excepción, de lo establecido en el párrafo segundo de la Disposición adicional cuarta en ciertos casos habrá que atender a lo dispuesto en el artículo concreto del Código civil.

Ello sucederá en aquellos supuestos en que el precepto en cuestión se asuma una concepción de la discapacidad diferente a la que constituye la regla general. Al respecto hemos visto cómo, a los efectos de que se pueda entender revocado el testamento cerrado que apareciese en el domicilio del testador con ciertos deterioros, el artículo 742 del Código civil exigen la concurrencia de una discapacidad cualificada: el testador habría de estar “*afectado por alteraciones graves en su salud mental*”¹⁵⁵.

4. Recapitulación

De la exposición precedente se infiere que no existe uniformidad en lo que respecta al modo en que se habrá de entender la situación de discapacidad a los efectos de aplicar las normas reformadas del Derecho sucesorio que la contemplan:

Como regla general, la persona con discapacidad se identifica con todos aquellos que precisan medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Limitando la regla general, se recogen dos excepciones:

Mediante la primera, la persona con discapacidad es únicamente aquella que está inmersa en la situación cualificada que un precepto concreto prevé para el supuesto de hecho que contempla.

Mediante la segunda, a los efectos de aplicar las normas de los artículos 756, nº 7, 782, 808, 822 y 1.041 del Código civil solo se encuentran en situación de discapacidad quienes, aun cuando necesitaran medidas de apoyo, se encontrarán en las circunstancias contempladas en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, o en las situaciones de dependencia de grado II o III consideradas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

¹⁵⁵ Sobre el citado artículo 742 del Código civil, véase el Capítulo segundo, apartado IV, de la segunda parte de la memoria.

CONCLUSIONES

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

CONCLUSIONES

PRIMERA

Presupuestos de índole general

En buena medida, las reformas llevadas a cabo en el ámbito del Derecho sucesorio responden a tres pautas generales que, informando la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, han sido consideradas en la primera parte de la Memoria doctoral.

1. La primera pauta es la asunción por el legislador del principio recogido en el artículo 12.2 CDPD conforme al cual la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

2. La segunda pauta, consecuencia de la anterior, conlleva la articulación de medidas de apoyo con el fin de que la persona con discapacidad pueda ejercitar de modo adecuado su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

3. La tercera pauta es la consideración de la persona con discapacidad como la encargada de tomar sus propias decisiones, con los apoyos que en su caso fueran necesarios.

SEGUNDA

Capacidad para testar

A secundar las citadas pautas responde el nuevo tratamiento asignado al otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad.

1. En este punto el régimen legal está condicionado por dos presupuestos:

1.1. La resolución judicial que hubiera determinado las medidas de apoyo en ningún caso puede tener un contenido que supusiera negar la testamentifacción activa a la persona con discapacidad (artículo 269, apartado final, del Código civil).

1.2. De suceder que en virtud de la resolución judicial correspondiente la medida de apoyo comprendiese funciones representativas, éstas no podrían alcanzar al otorgamiento de las últimas voluntades dado el carácter personalísimo del testamento (artículo 670 del Código civil).

2. La consecuencia necesaria de lo expuesto no puede ser otra que la atribución de la testamentifacción activa a la persona con discapacidad. Así lo establece de modo expreso el 665 del Código civil. Atendiendo al citado precepto y a la interpretación sistemática del mismo se concluye:

2.1. Corresponde al Notario valorar la capacidad para otorgar testamento. La valoración notarial no guarda relación directa con la discapacidad, siendo referible a la aptitud del otorgante para conformar sus últimas voluntades y darlas a conocer.

2.2. A tales efectos, las personas que comparezcan ante Notario podrán servirse de los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que, con el carácter de *numerus apertus*, enumera el artículo 25 de la Ley del Notariado.

