

LA TESTAMENTI FACTIO ACTIVA: UNA REIVINDICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL NEGOCIO TESTAMENTARIO

Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

TITLE: *Testamenti factio activa: a claim for the intervention of support measures in testamentary transaction*

RESUMEN: El presente trabajo se centrará en la *testamenti factio* activa de las personas con discapacidad a raíz de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que adaptó el Código Civil a los postulados de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El estudio será trasversal, yendo desde la naturaleza jurídica del apoyo hasta la reforma de los artículos 663 y 665 del Código Civil, centrándonos en el ámbito de aplicación de los preceptos, dado que se defenderá su extensión a personas que, sin poseer una discapacidad en sentido estricto, no puedan conformar de manera autónoma la *voluntas testatoris*, el debate que gira en torno a la posibilidad de que el fedatario público recabe dictámenes médicos en el acto testamentario, la posibilidad de la persona con discapacidad de recurrir a otras formas testamentarias, más allá del testamento abierto notarial, y la defensa de la intervención de las medidas de apoyo en el negocio testamentario.

ABSTRACT: *This paper will focus on the testamenti factio activa of persons with disabilities following Law 8/2021, of 2nd June, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, which adapted the Civil Code to the postulates of the United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The study will be transversal, ranging from the legal nature of support to the reform of articles 663 and 665 of the Civil Code, focusing on the scope of the application of the precepts, given that its extension to persons who, without possessing a disability in the strict sense, cannot autonomously form the voluntas testatoris will be defended, the debate that revolves around the possibility of the notary public obtaining medical opinions in the testamentary act, the possibility of the person with a disability having recourse to other testamentary forms, beyond the notarial open will, and the defence of the intervention of support measures in the testamentary transaction.*

PALABRAS CLAVES: discapacidad, testamento, voluntas testatoris, influencias indebidas, naturaleza jurídica del apoyo, complemento de capacidad, notario, dictámenes médicos.

KEY WORDS: *disability, testament, voluntas testatoris, undue influences, legal nature of the support, capacity complement, notary public, medical opinions.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL. 3. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS. 3.1. *Posibilidad, ex artículo 665 del Código Civil, de que la sentencia de incapacitación restringiera la testamenti factio activa.* 3.2. *Exégesis correctora, con algunas excepciones, del Tribunal Supremo.* 3.3. *La funesta jurisprudencia que avalaba el complemento de capacidad en el testamento y su posterior rectificación.* 3.4. *Significado de supeditar los «actos de disposición» a la intervención del curador.* 4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APOYO ASISTENCIAL. 5. LA TESTAMENTI FACTIO ACTIVA A PARTIR DE 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. 5.1. *Ámbito de aplicación de los artículos 663 y 665 del Código Civil*. 5.2. *Momento en el que se ha de apreciar la testamentifacción activa*. 5.3. *El juicio de aptitud o discernimiento*. 5.4. *Debate en torno a la solicitud de dictámenes en el testamento abierto notarial*. 5.5. *Apología de las medidas de apoyo en el testamento abierto notarial*. 5.5.1. *¿El legislador excluye las medidas de apoyo en la conformación de la voluntas testatoris?* 5.5.2. *El apoyo no desnaturaliza el carácter personalísimo del testamento*. 5.5.3. *La verdadera razón que subyace en la exclusión de las medidas de apoyo*. 5.5.4. *Razones que avalan la intervención de las medidas de apoyo en el testamento*. 5.6. *El recurso a otras formas testamentarias*. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LAPCD), ha representado un parteaguas en el ordenamiento jurídico español, erigiéndose como una de las reformas de mayor calado desde la publicación del Código Civil decimonónico. La LAPCD tiene su precedente en la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 (en adelante, CDPD), cuyo artículo 12, corazón del texto internacional, consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. A fin de garantizar dichos fines, dignos de encomio y alejados de lo utópico si sus postulados adquieren una dimensión transversal, el texto internacional consagra la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y, a su vez, proporcionar, con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos de conformidad.

Dado que no es nuestra intención verter negro sobre blanco a costa de tautologías de los principios y medidas consagradas por el nuevo sistema, aspecto sobre los cuales se han publicado interesantes trabajos, nos ceñiremos en este ensayo en la *testamenti factio* activa, sin perjuicio del imperativo de realizar una serie de consideraciones sobre la naturaleza jurídica del apoyo, dado que son temáticas estrechamente conectadas. El lector, anunciado el modesto objeto de este estudio, ligará el mismo con las personas con discapacidad. Así será, como no podía ser de otro modo, pero también se abordarán aquellos escenarios en los que la persona, sin poseer una discapacidad intelectual que tenga su antecedente en una enfermedad mental persistente y prolongada, presenta dificultades para conformar la *voluntas testatoris* debido a una alteración psíquica que, incluso, puede ser transitoria o temporal.

Que el testamento sea un negocio jurídico¹ no debe llevar a extrapolar las construcciones doctrinales sobre la capacidad contractual al ámbito de la testamentifacción activa. Ciertamente es que el testamento, conforme a su contenido típico, es un negocio eminentemente patrimonial, pero fundamentado, en mayor o menor medida, en los lazos afectivos que representan el arquitrabe causal de las disposiciones de última voluntad. Partiendo de esta premisa, unida a que los efectos del testamento

¹ De la literalidad del artículo 667 del Código Civil parece desprenderse que el testamento es un acto jurídico. La dicción legal es heredera del Proyecto isabelino de 1951, que concebía el testamento como «un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas». La definición que late en el artículo 667 ha sido criticada duramente por la doctrina, pudiendo citarse a SÁNCHEZ ROMÁN, quien dijo que no era completa, ni exacta, ni útil (SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI. 1, *Derecho de Sucesión*, Analecta, Pamplona, 1910, pp. 202-204). Sin duda, cuando el legislador, más allá de regular una institución, se aventura a definirla, corre el riesgo de adherirse a una concepción dogmática, y ello es lo que ha pasado con el testamento, que lo conceptúa como una especie de acto jurídico. Autores como el citado Sánchez Román ha concebido el testamento como un acto jurídico (SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI. 1..., *op. cit.*, pp. 207 y 208). LASARTE, que se adhiere también a la tesis de que el testamento es un acto, dice que todo dependerá de lo que se entienda por acto o negocio jurídico, pues, al contrario de la regulación del BGB, el legislador no define lo que es un negocio jurídico [LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil VII* (revisada y actualizada con la colaboración de CERVILLA GARZÓN, M.ª Dolores, y GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 44]. Si partimos de que el negocio jurídico es una declaración de voluntad cuyos efectos coinciden con aquella declaración, mientras que el acto jurídico es una declaración de voluntad con efectos *ex lege* (DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 498), entendemos que el testamento es un negocio jurídico, toda vez que sus efectos no solo son queridos por el testador, sino que se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad (ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 83). Se podría reprochar a esta adscripción dogmática del testamento que el legislador consagra un sistema fuerte de legítimas, siendo así que si hay legitimarios la autonomía privada podría quedar relegada a una pequeña parte de su patrimonio y, por ende, los efectos del testamento, más que emanar de la voluntad del testador, vendrían determinados por el sistema legitimario. A dicho planteamiento hipotético nosotros decimos, en primer lugar y siguiendo a SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, que el principio general del Derecho de sucesiones es la libertad de testar y la legítima es la excepción [SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, Alberto, «Elogio de la desheredación», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 29 (2011), p. 547], no pudiendo definirse una institución a tenor de la excepción, cabiendo además la posibilidad de que el testador, si concurren determinadas causas, deje inactiva la excepción mediante la desheredación, la cual emana de la voluntad del testador. En segundo lugar, aunque sea cierto que el sistema de legítima puede reducir hasta en un tercio la libre disposición del causante si concurren hijos y descendientes, no puede desconocerse, máxime con las últimas reformas, que aun así el testador goza de cierta discrecionalidad en la distribución de su patrimonio, pudiendo mejorar a uno o varios legitimarios (arts. 823 y ss. CC), establecer una sustitución fideicomisaria gravando el tercio de legítima estricta si uno de los legitimarios se hallare en situación de discapacidad (art. 808 CC), atribuir a un legitimario una explotación económica o una sociedad de capital, pudiendo demorar hasta cinco años el pago en metálico de la legítima al resto (art. 1056 CC), establecer una cautela *socini*, ordenar, incluso a través del contador-partidor, el pago en metálico de la legítima (art. 841 CC), etc. (puede verse consultarse, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 59-110, que ofrece una visión panorámica de las últimas reformas en España que han flexibilizado el régimen de legítimas).

se manifestarán *post mortem* y que es un negocio eminentemente personalísimo, podemos afirmar que el testamento tiene su propia idiosincrasia.

Realizado este *excursus*, el esquema de este estudio se puede estructurar en tres bloques:

En el primero nos adentraremos en los antecedentes de la *testamenti factio activa*, realizando una crónica de la regulación y sus puntos controvertidos desde la redacción primigenia del Código Civil hasta la reforma del año 1991. Ciertamente es que algunas aportaciones doctrinales que enriquecieron en su día la literatura jurídica serán descartables, toda vez que fueron herederas de su tiempo y aquí no las sacaremos de contexto maquiavélicamente en el intento de reforzar nuestros posicionamientos. Sin embargo, otras citas serán un valioso elemento hermenéutico para la resolución de problemas que, como veremos, siguen latentes hoy día. El análisis histórico podrá ser baladí, pero, parafraseando a PAUL GAUGUIN, para saber a dónde vamos tenemos que saber de dónde venimos.

En el segundo bloque analizaremos la naturaleza jurídica del apoyo, de crucial importancia si queremos defender, con rigor y solidez, la intervención de las medidas de apoyo en el testamento. Si tenemos en cuenta que hemos pasado de un modelo médico a un modelo social, que busca la integración, con plena igualdad jurídica, de las personas con discapacidad, sería un error concebir las instituciones de apoyo partiendo de las concepciones de una filosofía superada. No se trata de trasladar los huesos de un cuerpo a otro, sino de adaptar, acudiendo a los cimientos del nuevo paradigma, la arquitectura de las nuevas instituciones; solo así tendrán plena virtualidad las medidas de apoyo para conseguir los fines de la Convención.

En el último bloque iremos al meollo de la cuestión, analizando la reforma de la testamentifacción activa, yendo desde su ámbito de aplicación, el juicio notarial de aptitud, el acuciante debate que gira en torno a la posibilidad de solicitar dictámenes periciales, la valoración que merece la consagración del notario como figura de apoyo, hasta si es laudable, ya sea de *lege lata* o de *lege ferenda*, la intervención de las medidas de apoyo, más allá del notario, en el ámbito testamentario.

2. REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil, según la redacción original dada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, disponía en el artículo 663 que estaban incapacitados para testar, además de los menores de catorce años de uno y otro sexo, el que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», mientras que el artículo 665 decía que si el «demente»

pretendía otorgar testamento «en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos». La literalidad del precepto, heredera de su tiempo, consagraba la posibilidad de que el «demente»² otorgara testamento en intervalo lúcido, siempre que dos facultativos avalaran su capacidad.

SÁNCHEZ ROMÁN glosó en su día los citados artículos. Reputó acertado que el legislador consagrara como regla la capacidad de testar si el testador poseía integridad mental, exponiendo que solo la perturbación intelectual, ora permanente ora transitoria, impedía el otorgamiento del testamento siempre que esta perturbación existiese en la fase de perfección del negocio testamentario³. *Ad abundantiam*, señalaba que aunque como regla general la falta de cabal juicio se relacionase con las perturbaciones cerebrales que afectaran a la inteligencia o disminuyesen de cualquier modo la testamentifacción activa, también entendía que debía subsumirse en el concepto de «cabal juicio» todos los estados que menoscabasen la integridad mental por motivos accidentales, citando, a título ejemplificativo, los estados de «embriaguez, sonambulismo, exaltación, arrebató ó todas aquellas situaciones que por diferentes motivos y con más o menos intensidad inclinen á suponer que el testador no se halla en su cabal juicio»⁴. La expresión «cabal juicio» la identificaba LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA con que el testador tuviera «capacidad suficiente de entender y querer precisamente sus disposiciones», y de apreciar los motivos para hacerlas⁵, quedando incapacitado para testar el sujeto que habitual o accidentalmente no tuviese un juicio íntegro.

En el ámbito, no del testamento abierto, sino de las «[de] las formas de los testamentos» (Sección 3ª, Capítulo I, Título III, del Libro III), el artículo 685 señalaba que el notario y los testigos⁶ procurarían asegurarse de que a su juicio tenía el testador la capacidad legal necesaria para testar. Tanto la doctrina como la jurisprudencia advirtieron, pese a la literalidad del artículo 685 y en concordancia con la reglamentación del testamento abierto notarial y el cerrado, que la constatación de la capacidad correspondía al Notario, tal y como revelaban los artículos 695 y 704 del

² Debía entenderse por *demente* la persona declarada de tal modo por una resolución judicial (STS 25 octubre 1901).

³ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI. 1..., *op. cit.*, p. 205.

⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI. 1..., *op. cit.*, p. 215.

⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones conforme a las leyes de 13 y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 201.

⁶ Recuérdese que hasta finales del S. XX, la intervención de tres testigos idóneos era preceptiva en el testamento abierto notarial (art. 694 CC).

Código Civil⁷. La STS 25 marzo 1940 interpretó la expresión «procurarán asegurarse» que late en el artículo 685, esbozando en su tercer considerando que es sustancialmente distinta a «deberá asegurarse», denotando aquella que no se exige una aseveración absoluta de la capacidad del testador. Debía depararse en que si se exigiese la absoluta certeza podría discutirse si la presunción de capacidad sería *iure et de iure*, no cabiendo prueba en contrario de la falta de testamentifacción activa. En este sentido, la jurisprudencia reiteraba que, amén de que que rige en el ámbito testamentario la presunción de capacidad del artículo 662, la intervención de los notarios, y facultativos en su caso, reforzaba dicha presunción *iuris tantum*⁸, pero dicho reforzamiento no podía erigirse como un muro inexpugnable, pudiendo ser destruido por pruebas cumplidas y convincentes, «demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio»⁹.

La intervención de los facultativos, siguiendo a PUIG BRUTAU, no era necesaria cuando el que pretendiese otorgar testamento no se hallara judicialmente incapacitado¹⁰, lo que no era óbice para que aquellos pudiesen intervenir para aclarar las posibles dudas o asegurar la capacidad del otorgante¹¹. En caso de que no interviniesen, el testamento

⁷ GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Comentario al artículo 685», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Tomo IX*, Edersa, Madrid, 1987, p. 109; TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «Comentario al artículo 685», en AA.VV., *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1727; Vid. SSTS 21 junio 1986 (RJ 1986, 3788) y 10 abril 1987 (RJ 1987, 2549).

⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 202, reconocían que, de *lege lata*, la doctrina y la jurisprudencia no exigían el dictamen médico ante la ausencia de incapacidad oficial, teniendo el juicio del notario, según la citada fuente, el mismo crédito que un dictamen pericial. No obstante, discrepaban de la presunción de capacidad del testamento autorizado por el fedatario público sin el dictamen del facultativo, diciendo que la presunción del testamento otorgado ante notario y los testigos constituía un «arma formidable en manos de los futuros sucesores de mala fe de una persona realmente desequilibrada pero con alguna apariencia de normalidad mental», explicando que el notario, carente de conocimientos médicos, fácilmente emitiría un juicio favorable acerca de la capacidad del testador, a pesar de que este estuviese a merced de toda suerte de captaciones y engaños.

