

PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y  
MEDIDAS DE APOYO EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO  
A OTORGAR TESTAMENTO. ANÁLISIS DE LA REFORMA  
OPERADA POR LEY 8/2021

*PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES AND SUPPORT  
MEASURES IN THE EXERCISE OF THEIR RIGHT TO MAKE A WILL.  
ANALYSIS OF THE REFORM OPERATED BY LAW 8/2021*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1914-1933*



Beatriz  
HERMIDA  
BELLOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** La Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad supuso un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad. El Estado español se adapta a esta normativa mediante Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta Ley introduce numerosos cambios en materia de capacidad para otorgar testamento y de medidas de apoyo a la discapacidad en esta materia. En el presente trabajo se profundizará, desde el prisma de los principios que inspiran esta Ley, en la función de las medidas de apoyo en el momento de otorgar testamento y de conformar la voluntad testamentaria y en las salvaguardas y medidas para evitar la captación de la voluntad del testador.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad; capacidad jurídica; testamento; convención; derechos humanos; medidas de apoyo; salvaguardas; voluntad; notario; testador; igualdad; dignidad; guardador de hecho; curatela; representación; defensor judicial; herederos; sustitución ejemplar.

**ABSTRACT:** *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities represented a paradigm shift in the legal treatment of disability, the Spanish State adapts to this regulation through Law 8/2021, which reforms civil and procedural legislation for support of people with disabilities in the exercise of legal capacity, this Law introduces numerous changes in terms of capacity to make a will and measures to support disability in this area; In particular, we will deepen, from the prism of the principles that inspire this Law, in the function of the support measures at the moment of granting a will and of conforming the testamentary will and in the safeguards and measures to avoid the capture of the will of the testator.*

**KEY WORDS:** *Disability; legal capacity; will; convention; human rights; support measures; safeguards; notary; testator; equality; dignity; de facto guardian; curatorship; representation; legal defender; heirs; exemplary substitution.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAPACIDAD PARA TESTAR A LA VISTA DE LA LEY 8/2021.- III. TESTAMENTO COMO ACTO PERSONALÍSIMO.- IV. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO.- V. SALVAGUARDAS Y MEDIDAS PARA EVITAR LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.- 1. Prohibición de disponer *mortis causa*: el artículo 753 del Código Civil.- 2 Modificación del artículo 665. 3. Supresión de la sustitución ejemplar.- VI. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 27 de noviembre de 2007<sup>1</sup> supone un cambio de paradigma en la concepción y tratamiento de la capacidad jurídica.

Básicamente, se pasa de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de aquellas personas que tenían limitada su capacidad de obrar a un sistema de apoyo o asistencia en esta toma de decisiones<sup>2</sup>. El modelo médico aplicado hasta el momento implicaba la consecuencia necesaria de que aquellas personas con discapacidad que tenían mermada su capacidad física o psíquica fueran sustituidas por su representante legal en la toma de decisiones y ello, que se fundamentaba en el principio de protección de estas personas<sup>3</sup>, limitaba su propia autonomía del discapacitado<sup>4</sup> pues la sentencia de incapacitación señalaba el grado de incapacitación y hasta dónde se extendía la capacidad de obrar del incapacitado; es decir, hasta qué punto podía o no el incapacitado ejercer su capacidad jurídica, más allá de este punto, el incapacitado por sentencia era sustituido por su representante legal so pretexto de proteger su persona y bienes.

El objetivo de la CDPD consiste en promover la igualdad de estas personas con discapacidad y por ello se pasa de este modelo proteccionista y sustitutivo de la voluntad hacia un modelo que permita a las personas con discapacidad ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, dejando atrás una concepción *iusprivatista* de la discapacidad y pasando a observarla desde el punto de vista

---

1 BOE núm. 96 de 21/04/2008.

2 CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* 10, diciembre 2012, p. 62.

3 *Ibid.* p.64.

4 *Ibid.* p.65.

### • Beatriz Hermida Bellot

Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil. Universidad CEU-Cardenal Herrera. Correo electrónico: [beatriz.hermida@uchceu.es](mailto:beatriz.hermida@uchceu.es)

de los derechos humanos<sup>5</sup>. Son los principios de dignidad humana y de igualdad sobre los que gira toda la reforma tal y como se manifiesta en el artículo 1 de la Convención<sup>6</sup>.

Este sistema obliga a modificar las legislaciones de los Estados parte, lo que se realiza en nuestro Derecho a través de la Ley 8/21, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica<sup>7</sup>.