2.3. La voluntad testamentaria habrá de proceder de quien otorga el testamento de manera que, bajo pena de nulidad por la vulneración del carácter personalísimo de las disposiciones *mortis causa* exigido por el artículo 670 del Código civil, los apoyos en ningún caso pueden suponer la conformación de la voluntad testamentaria por terceros.

2.4. Las circunstancias ulteriores que pudieran incidir en la conformación de la voluntad del testador no afectan por sí mismas al testamento otorgado, de manera que la validez del testamento no resulta afectada por el hecho de que con posterioridad se acuerden medidas de apoyo para la persona con discapacidad.

2.5. En cuanto afecta a una cuestión de hecho, la valoración notarial puede ser impugnada probando la falta de aptitud del testador para comprender el alcance y manifestar sus disposiciones el momento del otorgamiento, con la consiguiente vulneración de la prohibición para testar establecida en el artículo 663.2º del Código civil

2.6. Los casos de duda sobre la aptitud del otorgante habrán de ser resueltos a la vista del principio favorable a la capacidad para testar y del *favor testamenti*.

2.7. El principio del *favor testamenti* no se extiende a la necesaria observación de los requisitos formales que, para los distintos tipos testamentarios, dispone el Código civil.

TERCERA

Testamentos notariales

En relación con el testamento, la reforma también ha abierto cauces con un fin específico: favorecer el otorgamiento de los testamentos notariales por las personas con discapacidad.

1. Las facilidades atañen al testamento abierto ordinario, reconociendo al testador la facultad de recurrir a “cualquier medio técnico material o humano” a un doble efecto: para dar a conocer al Notario sus últimas voluntades; y para prestar conformidad a la redacción del testamento llevada a cabo por el notario (artículo 695 Cc.). En relación con ello se ha concluido lo siguiente:

1.1. Aun con las facilidades expuestas, bajo pena de incurrir en la prohibición del artículo 663.2º Cc. no cabría otorgar testamento abierto ordinario en los casos siguientes: cuando no resultara posible al testador expresar su voluntad de manera que el Notario no puede llegar a conocer de forma indubitada la voluntad real de quien pretende otorgarlo; cuando quien pretende testar no pudiera entender la información y explicaciones que el Notario habrá de darle; y cuando el otorgante estuviera imposibilitado de manifestar su conformidad a través de cualquiera de los apoyos de que pudiera servirse.

1.2. Las facilidades del artículo 695 del Código civil deben hacerse extensivas a los testamentos abiertos no notariales otorgados por personas que se encuentran en situación de discapacidad; esto es: al testamento en peligro de muerte y al testamento en caso de epidemia.

2. Y las facilidades atañen también al testamento cerrado. Al respecto, frente a la prohibición anterior que revestía carácter absoluto, la nueva redacción del artículo 708 Cc. permite otorgar testamento cerrado a las personas con discapacidad visual cuando, mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, puedan escribirlo y leerlo. La citada habilitación trae como secuela la reforma del artículo 709 Cc. a los efectos de determinar el modo de proceder las personas con discapacidad visual en la fase de otorgamiento del testamento cerrado.

2.1. La citada reforma ha obligado a plantear una cuestión relacionada con la conversión del testamento cerrado: ¿puede producirse la conversión en testamento ológrafo cuando una persona mayor de dieciocho años, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 708 Cc., hubiera redactado el testamento cerrado utilizando medios mecánicos y tecnológicos que le permitieran escribirlo y leerlo? Al respecto se ha concluido que, en cuanto la autografía constituye un requisito inexcusable para la validez del testamento ológrafo, no cabe la conversión del testamento cerrado en tales casos.

CUARTA

Incapacidad para suceder

Por lo que respecta a la incapacidad relativa, son diversos los problemas interpretativos que motiva la nueva redacción otorgada al artículo 753 del Código civil. En relación con ellos se ha concluido, entre otras cosas, lo siguiente:

1. El último párrafo del art. 753 Cc. debe interpretarse con referencia exclusiva a los herederos ab intestato, excluyendo la exigencia relativa al parentesco.