⁹ Vid. SSTS 7 junio 1893, 25 octubre 1901, 18 noviembre 1915, 16 febrero 1945 y 2 junio 1959. En palabras de la STS 22 enero 1913, la intervención del notario, y de los facultativos en su caso, es una «presunción de verdad que sólo por prueba en contrario puede desvirtuarse».

¹⁰ Para LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones conforme...*, *op. cit.*, p. 205, siguiendo la literalidad del artículo 665, el procedimiento previsto en el inciso no era aplicable a los casos de demencia habitual que no estuvieran avalados por una sentencia de incapacidad.

¹¹ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 20 y 21; también puede verse BINDER, Julius, *Derecho de Sucesiones*, Labor, Barcelona, 1953, p. 44; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, Tomo sexto, Derecho de sucesiones, Volumen primero, La sucesión en general. La sucesión testamentaria* (revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, José María, BATISTA MONTERO-RÍOS, José), Reus, Madrid, 1989, p. 180. Véase también la STS 27 junio 1908, donde se discutió la validez de un testamento otorgado por una anciana en presencia de dos médicos, propuestos por el notario autorizante, aunque aquella no estaba judicialmente incapacitada. Frente al argumento esgrimido en la demanda en torno a que la intervención de los facultativos, cuya presencia

valdría si, a juicio del notario, el otorgante tenía cabal juicio para testar, circunstancia que debía ser consignada por aquel en el testamento (art. 695 CC)¹².

En el caso de que el testador hubiese sido declarado demente o incapacitado por resolución judicial (art. 200.2º CC), el escenario era distinto, toda vez que había que seguir el procedimiento previsto en el artículo 665 del Código Civil¹³. ALBALADEJO, apostando por una tesis vanguardista, condenaba los pronunciamientos de incapacitación que privaban *ex ante* de la capacidad de testar, argumentando que el cauce para valorar la capacidad lo ofrecía el artículo 665 del Código Civil, y que esta se debía evaluar en el momento del otorgamiento (art. 666 CC), sin que la sentencia de incapacitación pudiera suponer, automática y prospectivamente, una privación de la capacidad de testar, toda vez que lo determinante era la «aptitud de entender y querer» en el momento de testar¹⁴. Siguiendo los planteamientos de ALBALADEJO, la falta de capacidad de obrar no era óbice para disponer de la testamentifacción activa si el incapacitado tenía en el momento del otorgamiento capacidad natural para el negocio testamentario¹⁵; a su juicio, el artículo 665 arbitraba un procedimiento *ad hoc* para que el incapacitado pudiese testar.

no era preceptiva, era sintomático de las vacilaciones y dudas que tenía el notario, la sentencia, en el cuarto considerando, adujo lo siguiente: «no puede estimarse que aquéllas [las previsiones previstas en los arts. 694 y 695 CC] fueran desvirtuadas por el solo hecho de haber concurrido al otorgamiento dos médicos que afirmaron hallarse la testadora en el completo goce de sus facultades, porque si bien, por no tratarse de un demente, era innecesaria y aun superflua tal concurrencia [...] no arguye tal concurrencia la falta de los requisitos esenciales del testamento ni altera en modo alguno su validez, puesto que el Notario y los testigos instrumentales afirmaron por sí y por su propia observación que, a su juicio, tenía la testadora la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». En el mismo sentido, las SSTS 22 enero 1913, 16 noviembre 1918 y 18 abril 1967.

¹² En relación al último párrafo del artículo 695 del Código Civil («el Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento»), la jurisprudencia desde antiguo no exigió una forma precisa e invariable o con determinadas palabras a la hora de hacer constar el juicio de capacidad, bastando que del tenor de la escritura se pudiese inferir que el testador estaba en el momento de su otorgamiento con la capacidad suficiente (STS 14 abril 1925). En el mismo sentido puede verse RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Artículo 685. Identificación del testador», en AA.VV., *Código Civil Comentado, Vol. 2*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 359 y MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentario al artículo 696», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5353.

¹³ Así lo expuso la STS 25 octubre 1901: «Sin estar judicialmente declarada la incapacidad mental de una persona no puede reputársela constituida en estado permanente de demencia, ni por tanto, darse el caso a que se refiere el art. 665 del Código civil, que autoriza al demente para testar en un intervalo de lucidez, e impone al Notario, por vía de excepción a la regla general, la observancia de una formalidad especial, encaminada a patentizar ese intervalo de lucidez, cual es el deber negar su concurso al otorgamiento, a menos que dos Facultativos designados por el mismo Notario reconozcan previamente al testador y respondan de su capacidad».

¹⁴ ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 209 y 210.

¹⁵ Antes de ALBALADEJO, también condenó las inhabilitaciones *ex ante* de testar PUIG BRUTAU, pero no con tanta vehemencia, diciendo que «[aunque] el Código civil, en los arts. 213 a 220, regula la declaración de incapacidad de los enfermos mentales, tales reglas no son de necesaria observancia en materia testamentaria» (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Volumen II...*, op. cit., p. 19).

Como hemos dicho, el dictamen de los facultativos¹⁶, al igual que ocurría con la autorización del notario y la presencia de los testigos cuando el testador no estuviese incapacitado judicialmente, reforzaba la presunción *iuris tantum* de capacidad, sin que equivaliese a una presunción *iure et de iure*¹⁷. La exigencia de que dos facultativos respondieran de la capacidad del testador declarado demente o judicialmente incapacitado llevó a que la doctrina se planteara si este podía recurrir a otras formas testamentarias, como el testamento cerrado o el ológrafo. LÓPEZ R. GÓMEZ y, posteriormente, OSSORIO MORALES negaban tal posibilidad, argumentado que la extensión del acta por el notario, en el testamento cerrado, podía ser posterior a la redacción del testamento, no pudiendo los facultativos dictaminar la capacidad del otorgante en el momento de su confección¹⁸. SÁNCHEZ ROMÁN, recogiendo el argumento expuesto y aun a sabiendas de la dicción del artículo 665, fue más allá, planteando la hipótesis, basada en la teoría del intervalo lúcido¹⁹, de la validez del testamento ológrafo o cerrado otorgado por el demente si, incoado el pleito de nulidad del testamento, se probara por los interesados en hacerlo valer, que eran quienes tenían el *onus probandi* al no gozar el testador, por la declaración de demencia, de la presunción de capacidad²⁰, que este tenía, en el momento en el que redactó su última voluntad, de la suficiente capacidad, reconociendo que la probanza de dicho hecho era difícil, pero

¹⁶ Según MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español, Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, p. 384, los facultativos debían ser propuestos por el notario y no por el testador, ya que era aquel quien debía adquirir el convencimiento de la testamentifacción activa, pudiendo incurrir en responsabilidad de reputarse nulo el testamento, justificándose además que la elección la hiciese el notario porque los facultativos debían ser acreedores de su confianza.

¹⁷ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español, Tomo V... op. cit.*, p. 385, el cual se remite a la STS 7 junio 1983. Véase además las SSTs 25 octubre 1901, 18 noviembre 1915 y 2 junio 1959.

¹⁸ LÓPEZ R. GÓMEZ, Nicolás, *Tratado teórico-legal del Derecho de Sucesiones según los precedentes históricos del Derecho de Castilla, el Código civil y las especialidades de las Legislaciones forales, Tomo I*, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, Valladolid, 1896, pp. 64 y 65; OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 50 y 51.

¹⁹ No solo comprendería los supuestos de intervalo lúcido, sino también aquellos en los que hay un cese o mejoría de la enfermedad que motivó la declaración de demencia; en tales casos, más que un intervalo lúcido, lo que habría es una recuperación de la capacidad natural [ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Testamento e intervalos lúcidos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 860 (2013), p. 1]. No obstante, en la doctrina había autores, como BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, que identificaban el intervalo lúcido tanto con aquellos supuestos en los que el demente recobraba transitoriamente la razón, como con aquellos otros en los que había una remisión natural en la evolución de la enfermedad [BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, «Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio», *Revista de Derecho Privado*, núm. 50 (1963), p. 247].

²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil, Tomo III. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1942, p. 33, decía que la presunción de capacidad del artículo 662 del Código Civil conllevaba que la pretensión de nulidad del testamento por falta de capacidad debía ir avalada por una prueba especial y concluyente por quien sostuviera su invalidez, reconociendo no obstante que dicha presunción de la sanidad de juicio quedaba en aguas de borrajas si la persona había sido previamente incapacitada.

no imposible.²¹ La tesis de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS excluía otras formas testamentarias, pues, a su juicio, el dictamen de los facultativos no solo era un medio de prueba de la capacidad de testar, sino una solemnidad exigida por el artículo 665 del Código Civil²², parangonando la exigencia del dictamen con el respeto a las formas testamentarias y la consecuencia inherente al caso de su contravención (art. 687 CC).

3. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS

Transcurrida más de una centuria desde la publicación del Código Civil, el legislador modificó, entre otros preceptos, el artículo 665, a través de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos (en adelante Ley 30/1991), pasando a ser la literalidad del aserto la siguiente: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Otros de los cambios más llamativos fue la supresión de la exigencia inexorable de que en los testamentos abiertos notariales concurren tres testigos (art. 695 CC), debiendo estar presentes en el acto de otorgamiento solo cuando el testador declarara que no sabía o no podía firmar el testamento, cuando, aunque pudiese firmarlo, fuese ciego o declarara que no sabía o no podía leer por sí el testamento, cuando el testador que no pudiese leer fuese enteramente sordo y cuando el testador o el Notario lo solicitaren (art. 697 CC).

Dado que estando vigente la primigenia redacción autores como Lucas Fernández o Torres García, ya citada, afirmaban que el juicio de capacidad correspondía al notario y no a los testigos (arts. 695 y 704)²³, el artículo 685 también se modificó. Donde antes el citado precepto, entrando en contradicción con los artículos 695 y 704, decía que el notario y los testigos debían procurar asegurarse «de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», a partir de la reforma correspondía, exclusivamente, al notario el deber de asegurarse de la capacidad²⁴. No solo se

²¹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI. 1..., *op. cit.*, pp. 218 y 219.

²² BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, «Incapacidad para testar...», *op. cit.*, p. 247.

²³ Vid. nota a pie de página núm. 7. LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, «Comentario al artículo 685», en AA.VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo IX, Volumen 1º*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 358 y 359 justificó la atribución al notario, y no a los testigos, del juicio de capacidad al ser este un juicio jurídico, no médico.

²⁴ Clamaba al cielo dicha modificación valorando las voces y las sentencias que, antes de entrar en vigor la Ley 30/1991, afirmaron sin tabúes que el juicio de capacidad y su posterior plasmación correspondía al notario en el testamento abierto notarial. La STS 12 mayo 1998 (RJ 1998, 3570), estudió un recurso, en el que era de aplicación la versión del Código Civil antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1991, en el que

encomendó al notario la constatación del juicio de capacidad, sino que también se sustituyó de la literalidad el verbo *procurar* por el de *deber*, siendo este cambio intencionado, en el propósito de enfatizar el celo que debía mostrar el fedatario público a la hora de realizar el juicio de capacidad y plasmarlo en la escritura pública²⁵. Dicho deber no era óbice para que la jurisprudencia siguiera concibiendo la intervención del notario plasmando el cabal juicio del otorgante como una presunción *iuris tantum*, que aun reforzada, permitía prueba en contrario²⁶, sin que ello implicase que se pudiese destruir por meras conjeturas o dictámenes médicos retrospectivos²⁷.

3.1. Posibilidad, ex artículo 665 del Código Civil, de que la sentencia de incapacitación restringiera la testamenti factio activa

A pesar de que voces autorizadas condenaron²⁸, antes de la Ley 30/1991, que la sentencia de incapacitación no podía limitar la facultad de testar, aportando al efecto sólidos argumentos, se plasmó lo contrario en el artículo 665, sugiriendo la *dictio legis* que la sentencia de incapacitación podía privar al incapacitado de la testamentifacción activa, olvidando el legislador que el artículo 666 disponía que «[para] apreciar la capacidad del testador se atenderá *únicamente* al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». A la postre, resultó ser que la versión decimonónica del precepto, salvando expresiones superadas como el «demente», fue más garantista que la reforma publicada en las postrimerías del S. XX ¡Cosas veredes!

Si lo dicho no fuera suficiente para apreciar el absurdo de la reforma del artículo 665 calificada por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ casi veinte años después como «infausta medida»²⁹, o se nos acusara de no juzgar la misma valorando el tiempo en que se publicó, parangónese el precepto con el Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado el

los demandantes alegaron, como motivo para vindicar la nulidad del testamento, que los testigos no consignaron en el mismo el juicio de capacidad. La sentencia desestimó dicho alegato, diciendo que «los testigos procurarán asegurarse de la capacidad (artículo 685, primer párrafo, del Código Civil) pero no se ordena, como requisito de forma, que se haga constar en el testamento tal apreciación por los testigos (sí, por el Notario: artículo 695, último párrafo)».

²⁵ BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo, «Comentario a los art. 662-686 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios del Código civil, Tomo IV*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 253, decía que al notario se le «exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza».

²⁶ Entre otras, las SSTs 22 junio 1992 (RJ 1992, 5460), 19 septiembre 1998 (RJ 1998, 6399), 29 marzo 2004 (RJ 2004, 2310) y 31 marzo 2004 (RJ 2004, 1717).

²⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás, «Comentarios a los artículos 662-666», *op. cit.*, p. 5119. Nos remitimos, además, a las SSTs 26 abril 2008 (RJ 2008, 2680), 5 noviembre 2009 (RJ 2010, 84), 22 enero 2015 (RJ 2015, 465), y 7 julio 2016 (RJ 2016, 3157).

²⁸ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 209 y 210 y PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Volumen II...*, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas», en AA.VV., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020, p. 55.

mismo año que la reforma del Código patrio por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, cuyo artículo 116 decía lo siguiente: «Cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos». Huelga decir que el legislador catalán, con buen criterio, no dejó al albur de la sentencia de incapacitación la testamentifacción activa, debiendo ser valorada esta en el momento de testar.

Aunque la doctrina mayoritaria ha criticado el artículo 665 del Código Civil³⁰, autores como LASARTE justificaron la opción legislativa en el nuevo entendimiento de la incapacitación a raíz de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (en adelante, Ley 13/1983). En la medida, según el autor, que la sentencia que declarara la incapacitación tenía que determinar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que tendría que estar sometido el incapacitado³¹, no parecía razonable que, habiendo determinado la sentencia que el incapacitado no podía testar, este posteriormente se encontrara en intervalo lúcido, añadiendo que el notario no podía contravenir el tenor de una sentencia³².

³⁰ Puede verse LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, y AA.VV., *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones* (revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín), Dykinson, Madrid, 2001, pp. 163 y 164, que razonaban que, siendo perfectamente viable que el incapacitado judicialmente se pudiese hallar en un momento de lucidez, no era loable que la sentencia de incapacitación le privara de la posibilidad de realizar un acto tan trascendental como el testamento, máxime cuando la sentencia de incapacitación solo podía ser desvirtuada por otra sentencia, no por el juicio favorable del notario avalado por el dictamen de dos facultativos, toda vez que vetaba dicha posibilidad el artículo 665. Similar razonamiento, citando además el artículo 666, segunda MESA MARRERO, Carolina, *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Madrid, 2017, pp. 113 y 114.

