



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Otorgamiento de Testamento por Persona con Discapacidad: Nueva regulación

Presentado por:

***Aránzazu Ferrero Gómez***

Tutelado por:

***Andrés Domínguez Luelmo***

Valladolid, julio de 2022

## **RESUMEN**

Partiendo del reconocimiento de todas las personas del derecho a otorgar testamento recogido en el artículo 662 del Código Civil, ha sido objeto de gran controversia la nueva Ley 8/2021. La finalidad del presente Trabajo de Fin de Grado (en adelante, TFG) consiste en estudiar la nueva realidad jurídica actual: el derecho de otorgar testamento por quienes padezcan algún tipo de enfermedad física, psíquica o intelectual tras los cambios legislativos introducidos por la Ley 8/2021. Por ello, se llevará a cabo un análisis de los nuevos artículos 663 y 665 Código Civil concretamente en su redacción anterior y posterior a la entrada en vigor de dicha ley.

De este modo, este trabajo gira entorno a dos ideas fundamentales que se ha llegado en este TFG y son: la importancia y la gran responsabilidad que tiene establecida el Notario a la hora de valorar la capacidad del testador; y, por otro lado, y la gran posibilidad que se permite a aquellas personas que sufren una discapacidad.

**Palabras clave:** testamento, discapacidad, capacidad, Notario, reforma, facultativos, testador, igualdad, capacidad jurídica.

## **ABSTRACT**

Based on the recognition of all the people of the right to grant a will contained in article 662 of the Civil Code, the new Law 8/2021 has been the subject of a strong debate. The purpose of this Final Degree Project (hereinafter, TFG) is to study the new current legal reality: the right to grant a will for those who suffer from some type of physical, mental or intellectual illness after the legislative changes introduced by Law 8 /2021. For this purpose, an analysis of the new articles 663 and 665 Civil Code will be carried out, specifically in its wording before and after the entry into force of said law.

In this way, the aim of this work revolves around two fundamental ideas that have been reached in this TFG and they are: the importance and the great responsibility that the Notary has established when assessing the capacity of the testator; and, on the other hand, and the great possibility that is allowed to those people who suffer from a disability.

**Key words:** will, disability, ability, notary public, reform, facultative, testator, equality, legal capacity.

## **ABREVIATURAS:**

Art: Artículo

Arts.: Artículos

CC: Código Civil

CGC: Comisión General de Codificación

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial

CDPD: Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad

CNUDPD: Convención de las Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York

LN: Ley del Notariado

TFG: Trabajo de Fin de Grado

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

ROJ: Repositorio Oficial de Jurisprudencia

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales

OMS: Organización Mundial de la Salud

LRAPD: Legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

## ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Origen.....	6
1.2. Definición. Características.....	9
2. CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO.....	11
2.1. Antecedentes.....	11
2.2. Presunción de capacidad.....	13
3. EL TESTAMENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ANTES DE LA LEY 8/2021.....	15
3.1. Edad.....	15
3.2. Discapacidad: falta de cabal juicio.....	17
3.3. Incapacidad declarada judicialmente.....	21
4. EL TESTAMENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESPUÉS DE LA LEY 8/2021.....	25
4.1. Antecedentes.....	25
4.2. CDPD en Nueva York.....	28
4.3. SAP Badajoz de 14 de septiembre de 2020.....	36
5. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE NOTARIADO.....	38
6.CONCLUSIONES.....	47
7.BIBLIOGRAFÍA.....	49
8.NORMATIVA.....	53
9.JURISPRUDENCIA.....	54
9.1 Referencias Legales.....	55
10.RECURSOS DE INTERNET.....	56

# 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1. Origen

El objetivo principal del presente Trabajo de Fin de Grado es esclarecer cómo afecta la reforma a la regla general que marca la capacidad de testar, además de determinar de manera concreta cómo van a otorgar testamento quienes ostenten una discapacidad, pero antes, tratando de facilitar la comprensión por parte del lector, pondré la cuestión en contexto con un pequeño planteamiento general.

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 <sup>1</sup> ha entrado en vigor el 3 de septiembre de 2021. Fue a partir del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante CNUDPD), donde se aprobó por el Ministerio de Justicia de la Comisión General de Codificación en 2015 para la modificación de la legislación civil estatal <sup>2</sup>.

De esta manera, España se adhirió a la citada Convención en el año 2007, y está vigente desde el 2008 (BOE 21 abril). Destacar que, el Proyecto de Ley fue publicado en el BOCG en julio de 2020. La nueva Ley fue definitivamente aprobada en mayo de 2021 y publicada en el BOE el 3 de junio. Como dato característico, comentar que fueron presentadas por los grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados más de quinientas enmiendas, y más de doscientas en el Senado.

Frente a los ocho periodos de sesiones que se llevaron a cabo para la aprobación de la CDPD, entre julio de 2002 y diciembre de 2006 <sup>3</sup> mantuvieron diversos debates sobre los derechos que debían figurar en la nueva Convención, es decir, sobre el concepto de capacidad jurídica y, particularmente, sobre si dentro de éste debía entenderse integrado el concepto de capacidad de obrar.

El primer borrador en la negociación de la Convención, se planteaba la cuestión relativa al “pleno reconocimiento de la capacidad jurídica”, ya que, tal y como señala

---

<sup>1</sup> BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

<sup>2</sup> Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008 pp. 20648-20659.

<sup>3</sup> Primer período de sesiones, del 29 de julio al 9 de agosto de 2002, UN Doc. A/57/357; segundo período de sesiones, del 16 al 27 de junio de 2003, UN Doc., A/58/118 & Corr.

QUESADA GONZÁLEZ parte de la premisa de que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica como las demás personas, abarcando ésta tanto la titularidad de derechos como la legitimación para ejercitarlos, por ser la capacidad inherente a la persona humana<sup>4</sup>. Entre las propuestas, me gustaría destacar la realizada por Canadá ya que, aludía a la dificultad y falta de consenso que entrañaba el concepto de *legal capacity* o “capacidad jurídica” que es la que el artículo 12 de la Convención de Nueva York reconoce a toda persona sea o no discapacitada<sup>5</sup> de la distinción de “personalidad” que todo humano adquiere al nacer.

El proceso de negociación, podemos decir que, gira en torno a dos discrepancias principalmente: el concepto de capacidad jurídica, y el sistema a adoptar en aquellas situaciones más extremas en las que la persona no pudiera ejercitar por sí misma su capacidad jurídica.

En relación con ambos aspectos, nos encontrábamos dos posturas totalmente diferentes, por un lado, por los Estados negociadores que, mantenían un discurso más conservador poniendo el foco en la discapacidad de la persona y en la necesidad de su protección, frente a los agentes representativos de la sociedad civil, los cuales defendían un sistema basado en la interdependencia, el asesoramiento o el apoyo para la toma de decisiones, potenciando la autonomía y la capacidad de decisión de la persona.

---

<sup>4</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “Las medidas de naturaleza voluntaria”, Capítulo II del Bloque IV de este Libro.

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que la terminología adoptada por la Convención de Nueva York proviene de la terminología propia del Common Law donde no se distingue entre dos tipos de capacidades como sí se hacía en el derecho español (capacidad jurídica y capacidad de obrar). En el Common Law, sin embargo, se distinguía entre capacidad “*Legal capacity*” y personalidad “*personality*”. En el Cambridge Dictionary se define la “*legal capacity*” como: “the legal right of a person or Company to make particular decisions, have particular responsibilities, etc” y en el Merriam- Webster como “the capability and power under law of a person to occupy status or relationship with another or to engage in a particular undertaking or transaction”. Por su parte, la personalidad o “*legal personality*” es adquirida por todo ser humano al nacer. Téngase igualmente en cuenta que, si bien la traducción literal de “*legal capacity*” es capacidad jurídica, en realidad hace referencia a la hasta ahora “capacidad de obrar”, por ello la traducción literal puede resultar confusa, y optamos en este trabajo por distinguir simplemente entre “personalidad” y “capacidad”. Lo que la Convención de Nueva York hace es reconocer capacidad a toda persona, ya sea discapacitada o no, en igualdad de condiciones y para todos los aspectos de la vida

Para resumir, las discrepancias del artículo 9, que en el séptimo período de sesiones pasó a ser el 12, comenzaron a disiparse a partir de entonces. La mayoría de los países, a excepción de Yemen o Siria, se decantaban hacia el nuevo paradigma de asistencia, en otras palabras “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica para disfrutar de los derechos”, en lugar de “capacidad jurídica para actuar”.

Continuando en el séptimo período de sesiones se produjo un cambio en la denominación de la Convención, con el actual nombre de Convención Internacionales sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es importante mencionar su octavo período siendo el más intenso de todos ya que, se aprobó definitivamente el texto del concepto de capacidad jurídica amplio. Esto es, se asumió por unanimidad tanto su elemento estático, titularidad de derechos, como su elemento dinámico, que se proyectará transversalmente sobre todos los demás derechos reconocidos en el Tratado.

Este artículo se caracteriza porque obliga a los Estados partes a reconocer a que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de las personas, a su vez, han de adoptar medidas adecuadas para proporcionar acceso a dichas personas al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que, además, han de asegurar que éstas medidas sean adecuadas y efectivas con el fin de evitar los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Entrando ya en los objetivos perseguidos por la Ley 8/2021, como he indicado unas líneas más arriba, uno de los objetivos de la reforma, fue la adaptación de la legislación interna española estatal en materia de capacidad jurídica al artículo 12 CNUDDP. Esto conllevó cambios profundos no solo en el Código Civil y en otras leyes civiles, sino también la correspondiente modificación de las reglas procesales.

Por otro lado, otro de ellos sería la búsqueda de adaptación máxima de nuestro sistema jurídico al artículo 12 CNUDDP, a su concepción sobre la capacidad jurídica, sobre el apoyo en el ejercicio de esta y sobre las salvaguardas frente a los apoyos.

Pero también mencionar, la gran adaptación posible a la Observación General Primera del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en 2014 y que pretende ser una suerte de interpretación auténtica del reiterado artículo 12.



## 1.2. Definición. Características.

Es en el artículo 667 CC donde se define el testamento como “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. Como podemos apreciar, no solo recoge una óptima manera de simplificar los trámites que deban realizar los herederos del causante en el momento de recibir la herencia, sino que también implica una notoria disminución de posibles costes económicos <sup>6</sup>.

Más de diez años ha necesitado el Estado español para adaptar su legislación civil y procesal en materia de discapacidad a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 diciembre de 2006, en vigor en nuestro país desde el 3 mayo de 2008. Ha sido un largo periodo en el que se ha elaborado reformas legislativas para mejorar las condiciones de vida de este importante colectivo, en su lucha por el reconocimiento de su dignidad personal, el disfrute de sus derechos fundamentales como cualquier ciudadano, así como, de una integración efectiva en todos los ámbitos de la sociedad <sup>7</sup>. Pero faltaba, quizás desde mi punto de vista, lo más importante, que gracias a esta nueva Ley 8/2021 ha venido a dar respuesta y a devolver a las personas con discapacidad el protagonismo de sus propias vidas, el ejercicio de sus derechos por ellos mismos, así como evitar la incapacitación absoluta.

Dicha Ley tiene como objeto tal y como recoge en su artículo 1: “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”.

Hasta la citada reforma, la posibilidad de que las personas con discapacidad otorgaran testamento quedaba al arbitrio de la autoridad judicial en los procesos de incapacitación. Hoy en día, tras la reforma, lo que se persigue es proporcionar a aquella persona con discapacidad los apoyos necesarios y acompañarle en este trámite de otorgamiento de testamento<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Anónimo, “Testamentos y herencias”, Consejo General del Notariado, 2022 (disponible en <https://www.notariado.org/portal/relaciones-personales-y-familia>; última consulta en 28/2/2022).

<sup>7</sup> Proceso que puede considerarse comenzado antes, desde 2003, año europeo de la discapacidad. Todos los avances normativos pueden verse en TORRES COSTAS (2020, 145-221). VIVAS TESÓN (2019, 428-430).

<sup>8</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, 2021,23.