2. En contra de su literalidad, el segundo párrafo del artículo 753 Cc. debe ser entendido en el sentido de que los establecimientos públicos o privados, sus titulares, administradores y quienes presten servicios en los mismos están inmersos en un caso de incapacidad relativa para suceder respecto de quienes estuvieran internados en los citados establecimientos por razones de salud o asistencia.

3. A pesar del silencio del Código civil, en los casos en que, con fundamento en el artículo 253 Cc., las entidades públicas prestaran apoyo a una persona en situación de discapacidad no debe surtir efecto la disposición testamentaria que dicha persona haga en favor de la entidad pública, del centro público o privado a través del cual la Administración le presta asistencia, o a favor de quienes prestaran servicios en los mismos.

4. Cuando no media internamiento de la persona con discapacidad no resulta aplicable el artículo 753 Cc. a las personas jurídicas que ejercen la curatela ordinaria. Tampoco existen razones que permitan incluir al guardador de hecho entre quienes están inmersos en las incapacidades relativas.

5. La aplicación de la norma del artículo 753 Cc a quienes ejercen el acogimiento familiar solo cabe plantearla en relación con quienes lo ejercen mediante retribución y sin tener derecho a suceder a la persona que tienen en acogimiento. Para tales casos será de aplicación la exigencia de otorgamiento notarial abierto del artículo 753, párrafo tercero, del Código civil: tales personas solo podrán ser favorecidas en las citadas sucesiones si se ordenan en la citada modalidad testamentaria.

6. Tratándose de acogimientos de mayores en los que media retribución a los acogedores, a los efectos de que se pueda favorecer mediante disposiciones testamentarias a quienes los ejercen resulta necesario recurrir al requisito del testamento abierto notarial que impone el artículo 753, párrafo tercero, del Código civil. Ello, salvo que el acogimiento retribuido fuese ejercido por persona con derecho a suceder ab intestato a quien tienen en acogimiento (cfr. artículo 753, párr. 4º, Cc.).

7. Mas, ya se trate de acogimiento de menores o de personas mayores, de suceder que el cuidado de los mismos se llevase a cabo mediante acogimiento residencial habrá de ser

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

aplicable la norma del artículo 753, párrafo segundo, del Código civil; esto es: sería nula la disposición hecha a favor de los titulares, administradores o empleados de los establecimientos en que se llevase a cabo el acogimiento residencial.

QUINTA

Las referencias a las medidas de apoyo en materia sucesoria

En relación con diversas materias contempladas en el Derecho sucesorio, las normas en vigor, tras reconocer a la persona con discapacidad la facultad de ejercitar los derechos correspondientes, establecen la salvedad representada por la existencia de medidas de apoyo. Con diversos términos así sucede en los artículos 996 -ejercicio del *ius delationis*- 1.052 -capacidad para pedir la partición- 1.057 -obligación de inventariar los bienes en relación con la partición- del Código civil.

1. A los efectos de interpretar las citadas salvedades, con fundamento en los artículos 249, párrafo 1º, 255, párrafo 5º, y 263, párrafo primero, del Código civil, en la primera parte de la memoria doctoral se ha asumido el siguiente orden jerárquico en la aplicación de las medidas de apoyo: gozan de prioridad las procedentes de la voluntad del interesado; la aplicación de las demás medidas debe reconducirse a los casos en que no existieran medidas voluntarias o, existiendo, fueran insuficientes; los supuestos de inexistencia o insuficiencia de las medidas voluntarias se habrán de solventar, de existir, con la guarda de hecho que supusiera un apoyo suficiente; solo en defecto de lo anterior, la autoridad judicial procederá a adoptar otras medidas que suplan la inexistencia de las voluntarias o que complementen sus carencias; antes que la curatela, procede el recurso al defensor judicial cuando la persona con discapacidad solo requiriese el establecimiento de medidas de apoyo de modo ocasional.