³¹ Véase la redacción, antes de la LAPCD, del artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

³² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 55 y 56. Véase también ROCAS TRÍAS, Encarna, «Comentario al artículo 665», en *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 950. Más recientes son los argumentos de 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 de 2018 (RJ 2018,1090)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 108 (2018), p. 176, que defendió la privación mediante sentencia de la capacidad de testar: «1) aunque la incapacitación para testar no protege al enfermo, tomada de esta manera la relevancia del testamento, sobran «los preceptos sobre nulidad testamentaria por falta de edad, cabal juicio o captación de la voluntad»; 2) la mayor parte de la población quiere determinar a quién van a ir a parar sus bienes tras su fallecimiento y, si no es posible, que «no vayan a parar al más sinvergüenza de cuantos le rodearon en vida»; 3) el Ordenamiento tiene interés en que los actos realizados por el testador respondan a su cabal juicio; 4) existe una gran cantidad de enfermedades mentales sin solución y

ALBALADEJO, ratificando la óptica que mantuvo antes de entrar en vigor la Ley 30/1991, dijo que la sentencia no podía privar de la capacidad de testar y si el testador no estaba en su cabal juicio no hacía falta que la sentencia le quitase la capacidad, sino que serían los médicos quienes, en el momento del otorgamiento, tendrían que dictaminar sobre su cabal juicio³³. VICENTE MARTÍNEZ entronizó el artículo 665 CC con los derechos fundamentales y la proscripción de la discriminación, diciendo que si se privara de la testamentifacción activa al demente en uno de sus intervalos lúcidos se atentaría y vulneraría sus derechos constitucionales reconocidos en el artículo 14 de la Constitución (en adelante, CE), no perjudicando en nada al incapacitado que el juez se inhiba en la sentencia de incapacitación de pronunciarse sobre la capacidad de testar, máxime, finaliza el autor, cuando en el momento del otorgamiento sería preceptivo el informe de los facultativos³⁴.

Otros, como DE PABLO CONTRERAS, decían que la Ley 30/1991 era más restrictiva que la regulación anterior, donde no cabía la restricción mediante sentencia respecto al ejercicio de derechos personalísimos y que el legislador, al permitir que un juzgado negase la capacidad de testar al incapacitado aunque fuese en intervalo lúcido y con el aval de los dictámenes médicos, estaba imposibilitando la revocación de un testamento anterior o que la sucesión del incapacitado se rigiera, inexorablemente, por la sucesión intestada³⁵. ESPÍÑEIRA SOTO aduce que el «ventanal» de la posibilidad de testar debe

permitir la testamentifacción en intervalo lúcido supone abrir la puerta a todo tipo de abusos». Defendía también que la sentencia privara de la testamentifacción activa DE BARRÓN ARNICHS, Paloma, «Personas con discapacidad y libertad para testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12 (2020), pp. 466 y 467, que consideraba «importante que los jueces realicen el traje a medida de cada persona cuya capacidad de obrar sea sometida a un procedimiento judicial de modificación, y entren a dilucidar si puede o no pues testar, obviamente sin complemento de capacidad alguna [sic]».

³³ ALBALADEJO, Manuel, «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», *Revista de Derecho Privado*, núm. 76 (1992), pp. 726 y ss., y, el mismo autor, en *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 215 y 216. Similar razonamiento sigue, aunque en relación al Derecho foral catalán, SOLÉ RESINA, Judith, «El testamento. Los codicilos y las memorias testamentarias», en AA.VV., *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 56 diciendo, no sin previamente hacer apología del principio *favor testamenti*, que la sentencia de incapacitación no puede restringir la capacidad de testar, debiendo ser apreciada esta «en el concreto acto del testamento y en el preciso momento en que éste vaya a ser otorgado».

³⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, «Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 15 (1992), p. 79.

³⁵ DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 3º, Dykinson, Madrid, 2010, p. 577.

estar siempre abierto, sin que pueda limitarse con base en una genérica apreciación judicial de la capacidad del incapacitado para los actos patrimoniales³⁶.

Quizás, uno de las críticas más elocuentes al artículo 665 del Código Civil fue la dibujada por GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART. Remitiéndose a la Exposición de Motivos de la Ley 30/1991, que justificaba la reforma al ajuste con el tratamiento de la incapacitación, las autoras no hallan dicha relación, pues teniendo la incapacitación una función protectora, destinada a nombrar tutor o curador a la persona incapacitada para aquellos actos que no pudiese perfeccionar por sí misma, no llegan a comprender la razón del porqué la sentencia de incapacitación puede albergar un pronunciamiento sobre la capacidad de testar, máxime siendo el testamento un acto personalísimo que no admite representación ni complemento de ningún tipo. Por si lo expuesto fuera poco, prosiguen su discurso diciendo que en absoluto privar a una persona de testar es una medida de protección; en primer lugar, porque los efectos del testamento son *post mortem* y, en segundo lugar, porque si se puede comprobar que la persona, aún incapacitada, puede testar en intervalo lúcido, «no es posible argumentar que se le priva de un derecho reconocido constitucionalmente (art. 33 CE), para su protección». Intuyendo las autoras que el fin del legislador de 1991 fue evitar las captaciones de voluntad, sentencian que existen prevenciones en el ordenamiento jurídico para evitarlas, como la incapacidad relativa prevista en el artículo 753 del Código Civil, sin que se tenga que limitar la posibilidad de otorgar testamento³⁷.

3.2. *Exégesis correctora, con algunas excepciones, del Tribunal Supremo*

El escenario que arrojó el malogrado artículo 665 del Código Civil fue desolador. De una lectura literal resultaba que si la persona no estaba incapacitada se aplicaría la presunción general de capacidad, admitiendo algunos autores y el Tribunal Supremo, como a continuación veremos, que si el notario dudare de su capacidad, o de su «cabal juicio», siguiendo la terminología del artículo 663.2º, podía recurrir al examen de los facultativos³⁸. Si la persona había sido incapacitada, había un desdoblamiento, pues si

³⁶ ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, «¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015), p. 287.

³⁷ GÓMEZ LAPLAZA, M^a Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en AA.VV., *Estudio de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, LA LEY, Madrid, 2014, pp. 532, 533, 542 y 543.

³⁸ ALBALADEJO, Manuel, «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», op. cit., p. 724; MARTOS CALABRÚS, María Angustias, *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Comares, Granada, 2000, p. 172 y ss; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones Común y Foral. Tomo I*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 111; RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 127-129;

la sentencia de incapacitación contenía un pronunciamiento privando de la capacidad de testar, en contra de lo previsto en el artículo 666, el demandado carecía de la testamentifacción activa y el notario debía atenerse al rigor de la sentencia, estando vetado, salvo que se mantenga la opción que defendió SÁNCHEZ ROMÁN³⁹, la autorización del testamento, aunque la capacidad estuviese respaldada por el dictamen de los facultativos; en cambio, si la sentencia de incapacitación no restringía la capacidad de testar, era aplicable el procedimiento del artículo 665, debiendo el notario recabar el dictamen de los facultativos so riesgo de que el testamento fuese declarado nulo⁴⁰.

Así las cosas, la STS 20 mayo 1994⁴¹ siguió el sendero que en el año 1991 marcó el legislador catalán, dejando sin efecto la sentencia de incapacitación que restringía la *testamenti factio* activa, argumentado el fundamento de derecho cuarto que debía abogarse por una interpretación sistemática (cfr. arts. 665 y 666 CC), apostillando que la incapacitación no era óbice para que, conforme al artículo 665, el incapacitado otorgara testamento en intervalo lúcido.

Cuatro años más tarde el Alto Tribunal volvió a pronunciarse en la STS 27 enero 1998⁴², en un recurso de casación en el que se discutía la nulidad de un testamento, alegando los demandantes que la testadora no se hallaba en su cabal juicio. El fundamento de derecho segundo decía, entre otras cosas, que la presunción de capacidad del artículo 662 del Código Civil es extensible a toda persona, salvo aquellas que hubieren sido incapacitadas, siendo así que existe una presunción *ius tantum* en el testamento que solo puede ser destruida mediante prueba convincente y no por meras conjeturas, sin que la ancianidad del testador, sus extravagancias o una discapacidad física puedan destruir tal presunción si no se demostrare que en el «preciso momento de hacer la declaración testamentaria» no tenía la suficiente aptitud mental. Finalmente, añadió, remitiéndose a la jurisprudencia clásica, que aunque la intervención de los facultativos solo estaba prevista legalmente cuando el testador estuviere incapacitado, ello no implicaba que pudieran intervenir al margen de la sentencia de incapacitación,

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 76.

³⁹ Vid. nota a pie de página núm. 21.

⁴⁰ ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles, «Artículo 665», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 829, vetaba la posibilidad del testamento cerrado. La SAP León 27 marzo 2015 (AC 2015, 613), declaró, con base en el artículo 687 del Código Civil, la nulidad de un testamento otorgado por una mujer que había sido incapacitada sin que la sentencia se pronunciase sobre la posibilidad de testar. El notario reconoció en el acto del juicio que desconocía que la otorgante había sido incapacitada y que por ello no designó a dos facultativos que respondieran de su capacidad. A pesar de que el juicio del notario sobre la capacidad de la testadora fue positivo, el tribunal estimó la nulidad porque se prescindió del trámite preceptivo del artículo 665 [en el mismo sentido puede verse la SAP Burgos 1 febrero 2002 (JUR 2002, 112208) y la SAP Salamanca 12 mayo 2006 (AC 2006, 1789)].

⁴¹ STS 20 mayo 1994 (RJ 1994, 3723).

⁴² STS 27 enero 1998 (RJ 1998, 394).

«especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante».

Más reciente es la STS 16 mayo 2017⁴³, que estudió la exclusión del otorgamiento del testamento materializada por el Juzgado *a quo* y confirmada la Audiencia Provincial respecto a una persona que había sido incapacitada. El Tribunal con una lacónica pero acertada motivación dejó sin efecto dicho pronunciamiento, diciendo que por tratarse el testamento de un acto personalísimo habría que estar a lo dispuesto en el artículo 665 del Código Civil, debiendo el notario designar dos facultativos que respondiesen de la capacidad del potencial testador.

En contra, tenemos las SSTs 17 marzo 2016⁴⁴ y 27 septiembre 2017⁴⁵; esta última, pese a citar la CDPD, omite revocar el fallo de primera instancia que privó a una persona con síndrome de Down de la testamentifacción activa, manteniendo no obstante la capacidad para ejercer el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, y para manejar dinero de bolsillo hasta un límite de 150 euros. A juicio del Tribunal Supremo, podía ser Alcalde o Presidente del Gobierno pero no podía otorgar testamento: *¿Quid iuris?*

El Tribunal Supremo, en un nuevo movimiento pendular, rectificó su postura en la STS 8 noviembre 2017⁴⁶ dejando sin efecto la prohibición de testar y de contraer matrimonio que albergaba la sentencia de incapacitación objeto de recurso.

3.3. *La funesta jurisprudencia que avalaba el complemento de capacidad en el testamento y su posterior rectificación*

Como hemos visto, no fue todo color de rosas en la jurisprudencia, siendo además llamativos y criticados hasta la saciedad aquellos pronunciamientos que dejaban al albur de la intervención del curador el otorgamiento del testamento. Lamentablemente, estas resoluciones, ciñéndonos a las dictadas por el Tribunal Supremo y omitiendo las de instancias inferiores, estuvieron lejos de ser una raya en el agua⁴⁷, latiendo la incógnita de si fue fruto, como sugiere GARCÍA RUBIO, de un *lapsus* no voluntario⁴⁸, de los modelos estereotipados o del «copia y pega» que proliferan en la

⁴³ STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2207).

⁴⁴ STS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 846).

⁴⁵ STS 27 septiembre 2017 (RJ 2017, 5913).

⁴⁶ STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760).

⁴⁷ SSTs 24 junio 2013 (RJ (2013, 3948), 14 octubre 2015 (RJ 2015, 4755), 20 octubre 2015 (RJ 2015, 4900), 4 noviembre 2015 (RJ 2015, 5138).

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (2018), p. 180 (nota a pie de página núm. 13).

praxis judicial⁴⁹, o decisiones deliberadas fundamentadas en un desconocimiento del carácter *estrictamente* personalísimo del testamento.

A decir verdad, no ha sido extraño en nuestro Derecho que se admitiese el hoy derogado complemento de capacidad en actos o negocios jurídicos catalogados por la doctrina como personalísimos. Basta citar, a título de ejemplo, las capitulaciones matrimoniales, donde el hoy derogado artículo 1330 del Código Civil disponía que el incapacitado judicialmente sólo podía otorgar capitulaciones matrimoniales «con la asistencia de sus padres, tutor o curador». A pesar de dicha previsión, la doctrina nunca ha dudado en caracterizar el pacto capitular como un negocio personalísimo⁵⁰. Sin embargo, en otros negocios, como en el matrimonio o el testamento, nunca se admitió complemento ni representación de ningún tipo. A tenor de lo expuesto, quizás habría sido más acertado, como propusimos en su día, realizar una bifurcación en los negocios personalísimos, distinguiendo entre «negocios personalísimos *stricto sensu*», que no admitían representación ni complemento, y «negocios personalísimos *lato sensu*», que pese a compartir elementos comunes con los primeros, como la proscripción de la representación, si admitían el juego del complemento de capacidad⁵¹. Se comparta o no este binomio, está consolidado que el testamento es un negocio personalísimo, que no admite representación ni complemento de capacidad.

Para fortuna de los notarios, que verían atónitos como personas con la capacidad modificada judicialmente acudían a la notaria, con sentencia en mano, para testar con el complemento de capacidad del curador, la STS 7 marzo 2018⁵² puso los puntos sobre las íes. El Alto Tribunal, teniendo presente la CDPD, expuso en esta sentencia dictada en un proceso de modificación judicial de la capacidad, las diferencias entre la tutela y

⁴⁹ A pesar de la ratificación por España de la CDPD y la famosa STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901) que bautizó, inspirada en el convenio internacional, el «traje a medida», siguieron proliferando sentencias maximalistas que, lejos de individualizar cada caso concreto, incapacitaban totalmente o desestimaban la solicitud de incapacitación sujetándose a modelos previamente esbozados, tal y como criticó CALAZA LÓPEZ, según fuentes del Poder Judicial consultadas por la propia autora (CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Procesos de familia y división de patrimonios*, Civitas, Pamplona, 2015, p. 136).

⁵⁰ DÍEZ PICAZO, Luis, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6 (1962), pp. 783 y 784; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 278; LETE DEL RIO, José Manuel, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI (1983), pp. 397-420; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «De las capitulaciones matrimoniales», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1553; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6 (2020), pp. 45 y 46; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de la familia* (revisado y puesto al día por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a Begoña), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 115.

⁵¹ GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad», *Revista de Derecho de Civil*, vol. IX, núm. 3 (2022), p. 230.

⁵² STS 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934).

la curatela según los principios de la Convención. Mientras, siguiendo el fundamento de derecho tercero, la tutela se revelaba como el medio de protección más intenso, siendo el tutor el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, la curatela es «un apoyo de menos intensidad, que sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten», añadiendo que la curatela debe ser concebida como el sistema mediante «el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad». Prosigue la sentencia diciendo que «[no] se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase [sic] por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor⁵³, ahora curador». Más adelante, volveremos sobre esta sentencia.