Si bien la reforma operada por la Ley 8/2021 en la Disposición Adicional cuarta del Código Civil se refiere en un sentido amplio a las discapacidades intelectuales, físicas y sensoriales, si bien lo hace respecto a los artículos 96, 756.7, 782, 808, 822 y 1041 CC <sup>9</sup>. Por ello, podemos afirmar, aparte de la excepción indicada, que en materia testamentaria la ley parte de una discapacidad intelectual <sup>10</sup>. Según algunos autores como PAU PEDRÓN se refiere directamente al “nuevo régimen de la discapacidad intelectual” <sup>11</sup> y como GARCÍA RUBIO a personas con discapacidades de índole “cognitivo” <sup>12</sup>.

Por lo tanto, podemos afirmar que se trata de una discapacidad intelectual puntual para la realización de un acto testamentario concreto. En concreto, DE BARRÓN ARNICHES<sup>13</sup> afirma que se trata de valorar el discernimiento en el momento de realizar el testamento, teniendo en cuenta que es susceptible de graduación.

Se echa en falta igualmente una mayor atención sobre una de las cuestiones fundamentales de la CDPD como es el de la “influencia indebida”, ya que, tan solo se incluyen referencias en la última versión de determinados preceptos relacionadas con controles para las medidas de apoyo, pero ninguna en sede testamentaria. Tampoco se ha hecho referencia a un tema de gran trascendencia desde hace tiempo como es el caso de la vulnerabilidad, especialmente decisivo en el ámbito de validez de la declaración de voluntad del testador.

Por último, y antes de entrar a analizar en profundidad lo que realmente nos atañe, se estima conveniente señalar cuáles son los principales caracteres de un negocio jurídico de tal trascendencia como es el testamento: unilateral, dado que es válido incluso aunque la herencia no fuera aceptada; solemne, se prevé la nulidad del testamento en caso de inobservancia de las formalidades establecidas (art. 687 CC); individual, quedando

---

<sup>9</sup> La DA cuarta se remite al concepto de discapacidad recogido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria

<sup>10</sup> Si bien, no podemos excluir que pueda darse un supuesto de una imposibilidad de exteriorización de la voluntad por razones físicas

<sup>11</sup> PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacidad al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, RDC, Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), 2018 (pp. 5-28), p. 2 Cuya opinión es calificada al ser presidente de la Sección Primera de la Comisión General de la Codificación”.

<sup>12</sup> GARCÍA RUBIO, M.P.: “Algunas propuestas...” op. cit., p.177.

<sup>13</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Personas con discapacidad y libertad para testar”, Actualidad jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN:2386-4567, pp. 448-471.

prohibidos los testamentos mancomunados; personalísimo, solamente puede concurrir la voluntad del testador para otorgarlo prohibiendo en todo caso la intervención de terceras personas; patrimonial, siendo el supuesto más habitual; revocable, dado que realmente no existe motivo alguno para impedir que la voluntad manifestada se modifique<sup>14</sup>; y carácter *mortis causa*, a razón de la eficacia del testamento toda vez que el testador haya fallecido<sup>15</sup>.

Una vez han quedado recopiladas algunas nociones importantes sobre el testamento, conviene recordar lo que pone de manifiesto el TS en la segunda de las sentencias citadas: la necesidad de que el testador tenga capacidad para testar. En su defecto, el testamento será declarado nulo.

## 2. LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO

### 2.1. Antecedentes

El origen acerca de la concurrencia de capacidad para otorgar testamento se encuentra en el Derecho Romano. Ya en el Digesto podemos encontrar alguna referencia a los supuestos de incapacidad para testar, reconocida a quienes estuviesen bajo patria potestad (hijos y mujeres), a los peregrinos y a los latinos. Con el tiempo, los supuestos de incapacidad fueron evolucionando hasta establecerse un listado semejante al que tenemos hoy en día. En dicha lista se encontraban los menores de edad, los sordomudos y quienes padeciesen alguna incapacidad de carácter relativo.

Sea como fuere, la incapacidad para testar del Derecho Romano dio lugar a la denominada *testamenti factio* activa, muy tenida en cuenta por el legislador a la hora de regular la actual capacidad del testador. Se trata, básicamente, de una atribución que se hace a las personas físicas de manera exclusiva, por la cual resulta diferente la capacidad para testar de aquella exigida para celebrar cualquier negocio jurídico<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> CICU, A., “El testamento”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 19

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J., op. cit., pp 9-21.

<sup>16</sup> ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: “Capacidad para testar y sucesos por testamento en Roma: la indignidad”, Derecho Romano Privado, 2012 (disponible en <https://www.derechoromano.es/2012/09/capacidad-testar-sucesos-testamento-indignitas.html>; última consulta 12/03/2022).

De acuerdo con el *favor testamenti* (proyección del principio *favor contractus* particularizada a los negocios jurídicos mortis causa), nuestro CC plantea la capacidad para testar, con carácter general, en el artículo 662 CC sostiene que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”.

Por ello, podemos partir de la regla general que es la capacidad para testar; siendo las incapacidades las excepciones a este principio, así lo han sostenido algunos autores, entre ellos, DIEZ- PICAZO, L. y GULLÓN A.: “El Código Civil sienta como regla general que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”<sup>17</sup>. Dichos autores alegan que, en base a la fe notarial, de cuya trascendencia se hablará más adelante, la capacidad para testar lleva intrínseca una presunción *iuris tantum* que podrá destruirse únicamente mediante prueba cumplida, convincente e inequívoca.

Además, en ese sentido también ha dado su parecer el TS que, mediante su sentencia de 31 de marzo de 2004, establece que “la capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas, que juega a su favor la presunción de capacidad establecida en el artículo 662”<sup>18</sup>.

Como veremos a lo largo del trabajo, el Notario que autoriza el testamento notarial debe cerciorarse de la capacidad natural del otorgante mediante un juicio de capacidad de

---

<sup>17</sup> DIEZ- PICAZO, L., GULLÓN A., Sistema..., pág. 323, así lo afirman, CORVO LÓPEZ, F. M., “La capacidad para testar...”, pág. 139; POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E., Derecho Civil de Catalunya. Derecho de Sucesiones, 3º Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 71; DOMINGUEZ LUELMO, A., “El testamento”, GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. (Dir.), SOLÉ RESINA, J. (Coord.), Tratado de Derecho de Sucesiones, T. I., Civitas, Pamplona, 2016, pág. 417; VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, ADC, Tomo LXVIII, 2015, fasc II, pág. 340. En las Islas Baleares (Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Illes Balears), en Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia) y en el País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil del País Vasco) no contienen una disposición específica en relación con la capacidad de testar por lo que resultará aplicable el Código Civil. El art. 408 del Código del Derecho foral de Aragón, bajo la rúbrica Capacidad para testar, dispone: “1. Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural”. En Navarra, la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, modifica y actualiza la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra con lo que la Ley 184 establece que: “Están incapacitados para testar (...). 2. Las personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar testamento”

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 280/2004, de 31 de marzo [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2004/1717.

éste en el acto de la testamentifacción activa. El Anteproyecto que fue elaborado por la Comisión General de Codificación (en adelante, CGC) y aprobado por el Consejo de Ministros en septiembre de 2018 propuso la siguiente redacción: “la persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello”. Superándose, por tanto, la redacción anterior que nos decía que “quien habitual o accidentalmente no se halle en su cabal juicio”<sup>19</sup>.

Por lo tanto, y para finalizar este apartado, a partir de la Convención ya no se puede diferenciar entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que, ya solo se puede hablar de capacidad jurídica y de su ejercicio.

## 2.2. Presunción de capacidad

Utilizo deliberadamente la terminología de capacidad para otorgar testamento al mantenerse en la reforma el Título de la Sección 1.<sup>a</sup>, “De la capacidad para otorgar testamento”. No solo recogido en el artículo 662 el que se refiere a esta cuestión, sino también otras reglas como los artículos 664, 666 o 685 formando parte todos ellos de un idéntico núcleo, y siendo preceptos que no han sido modificados.

Para poder otorgar testamento se exige que su autor, es decir, la persona física posea la capacidad natural de querer y entender sus disposiciones en el momento del otorgamiento (artículo 666 CC). Por lo tanto, se trata de una presunción general de capacidad para testar *iuris tantum*, la cual se suele relacionar con el principio del *favor testamenti*.

Resulta por otro lado, las prohibiciones recogidas en el artículo 662 CC para otorgar testamento al permitir hacerlo a todos a quienes la ley no lo prohíba expresamente. No

---

<sup>19</sup> Publicado en el Punto de Acceso a los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia el 26 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/artide/view/375>. Interesa traer a colación la reflexión de GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, RDC, Vol. V (2018), nº3, julio- septiembre, págs. 175 y 176: “en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial *ex ante* para testar (...) tal capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer testamento, usualmente por el notario y, en su caso, por los facultativos que este designe”.

pueden testar la persona menor de catorce años ni aquella persona que en el momento de hacerlo no pueda conformar o expresar su voluntad, ni aun con ayuda de medios o apoyos.

En relación con lo expuesto, interesa traer a colación la STS 435/2015 de 10 septiembre 2015,<sup>20</sup> en la que se falló, en el uso del principio *favor testamenti*, que el causante disponía de capacidad para testar aun habiendo sido el testamento otorgado un mes antes de iniciarse un procedimiento de incapacitación al considerarse probado la ausencia de una prueba concluyente sobre la falta de capacidad de la testadora en el momento del otorgamiento del testamento impugnado<sup>21</sup>.

Por otro lado, en el artículo 663 CC recoge las excepciones que podrían calificarse de incapacidades absolutas, ya que impiden otorgar toda clase de testamentos en general, mientras que las incapacidades relativas se refieren a determinadas declaraciones de última voluntad. Según MANRESA Y NAVARRO indica que se estará ante una incapacidad absoluta cuando falte la concurrencia de las condiciones que constituyen la capacidad testamentaria, y expone las siguientes: en primer lugar, que el testador tenga pleno conocimiento del acto que va a ejecutar, y, en segundo lugar, que no haya sufrido una influencia moral que le prive del necesario discernimiento para otorgar testamento<sup>22</sup>.

Finalmente, siendo el momento del otorgamiento el instante en el que debe apreciarse la capacidad para testar (artículo 666 CC), el artículo 664 CC establece que “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

---

<sup>20</sup> ROJ: STS 435/2015. En el mismo sentido Vid. STS de 24 de febrero 1981 (ROJ: STS 605/1981); SAP Barcelona (Sec. 18.ª) de 10 de octubre (ROJ: SAP 799/2017).

<sup>21</sup> Podemos citar aquí la SAP Barcelona (Sec. 18.ª) de 17 de diciembre (ROJ: SAP 849/2019) en la que se falla expresamente que “no procede restringir en este momento su derecho a testar (...) la capacidad de la Sra., para otorgar testamento será valorada en el momento de emitirla por el Notario actuante”. En el mismo sentido SAP A Coruña (Sec. 4.ª), 321/2017, de 4 de octubre (ROJ: SAP 321/2017) “le permite disponer de sus bienes *mortis causa*, sin perjuicio en este caso del juicio de capacidad que en el acto de otorgamiento del testamento o negocio sucesorio corresponda hacer al Notario autorizante”. También la SAP Barcelona (Sec. 18.ª), 799/2017, de 10 de octubre (ROJ: SAP 799/2017): “De conformidad con el principio *favor testamenti* debía presumirse, con el carácter de presunción *iuris tantum*, que toda persona goza de capacidad natural para testar mientras no se demuestre de forma inequívoca y conducente lo contrario, constituyendo, en definitiva, la aseveración notarial respecto a la capacidad del testador una demostración enérgica de capacidad que debe quedar destruida por prueba en contrario”.

<sup>22</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.: “Comentarios al Código Civil Español”, Madrid: Reus, S.A., 1972, p. 457.

### 3. EL TESTAMENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ANTES DE LA LEY 8/2021

Como he explicado con anterioridad, la regla general es la capacidad para testar y la concurrencia de la misma se va a presumir siempre, salvo la correspondiente prueba en contrario. Por tanto, aquellos supuestos en los que se declare la incapacidad del otorgante para testar van a venir marcados por la concurrencia de una de las causas que el CC establece, quedando así elaborado un listado de razones que limitan, o incluso anulan, la capacidad de testar de una persona, pudiendo incluso otorgarle a dicha lista carácter de *numerus clausus*.