A grandes rasgos, la Ley 8/21 elimina la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sustituyéndola por los términos capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica; elimina la institución de la incapacitación presumiéndose así que todas las personas tienen capacidad jurídica y pleno ejercicio de la misma; y, en materia de instituciones tutelares, suprime la posibilidad de nombrar tutor -más allá de la tutela prevista para los menores de edad- y adquiere mayor relevancia la figura de la curatela que podrá ser representativa y tendrá carácter excepcional. También se impulsa, como medida de apoyo, al guardador de hecho, figura residual en el sistema anterior y que se abre camino tras la reforma como muestra la jurisprudencia menor más reciente.<sup>8</sup>

Dentro de este contexto también se modifican algunas cuestiones en materia de sucesiones, se suprime del artículo 663 la mención a los incapacitados de manera que interpretando este artículo *a sensu contrario*, tienen capacidad para testar los mayores de catorce años y aquellos que en el momento de testar puedan conformar y expresar su voluntad, aunque sea con ayuda de medios o apoyo para ello. Se elimina del artículo 665 la posibilidad que antiguamente tenía el notario de nombrar dos facultativos que valoraran la capacidad del testador incapacitado respecto del cual la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento acerca de su capacidad para testar. Se introducen en el artículo 753 nuevas prohibiciones para testar a las que nos referiremos posteriormente. Se suprime la sustitución ejemplar dejando vacío de contenido el artículo 776 del Código Civil.

El objeto de este trabajo consiste en analizar las reformas producidas en materia de sucesiones prestando especial atención al juicio de capacidad que realiza el

5 *Íbid.* p.71.

6 “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

7 Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 03/06/2021).

8 SAP León 21 marzo 2022 (JUR 2022,196568); SAP Cantabria 30 marzo 2022 (JUR 2022,157069); SAP Cantabria 31 mayo 2022 (JUR 2022,12885).

notario y a las medidas de apoyo para expresar la voluntad testamentaria. Nos centraremos para ello en los problemas que plantea la reforma para las personas con discapacidad intelectual, fundamentalmente, puesto que son las personas que presentan mayor vulnerabilidad y mayor riesgo de que un tercero pueda captar su voluntad. Además, es más complicado para el notario calificar la capacidad de entender de una persona con discapacidad intelectual que respecto de las personas con discapacidades físicas o sensoriales para las que existen medios adaptativos más seguros.

Sin perjuicio de las bondades de este nuevo sistema, en materia de sucesiones este sistema abre la vía a una doble problemática: por un lado, es posible que el notario no calcule correctamente la capacidad mental del testador para conformar su voluntad, lo que compromete la viabilidad del testamento y la seguridad jurídica del testador y de los herederos y, por otro lado, se plantea la cuestión de hasta qué punto las personas que ejercen medidas de apoyo (curador o guardador de hecho, fundamentalmente) prestan este apoyo sin influir indebidamente en la voluntad del testador que tenga una mermada capacidad mental.

## II. CAPACIDAD PARA TESTAR A LA VISTA DE LA LEY 8/2021.

En el contexto que hemos señalado resulta obvio que cualquier persona mayor de 14 años (18 en el caso del testamento ológrafo según señala el artículo 688) y que pueda conformar y manifestar su voluntad en el momento de hacer testamento, tal y como señala el artículo 663 del Código Civil, tiene capacidad para testar y puede ejercitar su derecho a hacer testamento. Queda suprimida, por tanto, la posibilidad de que el juez señale, como antaño, por sentencia, que la persona carece de capacidad para testar<sup>9</sup>, si bien puede señalar que sea asistida en el proceso de conformar su voluntad o de manifestar dicha voluntad. Así, padecer una patología que limite el autogobierno no es causa para eliminar la posibilidad de otorgar testamento<sup>10</sup>.

¿Qué es lo que justifica que no puedan otorgar testamento los menores de 14 años? Sin duda, la posibilidad de que cualquier persona pueda captar su voluntad ya que se considera que por debajo de esa edad se carece de suficiente capacidad de entender y de querer; sin embargo, en el sistema actual y tras la Ley 8/2021 una persona mayor de edad con discapacidad intelectual, que ostente una capacidad de entender y de querer similar a la de un menor de edad, sí que puede llegar a otorgar testamento, pues se presume su capacidad para testar; el notario no tiene

9 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Reformas en Derecho de Sucesiones", en *La Discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 463.

10 DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2020 núm. 12, p. 453.

ni por qué conocer que la persona en cuestión tiene una discapacidad ¿queda entonces protegida? Analizaremos a continuación las opciones de que dispone la persona con discapacidad en orden a la protección de su derecho.

Parece que la única forma de dispensar protección a estas personas es la apreciación por parte del notario, en el momento de otorgar testamento abierto, de la aptitud del testador para conformar la voluntad testamentaria, el notario debe tener capacidad natural para poder otorgar testamento, tiene que conocer el alcance y trascendencia jurídica del acto que está realizando<sup>11</sup>. Recae, por tanto, de manera exclusiva sobre el notario la responsabilidad de realizar el juicio de capacidad sin más sustento que su intuición en el momento de autorizar el negocio jurídico en cuestión, ya que, como veremos más adelante, se ha suprimido del artículo 665 del Código Civil la posibilidad de contar con la opinión de dos facultativos sobre la capacidad para prestar la voluntad testamentaria.