3.4. Significado de supeditar los «actos de disposición» a la intervención del curador

Paradigmática y comentada en la doctrina⁵⁴ fue la STS 15 marzo 2018⁵⁵. El recurso de casación traía causa de la impugnación de dos testamentos abiertos notariales. El primer testamento fue otorgado antes de que la capacidad de obrar de la testadora fuese modificada judicialmente, mientras que el segundo lo fue con posterioridad a la sentencia que, con ulterior aclaración por parte del juzgado, dijo que la demandada era «incapaz», precisando de la intervención del curador para «los actos de disposición de sus bienes». Los demandantes sostuvieron que la testadora no estaba en su sano juicio, no pudiendo comprender el alcance del primer testamento, completando la fundamentación del recurso diciendo que, además, el segundo testamento se otorgó pese a que el juzgado la declaró incapaz para realizar actos de disposición, entendiéndose como tal el testamento. El Tribunal, no sin antes razonar que la presunción *iuris tantum* del notario y de los facultativos que elaboraron el dictamen *in situ* no podía desvirtuarse por un informe retrospectivo, expuso, a fin de desestimar el recurso de casación presentado por quienes sostenían la nulidad de los testamentos, que no cabiendo fundamentar la falta de capacidad para testar en la analogía ni la interpretación extensiva, debía reputarse que los actos de disposición de bienes *mortis causa*, por su naturaleza y caracteres, son distintos a los *inter vivos*, máxime cuando

⁵³ La SAP Vizcaya 13 octubre 2016 (JUR 2016, 270889), objeto de recurso, falló que el demandando precisaría la intervención del tutor para la «gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa».

⁵⁴ Véase, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018). 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», en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 10º, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 453-466; PÁRAMO Y DE SANTIAGO, Casto, «Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018)», *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208 (2018), pp. 49-54.

⁵⁵ STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1090).

aquellos tiene una regulación específica prevista en el artículo 665 del Código Civil⁵⁶. *Ad abundantiam*, y para zanjar la polémica del famoso complemento de capacidad en el negocio testamentario, argumentó que el testamento era un «acto personalísimo», no pudiendo el tutor testar por la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador complementar su capacidad.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APOYO ASISTENCIAL

No negaremos que algún lector, no profano en Derecho y quizás experto en el Derecho de sucesiones, se le escapará una sonrisa sardónica nada más leer el título de este trabajo. No será para menos si, aun paciente, se digna a leer sus páginas y percatarse que no desconocemos la jurisprudencia que, pese a algunas vacilaciones y citando la CDPD, ha afirmado sin paliativos que el testamento es un negocio personalísimo (art. 670 CC) donde no cabe ni la representación ni el complemento de capacidad. Apelamos a su paciencia para, sino convencer, si, al menos, llamar a la reflexión, y porque antes de sumergirnos en los cambios producidos por la LAPCD en la *testamenti factio* activa y disertar sobre la intervención del apoyo en el negocio testamentario haremos un paréntesis en el hilo conductor de nuestro trabajo para responder a la incógnita de lo que significa e implica el apoyo, que, aunque parezca manida, se ha estudiado a veces al amparo de conceptos arraigados a la atávica concepción de la capacidad.

Ya adelantamos que, en nuestra opinión, el apoyo previsto en la CDPD y positivizado por la LAPCD no debe ser tratado ni parangonado conforme a los derogados mecanismos de protección de la persona con la capacidad modificada judicialmente. No se trata, como dice el saber popular, del mismo perro con distinto collar, sino de un nuevo sistema que, más que proteger a la persona con discapacidad, trata de garantizar su libertad, autonomía e independencia.

La jurisprudencia expuesta más arriba⁵⁷, citando la CDPD, ha identificado el apoyo del curador con el complemento de capacidad. En la doctrina, no son pocos los autores

⁵⁶ *Nihil sub sole novum*, si tenemos en cuenta que ya la STS 31 diciembre 1991 (RJ 1991, 9483), identificó los actos de naturaleza patrimonial en los que podía intervenir el curador con aquellos en los que los tutores precisaban la previa autorización judicial, según lo dispuesto en el artículo 290 en relación con los artículos 271 y 272 del Código Civil. A mayor abundamiento, dos meses después de la STS 15 marzo 2018, la SAP Asturias 8 mayo 2015 (JUR 2015, 42890), rechazó, en el fundamento de derecho segundo, que el testamento estuviese incluido en la expresión «actos de disposición».

⁵⁷ Vid. SSTS 29 abril 2009, 7 marzo 2018 y 15 marzo 2018. Previamente, las SSTS 1 julio 2014 (RJ 4517, 2014) y 13 mayo 2015 (RJ 2015, 2023); esta última decía lo que sigue (*cursiva propia*) «Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas,

que, con conocimiento del texto internacional, han hecho el mismo silogismo de identificar las medidas de apoyo asistenciales con los antiguos conceptos, pudiéndose citar, entre otros, a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, que tacha la asistencia como un «mecanismo de complemento de capacidad», diciendo que «para la validez del acto tienen que consentir los dos, curador y curatelado»⁵⁸.

El Preámbulo de la LAPCD, no sin antes reconocer que la capacidad «resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse», expone, partiendo de las consideraciones de la Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que «el apoyo es un término amplio que engloba

hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un *complemento* o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda». La STS 14 octubre 2015, insistió en la necesidad de reinterpretar la curatela a la luz de la CDPD, «desde un modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un *complemento de su capacidad*» (cursiva propia).

⁵⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 264. También identifican, aun de soslayo, el apoyo con el complemento de capacidad, PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa». *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (2014), p. 29; LEGERÉN-MOLINA, Antonio, «La relevancia de...», *op. cit.*, pp. 199 y 205. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 104, 114 y 116 (nota a pie de página núm. 16); el mismo autor, en «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pp. 292, 295, 305, 306, 307; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 75; CARRASCO PERERA, Ángel, «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 42 (2022), p. 216; ARNAU MOYA, Federico, «Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33 (2022), p. 548; este último no dice solo que el apoyo es un complemento de capacidad, sino también que un efecto de la provisión de medidas de apoyo es establecer «una suerte de incapacidad táctica». SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Civil*, núm. 2 (2022) pp. 8 y 11, defiende una postura ambigua, pues a pesar de calificar el apoyo o la asistencia como una suerte de complemento de capacidad (vid. pp. 4, 6, 15 y 16), con todo lo que ello conlleva, en otros pasajes de su trabajo parece identificar el apoyo según los postulados de la CDPD. Puede verse la p. 8, donde dice, en relación a las medidas de apoyo, que «no tienen que consistir necesariamente en prestar su asistencia para el acto o negocio jurídico pretendido, sino en prestar un apoyo de tal naturaleza que dicha persona pueda expresar su consentimiento en igualdad de condiciones con cualquier otra persona no afectada por una discapacidad», o la p. 11, donde explica que, a raíz de la reforma, «la persona con discapacidad será la que, con los apoyos y asistencia que necesite, decida sobre celebrar o no un negocio, con quién y cuál será su contenido». Tampoco los tribunales, habiendo entrado en vigor la LAPCD, se han inhibido en tachar el apoyo como un complemento de capacidad, como la SAP Cádiz 27 octubre 2021 (JUR 2022, 40753), que se refiere al apoyo del curador asistencial como complemento de capacidad en la letra a) del apartado tercero del fundamento de derecho cuarto.

todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad». El primer párrafo del artículo 249 del Código Civil dispone que la finalidad de las medidas de apoyo respecto a las personas con discapacidad es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento en condiciones de igualdad». El segundo párrafo reza que las personas que ejerzan el apoyo «deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera», debiendo procurar que «pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». Luego, el segundo párrafo del artículo 250 establece que la función del apoyo consistirá en «asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias».

Si parangonamos lo que dijo la jurisprudencia y la doctrina ya citada con el párrafo precedente se podrá visualizar, con extraordinaria perspicuidad, la diferencia entre el derogado complemento de capacidad y el apoyo. Ahora, como quiera que la capacidad es inherente a cualquier persona, las personas con discapacidad no precisarán que un tercero la complemente. Aquellas, en la empresa de actuar en el tráfico jurídico con plena igualdad, se podrán valer de un apoyo que le auxilie, aconseje y ayude en el proceso de toma de decisión, explicándole el apoyo los pormenores del acto o negocio jurídico, así como sus ventajas y desventajas, sin que sea admisible una injerencia indebida que implique decidir por la persona acreedora de apoyo o coartar la autonomía de su voluntad. Esto implica que el apoyo asistencial, tal y como lo ha configurado el legislador español partiendo de los principios de la CDPD, y con excepción de los que tienen una arquitectura representativa, adquiere protagonismo en el proceso deliberativo de gestación del consentimiento de las personas con discapacidad, es decir, en el proceso interno de formación de una voluntad consciente y libre, sin que deba ni pueda inmiscuirse en la fase de perfección del negocio jurídico a modo de complemento⁵⁹, pues de lo contrario la persona asistida de apoyo, lejos de actuar con independencia, autonomía y libertad, estaría encorsetada a la autorización de un tercero, en contra de los principios de la CDPD⁶⁰. Así, donde el curador, antes de

⁵⁹ Decimos que no tiene que actuar en la fase de perfección del acto o negocio jurídico a modo de complemento porque es posible que el apoyo comparezca en el momento del otorgamiento simplemente haciendo constar que ha dispensado apoyo a la persona con discapacidad que será quien se configure como parte del acto. Lo que no puede exigirse, salvo que se quiera vulnerar la CDPD, es que la perfección esté al albur del consentimiento del apoyo, porque, se insiste, la decisión la toma la propia persona con discapacidad, aunque la persona que ejerza el apoyo no la secunde.

⁶⁰ PALLARES NEILA, Javier, «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 3 (2020), p. 2, decía que en la curatela

la publicación de la LAPCD, intervenía en el acto final mediante la asistencia o la autorización, el actual adquiere protagonismo en la travesía deliberativa, con el noble propósito de que la persona con discapacidad exteriorice una voluntad personal, libre y responsable. Si, llegado el caso, la persona con discapacidad no es capaz de construir una voluntad pese al apoyo, es entonces cuando intervendrá el de corte representativo. En definitiva, el apoyo opera fundamentalmente *ex ante*, configurándose, mediante la ayuda y el consejo, como un mecanismo que posibilita la autonomía y la libertad de la persona con discapacidad⁶¹. Como dice GARCÍA RUBIO, en la

instaurada por la Ley 13/1983 el curador actuaba como complemento, en la concepción de que la persona con discapacidad estaba en una situación de inferioridad y no podía decidir por sí, teniendo el complemento una «configuración jurídica no horizontal –de curador y curatelado-, sino vertical –de curador sobre curatelado-».

⁶¹ Otros autores han rechazado, expresa o implícitamente, construir una noción del apoyo equiparándolo con el complemento de capacidad. CUENCA GÓMEZ, de consulta obligada, fue pionera a la hora de disertar sobre el apoyo alejándose del sistema de protección, diciendo que en el nuevo sistema «no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino poner a disposición de las personas los ajustes y apoyos individualizados necesarios para que la persona pueda tomar sus propias decisiones», subrayando que las medidas de apoyo «no deben contemplarse como medidas restrictivas, sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos» [CUENCA GÓMEZ, Patricia, «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 10 (2012), pp. 73 y 74]; DE SALAS MURILLO, Sofía, «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5 (2018), pp. 7 y 8, rechazó que el apoyo fuese una suerte de complemento de capacidad, diciendo que las medidas de apoyo no tienen por finalidad «suplir ni complementar la voluntad del individuo, sino cooperar a que su voluntad, libremente formada, se exprese y se lleve a través de los medios en los que tales apoyos se materialicen». Tres años después la autora ratificó su posicionamiento, afirmando que la «asistencia» no es un complemento de capacidad, sino «un acompañamiento a la persona no tanto, o no solo, en la formalización del acto jurídico, sino en el proceso de toma de decisiones» (DE SALAS MURILLO, Sofía, «Artículo 269», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 502); RIBOT IGUALADA, Jordi «La nueva curatela»..., *op. cit.*, p. 242, señala, en relación al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (en adelante, Anteproyecto), el cambio de enfoque de la intervención del curador: «Se va mucho más allá de someter la voluntad ya formada de la persona en curatela al control del curador, quien evaluaría la decisión a la luz de los riesgos y beneficios que tiene para aquella. Se trata ahora de que el curador aconseje a la persona con discapacidad, le proporcione información, la asista para que pueda comprender la situación y, finalmente, tomar una decisión. La persona que ejerce la medida está obligada a superar la visión reducida los esquemas clásicos en los que se consiente por una persona o se complementa su capacidad en uno o varios actos jurídicos»; Sánchez Gómez dijo, acertadamente, lo siguiente: «[E]l prestador del apoyo debería desempeñar su función con carácter previo a la toma de decisiones a fin de que la persona con discapacidad pueda actuar en su propio proceso. Así el apoyo debería ir orientado a acompañar, informar, orientar, aconsejar, ayudar en la comprensión y razonamiento de aspectos necesarios en la toma de decisiones que les atañen, ayuda para adoptar y expresar la decisión, verificar la voluntad de la persona apoyada, cuando ello sea posible, sin desconocer los problemas que en la práctica puede comportar su ejercicio» (SÁNCHEZ, GÓMEZ, Amelia, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (2020), p. 407). Álvarez Lata rechaza que el curador se

nueva configuración de la LAPCD «el apoyo lejos de ser un fin en sí mismo, se perfila como un medio»⁶².

No suscribimos, como correlativa consecuencia a lo dicho, afirmaciones, como la de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, de que no era necesaria la LAPCD para adecuar nuestro Derecho a los postulados de la CDPD, bajo el argumento de que la regulación anterior del Código Civil permitía una interpretación acorde con el texto internacional⁶³. Como

sitúe en una posición de dominio o potestad, ya que su función es instrumental «para la realización y efectividad de la voluntad de la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos (ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 282»..., *op. cit.*, p. 520). En el mismo sentido puede verse PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «La comparecencia asistida en el instrumento publico notarial: especial referencia a la curatela asistencia», en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 489, para quien «el curador asistencial ni es el titular del interés negociable en juego, ni suple ni complementa el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, su función –tal y como su nombre indica-, es esencialmente de colaboración en la toma de decisiones, de información, de asesoramiento, de ayuda, sin tener protagonismo en el acto o negocio jurídico que se instrumenta, pero a la vez su presencia es requisito de validez de dicho acto» [véase también el mismo autor en «El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código Civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español), en AA.VV., *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, p. 564,]. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1(2022), núm. 1, pp. 259 y 265, esgrime que en el ámbito contractual a raíz de la reforma los actores principales son las personas con discapacidad y los secundarios son los apoyos, teniendo estos últimos la misión de ayudar a aquellos a conseguir la comprensión del contrato, siendo la persona con discapacidad la que tomará su propia decisión. Muy acertadas son las palabras de ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio»..., *op. cit.*, p. 522, que transcribimos en su integridad: «Las resoluciones judiciales en la adopción de medidas de apoyo deberán tener la pedagogía suficiente para que el prestador de apoyos nombrado tenga un papel verdaderamente participativo en la protección de la persona asistida, pero siempre desde la premisa del respeto de la propia autonomía de las personas apoyadas. Lo exige expresamente la frase primera del artículo 249-2 CC [...] De no hacerlo así, existe el peligro de que la práctica judicial siga siendo la de antaño, esto es, supervisión y complemento de capacidad de obrar, cuando se constituía la curatela». También rechaza el complemento de capacidad DONADO VARA en relación a la guarda de hecho [DONADO VARA, Araceli, «Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad», *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 33 (2022), p. 7], y TORRES COSTAS, diciendo esta última que ya no cabe hablar de complemento de capacidad, «pues a la persona se le reconoce capacidad jurídica plena; por ello, ya no se puede exigir la concurrencia del curador para otorgar validez al acto a realizar» (TORRES COSTA, María Eugenia, «Artículo 22.2. C)», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022, pp. 108 y 109). Véase, además, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «La prestación del consentimiento informado por la persona con discapacidad», en AA.VV., *La reforma de la discapacidad (Volumen 2)*, Fundación del Notariado, Madrid, 2022, p. 100.