#### 3.1. Edad

La primera causa de incapacidad para testar se encuentra en el artículo 663 del Código. Éste, en su apartado primero, enunciaba que “No pueden testar: a) las personas menores de catorce años de uno y otro sexo.” Se aprecia ya una primera limitación al otorgamiento del testamento en la edad del testador.

Del contenido expuesto podemos apreciar dos consecuencias jurídicas fundamentales. Por un lado, en cuanto a la edad mínima para testar fijada en los catorce años, la doctrina sostiene que se debe a cuestiones de índole psicológico y educativo. Y, en segundo lugar, en cuanto a la diferencia entre la edad necesaria para otorgar un estamento y de aquella necesaria para realizar cualquier otro negocio jurídico. En esta último, y como hemos visto anteriormente, requiere de dos de los caracteres de los testamentos: el carácter revocable y el carácter personalísimo.

Otra cuestión fundamental en relación con este apartado, se encuentra en el cómputo de la edad para testar. La doctrina sostiene que el cómputo de la edad será *ad momentum* y no *ad diem*<sup>23</sup>. Tal y como recoge ALBADALEJO<sup>24</sup>, ha de incluirse dentro del cómputo el transcurso del mismo día de nacimiento, independientemente de la hora; y dicha idea queda

---

<sup>23</sup> BATLLE VÁZQUEZ, M., “Estudios sobre la reforma de determinación o cómputo de la edad en la legislación civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1933, p. 89.

<sup>24</sup> ALBADALEJO, M.: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, Edersa, Madrid, 1990, p. 71.

completada por la interpretación realizada por CICU, que sostenía la necesidad de computar enteramente el último día <sup>25</sup>.

Una excepción en cuanto a la limitación de la capacidad para testar es el testamento ológrafo. Ya que, se entiende por testamento ológrafo el que realiza el testador por sí mismo, tal y como recoge el artículo 688 del CC que prohíbe tajantemente que un menor de edad pueda otorgar dicho tipo de testamento, según el cual: “El testamento ológrafo solo podrá otorgarse necesariamente por personas mayores de edad”.

Por último, se entiende necesario no cerrar este primer apartado sin antes hacer referencia a la manifestación de las siguientes sentencias: la STS (1ª) 298/2017, de 16 de mayo y la STS (1ª) 146/2018, de 15 de marzo <sup>26</sup>. En ellas se aprecia el artículo 662 CC: “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Y parten que este precepto es la regla general, el reconocimiento de la capacidad para testar, mientras que la excepción sería la incapacidad. Por lo tanto, no se puede fundamentar la falta de capacidad de testar de otro tipo de incapacidades <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> CICU, A., “El testamento”, op. cit. p. 151.

<sup>26</sup> Según la STS (1ª) 298/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901): “Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 665 CC, conforme al cual el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”. Abundando en esta idea, la STS (1ª) 146/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:936) destaca daramente los siguientes aspectos: 1) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (artículo 10 CE, artículo 322 CC y artículo 760 LEC) ha quedado reforzado por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. 2) De manera específica para el testamento, el artículo 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe “expresamente”. De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni en la analogía ni en la interpretación extensiva de otra incapacidad. 3) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (artículo 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la “enajenación mental” es válido (artículo 664 CC). Por eso también el Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (artículo 685 CC). 4). Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente, el artículo 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos

<sup>27</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación (Comentario a la STS de 15 de marzo 2018)”, CCJC, núm. 108, 2019, p. 300. Y ampliamente, GUILARTE MARTÍN- CALERO, C., “Capacidad para testar de persona



Así mismo, la SAP de Barcelona (Secc. 18ª) 819/2019, de 28 de noviembre (ECLI:ES: APB:2019:14021), siguió este mismo criterio estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de incapacitación que había privado a la interesada de la facultad de otorgar testamento. Basándose en el texto de la CDPD e insistiendo en que no se debe tratar de manera uniforme y genérica a las personas afectadas de algún grado de discapacidad, sino de manera proporcionada y acorde a su estado y necesidades.

Otro ejemplo de ello es la sentencia de Badajoz que expondré más adelante.

### **3.2. Discapacidad: falta de cabal juicio**

Como segunda causa tasada para poder reconocer en quien otorga testamento la incapacidad para hacerlo, se ha de acudir al segundo apartado del ya mencionado artículo 663 CC. Enuncia lo siguiente: “Están incapacitados para testar: 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”.

Como podemos apreciar, ya no hay incapacitados. Hay personas que pueden necesitar medidas de apoyo; y en el caso de curatela antes o después del 3 de septiembre de 2021 dependerá de la resolución judicial.

En todo caso, la persona que va a otorgar testamento debe estar en su cabal juicio; por ello el art. 664 CC dice: “El testamento hecho antes de la enajenación mental es perfectamente válido”.

Lo que interesa es el momento de testar; por ello, todas aquellas personas que no -se encuentren en lo que se denomina “cabal juicio” en el momento concreto de otorgar el testamento como así lo ordena el art. 666 CC carecerán de capacidad legal para realizar tal acto y, por tanto, el testamento será declarado nulo. Conviene matizar que la incapacidad determinante de falta de cabal juicio- no requiere en todo caso una previa declaración judicial, sino que bastaría con una incapacidad de hecho suficientemente demostrada.

---

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 STS de 15 de marzo de 2018 (146/2018), en IZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.), Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, vol. 10 (2018), Dykinson, Madrid, 2019, 453-466.

Como veremos, la discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública.

Es por ello que un hecho posterior, que el testador llegue a estar enajenado, no invalida el testamento si cuando lo otorgó estaba en su sano juicio; como dice la STS 535/2018, 28 de Septiembre de 2018<sup>28</sup> para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar la 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. En definitiva, la sentencia declarando la incapacitación es eficaz desde el momento en que sea firme, (no antes), aunque no despliegue sus efectos *erga omnes* sino desde el momento de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

En este sentido, es de vital importancia realizar un análisis acerca de a qué se refiere el Código con el uso del término “cabal juicio”. La jurisprudencia ha venido estableciendo que esa expresión “no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental”<sup>29</sup>. Por lo tanto, para que concurra en un sujeto la capacidad para testar es preciso que el testador pueda reflejar su voluntad de manera libre y consciente<sup>30</sup>, lo cual genera una completa ausencia de entendimiento de la realidad y la trascendencia de dicho acto. O lo que es lo mismo, no puede entender y querer.

Sobre este apartado, podríamos resumir este análisis jurisprudencial haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de abril de 2004<sup>31</sup>. Se afirmaba que el testador debe tener conciencia completa de lo que significa el acto testamentario, por lo que no resulta suficiente “con hallarse en un estado que permita asentir y firmar, o con una capacidad disminuida que tan sólo alcance a comprender los aspectos mecánicos del acto, sino que cuando el Código Civil o el Codi de Successions

---

<sup>28</sup> STS de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 535).

<sup>29</sup> STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8717), FJ 3.º

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “La Capacidad para testar”. Especial referencia al testador andaluz, Ed. Thomson Civitas, 2006, p. 31, nota 7.

<sup>31</sup> SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004, Ponente: María Dolores Portella Llunch (JUR 2004\157987).

utilizan la expresión “cabal juicio” o “capacitat legal” respectivamente refieren que lo que desea el legislador no es otra cosa que asegurarse de que quien otorga un testamento comprende en su totalidad la trascendencia del acto. A dicha comprensión se debía de llegar de forma autónoma e independiente pues tener cabal juicio implicaba gozar de plena capacidad para testar de forma autónoma sin necesidad de apoyos externos. Además, esta falta de “cabal juicio” podía determinar que el juez determinara “ex ante” que una persona pudiera otorgar un testamento.

Como dice la Circular Informativa 2/2021 <sup>32</sup> hoy la discapacidad no limita legalmente el ejercicio de la capacidad jurídica (legal capacity, art. 12 CNY), o la libertad para tomar sus propias decisiones, no hay una limitación legal anticipada, ni en consecuencia cabe hablar de “capacidad legal necesaria suficientemente para el otorgamiento del testamento”. Añadiendo que, “Ahora bien, procede analizar cómo será evaluada la “capacidad de hecho” o discernimiento del compareciente por el notario otorgante”.

Como no podía ser de otra manera, el TS también se ha manifestado en reiteradas ocasiones respecto a qué abarca un tan amplio concepto como es el de cabal juicio. Así, dice el Alto Tribunal en su sentencia de 11 de diciembre de 1962, “por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la ley, en este caso, la emplea refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que en el mismo se persigue” <sup>33</sup>.

Como exclusión de supuestos creo que debemos mencionar aquellos supuestos de: delirios, excluida por la sentencia de 7 de octubre de 1982 <sup>34</sup>; o depresión, excluida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 1 de octubre de 1991 <sup>35</sup>.

La discapacidad, a diferencia de la incapacidad, <sup>36</sup> no se puede considerar como una falta de capacidad de obrar <sup>37</sup>. Además, es en la Convención donde se declara el

---

<sup>32</sup> Circular informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 310/1962, de 11 de diciembre.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5545/1982, de 7 de octubre [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 1982/5545].

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 3908/1992, de 1 de octubre [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 1992/3908]

reconocimiento de la plena capacidad jurídica de estas personas y la necesidad de que los Estados establezcan sistemas de apoyos con la finalidad de garantizar este reconocimiento.

Por otro lado, la Ley 8/2021 no distingue entre distintos tipos de discapacidades, sino que trata a todas de manera unitaria, refiriéndose el legislador a todas las personas que tienen una discapacidad, sea física, sensorial, psíquica o intelectual, como si se tratara de un grupo homogéneo <sup>38</sup>.

Esta nueva visión de las personas con discapacidad es asumida por el legislador en la reforma que se plasma en la Ley RLCPD 8/2021, que, desde su misma Exposición de Motivos establece que:

"No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que sustituya los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino 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; nos encontramos, por tanto, de una cuestión de derechos humanos".

Un dato beneficioso de la reforma es que, el legislador ha acogido el modelo social de la discapacidad y tiene el deber de potenciar al máximo la autonomía de las personas con discapacidad y que puedan tomar decisiones evitando los abusos <sup>39</sup>. Como se menciona en el Preámbulo de la Ley, es una cuestión de derechos humanos hacerles también protagonistas de muchas decisiones que afecten a sus vidas. Ofrecerles estas nuevas

---

<sup>36</sup> Vid. TORRES GARCÍA, T. "Efectos de la Incapacitación", GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. (Dir.), SOLÉ RESINA, J. (Coord.), Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo II, Civitas, Pamplona, 2013, pág. 135; CORVO LÓPEZ, F.M., "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", RDC, Vol. VI, n<sup>o</sup>4 (octubre- diciembre 2019), págs. 149 y 150.

<sup>37</sup> GARCÍA GARNICA, M. C. "Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica", GETE- ALONSO Y CALERA, M. C. (Dir.), SOLÉ RESINA, J. (Coord.), Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo II, Civitas, Pamplona, 2013 pág. 183. También podemos destacar las palabras de CARRASCO PERERA, A, "Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores", Centro de Estudios de consumo, junio, 2021, pág. 2: "Nadie es incapaz de obrar, y toda medida que prive a una persona física de la capacidad de ejercitar sus derechos y de operar en el tráfico como agente autónomo es una lesión de los derechos fundamentales".

<sup>38</sup> Vid. CUADRADO PÉREZ (2020, 38-39). MAGARIÑOS BLANCO (2018, 201).

<sup>39</sup> Vid. VIVAS TESÓN (2021, 283).

medidas de apoyo, a pesar de la escasa falta de concreción de estas<sup>40</sup>, frente a la incapacitación (total o parcial) del antiguo régimen, de este modo, dejen de considerarse ciudadanos de segunda clase a las personas con discapacidad y que la promulgación del libre desarrollo de la personalidad ya no sea solo un enunciado teórico vacío de contenido en la práctica.

Antes de finalizar este apartado, es importante mencionar el experimento de cambio que tuvo nuestra jurisprudencia, acerca de la trascendental sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 junto con la Convención de la ONU en 2006 que trajo una nueva versión en materia de discapacidad y que consolidó definitivamente la tan popular expresión del traje a medida, que vino a traer soluciones personalizadas a cada caso concreto, y lo que es más importante, proporcionales y justas.