2. Con el fundamento expuesto, en los casos en que a efectos del ejercicio de los derechos las normas remitan a lo establecido en las medidas de apoyo, en líneas generales, resultará lo siguiente:

2.1. En su caso con el apoyo correspondiente, la persona con discapacidad podrá ejercitar el derecho de que se trata.

2.2. Deberá actuar el curador con facultades representativas cuando la resolución judicial las hubiera referido al ejercicio de los citados derechos.

2.3. En los casos en que legalmente proceda deberá actuar el defensor judicial.

2.4. De exigirlo la ley, el curador representativo o el defensor judicial deberá contar con la autorización o la ulterior aprobación judicial en relación con el acto de que se trata.

2.5. El guardador de hecho podrá recabar autorización judicial cuando se requiera su actuación representativa.

2.6. La persona que ejerce una medida voluntaria de apoyo designada por la persona con discapacidad desplazará en su caso a quienes ejercen una medida legal o judicial de apoyo.

SEXTA

Supresiones

La reforma ha supuesto también la supresión de determinados preceptos del Código civil. En concreto, la eliminación afecta: al artículo 663.1º, al artículo 665 Cc.; en parte, al artículo 697 Cc.; y, en su totalidad, al artículo 776 Cc.

1. Por lo que respecta al primero, que contempla los catorce años como regla general para poder testar, se suprime la referencia al sexo del otorgante.

2. Por lo que respecta al segundo, se suprime la cautela representada por la exigencia de la designación notarial de dos facultativos a los efectos de que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento. Detrás de la supresión parece estar la pretensión de evitar cualquier concepción médica de la discapacidad,

3. Por lo que respecta al tercero, al margen de la exclusión de la alusión al testador “enteramente sordo”, se suprime la exigencia de la concurrencia de dos testigos en los casos en que testador sea ciego. La supresión parece obedecer a la finalidad de no imponer a las personas con limitación visual cargas no exigidas a los demás.

4. Y por lo que respecta al artículo 776 Cc., la sustitución ejemplar, entendida como la facultad de testar por la persona con discapacidad, se considera que no tiene cabida en un sistema que, atribuyendo al testamento carácter personalísimo, asume como principio la facultad de la persona con discapacidad para disponer *mortis causa*.

SÉPTIMA

Legítima y figuras implicadas

1. El artículo 808 Cc. había planteado problemas de interpretación referentes al fideicomiso que el testador podía establecer sobre la legítima estricta a favor de la persona

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

con discapacidad. Al margen de las modificaciones formales que afectan al precepto, tras la reforma del artículo 808 del Código civil:

1.1. El testador está facultado para configurar el supuesto como sustitución fideicomisaria ordinaria; no ejercitándose la citada facultad, habrá de interpretarse que lo recibido por el legitimario en situación de discapacidad mediante la disposición de la legítima estricta efectuada a su favor por el testador queda gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los legitimarios a quienes, por razón de la sustitución, se les perjudica.

1.2. De configurarse como fideicomiso de residuo, al legitimario beneficiado no le incumbe la obligación de conservar los bienes, pero por imperativo legal le está prohibido disponer de los bienes a título gratuito y por acto *mortis causa*. Por lo tanto, de los citados bienes únicamente podría disponer *inter vivos* a título oneroso.

1.3. Por lo tanto, el artículo 782 Cc. recoge la modalidad del fideicomiso “si quedase algo”: se excluyen determinados actos de disposición -a título gratuito o por acto *mortis causa*- pero no los bienes de la legítima estricta sobre los que puede recaer, de modo que los fideicomisarios podrán no recibir nada de haberse dispuesto *inter vivos* a título oneroso de los mismos.

2. A la finalidad de acomodarlos a la reforma del artículo 808 Cc., responde el nuevo contenido otorgado al artículo 782 Cc., referente a la sustitución fideicomisaria, así como al artículo 813 Cc., sobre los posibles gravámenes de la legítima.