Además, y tal y como señala la Guía de buenas prácticas para personas con discapacidad, redactada por la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado, el notario tiene función de apoyo institucional para hacer que se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y para impedir abusos e influencias sobre la voluntad de estas personas<sup>12</sup>.

Puesto que la capacidad para hacer testamento se presume<sup>13</sup>, para el caso de que se presentara ante notario una persona con discapacidad que pretenda otorgar testamento, el notario debe permitir a esta persona ejercitar la *testamenti factio activa* salvo que aprecie motivos para considerar que carece de capacidad para conformar su voluntad, tampoco debería autorizar testamento, si en ese momento comprueba que su voluntad está viciada habiendo sido captada la voluntad del testador por cualquier otra persona.

### III. TESTAMENTO COMO ACTO PERSONALÍSIMO.

El objetivo de la CDPD en palabras de Cuenca Gómez consiste en “promover y maximizar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirle, esgrimiendo como fundamento incuestionable

11 PLANAS BALLVE, M.: “La capacidad para otorgar testamento”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 656.

12 [https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM\\_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8aef-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec](https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8aef-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec) p. 28.

13 DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C.: “Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2018, núm. 4, p. 7.

el principio de protección"<sup>14</sup>. Es por ello que no se puede negar a la persona con discapacidad el derecho a realizar testamento sino que habrá que facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica del testador en orden a este otorgamiento. Sin embargo, ¿cómo prestar este apoyo tratándose el testamento de un acto personalísimo

La cuestión es sencilla cuando se trata de prestar apoyo a personas con discapacidad sensorial, ya que se puede emplear la asistencia de cualquier medio técnico, material o humano para que el testador pueda manifestar su voluntad y comprender la trascendencia del acto. La cuestión se complica cuando se trata de persona con discapacidad intelectual, la adaptación del proceso a la persona y la prestación de medidas de apoyo en este caso es mucho más compleja y menos garantista. No se trata simplemente de adaptar el sistema a la persona en cuestión, sino que el sistema debe asegurar que la persona con capacidades intelectuales reducidas presten consciente y voluntariamente el consentimiento.

Debemos distinguir a la hora de realizar testamento, el proceso de formación de la voluntad del momento de la prestación del consentimiento.

Centrándonos en el momento de la prestación del consentimiento, tal y como señala el artículo 670 del Código Civil en su apartado primero "El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario." No podrá señalarse por tanto ninguna medida de apoyo que suponga la sustitución de la voluntad testamentaria por parte de un tercero; a este respecto, llaman la atención la SAP Madrid de 20 de diciembre 2021<sup>15</sup> y la SJPII de Tafalla de 23 de noviembre de 2021<sup>16</sup>- ambas dictadas una vez entrada en vigor la ley 8/2021- en la primera se establece una quartela representativa "para actos de disposición a título gratuito"<sup>17</sup>, en la segunda se establece la misma medida para realizar, entre otras "disposiciones testamentarias" y añade que "en todas estas actuaciones la curadora ejercerá la representación", sorprendentemente estas sentencias señalan medidas de representación; es decir, de sustitución de la voluntad en el momento de otorgar testamento.

Debemos interpretar estas disposiciones en el sentido de que en estos casos, el curador -o cualquier otra medida de apoyo que se señale por sentencia- puede participar en el proceso de formación de la voluntad testamentaria, prestando

14 CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema", cit., p. 72.

15 SAP M 20 diciembre 2021 (JUR 2022,65517).

16 SJPII Tafalla 23 noviembre 2021 (JUR 2022,91803).

17 Puesto que no hace especificación alguna entendemos por actos de disposición a título gratuito tanto los actos de disposición *inter vivos* como los *mortis causa* y por ende, el testamento.

apoyo<sup>18</sup>, pero no en el momento de la prestación del consentimiento, pues existe unanimidad en la doctrina, dado el tenor literal del citado artículo 670 del Código Civil, para entender que el testamento es un acto personalísimo en el que no solo no cabe representación, sino tampoco complemento de capacidad o asistencia<sup>19</sup>, siguiendo así la doctrina jurisprudencial señalada en STS de 15 de marzo de 2018<sup>20</sup> por la cual cuando una sentencia señala una medida de apoyo representativa para actos de disposición en general, no se deben entender incluidos los actos de disposición *mortis causa*.

En conclusión, las medidas de apoyo para personas con discapacidad funcionan hasta el momento inmediatamente previo a la prestación del consentimiento -como veremos a continuación-, pero no en el momento de la prestación del consentimiento al negocio jurídico *mortis causa*, al tratarse de un negocio jurídico de carácter personalísimo que excluye representación y asistencia o complemento de capacidad.

#### IV. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO.

Según lo expuesto anteriormente y centrándonos en personas con discapacidad intelectual, entendemos entonces que las medidas de apoyo señaladas judicialmente, o no -piénsese en la guarda de hecho-, funcionarán en materia de sucesiones solamente para el periodo de tiempo durante el cual se produce la formación de la voluntad testamentaria, pero no para el momento de la prestación del consentimiento pues el testamento es un acto personalísimo que no admite ni representación ni complemento de capacidad.