### **3.3. Incapacidad declarada judicialmente**

Durante mucho tiempo, nuestro sistema judicial no regulaba de forma adecuada a la hora de resolver las cuestiones de modificación de la capacidad, ya que el órgano juzgador recurría a la tutela como fórmula sencilla y estereotipada en la que estaba demasiado institucionalizada<sup>41</sup>. Como ya sostenía PEREÑA VICENTE de que “el famoso traje a medida...” se ha traducido en una corta y pega en el que todas las sentencias se parecen a todas y en las que el abusivo recurso a la llamada “incapacitación total” ha desvirtuado de tal manera el sistema que estamos obligados a rediseñarlo<sup>42</sup>.

Como hemos visto previamente, la principal novedad que introduce la Ley 8/2021 es la supresión de la previa declaración de incapacidad<sup>43</sup>, por ello la curatela pasa a ser la única medida judicial de protección o apoyo para aquellas personas que necesiten una ayuda más intensa y continuada<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> No lo hace el art. 249 CC. Que inicia el Título IX De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

<sup>41</sup> Vid. CUADRADO PÉREZ (2020, 20)

<sup>42</sup> PEREÑA VICENTE (2016, 146)

<sup>43</sup> Aunque, como dice SANCHO GARGALLO (2018, 23): “sin perjuicio de que esté implícita [la declaración de incapacidad] en las razones que justifican el contenido de la curatela. En este aspecto, la reforma es más formal que sustancial”

<sup>44</sup> También, como se dijo al principio, se suprimen la patria potestad y la prorrogada. El Preámbulo de la Ley 8/2021 justifica esa derogación estimando que eran “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. [...]”

Si partimos de los arts. 663.2, 664 y 666 CC y de la presunción general de capacidad podríamos indicar que todo testamento otorgado antes de la declaración judicial de incapacitación es válido; sin embargo, conviene analizar diversas cuestiones. En cuanto a los efectos que se derivan de una declaración previa de incapacitación se derivan dos consecuencias jurídicas fundamentalmente. Por un lado, dicha declaración no constituye un requisito *sine qua non* para reconocerle al testador su incapacidad para testar. Es decir, no resulta necesaria una declaración previa de incapacidad para que el presunto incapaz no tenga permitido otorgar el testamento. Por otro lado, es erróneo pensar que la declaración de incapacidad tiene carácter concluyente, esto quiere decir que, bajo ninguna circunstancia el que se encuentre afectado por dicha declaración no podrá otorgar testamento. Sino que, la imposición absoluta de la incapacidad para testar mediante una declaración previa únicamente se puede llevar a cabo cuando en tal sentencia se incluya dicha incapacidad de manera expresa. De lo contrario, nos encontramos ante una declaración que, realmente, no hace sino esconder una presunción *iuris tantum* de incapacidad para testar que podrá ser destruida mediante prueba suficiente en contrario <sup>45</sup>, tal y como comenta PUIG PEÑA respecto a la redacción previa de este artículo <sup>46</sup>.

Para determinar si una persona es capaz para otorgar testamento es importante tener en cuenta la situación en la que se encuentra. Por lo tanto, no podrá llevarlo a cabo, principalmente, en tres supuestos: cuando el testador sea declarado incapaz tras haber otorgado el testamento; que el testador sea declarado incapaz mediante sentencia firme, en la cual se incluye un pronunciamiento expreso acerca de su incapacidad para testar <sup>47</sup>. Y, finalmente, que el testador sea declarado incapaz mediante sentencia firme, pero dicha sentencia no incluya un reconocimiento expreso de la ausencia de la capacidad para testar. También es importante dejar constancia de en qué momento debe valorarse la capacidad para expresarse verbalmente. Así, a diferencia del artículo 708 donde se exigía la capacidad

---

Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor de 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”

<sup>45</sup> PUIG PEÑA, F., Tratado de Derecho Civil Español, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 106.

<sup>46</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“Gaceta de Madrid” 25 de julio de 1889).

<sup>47</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Tratado de Derecho de Sucesiones”. Tomo I, Civitas, Barcelona, 2017, p. 417.

en diferentes momentos, para el caso del artículo 709 únicamente se requiere en el momento de otorgar el testamento.

Así, la incapacitación no es más que “un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando en ella concurre alguna de las causas tipificadas legalmente, y que tiene como efecto principal la limitación de la capacidad de obrar de la persona”<sup>48</sup>. En otras palabras, la incapacitación es el resultado de un proceso judicial que permite determinar qué actos jurídicos puede realizar por sí mismo el incapacitado.

Todo aquel que haya sido declarado incapaz judicialmente, y posteriormente, pretenda otorgar testamento, podrá realizar tal acto siempre y cuando consiga demostrar que, en el momento de otorgarlo, tenía plena capacidad para ello. Y tal idea se sostiene gracias a la teoría del intervalo lúcido, teoría que se basa en la existencia de un “paréntesis” en la enfermedad del incapacitado que le permite otorgar testamento válidamente. De ahí la importancia de la figura del notario recogido en el artículo 665 CC, por la que debe designar dos facultativos que previamente reconozcan al testador dicha capacidad, que se configura como un requisito *ad solemnitatem*<sup>49</sup>.

Me gustaría hacer un pequeño inciso, ya que, esta teoría del intervalo lúcido ha tenido diversas críticas, entre ellas las de la autora MONTSERRAT PEREÑA VICENTE en su obra “Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad”,<sup>50</sup> por la que pone como ejemplo a una persona con Alzheimer, no estando avanzado sino en una fase intermedia por que la que basándose en esta teoría, en algún momento de lucidez pueda equivocarse y que dicho error de vulnerabilidad le persiga toda su vida generándole un perjuicio que le prive, por ejemplo de su vivienda habitual.

No obstante, dice la ley, dicha persona cuya incapacidad ha sido declarada judicialmente no podrá otorgar testamento de manera individual, sino que ha de servirse del juicio que, a estos efectos, debe realizar un notario. Será él quien, mediante su juicio, consiga destruir la mencionada presunción de incapacidad para testar inherente a la declaración judicial.

---

<sup>48</sup> BONETE SATORRE, B.: “El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 53, 2021, p. 125.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ CATIVIELA, E. J., *op. cit.*

<sup>50</sup> MONTSERRAT PEREÑA, V.: “Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad”, *Marials Pons*, 2021, Madrid.

La STS 298/2017, de 16 de mayo (ponente: M.<sup>a</sup> A. Parra Lucán)<sup>51</sup> establece con claridad los criterios de actuación judicial en materia de la antigua incapacitación: “se trata, como declara el art. 1 de la Convención, 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 y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias. El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el “procedimiento de modificación de la capacidad” y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio)<sup>52</sup>. La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la

---

<sup>51</sup> STS de 16 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2207).

<sup>52</sup> STS de 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 716).



sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)”.

Para finalizar, me gustaría también mencionar la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009,<sup>53</sup> la cual aborda la interpretación normativa en materia de incapacitación (arts. 199 y 200 CC) atendiendo a la Convención de Nueva York. El Alto Tribunal indica que el sistema de protección que establece el Código Civil debe interpretarse de la siguiente manera, teniendo en cuenta, por un lado, que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección (única interpretación posible de los arts. 200 CC y 760.1 LEC), y, por otro, que la incapacitación no es una medida discriminatoria, ya que la situación protegida tiene características específicas y propias. “Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

## **4. EL TESTAMENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESPUÉS DE LA LEY 8/2021**

### **4.1. Antecedentes**

Visto con lo anterior, la reforma no rompe completamente con el sistema anterior<sup>54</sup>, ya que sigue sosteniendo figuras de sustitución de la voluntad que no cuentan con la voluntad de la persona. Es probable que la reforma no satisfaga por completo al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que vulnera su Observación General Primera, pero pocos durarán de que la permanencia de una institución con carácter representativo es completamente necesaria.

---

<sup>53</sup> STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901).

<sup>54</sup> CUENCA GÓMEZ (2021, 67, 69).

Tras afirmar con carácter general el artículo 662 (que no ha sido modificado) que pueden testar “todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”, según el nuevo artículo 663 CC prohíbe otorgar testamento, junto a los menores de edad, a “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”<sup>55</sup>.

Este precepto es fruto de la Enmienda núm. 170, del G.P. Socialista y el G.P. Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en común. La finalidad alcanzada era que “se acoge la redacción sugerida en la Propuesta articulada por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, de 13 de junio de 2012”<sup>56</sup>.

La novedad en este artículo, y cómo podemos apreciar, se encuentran en que dicho artículo se centra en la persona y no en su condición, y se ha superado el concepto de “discapacidad” en favor de un concepto social.

Además, se suprime, como hemos visto con anterioridad, la referencia a quien “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, y en cambio, se contempla a “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Y el notario, como medida de apoyo, deberá según su propio criterio, que la persona pueda conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones.

Permanece con esta nueva Ley 8/2021 la figura del defensor judicial, aunque como una figura eventual o esporádica, nombrado para asistir en un tema concreto para aquella persona que precise de apoyo<sup>57</sup>.

Por otro lado, se refuerza, en cierta medida, la guarda de hecho,<sup>58</sup> que en la práctica juega un papel importante, configurada como una verdadera medida de apoyo para las personas con discapacidad<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Debe recordarse que el art. 12.5 de la Convención proclama expresamente el derecho de las personas con discapacidad a heredar, lo que implica el de otorgar testamento cuando tengan la capacidad legal (14 años en el Derecho español) y el entendimiento y la voluntad suficiente en el momento del otorgamiento.

<sup>56</sup> Vid. Esta Propuesta en <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm>.

<sup>57</sup> Arts. 295-298. En consecuencia, quedan derogados los anteriores arts. 299- 302. Vid. SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2019, 271-290).

Ciertamente, para el testamento notarial la cuestión viene resuelta por el artículo 665 CC, haciendo referencia a la persona con discapacidad. Según este precepto, “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”.

Dicho artículo es fruto de las Enmiendas núm. 171 del G.P. Socialista y del G.P. Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en común <sup>60</sup>, y núm. 390 del G.P. Popular <sup>61</sup>. La finalidad que buscaban era, en primer lugar, en buscar una “mejor técnica y mayor coherencia con los dictados de la Convención, al alejarse del modelo médico”, y, por otro lado, también se aludía únicamente a la necesidad de una “mejora técnica”.

En cambio, la redacción final procede de la aprobación en el Senado de la Enmienda núm. 263 del GPS, en la que se propone la sustitución del término “estime” por “resulten”, siendo su justificación gramatical.

---

<sup>58</sup> Lo explica el Preámbulo de la Ley 8/2021: “...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. 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 la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerados-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”.

<sup>59</sup> VIVAS TESÓN (2021, 279), considera la guarda de hecho, más que la curatela, el mecanismo de apoyo medular de las personas con discapacidad. Vid. Igualmente LECIÑENA IBARRA (2019, 293-320). SANCHO GARGALLO (2018, 24). PAU (2018, 17-18).

<sup>60</sup> “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda manifestar y comprender 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 precisos, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

<sup>61</sup> Las personas con discapacidad podrán otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda manifestar y comprender 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 que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Es, pues, al Notario a quien compete apreciar la capacidad para testar, y el momento de apreciación del juicio de capacidad, se realiza en el mismo momento del otorgamiento del testamento, con lo que se excluye, como indica LORA- TAMAYO RODRÍGUEZ (2021, 155) <sup>62</sup>, una “inhabilitación judicial para testar”. De ello, concluimos, lo que en el actual artículo 269 CC, que prohíbe incluir en las resoluciones judiciales la mera prohibición de derechos.

Por lo tanto, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/2021 sostiene que, “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” <sup>63</sup>.

Lo más novedoso del artículo 665 CC es su inciso final, conforme al cual el Notario debe procurar que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Como destaca GUILARTE MARTÍN-CALERO, en estos casos, “el apoyo será el Notario autorizante; su presencia, avalada por su prestigio, independencia y experiencia y por la confianza que la institución notarial genera como protectora de la voluntad del testador, se erige en medida de apoyo ex lege para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad” <sup>64</sup>.

#### 4.2. CDPD en Nueva York

El origen de todo esto y, como he indicado al comienzo del trabajo, aboga en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (200/C 364/1). Dicha carta sostiene la prohibición de cualquier tipo de discriminación y, más aun, la ejercida a causa de

---

<sup>62</sup> En este sentido ya se manifestaba GARCÍA RUBIO, M.P. (2018, 175) antes de la aprobación de la Ley 8/2021.