⁶² GARCÍA RUBIO, María Paz, «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 63.

⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113 (2022), p. 15. En lo misma línea se mueve RUBIO GARRIDO, Tomás, «Cambios en materia...», *op. cit.*, p. 581.

no es nuestra intención aburrir al lector con una disertación sobre la evolución del enfoque proteccionista al de promoción de la capacidad jurídica o del modelo médico al modelo social, nos ceñiremos, única y exclusivamente, a una norma jurídica reformada para refutar la afirmación citada. Supongamos que el legislador adopta la técnica del avestruz y no se digna a reformar el Código Civil, en la convicción de que la exégesis del Tribunal Supremo, ambigua en algunos aspectos, es suficiente para dar entrada al nuevo paradigma en materia de discapacidad. Si ello fuera así, tendríamos el artículo 1301, que, conforme a su redacción anterior, decía que eran anulables en el plazo de cuatro años «los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela». El precepto, como expuso O'CALLAGHAN MUÑOZ, se tenía que relacionar, respecto a los que tenían que intervenir con el complemento de capacidad del curador, con el artículo 293, que disponía que «los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 y siguiente de este Código»⁶⁴. Ciertamente es que en la doctrina había debate en torno a la nulidad o anulabilidad⁶⁵, pero, con independencia del tipo de invalidez, era unánime que el contrato celebrado por la persona con discapacidad sin el complemento de capacidad preceptuado en la sentencia de modificación de la capacidad era inválido. Supongamos ahora que el curador, conforme a la exégesis del Tribunal Supremo que comenzó su singladura en 2009, asiste a la persona con discapacidad para la perfección de un determinado contrato. Si esta llegaba a comprender las vicisitudes del contrato y sus efectos podría, sin ningún género de dudas, dar su consentimiento para contratar, siendo requisito para su validez que lo diese al alimón el curador, que es la persona que encarnaba el complemento de capacidad. Hasta aquí el escenario que tendríamos es que a pesar de que la persona con discapacidad ha tomado su propio proceso de toma de decisión, con la ayuda del curador, debería de tener de comparsa a este para la perfección del contrato, como si la declaración de voluntad del curador se incardinase en el negocio autorizativo⁶⁶, diluyéndose como un azucarillo en un café caliente el desiderátum de la CDPD de promover la autonomía, libertad, igualdad e independencia de las personas con discapacidad. Pero vamos a más, en el supuesto de que el curador se negase a dar el complemento de capacidad, la persona con discapacidad, que es quien se configuraría como parte contratante, no el curador, sería una suerte de convidada de piedra,

⁶⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 280 y 281.

⁶⁵ MARTÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en AA.VV., *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 680, defendía, *prima facie*, que el contrato era anulable, reconociendo no obstante que había casos donde era posible la nulidad absoluta.

⁶⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «De nuevo sobre la autorización en Derecho privado», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIX (2016), pp. 345-405, ha estudiado con detalle el negocio autorizativo.

viéndose imposibilitada *ex lege* para perfeccionar un contrato que desea y, no menos importante, comprende. El panorama que tendríamos sería que, a costa de proteger o, mejor dicho, sobreproteger a la persona con discapacidad, la autonomía de su voluntad quedaría en aguas de borrajas.

Como no dudamos de que este escenario no sería avalado por los redactores de la CDPD, es paladino que la reforma del Código Civil clamaba al cielo⁶⁷, salvo que por medio de una interpretación forzada del modelo proteccionista que recogía la anterior redacción se quieran sacudir los cimientos de la seguridad jurídica. Siguiendo con el supuesto planteado, ahora será la persona con discapacidad, previamente auxiliada por el apoyo, la que decidirá si contratar o no, sin que el apoyo, alegando que no secundó la decisión de contratar que tomó la persona acreedora del apoyo en uso de la autonomía de su voluntad, pueda instar la invalidez del contrato por el mero hecho de que en la fase de perfección no intervino, ya que solo podrá declararse la anulabilidad si la persona que tuvo que dar el apoyo no intervino en el proceso de formación de la voluntad y, además, la otra parte fue conocedora de este hecho u obtuvo una «ventaja injusta» (arts. 1301.4º y 1302.3 CC)⁶⁸. Huelga decir, que pese a sus defectos, la reforma ha intentado conciliar la protección de las personas con discapacidad con el fomento de su autonomía, libertad e independencia, teniendo por norte su integración y la promoción del principio de igualdad⁶⁹.

⁶⁷ Recientemente, LÓPEZ AZCONA, Aurora, «El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 (2022), p. 52 y 53, ha puesto de manifiesto la imperiosa necesidad de reformar el Derecho foral aragonés para adaptarlo a la CDPD, ya que el modelo vigente en Aragón tiene una finalidad exclusivamente protectora que impone a los operadores jurídicos «un esfuerzo adicional» en la tarea de adaptar las vigentes instituciones tutelares al nuevo tratamiento de la discapacidad.

⁶⁸ Nos remitimos nuevamente a ALBIEZ DOHRMANN, que tratando los citados artículos y con gran brillantez, dice «en sede de curatela representativa no debería admitirse como medida de apoyo el complemento de la capacidad jurídica, haciendo depender la validez del contrato de la previa autorización o asentimiento del curador [...] No hay ninguna norma que así lo exija, y tampoco -creo- es el espíritu de la ley». Luego, citando el derogado artículo 289 del Código Civil, subraya lo que sigue: «La asistencia que se requería consiste en completar la capacidad del incapacitado, como así lo precisó el Tribunal Supremo particularmente a partir de 2009. Por otra parte, si realmente fuese necesario que la decisión final de la persona con discapacidad dependiese de la autorización o asentimiento del curador, la autonomía que quiere preservar al máximo la CDPD y también la Ley 8/2021 quedaría minusvalorada, entredicha. Si el grado de discapacidad impide que una persona celebre por sí sola contratos, se debería constituir la curatela representativa. El peligro del complemento de la capacidad jurídica como medida de apoyo es que se generalice en el futuro porque es la medida más contundente y más fácil para un tribunal. Si fuese así, al final, poco habría cambiado en el nuevo sistema» (ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «La capacidad jurídica...», *op. cit.*, pp. 535 y 536).

⁶⁹ En contra de la afirmación de que no era necesaria la LAPCD y a favor de la tesis que aquí manejamos, puede verse PEREÑA VICENTE, que, pese a referirse a la curatela, es extensible a cualquier medida de apoyo: «Si la curatela anterior a la reforma operada por la Ley 8/2021 ya había sido redibujada por el Tribunal Supremo en su labor de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias de la Convención de Nueva York rompiendo la rigidez propia de aquella, la curatela ahora tipificada en el

En suma, respecto a las personas con discapacidad, el complemento de capacidad *ex lege* ha quedado en el baúl de los recuerdos. Decimos *ex lege* porque VALLS I XUFRE plantea, con base en la arquitectura de las medidas voluntarias de apoyo, la hipótesis de que la propia persona autolimita el ejercicio de su capacidad jurídica mediante una colaboración del apoyo o del asistente «en forma de autorización, actuación conjunta o de cualquier otra forma que se quiera establecer, pero sin la que el asistido no pueda actuar por sí mismo». El autor aboga por su validez citando el artículo 250 del Código Civil, que define las medidas voluntarias de apoyo como «aquellas establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y *con qué alcance*»⁷⁰. No hemos estudiado con la suficiente profundidad esta cuestión para pronunciarnos sin ninguna reserva, máxime cuando queda extramuros del presente trabajo; algunos podrán vindicar la invalidez de estas disposiciones citando, por ejemplo, la proscripción de las cláusulas *ad cautelam* en sede de testamento (art. 737 CC), argumentando que si el legislador desea garantizar que la *voluntas testatoris* sea la ley de la sucesión, con mayor razón querrá garantizar que la voluntad autónoma de la persona con discapacidad, huérfana de complemento de capacidad, se extienda al tráfico negocial. A la espera de que abordemos un análisis pormenorizado sobre el particular, apostamos, de momento, por la validez de estas «autolimitaciones» si emanan de la voluntad de la persona con discapacidad, ya que, por un lado, nadie duda, *ad exemplum*, de la validez del negocio representativo de una persona que está en plenitud de facultades y, por otro, como sostiene VALLS Y XUFRE, este «acuerdo de apoyo» es «por esencia revocable a instancia del asistido o mediante el establecimiento de otras medidas de apoyo»⁷¹.

Sin embargo, no creemos que dicho complemento deba conceptuarse como apoyo *stricto sensu*, sino como salvaguarda autoimpuesta por la persona con discapacidad, en el sentido de que para perfeccionar determinados actos y negocios jurídicos no personalísimos no solo bastará su voluntad, sino también la de la persona que ejerza el apoyo a modo de autorización o asistencia. De este modo, habría una persona que ejerza el apoyo en sentido estricto, según los trazos dibujados *supra*, y, a su vez, este apoyo operaría como salvaguarda ante una hipotética voluntad frívola o díscola de la persona con discapacidad.

Código civil no se puede asimilar con la anterior, ni siquiera en su versión reinterpretada jurisprudencialmente. Si no podemos equiparar la nueva curatela con la antigua porque ambas responden a una concepción, a unos principios, a una técnica jurídica y a una visión de la discapacidad muy diferente» (PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La curatela, los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021», en AA. VV., *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 127).

⁷⁰ VALLS I XUFRE, José María, «El papel del...», *op. cit.*, pp. 117-119.

⁷¹ VALLS I XUFRE, José María, «El papel del...», *op. cit.*, p. 118.

El único complemento de capacidad previsto *ex lege* es respecto al menor de edad. *Ad exemplum*, pueden citarse los artículos 247 y 248 CC, disponiendo el primero que para que el menor emancipado pueda tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, precisará del consentimiento de sus progenitores y, en su defecto, del defensor judicial. De no tener el consentimiento o complemento de estos, el menor emancipado no podrá realizar los citados actos⁷².

5. LA *TESTAMENTI FACTIO* ACTIVA A PARTIR DE 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

Entre los pocos artículos que en el ámbito de la testamentifacción activa no se han modificado, tenemos el artículo 662 del Código Civil, cuya redacción decimonónica sigue indemne hoy en día, pese a los cambios que ha recibido el sistema. El precepto, pórtico de la llamada «capacidad para disponer por testamento» (Sección primera,

⁷² Aprovechamos lo reseñado respecto al menor de edad para resaltar las intervenciones de dos diputados del Grupo Parlamentario VOX durante la tramitación parlamentaria de la LAPCD, que se saldó con los votos favorables de todos los grupos salvo el meritado. Tanto el diputado D. José María Sánchez García como la diputada D^a Rocío de Meer Méndez manifestaron, a propósito de mostrar su disconformidad con el nuevo paradigma y que no se hiciera mención en la ley al binomio capacidad jurídica y capacidad de obrar, que era una contradicción del legislador consagrar el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la personas con discapacidad y mantener la tutela respecto a los menores de edad, así como no contemplar, respecto a los progenitores que ejerzan la patria potestad, el respeto de la voluntad, deseos y preferencias del menor. Que los progenitores no deban tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del menor cuando ejerzan la patria potestad es discutible, pues el artículo 154 del Código Civil dispone que la patria potestad se ejercerá en interés del menor, «de acuerdo con sus personalidad» y, a su vez, pero con mayor concreción, la letra b) del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM), contempla que se tenga en cuenta, a la hora de interpretar y aplicar el concepto jurídico indeterminado del interés del menor, «los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior». Sin embargo, creemos que el legislador, habiendo traspuesto con más o menos acierto el nuevo paradigma de la persona con discapacidad a nuestro acervo jurídico, debería dar un paso más y modernizar el régimen jurídico del menor de edad, diferenciando entre el niño y el adolescente, a fin de instaurar, respecto a estos últimos, un sistema análogo al de apoyos que permita al menor adolescente actuar con autonomía y libertad, sin tener que quedar encorsetado al atávico traje de la representación inherente a la patria potestad. A buen seguro, los representantes del Grupo Parlamentario VOX estarán en contra de este planteamiento, al abrigo del mismo sobre proteccionismo que secundaron respecto a las personas con discapacidad, pero se trata de dar coherencia al ordenamiento, al socaire del sistema etario para determinar la capacidad del menor de edad que sigue la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y de que cada vez son más numerosos los actos y negocios jurídicos, que abarca desde lo personal hasta lo patrimonial, que puede realizar el menor de edad, los cuales, por mesura expositiva, no podemos exponer en este trabajo, ni siquiera mediante nota al pie.

Capítulo primero, Título III, del Libro III), dispone que «[pueden] testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente».

La redacción tiene su antecedente en el Derecho Romano que, huérfano del principio de igualdad, conectaba la testamentifacción activa con la ciudadanía, restringiendo la posibilidad de otorgar testamento, entre otros, a los impúberes, los *filiifamilias*, los *Latini lunniani*, los *furiosi* y los condenados a pena capital, extendiéndose posteriormente a los herejes y apóstatas. Este planteamiento, tributario de la época romana, llegó al sistema precodificado, disponiendo la ley 13 de la Partida 6ª que «[todos] aquellos á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, puede facer testamento».

Consideramos que la técnica legislativa de consagrar la capacidad de testar por exclusión debería haber sido desterrada al baúl de los recuerdos, pues sugiere que el legislador, o la autoridad judicial por mandato legal, puedan restringir con asiduidad la posibilidad de otorgar testamento. Otros autores, en cambio, manejan otra lectura, arguyéndose que el artículo 662 es una proyección del *favor testamenti*, consagrando una presunción *ius tantum* de capacidad que determina que las excepciones a dicho principio sean objeto de una interpretación restrictiva⁷³.

5.1. *Ámbito de aplicación de los artículos 663 y 665 del Código Civil*

Sí han sido modificados los artículos 663 y 665 del Código Civil. El primero de ellos ahora dispone que «[no] pueden testar: 1º La persona menor de catorce años. 2º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». La sustitución de la expresión «el que», que albergaba la redacción anterior, por «la persona», no ha sido un mero recurso lingüístico, sino que, como expone BARBA, ahora se pone el acento en la persona y no en su condición, afirmando que «el concepto médico de discapacidad ha sido superado en favor de un concepto social y, sobre todo, que la persona es el valor fundamental del ordenamiento jurídico y que el derecho debe ser siempre un instrumento de promoción de la persona humana»⁷⁴. No negaremos que la *mens legislatoris* fue la que expuso Barba, pero torpemente resulta contradicha por el propio legislador por medio del artículo 664 del Código Civil, que dispone que es válido el testamento «hecho antes

⁷³ ROMERO COLOMA, Aurelia María, «La capacidad de testar y su problemática jurídica», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56 (2012), p. 4; ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 662», *op. cit.*, p. 907; DE TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y...», *op. cit.*, p. 463.