El hecho de que el testamento sea un negocio jurídico personalísimo no significa que en la construcción de la voluntad testamentaria no pueda intervenir el auxilio de un tercero<sup>21</sup>. La función de esta persona de apoyo consistirá en hacer comprender al testador con discapacidad intelectual la trascendencia del acto y consecuencias del mismo, también puede y debe prestar este apoyo el notario

---

18 Este apoyo consistirá en dar explicaciones a la persona con discapacidad intelectual acerca de la trascendencia del acto, las opciones que tiene el testador, las consecuencias de nombrar uno u otro heredero o legatario. En definitiva, conversaciones con el testador, persona con discapacidad intelectual que informen a la persona acerca del acto, pero nunca acciones que manipulen al testador en orden a testar en un sentido determinado. Este apoyo tampoco podrá consistir en sustituir su voluntad en el momento del otorgamiento del testamento.

19 DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Personas con discapacidad", cit., p. 451; PÉREZ GALLARDO L. B.: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 782, p. 3630; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Capacidad para testar de la persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018).", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, p. 459.

20 FD. 5º STS 15 marzo 2018 (RJ 2018,1090).

21 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El testamento", cit., p. 3631.

en el momento de otorgar el testamento (ex artículo 665 Código Civil); deberá hacerle comprender, así mismo, las diferentes opciones que ostenta a la hora de disponer de su patrimonio por testamento y también deberá asegurarse de que en este proceso no resulta captada su voluntad por un tercero que pueda manipularle en la toma de decisiones.

Habiéndose nombrado en procedimiento para designar medidas de apoyo un curador; la función de complemento de capacidad que debe prestar implica involucrarse en el negocio jurídico pero no sustituyendo su voluntad si fuera representativo ni requiriéndose su consentimiento en el testamento a modo de complemento de capacidad, no siendo representativo, sino que deberá participar activamente en el proceso de formación de la voluntad testamentaria siendo su participación esencial para la perfección del negocio<sup>22</sup>, pero siempre respetando y atendiendo a la voluntad, deseos y preferencia del sometido a esta medida de apoyo, tal y como reza el artículo 249 del Código Civil.

Esta participación de la persona que presta apoyo debe acreditarse en el momento de hacer testamento o de lo contrario el testamento podría reputarse nulo. Es por ello, que preferentemente las personas con discapacidad psíquica deberían otorgar testamento notarial abierto y no otro con tal de que a la vista del contenido del testamento el notario pueda calificar si el testador ha sido asistido en la conformación de la voluntad por quien debe de prestarle apoyo, hecho que no puede garantizarse si el testamento es cerrado o no se trata de testamento notarial<sup>23</sup>.

En cuanto al guardador de hecho y también el curador -con o sin facultades representativas-, además de apoyar al testador en la conformación de su voluntad testamentaria, también podrán ser llamados por el notario para informar sobre la situación real de la persona y sobre su capacidad para prestar el consentimiento libre y válido al testamento<sup>24</sup>

Tiene que quedar claro que el apoyo no puede consistir en decidir por la persona, ni en sustituir su voluntad sino en ayudar a que la propia persona decida por sí misma<sup>25</sup>.

El notario al enjuiciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento deberá asegurarse de que este proceso se ha realizado con auténtica libertad por parte del testador y de que ni la persona que le ha prestado apoyo ni ningún

---

22 *Íbid.* p. 3632.

23 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Capacidad para testar", cit., p. 464.

24 ABAD ARENAS, E.: "La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, núm. 2, p. 225.

25 CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema", cit., p. 74.

tercero ha podido captar su voluntad. Reside pues en el notario la responsabilidad de garantizar que en el futuro ese testamento no será impugnado ni por falta de capacidad ni por captación de la voluntad del testador.

## **V. SALVAGUARDAS Y MEDIDAS PARA EVITAR LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.**

Señala el artículo 12 de la CDPD en su apartado cuarto que "Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas."

De esta manera impone el artículo 12 de la Convención a los Estados adheridos a la Convención establecer medidas que garanticen el ejercicio de los derechos mediante las debidas salvaguardas, así como evitar influencias indebidas en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¿Cómo ha abordado el Estado español esta cuestión mediante la reforma operada por Ley 8/2021? Trataremos el tema haciendo referencia a tres cuestiones distintas:

-en primer lugar, la modificación del artículo 753 del Código Civil relativo a las prohibiciones de disponer,

-por otro lado, la modificación del artículo 665 del Código Civil que ha supuesto la supresión de la posibilidad que antaño tenía el notario para solicitar la intervención de dos facultativos que acreditaran la capacidad para testar del testador,

-y en último lugar, la supresión del artículo 776 del Código Civil que reconocía la sustitución ejemplar en nuestro Derecho y que permitía a los ascendientes de la persona incapacitada nombrar sustituto al descendiente incapacitado.