<sup>63</sup> VELILLA ANTOLÍN, N., (2021, 6/7) alude a la “confusa regulación de las disposiciones transitorias de la Ley que, por una lado, establecen que a partir de su entrada en vigor, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad o de su ejercicio quedarán sin efecto (DT 1ª) mientras que paradójicamente se establece el plazo de un año a partir de la entrada en vigor para solicitar la revisión de las sentencias ya dictadas o, caso de no hacerlo, el plazo de tres años para la revisión de oficio (DT 3ª). ¿No son las sentencias judiciales de incapacitación una privación abstracta de derechos?”.

<sup>64</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La capacidad para testar...”, *cit.*, p. 629. Vid., además, LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 96, 2021, pp. 38 y ss.

alguna discapacidad. Sin embargo, el supuesto fáctico que realmente va a tener trascendencia en la elaboración de la Ley 8/2021 será la CDPD y su Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificado en nuestro país el 23 de noviembre de 2007 <sup>65</sup>.

Ha tenido una gran evolución este asunto sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Partiendo desde finales de los años cuarenta, Naciones Unidas manifestó su preocupación por la protección de éstas. Lo reflejó en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), entre otros muchos. Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión con que esta idea no viene de ahora, sino como podemos comprobar estaba latente en el seno de las Naciones Unidas.

Ante este deseo surgió la idea de los primeros intentos por tratar de alcanzar una Convención en el año 1987. Se creó un grupo de expertos para llevar a cabo el “Programa de Acción Mundial para los Impedidos”, reunidos en Suecia, solicitaron a la Asamblea General de las Naciones Unidas poder celebrar una conferencia especial donde elaborar una Convención sobre ello. No es hasta el año 2000 cuando se produce, lo que informalmente se denomina “arranque formal”, para el proceso de elaboración de la vigente CDPD.

Si echamos un ojo a la regulación hasta hoy en día, no ha sido hasta la publicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) <sup>66</sup> no se había realizado ningún tratado específico que abarcara los derechos humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad basada en el respeto de la dignidad, de la autonomía individual, de la libertad de tomar decisiones propias y de la independencia de las personas, entre otros principios recogidos en su artículo 3 <sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE 21 de abril de 2008).

<sup>66</sup> World Report on Disability. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2011. Disponible en: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability>.

<sup>67</sup> Como lo son los principios de no discriminación; de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; de respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; de igualdad de oportunidades; de accesibilidad; de igualdad entre el hombre y la mujer; y de respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Mediante esta regulación internacional se adopta una perspectiva asistencial basada en los derechos humanos y en la dignidad de la persona, lo que implica la consideración de la persona con discapacidad como un sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones que los demás”<sup>68</sup>.

Un estudio elaborado y publicado por la OMS en 2011<sup>69</sup> sobre la Discapacidad, publicó que más de mil millones de personas viven en el mundo con una discapacidad, esto supone un 15% de la población mundial. Dicha minoría ha permanecido durante décadas por la sociedad y por los ordenamientos jurídicos totalmente invisible.

Como consecuencia a esta minoría y a sus grandes propuestas a lo largo de la historia, dio fruto en 2006 la publicación de la CDPD.

Nuestro ordenamiento reconoce la capacidad testamentaria con independencia de la condición de incapacidad que tenga la persona, en cuyo caso se debe acreditar la capacidad natural. Este principio resulta acorde a la regulación de la Convención, “al preservar la capacidad para testar ab initio y sólo negarla si no concurre en el momento de otorgar el testamento aptitud para comprender el alcance y consecuencias del acto”<sup>70</sup>. En cambio, son numerosas las declaraciones judiciales de incapacitación que privan expresamente del derecho de hacer testamento. Esta privación absoluta puede resultar difícil de entender partiendo de que España, a la estela de las Directivas Comunitarias en esta materia, promulgó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, cuyo objetivo es erradicar la discriminación para las personas con discapacidad, a lo que se suma la regulación de la Convención de

---

<sup>68</sup> TORRES GARCÍA, T., y GARCÍA RUBIO, M.ª P.: “La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones”, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 76.

<sup>69</sup> La CDPD fue Aprobada en Nueva York el 13 de diciembre del año 2006, ratificada por España el 30 de noviembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008 una vez cumplidos los requisitos previstos en su artículo 45. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE n°96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659.

<sup>70</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M.ª P. (Dirs.), HERRERO OVIEDO, M., (Coord.), Madrid: La Ley, 2014, p. 625.

Nueva York,<sup>71</sup> la cual adopta el modelo social y el principio de no discriminación, con el objetivo de implantar el derecho de igualdad, “haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos”<sup>72</sup>.

El propósito de la Convención es 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, y promover el respeto de su dignidad inherente” (artículo 1), el cual consagra el enunciado del primero de los principios que la propia Convención sostiene, en su artículo 3, continuando con la autonomía individual, seguido de la libertad de tomar las propias decisiones y, la independencia de las personas.

Por otro lado, la Convención aclara que toda persona tiene capacidad de ser titular de derechos (que le concede la “protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico”) como la capacidad de actuar en derecho (que le reconoce como “actor facultado para realizar transacciones y crear relaciones jurídicas, modificarlas o extinguirlas”). En definitiva, toda persona por el mero hecho de su condición de ser humano le corresponde no solo la capacidad jurídica, sino también la legitimación para actuar jurídicamente.

De entre la gran multitud de artículos que conforman el mencionado Convenio, son tres los que justifican en mayor medida lo que posteriormente quedará establecido por la Ley 8/2021 y es de lo que hablaré a continuación.

-Letra e) del Preámbulo, que concibe la discapacidad como un concepto que “está en proceso de evolución y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que impedian su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. Es decir, la discapacidad no es un término fijo e invariable, sino que se adapta a las circunstancias de cada época y de cada individuo.

-El artículo 4.1 establece, de manera literal, que: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

---

<sup>71</sup> Así lo expresan GÓMEZ LAPLAZA, y DÍAZ ALABART, “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, Estudio de Derecho..., ob. cit., p. 540.

<sup>72</sup> STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901), FJ 3.º.

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención.

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

- Y, en tercer lugar, el artículo 12 que desarrollaré más adelante.

Los dos primeros artículos mencionados permiten entender el porqué de la elaboración de la Ley 8/2021. De ahí la importancia del poder legislativo en evitar todo tipo de discriminación y otra que busque asegurar, en la práctica, el respeto por los derechos y deberes fundamentales de los discapacitados. Como ejemplos de la obligación que le quedó atribuido al poder legislativo, se encuentran, en primer lugar, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, junto con el Real Decreto de 1276/2011, de 16 de septiembre. Sin embargo, posteriormente se dictó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

Por otro lado, en cuanto a cómo y hacia donde ha de enfocarse la adaptación del Código Civil es conveniente estudiar el artículo 12 del CDPD.

Como causa fundamental del artículo 12 de la Convención de Nueva York, la nueva regulación sostiene “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y que forma parte de los Estados firmantes la obligación de “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

En relación con el precepto se hace referencia a dos cosas fundamentalmente. En primer lugar, que ha de entenderse con capacidad jurídica, ya que no solo abarca lo que tradicionalmente ha asimilado nuestro derecho, entendido como una equivalencia a la personalidad jurídica, sino que debe abarcar también al concepto de capacidad de obrar, esto es, de ejercer los derechos que tenemos reconocidos. Y en este segundo mencionado



concepto donde radica la discriminación que ha venido siendo habitual a lo largo de los años y que, ahora, se pretende erradicar. Cuando el artículo menciona la “igualdad en condiciones con las demás”, se refiere a todos aquellos actos que tengan trascendencia jurídica, como votar, contraer matrimonio o testar.

Dichas medidas están basadas en respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad (art. 12.2) y debido a la gran importancia en la que ésta ha impactado en la sociedad <sup>73</sup> sin dejar indiferente a nadie desde que se dio a conocer el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018, ya el magistrado del Tribunal Supremo Ignacio Sancho Gargallo advertía: “constituye un gran reto para el legislador articular un sistema de tutela jurídica para la persona con discapacidad que prime el desarrollo de su personalidad, mediante la constitución de los apoyos y medidas adecuadas al caso, pero no descuide la protección de las personas más vulnerables y de sus intereses patrimoniales. En relación con lo primero, se trataría de promover al máximo la autonomía de la persona, sin privar de una protección (judicial) efectiva a quienes por los efectos de la discapacidad resultan muy vulnerables”. En definitiva, la reforma destaca por la desaparición del estado civil de incapacitación y los procedimientos judiciales de modificación de la capacidad, la supresión de la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Además, opta por dotar de un sistema de apoyos a la persona con discapacidad en lugar de la tradicional sustitución de la voluntad, en la que adquiere singular importancia la guarda de hecho.

Si se me permite mi opinión, quiero creer que todos somos conscientes, o la mayor parte de la sociedad de que, en la vida, presente o futura, la posibilidad de que perdamos nuestra capacidad cognitiva es una triste y dura realidad, pero no por ello ni por la promulgación de una ley beneficiosa por los derechos fundamentales de las personas con discapacidad va a desaparecer el conjunto de enfermedades o discapacidades propias de nuestra condición de persona. Por lo tanto, no es suficiente si nuestra capacidad está anulada por completo, sino que es importante contar con una legislación garantista y

---

<sup>73</sup> En palabras de MUÑOZ CALVO (2021): “la mayor reforma en la historia del Código civil”. La STS 282/2009, de 29 de abril (ponente: M<sup>a</sup> E. Roca Trías), auguraba la necesidad de una reforma sustancial: “...la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa...” (FJ 3<sup>o</sup>). La doctrina, por supuesto, se había pronunciado sin ambages en torno a la imperiosa necesidad de reformar la legislación civil y procesal en materia de derechos de las personas con discapacidad, en aras del cumplimiento de los mandatos de la Convención ONU: vid. Al respecto, v. gr., GARCÍA RUBIO (2018<sup>a</sup>, 143-192). PEREÑA VICENTE (2016, 141-173).

respetuosa frente a nuestras preferencias. Para ello, es preciso que el Derecho intervenga, y no con carácter “paternalista”<sup>74</sup> sino proteccionista.

No digo nada nuevo si señalo que, la reforma obrada persigue la plena adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a las premisas de la CDPD. El texto supranacional hace referencia, en el artículo 12.5 al derecho de las personas con discapacidad “a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos...” y más. Si nos paramos a analizar el Preámbulo podemos encontrar frecuentes expresiones similares acerca de “la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad”, expresiones similares que marcan esa nueva regulación en materia de sucesiones.

En mi opinión creo que es importante atender tanto al supuesto en que la persona con discapacidad actúa como sujeto, como cuando resulta ser el destinatario de las medidas de otro, por el que se exige igualmente su trato en condiciones de igualdad con cualquier otra persona<sup>75</sup>. Si alguna norma presenta algún tipo de anulación de estos derechos debe ser revisada si se quiere dotar a la reforma de coherencia.

Hay algunos preceptos que se deberían revisar especialmente cuando su finalidad está exclusivamente en impedir el poder de decisión de la persona con discapacidad. No se daría el caso si se trata de instituciones que pueden utilizarse para cualquier persona llamada a heredar, en cambio creo que es difícil que se mantengan en el Código preceptos como el artículo 252 CC que, permite a quien dispone de bienes a título gratuito en favor de una persona con discapacidad establecer reglas de administración designando a la persona que se ocurre de la misma<sup>76</sup>. O en aquellos casos en que la herencia se disfrute exclusivamente

---

<sup>74</sup> El Preámbulo de la Ley 8/2021 así lo expresa: “La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho- jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores- que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periditadas. Al respecto, véase ALEMANY (2021, 25-38).

<sup>75</sup> La cuestión se estudia con mayor detenimiento en DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, pp. 32 y ss., especialmente en cuanto al análisis de la vulnerabilidad, con cita de pronunciamientos de los Tribunales y numerosa bibliografía sobre la materia; y en “Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas”, RJN, nº 111, julio- diciembre 2020, 2021, pp. 221 y ss.