OCTAVA

La discapacidad en el Derecho sucesorio

No existe uniformidad en el modo en que se habrá de entender la situación de discapacidad a los efectos de aplicar las normas reformadas del Derecho sucesorio que la contemplan.

1. Como principio general derivado de la Disposición adicional cuarta del Código civil, la persona con discapacidad se identifica con aquella que precisa medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

A dicha noción general de discapacidad obedecen los siguientes artículos: 663 (prohibiciones para testar); 665 (capacidad para testar de la persona con discapacidad); 695 y 697 (testamento abierto ordinario); 706, 708 y 709 (testamento cerrado), 753

(incapacidad relativa para suceder), 756.2º (indignidad); 996 (aceptación de la herencia); 1.052, 1.057 y 1.060 (partición de la herencia).

2. Limitando la regla general expuesta, la Disposición adicional cuarta del Código civil recoge dos excepciones:

2.1. Mediante la primera excepción, la persona con discapacidad es únicamente aquella que está inmersa en la situación cualificada que un precepto concreto prevé para el supuesto que contempla. Está inmerso en dicha excepción el artículo 742 del Código civil que exige que el testador estuviera “*afectado por alteraciones graves en su salud mental*” a los efectos de que se pueda entender revocado el testamento cerrado que apareciese con ciertos deterioros en su domicilio.

2.2. Mediante la segunda excepción, a los efectos de aplicar las normas de los artículos 756, nº 7, 782, 808, 822 y 1.041 del Código civil solo se encuentran en situación de discapacidad quienes, aun cuando necesitaran medidas de apoyo, estuvieran en las circunstancias contempladas: en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre -discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento-; o en las situaciones de dependencia de grado II -dependencia severa- o III -gran dependencia- consideradas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

2.2.1. Por lo que respecta a los artículos 782, 808, 822 y 1.041 del Código civil la razón de tal exigencia parece obedecer a que el beneficio que en tales preceptos se contempla a favor de la persona con discapacidad lo es en detrimento de otros.

2.2.2. Por lo que respecta al artículo 756.7º del Código civil la razón de exigirse también una cualificación de la discapacidad pudiera obedecer al hecho de tratarse de una norma de carácter sancionador: conlleva la indignidad de quien no hubiera prestado las atenciones debidas a la persona con discapacidad.

NOVENA

Sobre cuestiones varias

1. *Adaptaciones terminológicas.* Si bien alguno de los preceptos incluye alteraciones de fondo ya examinadas, determinados preceptos del Código civil son objeto de reforma por razones terminológicas. Básicamente para referir los artículos a las personas con discapacidad sustituyendo las anteriores alusiones a las personas judicialmente incapacitadas. La modificación terminológica afecta a los siguientes artículos: 663, 697, 708, 709, 742, 756, 782, 808, 813, 822, 996 y 1.052 del Código civil.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

2. *Cuestiones de interpretación.* Al margen de los que se han ido exponiendo en las conclusiones precedentes, la reforma plantea problemas interpretativos a lo que se ha intentado dar respuesta en la Memoria doctoral. De entre ellos, en relación con el artículo 280 del Código civil se entiende: i) que, a los efectos de la pérdida de los derechos hereditarios que el precepto contempla para los casos en que el curador se excusase de la curatela, no basta la alegación de la excusa de manera que es necesario que el curador no ejerza o deje de ejercer sus funciones; ii) que las consecuencias establecidas en el citado precepto para el curador son también aplicables al curador que se excuse de la tutela.

BIBLIOGRAFÍA

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO

- “Comentarios a los arts. 708 a 715 Cc.” (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. IX, vol. 2, Madrid, 1983, págs. 54 y ss.).

ALGABA ROS

- “De la desheredación” (*Código civil comentado*, vol. II, Pamplona, 2º ed., 2016, pág. 985; Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores)

ARROYO AMAYUELAS

- “Comentarios a los arts. 999 a 1.004 Cc.” (*Código civil comentado*, II, 2ª ed. Pamplona, 2016, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores).