Veamos pues, como han afectado estas reformas al sistema actual:

## I. Prohibición de disponer mortis causa: el artículo 753 del Código Civil.

El Código Civil establece tres normas que limitan la capacidad de disponer del testador por testamento a favor de personas que asistiéndole en un momento de especial vulnerabilidad podrían captar su voluntad, son las llamadas incapacidades relativas para suceder:

Así, según el artículo 752, no producirán efecto las disposiciones testamentarias en favor del sacerdote -entendido en sentido amplio como cualquier ministro de culto- que hubiera confesado al testador durante su última enfermedad, extendiéndose la prohibición a sus parientes dentro del cuarto grado, iglesia, cabildo, comunidad o instituto, se considera que esta persona tiene una especial situación de poder en un momento vulnerable del testador que podría llevarle a testar en un determinado sentido a su favor o a favor de las personas que este artículo menciona; por su parte, el artículo 754 establece lo propio respecto del notario que autorice el testamento o sus parientes o afines y respecto de los testigos del testamento abierto o personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales. Partiéndose de la base de que el notario ostenta también una posición privilegiada respecto del testador:

El artículo que ahora nos ocupa es el artículo 753, que se refiere a personas que ejerzan cargos tutelares -en relación con los menores de edad- o medidas de apoyo respecto de personas con discapacidad, este artículo ha sido recientemente reformado por Ley 8/2021, si bien en su redacción anterior se refería únicamente al tutor o curador -les impedía suceder salvo cuando las disposiciones testamentarias se hubieran hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o después de extinguida la tutela o curatela- en su redacción actual amplía el espectro de personas afectadas a otros agentes que prestan apoyo a las personas con discapacidad.

Podemos considerar testador vulnerable aquel que se ve privado de libertad de decidir y sobre el que se puede ejercer una influencia indebida a causa de la presión llevada a cabo por terceras personas<sup>26</sup>; partiendo de esta premisa, sin duda, un sector especialmente vulnerable es el de las personas con discapacidad, y más en concreto el de las personas con alguna discapacidad psíquica o mental, pensemos, por ejemplo, en un mayor de edad con Síndrome de Down que pueda ser fácilmente manipulable por las personas que tenga a su alrededor: “Cuanto mayor sea el ámbito de capacidad que se reconozca a una persona con discapacidad para otorgar testamento, mayor será el umbral de presencia de posibles influencias indebidas” tal y como expone Admunátegui Rodríguez<sup>27</sup>.

26 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Testamento otorgado”, cit., pp. 11, 13.

27 Íbid. p. 17.

Según Carrión Vidal existen más posibilidades de influencia indebida al realizar una disposición testamentaria en las personas sometidas a curatela representativa que en los casos de curatela asistencial<sup>28</sup>, sin embargo, ya hemos explicado anteriormente, que el curador solo debe intervenir en el periodo de formación de la voluntad testamentaria, no en la prestación del consentimiento ante notario; es por ello que consideramos que cualquier tipo de asistencia, ya sea representativa o no, puede ser susceptible en prácticamente igual medida de captar la voluntad del testador; por ello entendemos que el artículo no solo debería referirse al curador representativo, sino, bajo el mismo fundamento, al curador meramente asistencial<sup>29</sup>. Algún sector de la doctrina entiende comprendido tanto al curador asistencial como al defensor judicial y al guardador de hecho en el tercer inciso del artículo 753 que estudiaremos a continuación<sup>30</sup>.

Siguiendo con la sistemática del precepto, el artículo 753 se refiere en su segundo inciso a la nulidad de las disposiciones hechas por personas internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento donde se lleva a cabo el internamiento, también será nula la disposición realizada a favor del propio establecimiento. Alude por tanto este inciso a personas físicas que ejerzan la guarda de hecho en centros de internamiento y a personas jurídicas -el propio establecimiento- que tampoco podrá ser destinatario de disposiciones testamentarias. Presume el legislador que estas personas o establecimientos tienen una especial posición de superioridad respecto del testador vulnerable que podría facilitar la captación de su voluntad, así, se elimina la posibilidad de ceder por testamento los bienes del testador a cambio de cuidarle durante su última enfermedad.

Como ya hemos adelantado, consideramos que la posibilidad de captar la voluntad del testador se puede dar igualmente cuando las medidas de apoyo señaladas no sean representativas, por tanto ¿qué ocurre en caso de existencia de guardador de hecho de persona que no esté internada? Para estos casos, el artículo 753 en su tercer inciso señala que tratándose de personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga -no aclara el artículo si se refiere a personas físicas que prestan estos servicios a cambio de una remuneración o simplemente como guardadores de hecho- solo podrán ser favorecidas en la sucesión si esta disposición es ordenada en testamento notarial abierto. De esta manera, el notario podrá valorar al realizar el juicio de capacidad

28 CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *Familia y Sucesiones ICAV*, julio 2022, núm. 23, p. 5.

29 Comparte esta opinión Josefina Alventosa del Río en: ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Reformas en Derecho", cit., p. 456.