<sup>76</sup> Comentarios de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Autonomía...”, cit. P. 6.

como fiduciario por obra de lo dispuesto en el artículo 782 CC, pudiendo de esta forma el fideicomitente privar al sucesor con discapacidad de la aptitud de disponer inter vivos y mortis causa de su legítima. Es por ello que, si de lo que se trata es de “proteger” a la persona con discapacidad, posibilitando su plena inclusión y absoluta igualdad, ni siquiera deberían ser admisibles las discriminaciones positivas, especialmente cuando se parte de la idea de que las limitaciones a la libertad de disponer son buenas para las personas con discapacidad, privándoles del ejercicio en plenitud de sus derechos o excluyéndolas de la toma de decisiones.

En conclusión, los tres deberes fundamentales que obligan a todos los Estados Parte del texto internacional: la obligación de respetar (no interviniendo en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad), de proteger y de actuar, lo que supone que deben tomar las medidas necesarias para el pleno ejercicio de los derechos. Para adaptar esta normativa al Derecho interno, España promulgó la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Sin embargo, GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART consideran que, aunque sí se han establecido instituciones tutelares acordes a los principios de la Convención, hay algunas cuestiones que precisan de una modificación. Es el caso, que veremos en el siguiente apartado, de una reformulación de los artículos 663 y 665 CC, el cual procedería modificar para adaptarlos a la regulación internacional conforme al principio de no discriminación, permitiendo el testamento en intervalo lúcido de aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada judicialmente.

Como dato de gran información, señalar que la legislación catalana recoge en su art. 421.9-2 la posibilidad de que las personas incapacitadas otorguen testamento en intervalo lúcido, lo que supondría que la privación establecida en sentencia de incapacitación del derecho a otorgar testamento se dará sólo para los incapacitados sometidos al CC (aunque recordamos que la modificación de la Compilación navarra permitirá a su entrada en vigor que un juez prive expresamente de la capacidad de testar).

No quería acabar este apartado, sin hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018<sup>77</sup>, ya que contribuyó a dar pie a esta nueva Ley 8/2021. En dicha sentencia encontramos un importante acercamiento jurisprudencial nacional al contenido de los artículos del Convenio que han sido mencionados.

---

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 936/2018, de 15 de marzo [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ECLI:ES:TS: 2018:936

Además de recalcar la regla general que recoge el artículo 662 del Código Civil, sostiene que independientemente de cuál sea la enfermedad que lleve a un individuo a tener la capacidad de obrar modificada, e independientemente de su perdurabilidad en el tiempo, el artículo 665 se concibe como un medio idóneo para que dicho individuo ejerza su derecho a testar. Más aun, dicha sentencia establece que “la limitación de la capacidad de obrar que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario”. Con estas palabras, se pone de manifiesto la importancia de la presencia de dos facultativos al tiempo de otorgar testamento por el incapacitado que emitan un dictamen sobre la concurrencia de capacidad de éste, siempre que la sentencia de incapacitación no contenga expresamente un impedimento para testar.

#### **4.3. SAP Badajoz de 14 de septiembre de 2020**

Es de gran importancia señalar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021, debido a que es la primera vez que se aplica la nueva regulación de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

La SAP de Badajoz de 14 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 284007) se pronuncia con una interpretación conforme a la CDPD<sup>78</sup> y declara que “la privación anticipada de la facultad de testar es incompatible con la Convención de Nueva York”. En el caso enjuiciado, se pedía por la tutora de la persona con discapacidad que se dejara sin efecto la limitación impuesta por el órgano judicial de instancia que impedía a su hermano hacer testamento.

Pues bien, tras exponer el cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad que deriva de la CDPD, en especial de su artículo 12, y valorar las pruebas practicadas, la sentencia reintegra a la persona con discapacidad su facultad de testar, sin perjuicio del examen de capacidad que, en el momento del otorgamiento, deberá efectuar el notario.

Desde un punto de vista ejemplar, destacando en concreto en su Fundamento de Derecho 4º.1 la importancia del respeto de los principios que enumero a continuación: “De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseña do art. 12

---

<sup>78</sup> Sobre esta sentencia, TORRES COSTA, 2020-2: 62-75.

de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipados que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” y han de estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”<sup>79</sup>.

Muestra de la evolución jurisprudencial destaca la reciente SAP de Badajoz (Secc. 2<sup>a</sup>) 632/2020, de 14 de septiembre<sup>80</sup>. Se trata de una persona con un reconocido grado total de discapacidad física-psíquica del 70% (don Camilo), a la que la sentencia de incapacitación había privado de la capacidad de testar. Tras el fallecimiento de su madre, con la que convivía, hubo un procedimiento judicial sobre el reparto de la herencia entre los seis hijos. Don Camilo pasó a quedar al cuidado de sus hermanas, mientras que con sus hermanos cortaron toda relación con él. A pesar de estar incapacitado, don Camilo quiso hacer testamento al haber recibido una gran parte del patrimonio de su madre, para beneficiar a quienes le estaban cuidando y tratando bien, y de esta forma evitar que sus bienes pasasen a aquellos hermanos que ni siquiera tenían relación con él.

La tutora de don Camilo reclamaba ante los Tribunales que se revocara la sentencia de incapacitación en aquella parte que le prohibía hacer testamento. Optaron por acceder por la Audiencia Provincial amparándose en el artículo 12 CDPD. Se introdujo un nuevo argumento, el cual establecía que, aunque existen testamentos muy complejos y de difícil comprensión, también podemos encontrarnos con testamentos de contenido muy sencillo. Razón de ello, el artículo 663 CC permite hacer testamento a partir de los catorce años. En este sentido, la Audiencia Provincial considera como un contenido sencillo de entender para ese testador concreto que los bienes pasen tras su muerte a las hermanas que han

---

<sup>79</sup> STS 589/2021, De 8 de septiembre (ponente: I. Sancho Gargallo).

<sup>80</sup> ECLI:ES: APBA: 2020:916.

cuidado de él, y que no quiere que los bienes pasen a aquellos hermanos que han dejado de tener relación con él. Con ello se trata de evitar la sucesión intestada que, provocaría el reparto de los bienes entre todos los hermanos del causante incapacitado.

Para finalizar con este apartado, tras la ratificación por España de la CDPD<sup>81</sup>, lo esencial era que la persona tuviera capacidad de testar en el momento de hacer testamento, sin que la sentencia de modificación judicial de la capacidad pudiera prohibir la realización de este acto en todo caso, a pesar del literal del artículo 665 CC. Es más, a sensu contrario, aunque no existiera sentencia que afectara a la capacidad de la persona, era posible negar la capacidad de testar.

## **5. MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO, DE 28 DE MAYO DE 1862**

La presunción general de capacidad que recoge el artículo 662 CC se ve reforzada por el juicio favorable del notario autorizante del testamento, al tener como finalidad la tutela del respeto a la voluntad del testador como uno de los principios rectores del ordenamiento sucesorio.

El notario, en virtud del artículo 167 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, tiene el deber de cerciorarse de que toda persona que pretenda otorgar testamento tiene la capacidad suficiente para que el acto produzca efectos y, además, debe hacerlo constar por escrito incorporando su juicio al propio testamento, lo que supone una formalidad<sup>82</sup>. De suerte que el juicio notarial podría definirse como una declaración o apreciación subjetiva del notario que indica si concurren en el testador las condiciones personales de aptitud suficientes (en el momento del otorgamiento) para que el acto o negocio jurídico produzca efectos.

La LRAPD introduce modificaciones de gran importancia que afectan, entre otras muchas, a determinadas normas del Derecho de sucesiones, pues como apunta su Preámbulo “la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos

---

<sup>81</sup> BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

<sup>82</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.<sup>a</sup>, La capacidad para testar: especial referencia al testador anciano, Madrid: Thompson Civitas, 2006, pp. 116-117.

jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva”.

Esta nueva perspectiva deriva de la CDPD en el que incide en un concepto básico de nuestro ordenamiento como es la capacidad jurídica, que tal y como ha señalado la Observación General, núm. 1, de 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad relativa al artículo 12 CDPD comprende tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos.

Tal y como hemos mencionado previamente, el artículo 662 del Código Civil establece que pueden testar “todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”, por lo tanto, el testamento, como cualquier otro acto jurídico, requiere que la persona tenga la aptitud necesaria para realizarlo eficazmente.

De dicha norma, podemos extraer una presunción favorable de capacidad y así como recoge la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1090) “se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción”, y añade que este principio de presunción de capacidad “ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

La regla que admite con carácter general la capacidad para testar queda excluida en los supuestos en que la Ley prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho. Las excepciones a tales reglas se recogen en el artículo 663 del Código Civil, y según la redacción dada por la LRAPD, “No pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años. 2.º 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”.

Con la nueva reforma se da una nueva redacción del artículo 663 del Código Civil, en primer lugar, hay que destacar que se elimina la expresión “están incapacitados para testar”, debido a que el término tradicional de “incapacitado” resulta totalmente incompatible con el nuevo modelo que deriva de la CDPD, en su lugar se ha sustituido por aquellas personas que “no pueden testar”. En cuanto a las prohibiciones que contempla el citado artículo 663 del Código Civil tienen como fundamento la ausencia de suficiente discernimiento que afectaría a la persona menor de catorce años y a la persona que, en el momento de testar, no tiene por cualquier motivo la aptitud que se requiere para tomar sus propias decisiones y/o expresar su voluntad.

Respecto a la falta de aptitud para testar por razón de la edad, el artículo 663.1.º CC mantiene la prohibición para los menores que no hayan cumplido catorce años (con la excepción del testamento ológrafo, ex art. 68 CC). Los cambios introducidos en este punto solo afectan a la terminología ya que, se sustituye la referencia a “los menores” por “la persona menor” utilizando en este caso un lenguaje inclusivo; además, se elimina la mención a “menores de uno y otro sexo” por razones históricas.

La gran innovación fue la modificación introducida en el número segundo del artículo 663 CC, que suprime la regla que impedía testar a quien “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, y en su lugar, se refiere a “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. Ha sido un gran acierto la eliminación de la antigua expresión “cabal juicio”, pues su concreción ha sido uno de los aspectos más controvertidos en la práctica, tal y como ponen de relieve las sentencias dictadas en torno a la capacidad para testar.

En cuanto al apartado segundo de dicho artículo, es importante mencionar que, la aptitud para otorgar testamento ha de valorarse “en el momento de testar”, afirmando así que no es posible que una decisión judicial impida o limite ex ante el ejercicio del derecho a hacer testamento ya que el juicio sobre la capacidad del testador ha de referirse únicamente “al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento”, como establece el artículo 666 del Código Civil. En cuanto a las personas con discapacidad, está expresamente prohibido la privación de derechos (artículo 269 CC), y conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la LRAPD, las prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto, incluidas las resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LRAPD; por lo tanto, cualquier limitación total o parcial al derecho de testar quedará automáticamente anulada <sup>83</sup>.

Como puntualiza la norma acerca de la prohibición, afecta a “la persona que, en el momento de testar, no pueda conformar o expresar su voluntad”, es decir, aquellas personas que tienen dificultades físicas o cognitivas que le impiden tomar sus propias decisiones o expresarlas “ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”. En la redacción final de dicho artículo acoge la única enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria, cuyo texto había sido propuesto por la subcomisión de expertos sobre el

---

<sup>83</sup> TORRES COSTAS, 2020-2: 63.



procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre la Discapacidad (Informe de 13 de junio de 2012), y recogida en el Informe del CF. En efecto, la versión que se recogía en el Proyecto de Ley publicado en el BOCG (17 de julio de 2020) prohibía otorgar testamentos a la persona que tuviera afectadas “las facultades de discernimiento necesarias para hacerlo”, es decir, se refería a aquellas personas que tuvieran mermadas, en mayor o menor medida, las aptitudes para entender y querer indispensables para realizar este acto jurídico.

Para acabar con este artículo, me gustaría hacer un inciso al precepto final por el que se incorporó para aquellas personas con ciertas dificultades para tomar decisiones o para transmitir su voluntad la disposición del apoyo necesario para comprender el significado y trascendencia de las disposiciones testamentarias o para comunicarlas. Uno de los aspectos centrales del nuevo sistema es dar apoyo a la persona que lo precise en el ejercicio de su capacidad jurídica; apoyo que debe entenderse en el sentido más amplio del término, tal y como recoge la Observación General, núm. 1, de 19 de mayo de 2015 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que comprende distintos tipos de actuaciones y de diferente intensidad: acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de la declaración de la voluntad, el asesoramiento, etc. (ex artículo 12 CDPD). En todo caso, conviene aclarar que la posibilidad de contar con apoyo en el ejercicio del derecho a testar no puede suponer la intervención de otra persona en la formación del testamento, al tratarse de un acto personalísimo (ex art. 670 CC), y por tanto la facultad de otorgarlo es indelegable <sup>84</sup>. De manera que el referido apoyo consiste básicamente en proporcionar asistencia y asesoramiento al testador para que pueda comprender el significado y la trascendencia de las disposiciones que va a ordenar en su testamento; en resumen, “no se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, sino que se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma” <sup>85</sup>.