BARRIO GALLARDO

- *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos* (Madrid, 2012).

CÁMARA LAPUENTE

- “La sucesión testamentaria” (VV.AA., *Curso de Derecho civil V. Derecho de Sucesiones* - coordinado por Pérez Álvarez-, Madrid, 2016 págs. 101 y ss.).

- “De la sustitución” (*Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., Pamplona, 2016; Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores).

- “Las sustituciones” (VV.AA., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones* -coordinado por Pérez Álvarez-, Madrid, 2016).

CAPILLA RONCERO

- “Comentarios a los arts. 816 a 820 Cc.” (en *Código civil comentado*, II, 2ª ed. Pamplona, 2016; Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores).

DE PABLO CONTRERAS

- “Limitaciones mortis causa a la libertad de disponer” (en *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2016, pág. 297).

DÍEZ PICAZO y GULLÓN

- *Sistema de Derecho civil IV. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones* (quinta edición, Madrid, 1990).

DÍEZ SOTO

- “Comentario al artículo 1.052 del Código civil (*Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., Pamplona, 2016; Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores).

DOMÍNGUEZ LUELMO

- “El testamento” (*Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, 2ª ed. Pamplona, 2016; Gete-Alonso, directora, Solé Resina, coordinadora).

ESPEJO LERDO DE TEJADA

- “La sustitución ejemplar en el Código civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad” (VV.AA., *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* -directores Cerdeira Bravo de Mansilla y Pérez Gallardo-, Argentina, 2021, pp. 435 y ss.).

GARCÍA RUBIO

- “Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil” (*RDC.*, 2018, vol. V, nº 3).

GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO

- “Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder” (*Tratado de Derecho de Sucesiones*; Gete-Alonso, directora, Solé Resina, coordinadora, T.I, Pamplona, 2011).

HERRERO OVIEDO

- “Comentario al artículo 762 del Código civil” (*Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed. Pamplona, 2016; Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, directores).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA

- *Derecho de Sucesiones* (quinta edición, Barcelona, 1993).

LÓPEZ BURNIOL

- “Comentarios al testamento cerrado” (*Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993).

LÓPEZ SUÁREZ

- “Consideraciones en torno al derecho de deliberar” (*Diario La Ley*, nº 9748, 2020).

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ

- “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica (*Notario del Siglo XXI*, 2021, nº 97).

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

MARTÍNEZ DE AGUIRRE

- *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal* (Pamplona, 2014).
- “Capacidad para suceder”, capítulo 3 del *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, - coordinado por Pérez Álvarez-, Madrid, 2016.
- “La partición hereditaria, capítulo 19 del *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, - coordinado por Pérez Álvarez-, Madrid, 2016.

MAYOR DEL HOYO

- “El nuevo acogimiento: Régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio” (en VV.AA., *El nuevo régimen jurídico del menor*, Pamplona, 2017, págs. 219 y ss. -Mayor del Hoyo, directora).

OSSORIO MORALES

- *Manual de Sucesión testada* (Granada, 2001).

PARRA LUCÁN

- “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, capítulo 16 del *Curso de Derecho Civil I-II. Derecho de la persona* -coordinado por Martínez de Aguirre-, Madrid, 2016.
- *La voluntad y el interés de las personas vulnerables* (Madrid, 2015).

PÉREZ ÁLVAREZ

- *El beneficio de inventario* (Pamplona, 2016).
- “El testamento”, capítulo 4 del *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, - coordinado por Pérez Álvarez-, Madrid, 2016.
- *El dolo testamentario* (Pamplona, 2020).
- “La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad”, capítulo 16 del *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia* -coordinado por Martínez de Aguirre- (inédito, s.n.)
- “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, capítulo 17 del *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia* -coordinado por Martínez de Aguirre- (inédito, s.n.).
- “El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad” capítulo 18 del *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia* -coordinado por Martínez de Aguirre- (inédito, s.n.).

- “La capacidad para testar”, que, integrado en el *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones* (inédito, s.n.).

ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA

- *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas* (Pamplona, 2015).

RUBIO GARRIDO

- *La partición de la herencia* (Pamplona, 2017).

SARMIENTO RAMOS

- “Comentarios a la colación” (*Comentario del Código Civil*, T.I, Madrid, 1993).

TORRES GARCÍA

- “Comentarios a los arts. 688 a 693 Cc.” (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T.IX, vol. 1-A, Madrid, 1990).

VV.AA

- *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de Sucesiones* de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, actualización llevada a cabo por Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albasa, (Barcelona, 1993).

- *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* -coordinado por De Salas Murillo- (Madrid, 2013).

- *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (Valencia, 2015).

- *Curso de Derecho Civil I-II. Derecho de la Persona* -coordinado por De Pablo Contreras (Madrid, 2016).

- *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, 2ª ed., Pamplona, 2011; Gete Alonso, directora, Solé resina, coordinadora (Pamplona, 2016).

- “Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, número monográfico de la *RDC* (2018, vol. 5, nº 3) acompañado de estudios sobre el mismo a cargo de los siguientes autores: Torres García, Pau Pedrón, García Rubio, Pereña Vicente, Escartín Ipiéns, Munar Bernat, Pallarés Neila y Magariños Blanco.

RESOLUCIONES JUDICIALES

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

RESOLUCIONES JUDICIALES

STS 11 diciembre 1962 [RJ\5063]
STS 27 enero 1968 [RJ\5704]
STS 7 octubre 1982 [RJ\5545]
STS 18 marzo 1988 [RJ\10355]
STS 26 septiembre 1988 [RJ 1988, 6860]
STS 8 junio 1994 [RJ\4904]
STS 26 abril 1995 [RJ\3256]
STS 24 julio 1995 [RJ 1995, 5603]
STS 27 noviembre 1995 [RJ\8717]
STS 29 marzo 2001 [RJ\4773]
STS 29 marzo 2004 [RJ\2310]
STS 4 octubre 2007 [RJ\7401]
STS 26 abril 2008 [RJ\2680]
STS 7 noviembre 2008 [RJ\7257]
STS 29 abril 2009 [RJ\2901]
STS 4 noviembre 2009 [RJ\5835]
STS 5 noviembre 2009 [RJ\2010\84]
STS 14 abril 2011 [RJ\2753]
STS 21 septiembre 2011 [RJ\6575]
STS 22 enero 2015 [RJ\465]
STS 10 septiembre 2015 [RJ\5628]
STS 8 abril 2016 [RJ\1675]
STS 7 julio 2016 [RJ\3157]
STS 8 noviembre 2017 [RJ\4760]

STS 3 diciembre 2020 [RJ\4805]

STS de 15 de marzo de 2021 [RJ\1186]

**EVOLUCIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS DEL
CÓDIGO CIVIL REFORMADOS EN MATERIA SUCESORIA**

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

EVOLUCIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFORMADOS EN MATERIA SUCESORIA

1.- Artículo 663 del Código civil

Versión anterior

“Están incapacitados para testar:

- 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.
- 2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

Versión otorgada por el PL 2021

“No pueden testar:

- 1º. La persona menor de catorce años.
- 2º. La persona que en el momento de testar tenga afectadas las facultades necesarias para hacerlo”.

Versión definitiva procedente del Congreso de los Diputados

“No pueden testar:

- 1º. La persona menor de catorce años.*
- 2º. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”.*

2.- Artículo 665 del Código civil

Versión anterior:

“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designara dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

PL 2021:

“Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”.

Versión otorgada en el Congreso de los Diputados

“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 estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Versión definitiva, procedente del Senado

“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”.

3.- Artículo 695 del Código civil

Versión anterior

“El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora del 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 ésta conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, 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. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

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”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

4.- Artículo 697 del Código civil

Versión anterior

“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1º. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2º. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3º. Cuando el testador o el notario lo soliciten”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1º. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2º. Cuando el testador o el notario lo soliciten”.