30 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del "nuevo" artículo 753 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, p. 136.

si la voluntad del testador ha sido susceptible de captación por las personas mencionadas.

Por su parte, el último inciso del artículo señala, como ya hacía en su redacción anterior a la Ley 8/2021, que serán válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*.

Como señala algún sector doctrinal<sup>31</sup> este artículo es quizás demasiado sobreprotector y limita sobremanera la libertad del testador. Tal vez hubiera estado más acertado el legislador si en vez de circunscribir la posibilidad de otorgar testamento abierto ante notario a las personas mencionadas en el apartado tercero del artículo lo hubiera ampliado a cualquier persona que ejerza medida de apoyo a favor del testador; de esta manera, cualquiera que ejerciera un cargo tuitivo sobre la persona y bienes de la persona con discapacidad podría ser susceptible de sucederle siendo así la voluntad del testador y cumpliendo con las debidas garantías que debe tomar el notario para asegurarse de que en ningún caso la voluntad del testador ha sido objeto de manipulación captatoria; es más, el sistema sería más garantista -aunque quizás no tan igualitario como predica la CDPD- si en todo caso una persona sometida a medidas de apoyo se viera obligado a realizar testamento abierto<sup>32</sup>, tal y como propusieron durante la tramitación parlamentaria de la Ley los Grupos Parlamentarios Mixto y de Ciudadanos<sup>33</sup>. Sin embargo, la nueva ley guarda silencio y no limita la forma en la que las personas con discapacidad pueden otorgar testamento.

## 2. Modificación del artículo 665 del Código Civil.

Como hemos señalado al comienzo de este epígrafe, el artículo 12 de la Convención señala la obligatoriedad de los Estados adheridos a la misma de establecer salvaguardas en el ejercicio de la capacidad jurídica para impedir abusos. Esas salvaguardas se deben establecer para que la persona con discapacidad pueda ejercer correctamente su capacidad jurídica.

Tradicionalmente, una de las salvaguardas que establecía el Código Civil para garantizar que la voluntad testamentaria se estaba prestando con plena capacidad consistía, tal y como señalaba el artículo 665, en la posibilidad que tenía el notario cuando la sentencia de incapacitación no establecía nada acerca de la capacidad para testar, de nombrar dos facultativos que previamente reconocieran al testador de manera que no podía autorizar el testamento sino cuando los facultativos

31 CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones", cit., p. 8; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 102.

32 Sin embargo, el sistema sería mucho más igualitario desde el punto de vista de la libertad de testar al permitir al testador disponer en favor de cualquier persona, aunque tuviera que hacerlo necesariamente en testamento notarial abierto.

33 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 103. Pie de página número 20.

respondieran de su capacidad; sin embargo, esta norma ha sido eliminada del Código Civil y sustituida por un nuevo artículo 665 que centra el juicio de capacidad que debe hacer el notario en su sola apreciación acerca de la capacidad del testador para comprender y manifestar el alcance de las disposiciones testamentarias.

La Comisión de Codificación no eliminó en su primera propuesta el dictamen de los facultativos y señalaba que, ante la duda sobre la aptitud del testador para hacer testamento, el notario designaría dos facultativos que le reconocieran<sup>34</sup>, sin embargo, como hemos visto, este no ha resultado el texto definitivo.

La doctrina que se muestra a favor de la existencia del dictamen de los dos facultativos señala que para adaptar este sistema al nuevo modelo de la Convención de Nueva York sería deseable acompañar esos informes de un informe social y de la audiencia de personas próximas al testador para que el notario pueda hacerse una mejor idea de su capacidad para testar<sup>35</sup>.

El dictamen de los facultativos constituía una prueba pericial de que la persona con discapacidad tenía la capacidad suficiente como para otorgar testamento en el momento de hacerlo. En la actualidad, ante una eventual impugnación del testamento por falta de capacidad, serán necesarios dictámenes médicos retrospectivos que no deberían poder destruir la presunción de capacidad que es regla general en nuestro Derecho, como señala Guilarte Martín-Calero<sup>36</sup>.

Sin embargo, existían antes de la reforma posturas contrarias a la presencia de dos facultativos en el proceso de autorización del testamento por el notario por ser este sistema -según esta doctrina- contrario a los principios de la CDPD ya que la Convención pretende pasar de un sistema asistencialista y medicalizado, a un sistema social, basado en los derechos humanos<sup>37</sup>. Esta doctrina entiende que la presencia de los facultativos puede abrir la puerta de nuevo a los modelos de sustitución de la voluntad del testador persona con discapacidad, convirtiendo los modelos de apoyo en modelos de sustitución, de nuevo contrarios a los principios de la CDPD<sup>38</sup>

Así, la única salvaguarda que existe actualmente para garantizar la capacidad del testador es la mera apreciación por parte del notario, sin asistencia de ningún tipo, de la capacidad de comprensión por parte del testador del acto que está

34 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Capacidad para testar", cit., p. 460.