Otro de los artículos modificados en esta materia y entre las normas sucesorias más afectadas por la LRAPDA, destaca especialmente la regla prevista en el artículo 665 del Código Civil. En su versión anterior, esta norma regulaba lo que se conocía como “testamento del incapacitado”, de lo que resultaba imprescindible la modificación de este artículo para adaptar nuestro sistema a las exigencias del artículo 12 CDPD, que establecía que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con

---

<sup>84</sup> OSORIO MORALES, 1957: 32.

<sup>85</sup> CUENCA GOMEZ, 2012: 74.

los demás en todos los aspectos de la vida. Por lo tanto, la capacidad ha de entenderse en una doble dimensión de titularidad de los derechos y legitimación para ejercitarlos, ya que esta última es la que se venía negando a las personas con discapacidad.

Partiendo de esta premisa, con la reforma el nuevo artículo 665 CC supone un giro radical en la regulación de la capacidad para testar, al reconocer expresamente que una persona con dificultades físicas, intelectuales o sensoriales puede ejercitar su derecho a testar, siempre que el notario compruebe que, en ese momento, la persona interesada está en condiciones de “comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”.

A mi juicio, sin perjuicio de la reforma operada, siempre ha estado muy presente la función notarial, y por ello la figura del Notario que ha estado íntimamente relacionada con la persona. Su función principal es determinar si el otorgante podrá ejercitar su capacidad jurídica al efectuar el testamento, y a pesar de no acreditar la plena capacidad de la persona, sí que goza de una gran importancia al reforzar la presunción de capacidad del testador, presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

A su vez, no solo realiza un juicio médico sobre si realmente sufre una discapacidad y en qué grado, sino que hay otros muchos factores, tal como los culturales, sociales, educacionales que han de tenerse en cuenta. Fundamentalmente, lo que debe tener en cuenta el Notario es si la persona con discapacidad tiene una percepción clara en relación a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que otorga, en este caso el testamento. En concreto, BARBA <sup>86</sup> afirma que el artículo 665.2 CC pone de manifiesto que el Notario debe desempeñar un “nuevo papel” y ejercer “una función profesional nueva y adicional”, al atribuírsele la función de apoyo.

En segundo lugar, otra novedad que introduce la LRAPDA es que suprime la referencia anterior de “incapacitado” a un nuevo enfoque en el tratamiento de la discapacidad que rompe absolutamente con el sistema anterior a la reforma. En efecto, conforme a lo dispuesto en la versión anterior del precepto, “el incapacitado” podía testar únicamente cuando la sentencia no se hubiera pronunciado acerca de su capacidad para realizar este acto, y en tal caso se exigía al notario la designación de dos facultativos que examinaran al incapaz y respondieran de su aptitud.

---

<sup>86</sup> BARBA, V., “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, Revista Jurídica sobre familia y menores, ISSN-e 2341-0566, N.º. 31, págs. 34-69, 2021

Para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, una de las claves ha sido sustituir los procesos de modificación de la capacidad por otros dirigidos a facilitar apoyos a las personas con discapacidad, y dentro de este ámbito no es admisible que la resolución judicial pueda negar el ejercicio del derecho a testar ni cualquier otro derecho (ex art. 269 C). Tampoco se admiten las privaciones de derechos de las personas con discapacidad existentes al tiempo de la entrada en vigor de la LRAPD (disposición transitoria primera), por lo tanto las sentencias que incluían la prohibición de testar “quedarán sin efecto” como establece la citada disposición.

También se elimina del texto la exigencia de la intervención de dos facultativos designados por el notario para comprobar si el otorgante tenía o no la aptitud necesaria para testar. De modo que, era imprescindible la valoración de los citados especialistas, pues el fedatario público solo podía autorizar el otorgamiento cuando estos respondieran de la capacidad del otorgante, y su incumplimiento constituía causa de nulidad del testamento.

La versión final del artículo 665 CC responde a la nueva concepción de la discapacidad que supone, el abandono del referido “modelo médico” según el cual la discapacidad es un problema vinculado a la salud, para asumir el “modelo social” con un enfoque basado en los derechos humanos, que considera la discapacidad como resultado de la interacción de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de una persona y las diversas barreras que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (artículo 1 CDPD).

En otro orden de cosas, y según la nueva redacción del artículo 665 CC, y en atención a la figura del notario es necesario que se asegure que el otorgante tiene la aptitud necesaria para “comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”. Hasta la entrada en vigor de la Ley, el notario debía denegar su intervención en aquellos casos en que no pudiese hacerlo dicha persona, bien por carecer de capacidad o por incurrir en alguna causa no prevista por la ley. En la actualidad, esta barrera ha desaparecido y en el que la intervención del Notario constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPC<sup>87</sup>. Así, en la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad (2019, 28), se recoge expresamente que “El Notario puede y debe ofrecer lo que en la terminología de la Convención se denomina “apoyo” para el ejercicio de la capacidad, como hace con cualquier ciudadano, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el

---

<sup>87</sup> LORA- TAMAYO RODRÍGUEZ, I., (2021, 25), GARCÍA RUBIO M. P. (2018, 176).

alcance y consecuencias del negocio, así como dando su propia opinión sobre la oportunidad de este como hacemos con cualquier ciudadano que reclama nuestra intervención”.

En relación a ello, podemos mencionar la SAP de Cantabria 375/2021 de 23 de septiembre, que manifiesta lo siguiente: “Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el artículo 250 CC, la reforma introduce las medidas voluntarias de auto organización, medidas judiciales o de hetero-regulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho. Más allá de las medidas voluntarias (arts. 249, 254 y 255 CC), representadas por la escritura de previsión, la autotutela y los poderes y mandatos preventivos, las medidas judiciales de provisión de apoyo necesario pueden englobar por su amplio carácter todo tipo de actuaciones”.

En base al artículo 255 establece que “Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias”.

Como podemos apreciar, se trata de medidas preventivas o cautelares, que como tales medidas tratan de evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas. Estas salvaguardas son de gran importancia y dependen en función de la confianza en los apoyos y de las circunstancias personales y patrimoniales de la persona de que se trate.

Por lo tanto, en mi opinión creo que el Notario debe de reunir: formación de la voluntad, en el sentido de que, debe asegurarse de que el otorgante ha sido formado libre y con la debida información, y a su vez, entender lo que está haciendo. Y, por otro lado, la expresión de la voluntad, de modo que a partir de esa voluntad puede el notario llegar a la conclusión de que el otorgante entiende. “Entender y ser entendido son las dos caras de una misma moneda, pero son caras distintas, nunca la misma imagen”<sup>88</sup>.

A la luz de la nueva legalidad me gustaría destacar dos consecuencias jurídicas: la primera de ella, es que el juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su coincidencia con el momento del otorgamiento. Y la segunda consecuencia es que, ese juicio de capacidad supone la involucración del notario, que no puede ser un mero espectador.

---

<sup>88</sup> CABANAS TREJO, R. (2021, 5/23).

Por lo tanto, el apoyo notarial constituye un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica vinculado a la dignidad de la persona humana.

Aquella persona que comparezca ante el notario puede encontrarse en diversas situaciones entre ellas: contar con un apoyo formal, notarial o judicial; en cuyo caso habrá que estar a la escritura pública o a la resolución judicial correspondiente. O que no cuente con ningún apoyo; en este caso, se deberá realizar una primera visita que facilitará al notario si dicha persona basta con su solo apoyo institucional o, en caso contrario, necesita de otro tipo de ayuda.

Ante esta última situación el artículo 25 de la Ley del Notariado dispone lo siguiente: “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos instrumentales y ajustes razonables que resulten precisos [...]”.

Los “apoyos instrumentales” mencionados anteriormente facilitan el acceso al instrumento público, ya que consiste en una lista abierta que abarca apoyos materiales o técnicos y apoyos humanos. También, la persona con discapacidad puede disponer de una serie de personas de su confianza que la acompañen y la ayuden a comunicarse con el notario, que habrá de asegurarse de que media esa relación de confianza.

En todo caso, el notario deberá de comunicar el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes.

Y para el caso de la guarda de hecho constituye un apoyo informal y viene amparado por el artículo 250 del Código la función de los apoyos consiste en “asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Pudiendo ser accidental o permanente, dependiendo del cuidado de la persona o de sus bienes.

La guarda de hecho no tiene que acreditarse ante notario, ni su existencia representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad. Por ello, el guardador de hecho puede comparecer ante el notario para prestar simplemente su apoyo instrumental para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Dependiendo de las circunstancias en que se encuentren, la guarda de hecho puede ser un apoyo voluntario o un apoyo necesario, ya que el artículo 264 del Código Civil se refiere a la guarda de hecho en caso de necesidad, que habrá de justificar ante el juez para que autorice su actuación representativa; mientras que el artículo 267 del Código Civil hace referencia a la guarda de hecho voluntaria, al señalar que cesará “cuando la persona a quién se preste apoyo solicite que se organice de otra manera”.

Es importante aclarar, que la autorización judicial del artículo 287 del Código Civil no es aplicable en aquellos casos en los que la persona con discapacidad actúa en propio nombre sin ser sustituida por el guardador o su curador representativo. Por lo tanto, cuando la guarda de hecho sea voluntaria, será aplicable la recomendación que refleje la prestación del apoyo en acta notarial.

Para finalizar con esta figura, mencionar que tal y como recoge el artículo 264 el guardador de hecho puede realizar determinadas actividades representativas sin autorización judicial, y por lo tanto, solicitar del notario la constatación de la guarda de hecho a estos efectos, pues tal y como recoge la Circular del Consejo General 7/2020 respecto de la guarda de menores, cabe recurrir a un acta de notoriedad, para dotar al guardador de hecho de un documento “que sin ser título legitimador, le permita justificar la situación fáctica ante la autoridad judicial o entidad pública” de que se trate.

Conviene destacar el artículo 250 del Código Civil que declara: “Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo puede ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

Como podemos ver, los apoyos voluntarios se caracterizan por su atipicidad, por lo que, tras la indeterminación de estas medidas, el notario tendrá que concretar la voluntad del compareciente y los medios adecuados para llevarla a efecto.

Además, otra característica atendiendo a la naturaleza es su gran variedad. Pudiendo ser de carácter esporádico o de aplicación continuada. Temporales, revisables y permanentes. Por su alcance o valor: de naturaleza orientativa o de prestación de consejo; instrucciones a los posibles apoyos informales, instrumentales para acompañarla a ciertos actos; de prestación de asentimiento o de naturaleza representativa.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 255 pueden ser también unilaterales o acordadas. Las primeras de ellas, no plantean problemas. Son medidas revocables que no condicionan en ningún caso la voluntad futura del disponente. Las acordadas tampoco están predeterminadas.

Los apoyos voluntarios dependen de la voluntad de la persona interesada, que puede modificarlos o pura y lisamente revocarlos o incluso prescindir de ello. Por lo tanto, no son vinculantes para la persona que los haya dispuesto, ya que puede haberlo sustituido por otros o simplemente actuar sin su concurso, pues habrá que estar siempre a su voluntad, deseos y preferencias.

Por otro lado, los apoyos pueden ser de presente o futuro, ya que conforme al artículo 255 del Código Civil pueden adoptarse “en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”.

Cabe la posibilidad de que haya medidas de apoyo puramente preventivas, pero también pueden ser de aplicación inmediata, establecidas para superar las dificultades concurrentes, y tal y como recoge la disposición transitoria tercera de la Ley con términos casi idénticos a los recogidos en el artículo 665 del Código Civil: “El notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella (la persona con discapacidad) desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

## 6. CONCLUSIONES

Del estudio realizado, se puede concluir lo siguiente:

- I. Para poder otorgar testamento se requiere (en el momento del otorgamiento) la capacidad natural suficiente para querer y entender las disposiciones testamentarias, así como para comprender el alcance del negocio jurídico.
- II. Tal y como la jurisprudencia ha venido señalando, el artículo 662 CC consagra una presunción *iuris tantum*, basada en el principio de *favor testamenti*, que se manifiesta en: a) el

reconocimiento de la capacidad para testar como regla general; b) la privación de la capacidad de testar tiene que estar recogida expresamente en la ley.