⁷⁴ BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31 (2021), p. 5.

de la enajenación mental». Como la *dictio legis* arraigada al modelo médico no fue derogada, seguramente, por un mero olvido, no haremos aquí leña del árbol caído⁷⁵.

Siguiendo con la glosa del artículo 663, el precepto determina que no podrán testar no solo las personas menores de catorce años, sino también las personas que no «pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda o apoyos para ellos». La dicción, que se ubica *ab initio* del Título III del Libro III, en sede de las «[disposiciones] generales», debe hilvanarse con los artículos 688 y 708 del Código Civil. El primero exceptúa los catorce años como edad a partir de la cual podrá otorgarse testamento ológrafo, elevándola a la mayoría de edad, mientras que el segundo impide a las personas que no sepan o no puedan leer otorgar testamento cerrado, conteniendo el segundo párrafo una regla específica para aquellas que tengan una discapacidad visual.

Finalmente, deducimos, de una lectura *ad pedem litterae* del segundo apartado del artículo 663, que el precepto impide testar no solo a aquellas personas que no tengan las facultades intelectivas y volitivas suficientes para «conformar» su voluntad en el momento del otorgamiento, sino también, aunque no lo diga *ex profeso*, a aquellas que, suponemos por una discapacidad física o sensorial, no puedan «expresar» su voluntad, aunque la haya formado satisfactoriamente. Por esta razón, no faltan autores que, en relación a dicho inciso, vindican que en vez la conjunción copulativa «o» debería haberse empleado «y»⁷⁶. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ ha expuesto que el uso de la conjunción «o» puede hacer pensar que la testamentifacción activa también se aplica a las discapacidades físicas o sensoriales⁷⁷, y, previa cita del artículo 665, que las dificultades de manifestación de la voluntad, cuando exista comprensión, debería reconducirse a las forma del otorgamiento, excluyéndose de la sección que regula la capacidad para disponer por testamento⁷⁸.

A nuestro modo de ver, no creemos que la crítica de la autora merezca censura por nuestra parte, ya que la inmensa de la mayoría de los casos en los que una persona no podrá testar se deberá a que no pueda conformar su voluntad en orden al

⁷⁵ Lo mismo ha ocurrido con el artículo 742 del Código Civil, que sigue diciendo «alteraciones graves en la salud mental».

⁷⁶ FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 422.

⁷⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil», en AA.VV., *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 447.

⁷⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «El artículo 665 CC», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 888.

testamento⁷⁹. Vemos arduo pensar en un supuesto donde la persona, pese a que pudo llegar a conformar su voluntad, no fue capaz de expresarla al socaire de una discapacidad física o sensorial, máxime cuando el Tribunal Supremo, en la STS 24 noviembre 2004⁸⁰, ha llegado incluso a desestimar la acción de nulidad de un testamento abierto notarial donde el testador, que presentaba una discapacidad física y psíquica, no podía hablar ni escribir, comunicándose mediante gestos con la mano y asentimientos con la cabeza con el notario autorizante. El planteamiento de los demandantes era que si el testador no podía hablar ni escribir, difícilmente se pudo haber comunicado previamente con el notario, citando el artículo 695 que decía que «[el] testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al notario». Ciertamente es que el precepto dice que será, precisamente, el testador y no un tercero el que expresará su última voluntad al notario, pero el Alto Tribunal no secundó una interpretación rigorista del precepto, admitiendo que pudiera ser expresada por un mandatario o un abogado, como fue el caso, sin que se estimase vulnerado el artículo 670, toda vez que consideró admisible que el testamento lo redactase un tercero, a ruego del testador, si este estableció previamente las partes objetivas y criterios de distribución⁸¹.

Por otro lado, la redacción vigente del artículo 663 mejora la de su antecesora, en el sentido de que sustituye la expresión, heredera del modelo médico, relativa al «cabal juicio», por una más respetuosa con la dignidad personal. A nuestro juicio, y conforme a una interpretación histórica y teleológica de la norma, no podrán testar aquellas personas que, por una discapacidad psíquica, no puedan conformar su voluntad en relación al testamento y también aquellas que presenten un estado, no ligado en sentido estricto a una enfermedad, que les provoque un estado de obnubilación que le impida comprender lo que es y lo que implica el negocio testamentario, como un estado de embriaguez, un exceso de medicación, etc. Es decir, no solo podrá afectar a la posibilidad de otorgar testamento una enfermedad prolongada que produzca una merma superlativa o notable de las facultades mentales, sino aquellos estados que, sin

⁷⁹ En otro trabajo anterior, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ manifestó que otras discapacidades, más allá de la psíquica o mental, «en nada afectan al otorgamiento de testamento» [DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (2018), p. 16].

⁸⁰ STS 24 noviembre 2004 (RJ 2004, 7554).

⁸¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones* (edición revisada y puesta al día por Díaz Alabart, Silvia), Edisofer, Madrid, 2015, p. 220, admitía que el testador se sirviera de un tercero para hacer llegar al notario las instrucciones escritas. Igual, MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentario al artículo 695», op. cit., p. 5343, que aducía que la comunicación de la *voluntas testatoris* la tenía que hacer el testador personalmente o bien por persona interpuesta.

incardinarse en la discapacidad *stricto sensu*, produzca en la persona un deterioro que le impida ejercer, en un momento determinado, su capacidad jurídica *mortis causa*⁸².

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ expresa que la mención a los «apoyos» que late en el artículo 663.2º del Código Civil y la referencia expresa a la «persona con discapacidad» del artículo 665, puede ser visualizado como una regla restrictiva, peyorativa y confusa, en el sentido de que se pudiera entender que el ámbito de aplicación del precepto se define por la exclusión, pues solo se refiere a las personas con discapacidad, dejando al margen otros supuestos donde la persona tiene mermada o anulada la *voluntas testatoris*; no obstante, reconoce, citando los artículos 685, 696 y 707.4º, que el juicio de aptitud del notario no solo se circunscribe a las persona con discapacidad dotada o susceptible de estar dotada de medidas de apoyo, sino también a todos los supuestos ya mencionados donde la persona sufra una merma de sus facultades⁸³.

Cierto es que el artículo 665 hace una referencia expresa, respecto al juicio de aptitud del notario y los apoyos, a la persona con discapacidad, mención que omite el artículo 663.2º, que solo se refiere a la «ayuda de medios o apoyos» para conformar o expresar la voluntad. La citada autora, como hemos expuesto, critica los citados artículos en tanto en cuanto parece que el juicio de aptitud solo debe circunscribirse a la persona

⁸² Así lo declaró la jurisprudencia conforme a la redacción vigente del artículo 663.2º CC antes de la reforma de 2021, pudiendo citarse las SSTS 7 octubre 1982 (RJ 1982, 5545) y 4 octubre 2017 (RJ 2007, 7401), diciendo esta última en el fundamento de derecho undécimo lo siguiente: «[La] situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la formula [sic] utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue». Véase también RUBIO GARRIDO, Tomas, «Nulidad del testamento por alcoholismo crónico y dolo y fraude captatorio sufrido. Nulidad de los cargos testamentarios deferidos y alcance de la nulidad de los actos ejecutados por tales cargos. Posible convalidación y pérdida de la legitimación activa por actos propios. Comentario a la Sentencia del TS núm. 685/2009, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24/2010 (2010), p. 4, y VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744 (2014), p. 1648; COBAS COBIELLA, María Elena, «Capacidad para testar», en AA.VV., *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 478.

⁸³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Tratamiento de la discapacidad...», *op. cit.*, pp. 447 y 448. En otro trabajo, la autora también critica que la virtualidad del apoyo lo circunscriba el artículo 665 a las personas con discapacidad, denunciando que ha habido una «falta de comprensión en sede parlamentaria de lo que implica la Convención, pues se había logrado evitar la inadecuada relación entre incapacitación versus capacidad de testar, para, en definitiva, volver a establecerla ahora en cuanto a discapacidad versus capacidad de testar» («Artículo 665 CC», *op. cit.*, p. 888). También ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, p. 533, que dice que no basta el «cabal juicio» para que la persona pueda testar, sino que además se exige que pueda «conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones».

con discapacidad, intuyendo nosotros que la misma entiende por persona con discapacidad aquella que tenga o pueda tener medidas de apoyo. Si vamos a la Disposición Adicional cuarta del Código Civil vemos que circunscribe, respecto a los artículos 96, 756.7º, 808, 822 y 1041, las referencias a la persona con discapacidad al concepto definido en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, Ley 41/2003), que a la sazón entiende por persona con discapacidad aquella que presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento o que presente una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Respecto a otros preceptos, menciona la citada disposición que se entenderá por persona con discapacidad aquella que precise «la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica», salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate. La LAPCD no define a la persona con discapacidad, sin embargo, el apartado III del Preámbulo dice que «podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo», mientras que los artículos 249 y 250 del Código Civil contempla las medidas de apoyo para las personas «que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», sin añadir nada más. Como quiera que el Preámbulo es un importante elemento hermenéutico, debemos detenernos en el pasaje del mismo reseñado tipográficamente, el cual admite dos lecturas: una, consistente en que se podrá dotar de medidas de apoyo a cualquier persona que la precise, siempre que tenga una deficiencia o enfermedad mental susceptible de poder generar, aunque no se le exija en el expediente o procedimiento de provisión de apoyo, el reconocimiento administrativo de persona con discapacidad conforme a las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derecho de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, TRLGDPD); otra, que se basaría en que podría ser acreedor de medidas de apoyo cualquier persona que las precise, sin necesidad del reconocimiento administrativo de la discapacidad y aunque esta no sea susceptible de ser reconocida como tal por carecer de una deficiencia mental, según la terminología empleada por el art. 4 TRLGDPD, pudiendo fundamentarse la medida de apoyo en circunstancias como la ancianidad que, sin sustentarse en la deficiencia mental *stricto sensu*, avale que la persona se quiera valer o precise para el ejercicio de su capacidad jurídica de una medida de apoyo. Si nos remitimos al artículo 1 de la CDPD, todo parece indicar que el Preámbulo de la LAPCD acoge la primera acepción, esto es, se puede dotar de medidas de apoyo a aquellas personas que, por una deficiencia mental o intelectual, sean susceptibles del reconocimiento administrativo de la discapacidad, aunque no lo tengan a efectos de prueba, toda vez que el texto internacional, utilizando el *nomen* de personas con discapacidad, describe a estas como

aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales *a largo plazo* que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Entendemos que el fallo no es tanto del legislador español⁸⁴, sino de la Convención, pues a pesar de evolucionar hacia el modelo social, se infiere del título del texto internacional que su ámbito de aplicación se refiere a las personas con discapacidad y, además, discrimina en su artículo 1 la aplicación de las medidas de apoyo a aquellas personas que tengan las deficiencias descritas *a largo plazo*, pudiendo ser que haya personas que por un exceso de medicación debido a una enfermedad temporal u otra causa⁸⁵ precisen en un momento determinado de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica⁸⁶. Es por ello que, al amparo del modelo social y la seguridad jurídica, creemos que es misión del legislador, ora patrio ora internacional, elaborar, más allá del título o de la rúbrica del instrumento legal⁸⁷, una norma que reconozca, sin ambages y con perspicuidad, la operatividad del apoyo a otros colectivos que, sin duda, lo precisan igual que las personas con discapacidad, como así lo ha previsto el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, aprobada el 15 de junio de 2015 por la Organización de los Estados Americanos, que consagra la obligación de los Estados partes de adoptar «las

⁸⁴ Como ya citamos, PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La transformación de la guarda...», *op. cit.*, p. 64, no obstante, responsabiliza al legislador español de la indefinición que, a su juicio, fomentará problemas de interpretación.

⁸⁵ Reputamos acertada la siguiente aseveración de QUESADA SÁNCHEZ: «Por tanto, sin perder la perspectiva de lo que sea la discapacidad propiamente dicha, entendida en el sentido administrativo, social o laboral, y cómo estos conceptos deban ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar la nueva legislación civil, no cabe duda de que nuestra norma va más allá, e incluye a discapacitados en sentido estricto, pero también a todo tipo de personas necesitadas de apoyo para ejercitar su capacidad jurídica, como personas mayores de edad con pérdida de facultades o problemas mentales o, en su caso, incluso físicos, si ubicaran a la persona en el ámbito objetivo de la norma que estudiamos [...] Y parece razonable que la interpretación que se haga de estos artículos, por tanto, no sea estricta ni restrictiva a la hora de exigir la necesaria conexión con la discapacidad en su sentido más exacto, sino que es razonable que superemos dicho concepto a la hora de aplicar estas normas y atender a toda persona necesitada de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en el sentido indicado» (QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, «Cuestiones generales. Sobre...», *op. cit.*, p. 28). Puede verse también DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «Personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 467, que defiende la presencia del apoyo en situaciones de vulnerabilidad como la vejez y la última enfermedad.

⁸⁶ Precisamente, ÁLVAREZ LATA y SEOANE propusieron en 2010 ampliar el modelo de asistencia de la CDPD «a situaciones no contempladas en el artículo 199 CC y referidas a personas en situación de vulnerabilidad o con dificultades temporales para el ejercicio autónomo de su capacidad» [ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24 (2010), p. 62].

⁸⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sobre la Ley 8/2021...», *op. cit.* p. 68 (nota a pie de página núm. 56 *in fine*), también alberga dudas sobre el ámbito de aplicación de la LAPCD, aduciendo, con cita de Carrasco Perera, que quizás habría sido más acertado «titular la Ley 8/2021 como *de apoyo a las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica*, prescindiendo de la referencia a la discapacidad en la mayor parte de los artículos modificados del Código Civil».

medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Concluyendo esta parte, como quiera que la Disposición Adicional cuarta del Código Civil permite adaptar el concepto de discapacidad a los fines del precepto concreto («salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate»), consideramos que el juicio de aptitud en torno a la testamentifacción activa debe abarcar a toda persona que presente una merma de sus facultades intelectivas, ya derive de una deficiencia psíquica a largo plazo o de otros estados temporales o transitorios, y, respecto al apoyo que reconoce el artículo 665, abogamos porque sea extensible tanto a aquellas personas que no puedan conformar su *voluntas testatoris*, por la causa que sea⁸⁸, como a aquellas otras que, pudiendo conformarla, tengan dificultades para expresarla⁸⁹.

5.2. *Momento en el que se ha de apreciar la testamentifacción activa*

No hemos transcrito, pese a su cita, el contenido del artículo 665 del Código Civil para no incurrir en tautologías, ya que en este apartado y en los siguientes nos volcaremos en los aciertos y desaciertos del inciso. Dispone la primera parte del artículo 665 que «[la] persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones»; a su vez, el artículo 666 sigue diciendo que para apreciar la capacidad del testador «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento».

Si hilvanamos los citados artículos con el 663, que sustituyó la expresión «[están] incapacitados para testar» por «[no] pueden testar», y que con un intencionado énfasis dice que no podrán otorgar testamento la persona que «en el momento de testar» no pueda conformar o expresar su voluntad, la conclusión es que la reforma veta la posibilidad de que el juez limite la posibilidad de testar en el expediente o proceso en el que a una persona con discapacidad se le provea de medidas de apoyo, máxime cuando el artículo 269 dispone que en ningún caso la resolución judicial que constituya la curatela podrá incluir la «mera privación de derechos».