35 *Ibid.* p. 462.

36 *Ibid.* p. 463.

37 PÉREZ GALLARDO L. B.: "El testamento", cit., p. 3628.

38 CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema", cit., p. 76.

realizando, trasladando este sistema una excesiva responsabilidad al notario<sup>39</sup>. Podría decirse que, prescindiendo de los facultativos, la Ley 8/2021 no cumple debidamente el deber de establecer las correspondientes salvaguardas impuesto por el artículo 12 de la CDPD.

Cabe plantearse la cuestión de si el notario aun sin que exista norma que lo autorice -pero tampoco que lo prohíba- puede por si mismo o solicitándolo a la autoridad judicial nombrar como medida de apoyo el dictamen de facultativos, así lo consideran autores como Admunátegui Rodríguez<sup>40</sup>. Para ello se puede amparar en el artículo 249 del Código Civil que en su último inciso señala: “La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera”; también podría ampararse en el hecho de que para prestar consentimiento matrimonial sí que contempla el Código Civil -y no ha sido eliminado tras la reforma- la posibilidad de solicitar dictamen médico ex artículo 56 *in fine* que señala que “Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar este consentimiento.” De este artículo se deriva, haciendo una interpretación sistemática del Código Civil que, si es posible solicitar dictamen médico para el caso del consentimiento matrimonial, con el mismo fundamento debe poderse recabar dicho dictamen para prestar consentimiento testamentario, aunque sea con carácter excepcional

A mayor abundamiento, el Código civil en reiteradas normas (artículos 685, 696 y 707) establece que el notario “se asegurará” de que el testador tiene capacidad suficiente para testar, entendiéndose que debe asegurarse por todos los medios de que disponga, sin que esto suponga atentar contra la persona con discapacidad, sino más bien al contrario, como garantía frente a una posible impugnación de su testamento<sup>41</sup>.

Esta posibilidad dotaría al acto de otorgamiento del testamento de mayores garantías y mayor seguridad jurídica.

39 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, p. 69.

40 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El artículo 655”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILLARTE MARTÍN- CALERO), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 889.

41 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Testamento otorgado”, cit., p. 28.

### 3. Supresión de la sustitución ejemplar.

Por último, el Código Civil, con anterioridad a la reforma operada por Ley 8/2021 establecía a modo de salvaguarda para que el testador incapacitado no muriera intestado la posibilidad de establecer una sustitución ejemplar contemplada en el suprimido artículo 776.

Si bien es cierto que este artículo recibió no pocas críticas al considerarse por algunos sectores como un testamento por comisario que atentaba contra el carácter personalísimo del testamento, era la única forma de evitar que personas con absoluta incapacidad para testar no estuvieran abocadas a morir intestados, permitiendo que los ascendientes pudieran nombrar sustitutos a sus descendientes personas con discapacidad quedando siempre a salvo la posibilidad de que este testamento quedara invalidado por el testamento hecho por el incapacitado en intervalo lúcido<sup>42</sup>.

Por ello, aunque el espíritu de la CDPD merece críticas positivas al incentivar el tratamiento igualitario y respetuoso de las personas con discapacidad y promover el cambio de un sistema de sustitución de la voluntad hacia un sistema de apoyos, negar el hecho de que existan supuestos en los que el otorgamiento de testamento resulta imposible constituye un error que podría haberse salvado sin la supresión de la sustitución ejemplar. Con esta supresión, las personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas para prestar el consentimiento se ven abocadas a morir necesariamente intestadas.

## VI. CONCLUSIONES.

La reforma operada en nuestro Código Civil por Ley 8/2021 era necesaria tras muchos años de postergar la adaptación del Derecho español a las premisas de la CDPD; sin embargo, esta reforma, ha resultado en algunos casos insuficiente y en otros demasiado protectora a la vista de los principios que la inspiran, así, queriendo huir del proteccionismo anterior que se profería a las personas con discapacidad y que llevaba a suplir su voluntad en la mayoría de los negocios jurídicos, en ocasiones deja demasiado desprotegida a la persona con discapacidad y en otras ocasiones redundante en la sobreprotección anterior, provocando, además, situaciones complicadas para algunos agentes como el notario o las personas que deben ejercer medidas de apoyo.

---

<sup>42</sup> Cabe destacar que estas mismas críticas se han tradicionalmente realizado contra el artículo 775 que regula la sustitución pupilar, artículo que no ha sido suprimido.

En materia de prestación de la voluntad testamentaria, observamos que se presume la capacidad de las personas con discapacidad y es el notario el que sin contar con ninguna salvaguarda debe realizar el juicio de capacidad.