5.- Artículo 706, párrafo tercero, del Código civil

Versión anterior

“Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”.

6.- Artículo 708 del Código civil

Versión anterior

“No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer”.

Versión PL 2021

“No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer.

Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, y observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

Versión definitiva, procedente del Congreso de los Diputados

“No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer.

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 en este Código”.

7.- Artículo 709 del Código civil

Versión precedente

“Los que no puedan expresarse verbalmente, pero si escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1º. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.

2º. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ellas se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.

3º. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso”.

Versión precedente del PL 2021 que modifica el inciso inicial y añade un último párrafo

“Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

.....
“Las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medio mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”.

Versión definitiva del último párrafo, procedente del Congreso de los Diputados

“Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medio mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

8.- Artículo 742, párrafo segundo, del Código civil

Versión anterior

“Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero se apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez”.

9.- Artículo 753 del Código civil

Versión anterior

“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviesen que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador”.

Versión definitiva, procedente del Pr.2021

“Tampoco 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.

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. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato”.

10.- Artículo 756.2º, párrafo tercero, del Código civil

Versión anterior

“[...] el privado por resolución firme de la patria potestad o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo”.

11.- Artículo 756.7º del Código civil

Versión anterior

“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

Versión PL 2021

“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

Versión definitiva, procedente del Senado

“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil

12.- Artículo 776 del Código civil

Versión anterior:

“El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

Versión PL 2021:

“1. El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a curatela representativa, si bien la sustitución será ineficaz si el descendiente ha otorgado testamento

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

válido, antes o después de dictarse las medidas de apoyo, o si estas 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”.

Supresión del artículo 776 del Código civil
-procedente del Congreso de los Diputados-

13.- Artículo 782 del Código civil

Versión precedente

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes”.

Versión PL 2021

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial. No obstante esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a la vez, hijos en esa misma situación.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”.

Versión del Congreso de los Diputados

“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 una situación de discapacidad de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de la disposición adicional cuarta.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”.

Versión definitiva, procedente del Senado

“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 una situación de discapacidad.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”.

14.- Artículo 808 del Código civil

Versión anterior

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición”.

Versión PL 2021

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial, 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 beneficiado 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 acto `mortis causa`.

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”.

Versión definitiva del Senado, modificando el párrafo 4º del artículo 808 Cc.

“Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una 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

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

recibido por el hijo beneficiado 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 acto `mortis causa`”.

15.- Artículo 813, párrafo segundo, del Código civil

Versión anterior

“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”.

16.- Artículo 822, párrafos primero y segundo, del Código civil

Versión anterior

“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera 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”.

Versión del PL 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 psíquica, física o sensorial, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

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”.

Versión definitiva, procedente del Senado modificando el párrafo 1º del artículo 822 Cc:

“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.

17.- Artículo 996 del Código civil

Versión anterior

“Si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario”.

Versión PL 2021

“La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que hay establecido las medidas de apoyo”.

Versión definitiva -procedente del Congreso de los Diputados-

“La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas”.

18.- Artículo 1.041 del Código civil

Versión anterior

“No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

Versión PL 2021

“No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.

“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 psíquica, física o sensorial”.

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

Versión definitiva otorgada al párrafo 2º del art. 1.041 Cc., procedente del Senado

“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”.

19.- Artículo 1.052 del Código civil

Versión anterior

“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus 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”.

20.- Artículo 1.057, párr. 3º, del Código civil con añadido de un nuevo párrafo

Versión anterior

“Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas”.

Versión definitiva, procedente del Pr 2021

“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”.

21.- Artículo 1.060 del Código civil

Versión anterior

“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización

judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

Versión definitiva, procedente del PL 2021

“Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la 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”.

22.- Disposición adicional cuarta del Código civil

Versión anterior

“La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”.

Versión PL 2021

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

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

Versión definitiva, procedente del Congreso de los Diputados

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

El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”

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

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