⁸⁸ Así lo expuso CUENCA GÓMEZ en relación a los actos personalísimos: «La regulación de las condiciones para el ejercicio de estos actos debe centrarse en las «situaciones» y no en los «rasgos» de la persona. En este sentido, se propone establecer que no podrán realizar estos actos quienes se encuentren en una situación que les impida, por cualquier motivo, conformar o expresar su voluntad por cualquier medio» (CUENCA GÓMEZ, Patricia, «El sistema de apoyo...», *op. cit.*, pp. 83 y 84).

⁸⁹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «La comparecencia asistida...», *op. cit.*, p. 479; GARCÍA RUBIO, María Paz, «La reforma operada...», *op. cit.*, pp. 54 y 55.

Sin duda, es un acierto del legislador avalado por la doctrina moderna⁹⁰, con alguna *rara avis* de algún autor adorador del pasado⁹¹, que el juicio de aptitud se ciña justamente al momento en el que la persona va a testar, sin que el juez pueda limitar *ex ante* la facultad de otorgar testamento, como permitía la dicción del artículo 665 antes de la publicación de la LAPCD.

No obstante, pese a que hasta cuatro preceptos vetan la posibilidad de que los jueces se pronuncien sobre la testamentifacción activa, hay tribunales que, publicada la reforma, se han guiado por los antiguos cerros, bien limitando la posibilidad de testar o extendiendo las medidas de apoyo de corte representativo al ámbito testamentario, como la SJPI Tafalla 23 noviembre 2021⁹², que constituye una curatela con facultades de representación respecto a una persona que padecía Alzheimer, disponiendo que sería necesaria la intervención del curador para múltiples actos, entre los que se encontraba «realizar disposiciones testamentarias». En cambio, otras resoluciones, remitiéndose a la LAPCD, han dejado sin efecto el fallo dictado antes de la reforma restringiendo la capacidad de testar, como la SAP Islas Baleares 10 septiembre 2021⁹³, que dijo que las medidas de apoyo con facultades de representación no se podían extender a la «capacidad de testar», o la SAP Orense 22 noviembre 2021⁹⁴, que dejó sin efecto el pronunciamiento del juez *a quo* prohibiendo a la otrora incapacitada otorgar testamento. Más explícita fue la SAP Cantabria 5 octubre 2022⁹⁵, que estudió el recurso de apelación presentado por una fundación instituida curadora con facultades de representación, disponiendo el fallo de la sentencia dictada en primera instancia que tenía que representar a la persona con discapacidad para «la celebración de contratos de cualquier clase y de disposición patrimonial y testamentaria [sic]». El tribunal estimó

⁹⁰ Además de la cita en páginas anteriores en relación a la reforma de la Ley 30/1991, puede verse, ya sea respecto al Anteproyecto o la LAPCD, GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», *op. cit.*, p. 183; CARRASCO PERERA, Ángel, «Brújula para navegar en la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *Centro de Estudios de Consumo* (2021), p. 2; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La reforma del derecho...», *op. cit.*, pp. 377 y 378; BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 4; ZURITA MARTÍN, Isabel, «Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis (2022), p. 3102; HERMIDA BELLOT, Beatriz, «Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por la Ley 8/2021», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis (2022), p. 1920; ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 665», *op. cit.*, p. 911; DÍAZ ALABART, Silvia, «Derecho de sucesiones y discapacidad», *op. cit.*, p. 194; ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Reforma en Derecho de sucesiones», *op. cit.*, p. 464; FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar testamento y capacidad para suceder», *op. cit.*, p. 426.

⁹¹ RUBIO GARRIDO, Tomás, «Cambios en materia sucesoria introducidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *op. cit.*, pp. 599 y 600.

⁹² SJPI Tafalla 23 noviembre 2021 (JUR 2022, 91803).

⁹³ SAP Islas Baleares 10 septiembre 2021 (JUR 2021, 354441).

⁹⁴ SAP Orense 22 noviembre 2021 (JUR 2022, 51033).

⁹⁵ SAP Cantabria 5 octubre 2022 (JUR 2022, 354472).

el recurso, diciendo el fundamento de derecho quinto que «el art. 665 CC ya no prevé la posibilidad de que la sentencia prive de la capacidad de testar, pudiendo ejercerla en las condiciones que el precepto dispone y no cabe, en modo alguno, atribuir a un curador facultades representativas para otorgar testamento, dada la naturaleza esencialmente personal de ese acto jurídico»⁹⁶.

En cuanto a los problemas de Derecho transitorio, cabe la posibilidad de que una persona que había sido incapacitada pretenda otorgar testamento y la sentencia contuviere un pronunciamiento restringiendo dicha posibilidad. Se podría decir que en este caso lo que procedería, según la Disposición transitoria quinta de la LAPCD, es la revisión de las medidas que se hubiesen establecido para adaptarlas al régimen de apoyos, sin embargo, nosotros abogamos por la tesis de que el pronunciamiento que vetaba la posibilidad de testar a la persona con discapacidad quedaría en aguas de borrajas, por mor de la Disposición transitoria primera, que dispone que una vez que haya entrado en vigor la reforma «las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto».

5.3. *El juicio de aptitud o discernimiento*

Como hemos dicho más arriba, el artículo 663 del Código Civil ha eliminado la referencia a la expresión «al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio». Puede ser cierto, como expone DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, que la mención explícita a los apoyos que alberga la actual redacción y la referencia a las personas con discapacidad del artículo 665 pueda provocar que el lector visualice que los citados preceptos son peyorativos para las personas con discapacidad, pues, conforme a la tesis de la autora ya expuesta y rebatida, parece excluir a otras personas que, sin tener una discapacidad, no tengan las suficientes facultades o discernimiento para el negocio testamentario. Pero una cosa es secundar esta crítica y otra muy distinta es compartir que la expresión «cabal juicio» podría haberse mantenido por ser acorde con el espíritu de la CDPD⁹⁷.

Es verdad que dicha fórmula comprendía en la testamentifacción activa, según inveterada jurisprudencia, tanto a las personas que, por una anomalía o alteración psíquica, no podían comprender el testamento, como aquellas que, por un estado

⁹⁶ Véase también la SAP Asturias 1 diciembre 2021 (JUR 2022, 60566), que excluye la intervención del curador con facultades de representación del negocio testamentario, diciendo que había de estarse a lo dispuesto en el artículo 665, y la SAP Cantabria 31 marzo 2022 (JUR 2022, 157360).

⁹⁷ Así parece sugerirlo DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: «Personalmente no veo nada peyorativo en la tradicional expresión cabal juicio» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Tratamiento de la discapacidad...», *op. cit.*, p. 447). En la misma línea, RUBIO GARRIDO, Tomás, «Cambios en materia...», *op. cit.*, p. 594.

mental temporal o no asociado a una enfermedad mental, no comprendían las vicisitudes del negocio testamentario⁹⁸, pero la misma, amén de no ser la más respetuosa con la dignidad de las personas con discapacidad, podía conducir a equívocos.

A nuestro juicio, con la dicción actual, y al margen de toda interpretación, toda vez que la norma debe aspirar a cumplir el principio *in claris non fit interpretatio*, podrán testar las personas mayores de catorce años que esté en plenitud de sus facultades y, además, la que, sin hallarse en plenitud de sus facultades, tenga el suficiente discernimiento para comprender el negocio testamentario⁹⁹. Se podría parangonar la testamentifacción activa con la aptitud para contratar, sosteniéndose que si la persona no tiene capacidad para contratar tampoco la tendrá para otorgar testamento. Esta comparación podría conducir al silogismo de afirmar que si la persona con discapacidad tiene una curatela con facultades de representación «plena o general» no podrá otorgar testamento y, si ello es así, sería laudable que el juez le privara de la oportunidad de otorgar testamento, pese a que dicha prohibición quede extramuros de cualquier fin de protección, dado los efectos *post mortem* del testamento.

⁹⁸ Según la STS 4 octubre 2007 (RJ 2007, 7401), la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue». Véase también la STS 5 noviembre 2009 (RJ 2010, 84), que confirmó la nulidad de un testamento otorgado por una mujer que padecía un alcoholismo crónico al tiempo de otorgar testamento.

⁹⁹ PÉREZ RAMOS, Carlos, «El problema de la capacidad de obrar de los discapaces», *El notario del siglo XXI*, no. 42 (2012), propuso eliminar el binomio capacidad jurídica y capacidad de obrar, abogando por el concepto «capacidad de obrar suficiente», focalizándola en el acto concreto que se va a perfeccionar. Dijo LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año IX, no. 36 (2015), p. 55, que «[la] capacidad exigida debe ser la suficiente para la normal comprensión del negocio jurídico que se pretenda otorgar y sus naturales consecuencias; exigir un conocimiento profundo sería excesivo». Esta afirmación está ratificada por el 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 (RN), que consagra el carácter relativo del juicio de aptitud: «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate». En 2018, GUILARTE MARTÍN-CALERO propuso reformar los artículos 663 y 665, proponiendo que la nueva redacción fuese respetuosa con la CDPD y la dignidad de las personas con discapacidad y, no menos importante, que se pusiera el foco en la «capacidad natural en el momento del otorgamiento» (GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentario de la Sentencia...», *op. cit.*, pp. 463 y 464).

Si afirmamos que no es necesaria la capacidad o la «plena capacidad» sino el discernimiento para otorgar testamento¹⁰⁰, no será solo por el destierro del periclitado binomio capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino porque el testamento es un negocio jurídico que tiene su propia idiosincrasia, que suele tener como fundamento causal los vínculos afectivos que ha establecido el testador en vida, no requiriendo, para su otorgamiento, que el otorgante esté en plenitud de facultades para todos los actos con relevancia jurídica. Es decir, en tanto en cuanto los vínculos afectivos lo sienten y padecen las personas con discapacidad, creemos que, en la medida en que estas son capaces de exteriorizar dichos afectos junto con la *voluntas testatoris*, el umbral de aptitud para otorgar testamento debe ser más amplio que el pudiera llegar a establecerse en el ámbito contractual¹⁰¹, toda vez que estas pueden llegar a tener dificultades, incluso no comprender, lo que significa o implica un determinado contrato, y, sin embargo, puedan tener las suficientes facultades para comprender que quieran beneficiar a determinados parientes, allegados o a cualquier otra persona o institución tras su muerte¹⁰². Ciertamente es que determinadas personas no puedan comprender lo que significa una sustitución fideicomisaria o un legado de cosa ajena, pero ello no puede conducir a afirmar que no puedan llegar a comprender lo que implica que una persona cercana sea beneficiaria o excluida de todo o parte de su patrimonio.

Respecto al juicio de aptitud o discernimiento que tendrá que hacer el notario, si se trata de un testamento abierto notarial, o el juez, si el testamento llegara a ser impugnado, se ha dicho que la testamentifacción dependerá del contenido de las disposiciones testamentarias, afirmando RODRÍGUEZ GUITÍAN, seguida de otros autores, que «[para] un testamento complicado puede no servir la suficiencia de juicio necesaria

¹⁰⁰ PLANAS BALLVÉ, María, «La capacidad para otorgar testamento», *op. cit.*, p. 658; ALBA FERRÉ, Esther, «La comparecencia ante el notario de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis (2022), p. 1760; ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Reforma en Derecho de sucesiones», *op. cit.*, p. 463; Afirma ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, p. 533, que «[el] notario no debe comprobar que la persona está en su “cabal juicio”, sino que, según su propio criterio, pueda conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones».

¹⁰¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Testamento otorgado por personas...», *op. cit.*, p. 6; NÚÑEZ NÚÑEZ, María, «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 512, fundamentando su postura en que las disposiciones testamentarias son revocables y no comprometen los intereses que el testador como lo haría un contrato, ya que los efectos económicos del testamento se despliegan *post mortem*. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 663», *op. cit.*, pp. 908 y 909.

¹⁰² Por la razón expuesta, no estamos de acuerdo con la siguiente afirmación de DE TORRES PEREA: «[Creo] que una forma de interpretar la ley sería asimilar en parte los supuestos que podrían dar lugar a una curatela representativa a aquellos en los que no sería posible testar» (DE TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y...», *op. cit.*, p. 466).

para el otorgamiento de un testamento elemental»¹⁰³. *Prima facie*, no podemos, desde el punto de vista estrictamente teórico, estar de acuerdo con la afirmación transcrita con accidentes tipográficos, pues una cosa es la aptitud para testar y otra bien distinta es la influencia indebida¹⁰⁴, popularmente conocida en el derecho anglosajón como *undue influence*¹⁰⁵. Si se planteara en sede judicial una pretensión de nulidad del testamento que otorgó un testador vulnerable, entendiendo este, según ZURITA MARTÍN, como «aquella persona que se halla necesitada de una atención jurídica especial, dadas las condiciones de particular precariedad en la que se encuentra frente a aquellas otras que intentan captar su voluntad en interés o beneficio propio»¹⁰⁶, seguramente el abogado alegará como fundamento de la demanda que el testador fue acreedor de una influencia indebida y que no tenía aptitud para testar. Sin embargo, puede ser que la persona otorgante tuviese aptitud para testar y, sin embargo, el juez o tribunal declare la nulidad del testamento, no residenciándose la decisión en el artículo 663 del Código Civil, sino en el artículo 673 en relación con el artículo 1269¹⁰⁷⁻¹⁰⁸, contemplando este

¹⁰³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Artículo 662. Capacidad de testar», *op. cit.*, p. 270; CAROL ROSÉS, Fernando, «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764 (2017), p. 3246; MESA MARRERO, Carolina, *La capacidad para testar...*, *op. cit.*, p. 42; GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», *op. cit.*, p. 176; DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma, «Personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 455; ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Reforma en Derecho de sucesiones», *op. cit.*, p. 463; ZURITA MARTÍN, Isabel, «Requisitos y límites...», *op. cit.*, p. 3110.

¹⁰⁴ Según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Derecho de sucesiones...», *op. cit.*, pp. 40 y 41, «se trata de dos cuestiones perfectamente distinguibles en teoría, afectando la primera [la capacidad para testar] a la aptitud requerida para dotar de validez al testamento y la segunda [la influencia indebida] a la libertad que debe preservarse en cuanto a la expresión y libertad de la voluntad del sujeto, aunque, sin duda, pueden coincidir en algunos supuestos [...] Los vicios de la voluntad no están necesariamente relacionados con la capacidad, sino que se mantienen en su tratamiento al margen pudiendo afectar a cualquiera».

¹⁰⁵ Madoff, citado por VAQUER ALOY, Antoni, «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII (2015), p. 334, expone los cuatro elementos que la jurisprudencia americana valora para apreciar la existencia de una *undue influence*: «a) una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia; b) la persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento; c) el testador era susceptible de undue influence, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas; d) el causante realiza alguna atribución «no natural» a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada más probabilidades de undue influence», diciendo que además se toma en consideración «si otras personas distintas de la persona presuntamente influenciadora prestaron asesoramiento al causante y el grado de control de los asuntos económicos y legales de este ejercido por el beneficiado en el testamento».

¹⁰⁶ ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en AA.VV., *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 91. De Amunátegui Rodríguez, define el testador vulnerable como «aquel que se ve privado de decidir y sobre el que se puede ejercer una influencia indebida a causa de la presión llevada a cabo por terceras personas» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Testamento otorgado por personas...», *op. cit.*, p. 11.).