Las medidas de apoyo se pueden prestar durante el proceso de formación de la voluntad, pero no en el momento de otorgar testamento, dado el carácter personalísimo del mismo. Las personas que prestan apoyo deben asegurarse de que el testador conoce la trascendencia del acto que está redactando, así como el alcance y consecuencias del mismo y ello deben hacerlo sin influir indebidamente en su voluntad.

El notario deberá asegurarse de que en este proceso la persona que presta el apoyo no ha influido indebidamente en la voluntad del testador y de que este ha conformado debidamente su voluntad.

Consideramos -que no presumimos- que cualquier persona que preste medidas de apoyo a personas con discapacidad intelectual puede suponer una amenaza para la voluntad del testador entendiéndolo que si se trata de persona vulnerable es posible captar su voluntad; por ende, la normativa, no solo debe de tratar que se respeten los principios de igualdad y dignidad de la persona, también tiene que protegerla frente a determinados abusos.

El artículo 12 de la convención obliga a los Estados a establecer salvaguardas en aras a esta protección que debe dispensarse a las personas con discapacidad; sin embargo, las salvaguardas que ha establecido la Ley 8/2021 son insuficientes. La Ley ha aumentado los supuestos de incapacidades relativas para suceder incluyendo en el catálogo del artículo 753 del Código Civil a las personas que prestan apoyos a estas personas con discapacidad, esta norma queriendo alejarse de la sobreprotección que arrojaba el sistema anterior sobre las personas incapacitadas, lo que hace es limitar en demasía la libertad de testar de la que debería gozar el testador.

Por otro lado, como salvaguarda encontramos el juicio de capacidad que realiza el notario en el caso de los testamentos abiertos, sin embargo, el notario ya no cuenta con la posibilidad de solicitar a dos facultativos que presten informe sobre la aptitud del testador para testar.

Consideramos que nada obsta para que el notario pueda nombrarlos y apoyarse no solo en lo que él mismo aprecia de la conversación que pueda tener con el testador, o en la declaración que presten las personas que ejercen medidas de apoyo sobre la situación del testador, sino, que también pueda apoyarse en informes periciales, que no han sido suprimidos de la LEC como medios de prueba y, por lo tanto, deberían poder utilizarse para acreditar la capacidad

del testador y evitar así futuras demanda de nulidad testamentarias. A mayor abundamiento, resulta un contrasentido de la Ley 8/2021 que se haya eliminado la intervención de los dos facultativos que venía reconociendo el artículo 665 del Código Civil amparándose en la necesidad de desmedicalizar la discapacidad cuando en materia de prestación del consentimiento matrimonial por personas con alguna discapacidad, sí que permite el mismo texto legal que el encargado de realizar el expediente previo se apoye en informes médicos a la hora de valorar este consentimiento ¿por qué en materia de consentimiento matrimonial sí y en materia testamentaria no?

Finalmente, la CDPD parece negar el hecho de que en ocasiones es imposible que la persona con discapacidad llegue a prestar el consentimiento -ni siquiera con apoyos- y puesto que el testamento es un acto personalísimo y nadie puede sustituir la voluntad del testador y ni si quiera completarla, quizás hubiera sido más beneficioso para el testador haber mantenido en vigor la sustitución ejemplar para que la persona con discapacidad que se encuentre en estas circunstancias, no se vea abocado a morir intestado.

Con todo, quedaremos a la espera de ver los resultados de la aplicación de la Ley y si la nueva normativa pudiera redundar en un aumento de reclamaciones de nulidad testamentaria por falta o vicios del consentimiento no solo en los testamentos notariales abiertos sino en aquellos en los que no intervenga notario -el testador persona con discapacidad intelectual puede otorgar testamento ológrafo, este testamento exige mayoría de edad para otorgarlo precisamente para asegurar que el testador tenga absoluta capacidad de entender y de querer, sin embargo podría otorgar testamento ológrafo una persona cuya discapacidad limite esta capacidad de entender y de querer- o en testamentos cerrados en los que no queda al alcance del notario el contenido de las disposiciones testamentarias y por lo tanto no puede ejercer esta función de consejo y apoyo ni evaluar si comprende el testador el alcance de las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA.

ABAD ARENAS, E.: "La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, núm. 2, pp. 215-236.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Reformas en Derecho de Sucesiones", en AA.VV.: *La Discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 451-502.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, pp. 15-72.

CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *Familia y Sucesiones ICAV*, julio 2022, núm. 23, pp. 4-8.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del "nuevo" artículo 753 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, pp. 91-158.

CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* 10, diciembre 2012, pp. 62-94.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2018, núm. 4, pp. 3-37.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "El artículo 655", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 887-892.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2020, núm. 12, pp. 448-471.

GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Capacidad para testar de la persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018).", en AA.VV.: *Comentarios a las*

*sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 453-466.

PÉREZ GALLARDO, L.B.: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 782, pp. 3625-3671.

PLANAS BALLVÉ, M.: "La capacidad para otorgar testamento", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 655-668.