La Ley 8/2021 no afecta a lo expuesto, sino más bien todo lo contrario, ya que, el alcance de la presunción queda ampliado hasta incluir a quienes tienen una discapacidad. A partir de ahora, tiene preferencia la voluntad de testar por parte del mismo.

**III.** En cuanto a la prohibición de testar a menores de 14 años, no supone ninguna aplicación práctica el artículo 663.1, la única excepción a dicha regla es el testamento ológrafo.

En cambio, el segundo apartado de dicho artículo, la modificación sí que ha experimentado gran relevancia en la práctica. A partir de la reforma:

- La falta de cabal juicio atiende al defecto o insuficiencia de voluntad y no al cabal juicio al otorgar el testamento. Esta incapacidad determinante de falta de cabal juicio puede ser tanto una incapacidad de hecho como una incapacidad derivada de declaración judicial.

Ahora, el testador tendrá reconocida capacidad para testar siempre que no tenga alteradas las facultades de discernimiento que le priven de voluntad en el momento de otorgamiento.

- Anteriormente, una declaración judicial podía incapacitar al testador y privarle de capacidad para testar. Sin embargo, la reforma trae consigo la erradicación de la “incapacitación”, de modo que no se podrá emitir una declaración ex-ante que limite la capacidad de testar de un discapacitado.

**IV.** La nueva redacción del artículo 665 CC se manifiesta en:

En primer lugar, con anterioridad a la Ley 8/2021, la ley exigía que dos facultativos designados por el notario respondieran de la capacidad del testador cuando estuviese incapacitado por sentencia que no contuviese pronunciamiento expreso. Sin embargo, con la nueva redacción se prescinde de la intervención de los facultativos y se encomienda el juicio de capacidad solo al Notario.

En segundo lugar, el Notario, como medio de apoyo, debe facilitar a la persona que va a testar a los ajustes razonables para que el testador con discapacidad pueda expresar su voluntad si no estuviera privado completamente de ella. Como consecuencia, la dificultad y responsabilidad del notario se han visto incrementadas considerablemente.



V. La presunción general de capacidad, como acabamos de ver en el párrafo anterior, se ve reforzada por un juicio notarial favorable. Para emitir un juicio de capacidad, el profesional deberá atender a cualquier causa que impida testar con conciencia y libertad (para los supuestos en los que no exista una sentencia de incapacitación), y a padecimientos físicos o mentales graves que afecten al testador.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, Manuel: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, Edersa, Madrid, 1990, p. 71.

BARBA, V., “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, *Revista Jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021, págs. 34-69.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, “Estudios sobre la reforma de determinación o cómputo de la edad en la legislación civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1933, p. 89.

BELLIDO GONZÁLEZ, Carlos, “La capacidad para disponer por testamento en la Ley 8/2021”, *Diario la Ley* n° 10289, Sección Tribuna, 18 de mayo de 2023, *La Ley Digital*.

BONETE SATORRE, Berta: “El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 53, 2021, p. 125.

CARRASCO PERERA, Ángel, “Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores”, *Centro de Estudios de consumo*, junio, 2021, pág. 2.

CASTRO, Ignacio. (Coord.), “Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, Thomson Reuters, Pamplona, 2022.

Circular informativa 2/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Circular Informativa 3/2021, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

CICU, Antonio: “El testamento”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, pp. 591-592.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, – NAVARRO DE PALENCIA, José María, “Capacidad para testar y discapacidades”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2022, pp. 3-42.

CORVO LÓPEZ, Felisa María, “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 4 (octubre- diciembre 2019), págs. 149 y 150.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Comentario a los arts. 663 y 665 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 879-893.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas, Fundación Coloquio Jurídico Europeo”, Madrid, 2020, pp. 32 y ss.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, julio- diciembre 2020, 2021, pp. 221 y ss.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: “Personas con discapacidad y libertad para testar”, *Actualidad jurídica Iberoamericana* Nº 12, febrero 2020, ISSN:2386-4567, pp. 448-471.

DÍAZ ALABART, Silvia, “El otorgamiento de testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad”, en REPRESA POLO, María Patricia (Coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Reus Editorial, Madrid, 2022.

DIEZ- PICAZO, Luis, GULLÓN Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “Tratado de Derecho de Sucesiones”. Tomo I, Civitas, Barcelona, 2017, p. 417.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. – GARCÍA RUBIO, María Paz (Dirs.) – HERRERO OVIEDO, Margarita. (Coord.), “Estudios de Derecho de Sucesiones”, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio” en PEREÑA VICENTE, Montserrat. – HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (Dir.) El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Capacidad para testar y discapacidades», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2022, pp. 3-42.

FAUS, Manuel, “Capacidad del testador”, en VLEX- 79638360 (<https://app.vlex.com/vid/capacidad-testador-79638360>).

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica”, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación (Comentario a la STS de 15 de marzo 2018)”, *CCJC*, núm. 108, 2019, p. 300.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, p. 173-197.

GETE- ALONSO Y CALERA, María del Carmen. (Dir.), SOLÉ RESINA, Judith (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Civitas, Pamplona, 2013 pág. 183.

GETE- ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir), SOLÉ RESINA, Judith. (Coord.), “*Tratado de Derecho de Sucesiones*”, Civitas, Pamplona, 2016, pág. 417.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, y DÍAZ ALABART, Silvia, “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014.

GUILARTE MARTÍN- CALERO, Cristina, “Capacidad para testar de persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (146/2018), en IZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 10 (2018), Dykinson, Madrid, 2019, 453-466.

LLAMAS POMBO, Eugenio. – MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. – TORAL LARA, Estrella, “El nuevo Derecho de las capacidades”, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 96, 2021, pp. 38 y ss.

MANRESA Y NAVARRO, José María, “Comentarios al Código Civil Español”, Reus, Madrid, 1972, p. 457.

MESA MARRERO, Carolina, “Artículo 663” en GARCÍA RUBIO, María Paz, - MORO ALMARAZ, María Jesús (Dir.) – VARELA CASTRO, Ignacio (Coord.), Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2022.

MUNAR BERNAT, Pedro A., “Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad”, Marcial Pons, Madrid, 2021.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio: “Capacidad para testar y sucedes por testamento en Roma: la indignidad”, *Derecho Romano Privado*, 2012 (disponible en <https://www.derechoromano.es/2012/09/capacidad-testar-sucedes-testamento-indignitas.html>; última consulta 12/03/2022).

PAU PEDRÓN, Antonio, “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), 2018 (pp. 5-28).

PLANAS BALLVÉ, María, “La capacidad para otorgar testamento”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, - GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.) – GIL MEMBRADO, Cristina, - PRETEL SERRANO, Juan José (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer- Bosch, Madrid, 2021.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad”, Marcials Pons, Madrid, 2021.

POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antonio, BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, “Derecho Civil de Catalunya. Derecho de Sucesiones”, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 71.

PUIG PEÑA, Federico, “Tratado de Derecho Civil Español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 106.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, “La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo”, Reus, Madrid, 2019.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “Testamentos de las personas con Discapacidad Sensorial tras la Ley 8/2021”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero- junio 2022.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Ana María, “La capacidad para testar: especial referencia al testador anciano”, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 116-117.

TORRES COSTAS, María Eugenia, “La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, BOE, Madrid, 2020.

TORRES GARCÍA, Teodora, - GARCÍA RUBIO, María Paz: “La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones”, *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madrid, 2014, p. 76.

TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias», en DE LUCCCHI LÓPEZ-TAPIA y QUESADA GONZÁLEZ, Antonio José (Dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 461-491.

VAQUER ALOY, Antonio, “La protección del testador vulnerable”, *ADC*, Tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pág. 340.

ZURITA MARTÍN, Isabel, “Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 3098-3125.

## 8. LEGISLACIÓN

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio de 2021).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE 21 de abril de 2008).

La CDPD fue Aprobada en Nueva York el 13 de diciembre del año 2006, ratificada por España el 30 de noviembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

## **9. JURISPRUDENCIA**

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 11 de diciembre de 1962 (RJ 1962, 310).
- STS de 24 de febrero 1981 (RJ 1981, 605).
- STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5545).
- STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8717).
- STS de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1717).
- STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 282).
- STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901).
- STS de 10 de febrero de 2015 (RJ 2015, 716).
- STS de 23 de febrero de 2015 (RJ 2015, 435).
- STS de 16 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2207).
- STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 848).
- STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 936).
- STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 146).
- STS de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 535).
- STS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 589).

## **SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- SAP de Barcelona (S. 1.ª) de 26 de abril de 2004 (JUR 2004, 157987).
- SAP de Navarra (S. 3.ª) de 22 de abril del 2013 (JUR 2013, 1620).
- SAP de Barcelona (S. 1.ª) de 14 de octubre de 2014 (JUR 2014, 2057).
- SAP de Gijón (S. 7.ª) de 5 de mayo de 2015 (JUR 2015, 142890).
- SAP de Pontevedra (S. 1.ª) de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 166584).
- SAP de A Coruña (S. 4.ª) de 4 de octubre de 2017 (JUR 2017, 321).
- SAP de Barcelona (S. 18.ª) de 10 de octubre de 2017 (JUR 2017, 799).
- SAP de Barcelona (S. 18.ª) de 17 de septiembre de 2019 (JUR 2019, 849).
- SAP de Barcelona (S. 18.ª) de 28 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 819).
- SAP Barcelona (S. 18.ª) de 17 de diciembre de 2019 (JUR 2019, 849).

## **SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- STSJ, de Cataluña, de 1 de octubre de 1992 (RJ 1992, 3908).
- STSJ, Sala de lo Civil y Penal, de Cataluña, de 8 de mayo de 2014 (RJ 2014,

3737.

## **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 2685/2023, de 18 de mayo de 2023.

### **9.2. Referencias Legales**

Real Decreto 4763/1889, de 24 de julio, por el que se publica el Código Civil “Gaceta de Madrid” 25 de julio de 1889 (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>).

Real Decreto de 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (ELI: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-14812#:~:text=A%2D2011%2D14812-Real%20Decreto%201276%2F2011%2C%20de%2016%20de%20septiembre%2C%20de,%2098879%20\(8%20p%C3%A1gs.%20\).](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-14812#:~:text=A%2D2011%2D14812-Real%20Decreto%201276%2F2011%2C%20de%2016%20de%20septiembre%2C%20de,%2098879%20(8%20p%C3%A1gs.%20).)

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (ELI: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>).

La DA cuarta se remite al concepto de discapacidad recogido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

## **10. RECURSOS DE INTERNET**

Anónimo, “Capacidad para testar”, Mementos. Lefebvre, 2022 (disponible en <https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL#%2FpresentarMemento.do%3Fref%3D7ddd0%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3Dinicio%26rnd%3D0.7768410162403058>).

Anónimo, “Testamentos y herencias”, Consejo General del Notariado, 2022 (disponible en <https://www.notariado.org/portal/relaciones-personales-y-familia>).

World Report on Disability. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2011. Disponible en: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability>.



Lora Tamayo, I., “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del código civil relativos al ejercicio de su capacidad”, *Notario del siglo XXI*, n. 101, 2018 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>).

Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad: testamento del incapacitado”, *Iuris Prudente*, 2021 (disponible en [https://pbs.twimg.com/media/E\\_1SwwcVgAUTOTL?format=jpg&name=large](https://pbs.twimg.com/media/E_1SwwcVgAUTOTL?format=jpg&name=large)). en

Ruiz Morollón, F., “Testamento del judicialmente incapacitado”, *Notario del siglo XXI*, n. 101, 2018 (disponible en <https://www.elnotario.es/practica-juridica/8778-testamento-del-judicialmente-incapacitado>).

Iberley, portal de información jurídica. Capacidad para contratar según la legislación civil. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/capacidad-contratar-legislacion-civil60010>.

Iberley, portal de información jurídica. Regulación de la sucesión testamentaria, legal y mixta. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/clases-sucesion-59668>.

Propuesta en <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm>.