¹⁰⁷ Vid., entre otras, la STS 5 noviembre 2009 (RJ 2010, 84), que aprecia el dolo como vicio de la voluntad en sede testamentaria.

último el dolo como vicio del consentimiento en sede de contratos¹⁰⁹. Lo expuesto se extrapola al ámbito notarial¹¹⁰, pues si, *ad exemplum*, una persona con discapacidad, fácilmente influenciada, comparece ante el notario y le facilita unas instrucciones escritas que contiene su última voluntad, el notario, ante la sospecha de que el otorgante no comprende dichas disposiciones, realizará las diligencias pertinentes para comprobar si, realmente, se trata de la *voluntas testatoris*; si, a la postre, resulta que la persona con discapacidad no comprendía las disposiciones escritas que le entregó al notario, más que una falta de aptitud para testar, lo que habría es una influencia indebida, pudiendo ser perfectamente factible que la persona pueda otorgar otro testamento más sencillo, o dicho de otro modo, *sus* disposiciones testamentarias, no las labradas por un tercero.

Ejemplo de lo expuesto es la STS 25 noviembre 2014¹¹¹, que desestimó el recurso de casación presentado por los demandantes contra la sentencia dictada en segunda instancia que estimó la nulidad de dos testamentos otorgados por dos progenitores, ratificando el Alto Tribunal la resolución recurrida que dijo que una cosa es la acción de nulidad sustentada en el vicio de la voluntad, y otra bien distinta es la nulidad fundamentada en la falta de capacidad mental, habiendo declarado la nulidad por estimar acreditado el dolo que protagonizó uno de los hijos que, merced a una maquinación, logró prostituir la voluntad testamentaria de los progenitores.

No obstante, reconocemos que nuestro planteamiento consistente en la defensa a ultranza de la dicotomía entre la aptitud de testar y la influencia indebida puede ser discutible en la práctica forense, sobre todo con la actual dicción de los artículos 663.2º y 665 del Código Civil, y a fin de demostrarlo nosotros mismos nos rebatiremos. En el

¹⁰⁸ VAQUER ALOY, Antoni, «La protección del testador vulnerable», *op. cit.*, p. 335, dice que «[la] undue influence no presupone necesariamente la falta de capacidad natural del testador, pues entonces el testamento carecería ya de validez; basta con que sea susceptible de la captación de su voluntad, pero en la práctica es frecuente que se combinen la alegación de la influencia indebida y de la falta de capacidad natural del testador, ya sea para asegurar un resultado favorable a la impugnación del testamento al disponer de dos vías argumentales, ya sea para reforzar la impresión de la debilidad del causante ante la sugestión empleada, con la idea de que a menor capacidad de obrar mayor susceptibilidad de ser influenciada la persona»

¹⁰⁹ RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Capacidad jurídica y discapacidad...», *op. cit.*, p. 84, estima que la influencia indebida es una suerte de *tertium genus* que no puede ser identificado ni con la intimidación ni con el dolo, rechazando la identificación con esta figura porque, conforme a la literalidad del artículo 1269, en el ámbito testamentario no hay otra parte contratante, amén de que la conducta de la persona que prostituye la voluntad del testador no tiene por qué ser identificada con una «maquinación insidiosa», sino más bien con una «prevalencia de autoridad».

¹¹⁰ Estamos de acuerdo con DE TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y...», *op. cit.*, p. 472, cuando arguye que la función del notario es doble, pues por un lado debe comprobar que el testador comprende sus disposiciones y, por otro, que no es objeto de una intromisión o influencia ajena a la *voluntas testatoris*.

¹¹¹ STS 25 noviembre 2014 (RJ 2014, 6060).

supuesto de que se plantease la nulidad del testamento otorgado por una persona con discapacidad que en circunstancias normales puede testar, se puede declarar la nulidad del mismo por una influencia indebida de un tercero, valorando el juez, además de otros indicios, la complejidad de las disposiciones testamentarias. Cierto es que el testador podía otorgar testamento, pero no el que otorgó y fue declarado nulo, sino otro más sencillo. También puede suceder que no haya indicios¹¹² suficientes para demostrar la influencia indebida, y el juez se tenga que pronunciar, de manera subsidiaria, sobre la nulidad del testamento *ex artículo 663.2º y 665*. Si el juez, con base en el acervo probatorio, llegase a la convicción de que el testamento que otorgó el causante era demasiado complejo para el discernimiento que presentaba en el momento del otorgamiento, quizás no pueda declarar la nulidad en virtud del artículo 673, pero si con base en los artículos 663.2º y 665, toda vez que ahora el legislador relativiza *ex profeso* la aptitud para testar, no exigiendo la capacidad *in abstracto*, sino en relación a la persona que otorgó el testamento y «sus» disposiciones testamentarias (véase que el artículo 663.2º habla de «su voluntad» y el artículo 665 dice «sus disposiciones»), de modo que si se demostrare, ante la orfandad probatoria del vicio del consentimiento o la influencia indebida, que la persona no pudo igualmente llegar a conformar la voluntad en orden al testamento que otorgó, el testamento podría ser declarado nulo, habiendo consagrado el legislador, como salvaguardia, un concurso de normas impugnatorias para todos aquellos casos en los que la *voluntas testatoris* estuvo mediatizada o cocinada fraudulentamente por un ajeno.

El lector especialista en el Derecho de sucesiones podría decir *nihil novum sub sole*, pues antes de la LAPCD eran autorizadas las voces que decían que el juicio de capacidad tenía que ser relativo, a tenor de las disposiciones testamentarias otorgadas. Sin embargo, esta afirmación no es extrapolable al profano, también destinatario de la norma, pues la expresión «cabal juicio» sugería otra cosa, entendiendo de su lectura que estaban incapacitados para testar quien no se hallase en plenitud de facultades, pudiéndose relacionar el «cabal juicio» con la plena capacidad de obrar, hoy relegada a la historia. Si, por ejemplo, un testador vulnerable por su ancianidad sucumbe ante la maquinación de un tercero, no sería extraño que, impugnado el testamento, el juez considerase que no se acreditó la influencia indebida (art. 673 en relación con el art. 1269 CC), y, a tenor de la literalidad del antiguo artículo 663.2º, descartase la nulidad por una ausencia de capacidad de testar, pues el testador, pese a su vulnerabilidad, tenía plenas facultades mentales para otorgar testamento. Ahora, como la aptitud para

¹¹² Debe tenerse en cuenta, como ha estudiado Vaquer Aloy, que la *undue influence* suele carecer de una prueba directa, acreditándose generalmente por pruebas indirectas o indiciarias, máxime cuando al momento de impugnar el testamento el testador habrá fallecido (VAQUER ALOY, Antoni, «La protección del testador vulnerable», *op. cit.*, p. 334).

testar se focaliza, no en la capacidad en abstracto¹¹³, sino en la persona del testador y en las *concretas* disposiciones testamentarias otorgadas, ante la orfandad probatoria de la *undue influence* el testamento igualmente podrá ser declarado nulo por la vía de la testamentifacción activa (arts. 663.2º y 665). *Ergo*, como toda norma debe aspirar a la perspicuidad y a rendir tributo al principio de seguridad jurídica, podríamos decir que en este punto concreto la reforma del artículo 663.2º y del primer inciso del artículo 665 del Código Civil, al consagrar exprofeso una yuxtaposición de normas impugnatorias, puede ser objeto de loa. En suma, ante una influencia indebida y el concurso de normas impugnatorias, se puede decir que *de Moliné fugirás pero de Gádex no te escaparás*.

Finalmente, se puede llegar a pensar que el juicio de aptitud del notario, con todo lo que ello conlleva, se extiende al testamento cerrado, ya que el artículo 707.4ª del Código Civil consagra como unas de las solemnidades de dicha forma testamentaria que el notario extienda sobre la cubierta del testamento el acta de su otorgamiento, debiendo dar fe de que el testador se hallaba, a su juicio, «con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». La literalidad de la norma cristaliza una suerte de brindis al sol que no obedece a la realidad de las cosas, pues difícilmente podrá el notario dar fe de la aptitud del testador en el testamento cerrado¹¹⁴, habida cuenta que entre la redacción y el otorgamiento puede haber transcurrido un lapso de tiempo más o menos extenso¹¹⁵. Con esto no queremos decir, como veremos al final de este trabajo, que la persona con discapacidad no pueda recurrir a otras formas testamentarias, además del testamento abierto, sino que el reforzamiento de la presunción *iuris tantum* de la validez del testamento debe circunscribirse al testamento abierto notarial, donde el notario realmente puede dar fe de la aptitud del testador¹¹⁶. En caso de que la persona haya recurrido a otras formas testamentarias, el testamento igualmente se presumirá válido, dada la presunción de capacidad, pero sin que pueda

¹¹³ Afirma, ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, p. 545, que el juicio del notario «no recae sobre la capacidad de la persona [...] sino sobre si el sujeto que se propone otorgar testamento puede ejercitar su capacidad jurídica en ese momento concreto».

¹¹⁴ ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles, «Artículo 665», *op. cit.*, p. 829; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentario de la Sentencia...», *op. cit.*, p. 464; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «El testador vulnerable...», *op. cit.*, p. 573; ZURITA MARTÍN, Isabel, «Requisitos y límites...», *op. cit.*, p. 3120.

¹¹⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La capacidad para testar...», *op. cit.*, pp. 631 y 632, y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Testamento otorgado por personas...», *op. cit.*, p. 26, circunscribían el juicio de capacidad al tiempo del otorgamiento, excluyendo el momento de su redacción. En similares términos puede verse MORGADO FREIGE, María Pilar, «La apreciación de la capacidad por el notario en el otorgamiento del testamento abierto», *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá XIV (2021), p. 207 y ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, p. 545, diciendo esta última que el momento esencial debe ser el momento de redacción del testamento.

¹¹⁶ VALLS I XUFRE, José María, «El papel del notario...», *op. cit.*, p. 114.

admitirse que la presunción de aptitud del testador está reforzada por la intervención notarial¹¹⁷.

5.4. Debate en torno a la solicitud de dictámenes en el testamento abierto notarial

Ligado con el juicio de aptitud, late la incógnita si, de *lege lata*, es posible que el notario en el testamento abierto recurra al dictamen de los facultativos antes de autorizar el testamento. Como hemos visto al tratar los antecedentes de la reforma, la redacción del artículo 665, dada por la Ley 30/1991, disponía que el notario solo autorizaría el testamento de una persona cuya sentencia de incapacitación no se pronunciare sobre su capacidad de testar si dos facultativos, que previamente lo reconocieran, respondían de su capacidad¹¹⁸; en caso contrario, no cabía la autorización del testamento. Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia avalaban que el notario recurriese a los facultativos si una persona sufría una merma de sus facultades intelectivas y volitivas sin haber sido previamente incapacitada.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, conforme al planteamiento que defendió en 2015 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ¹¹⁹, propuso reformar la dicción legal, al abrigo del modelo social de la

¹¹⁷ En línea con lo vertido, podemos ver la SAP Burgos 22 marzo 2019 (JUR 2019, 162806): «Estamos ante un testamento notarial abierto, es decir otorgado ante el Notario que acudió al hospital donde estaba ingresado el testador para autorizar el testamento, Notario que dio fe que a su juicio el testador estaba en pleno uso de capacidad para otorgar testamento. Ciertamente el notario no es un perito con facultades para apreciar la salud o capacidad mental de quien otorga el testamento, y el juicio del notario sobre la capacidad del testador puede ser contradicho en juicio. Ahora bien, si el testamento impugnado fuese un testamento ológrafo otorgado por quien está ingresado en un hospital y sufre encefalopatía hepática días antes de fallecer, sin duda estaríamos ante un testamento sospechoso, pero es el caso que el testamento fue otorgado ante un Notario que considera que el testador es capaz, por lo cual la presunción de capacidad de que goza toda persona que otorga testamento y no está judicialmente incapacitado para ello por sentencia, es una presunción que en este caso queda reforzada».

¹¹⁸ BONETE SATORRE, Berta, «El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 53 (2021), p. 133, mediante el recurso a la RAE del término «facultativo» y con cita de una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que avaló que el notario designara como facultativos a dos psicólogos y dos psiquiatras [SAP Madrid 7 julio 2017 (JUR 2017, 228460)], defendió que cabía la posibilidad que el vocablo facultativo englobase profesiones distintas a la del médico.

¹¹⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Comparecencia de una persona...», *op. cit.*, p. 57 dibujó el siguiente razonamiento (cursiva propia): «Sin embargo, la actuación notarial puede no ser suficiente, incluso para salvaguardar la responsabilidad del notario. Habrá que buscar más apoyos. Judicialmente será difícil tenerlos, pues estamos ante una persona a quien no se le modificó la capacidad en el ámbito judicial. El certificado o el dictamen médico ayudan al juicio de capacidad, pero seguramente no es suficiente, pues servirán para reforzar el juicio del notario sobre la capacidad, pero no es el adecuado para formar una voluntad debidamente informada del otorgante. Si la persona discapacitada previó estos apoyos, en la forma que antes veíamos, el problema quedará resuelto, pero si no existe esa previsión creemos que el notario sólo podrá autorizar el documento si conoce suficientemente el *entorno familiar* o de protección que rodea al discapacitado».

discapacidad que consagró la CDPD, de manera que el dictamen médico, que operaría como salvaguarda, «se acompañara de un informe social y de la audiencia de las personas próximas al testador», a fin de que el notario pudiese cumplir la doble función de «apreciar la capacidad legal exigida para el otorgamiento del testamento» y «garantizar que la voluntad del testador es libre y no existe influencia indebida»¹²⁰.

La redacción del artículo 665 conforme a la literalidad del Anteproyecto dispuso que si el notario dudara de la aptitud del testador, antes de autorizar el testamento, designaría «dos facultativos que previamente lo reconozcan» y dictaminaran favorablemente sobre dicha aptitud. De nuevo se dejaba al albur de los facultativos la autorización del testamento, pues se deducía de la literalidad de la norma que si estos no dictaminaban a favor de la aptitud de testar, el testamento no podía ser autorizado. En relación al inciso transcrito, dijo GARCÍA RUBIO que «[aunque] los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador»¹²¹. Aunque era propósito de la autora defender las bondades del Anteproyecto, nada más lejos de la realidad la hipotética crítica que formularían los partidarios de la CDPD en torno a que la propuesta de reforma del artículo 665 se adhería al modelo médico, toda vez que siendo el juicio de aptitud un juicio jurídico, no médico¹²², carecería de sentido atribuirle a los facultativos el poder de decisión a torno a la autorización del testamento. A renglón seguido GARCÍA RUBIO afirmó que sería el notario quien tomaría la decisión final sobre la autorización, no estando vinculado por el dictamen de los facultativos¹²³. A nuestro juicio, dicha adveración era discutible, pues de la literalidad del artículo 665 del Anteproyecto se

¹²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentario de la Sentencia...», *op. cit.*, pp. 462-465.

¹²¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», *op. cit.*, p. 176.

¹²² Además de LUCAS FERNÁNDEZ, citado más arriba (vid. nota a pie de página núm. 23), puede verse la siguiente recomendación de la *Guía Notarial de Buenas Prácticas para personas con discapacidad*, aprobada en Asamblea de los Notariados de la Unión Internacional del Notariado: «El Notario no realiza un juicio médico: lo “determinante” no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo» (p. 44).

¹²³ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», *op. cit.*, p. 176.

infería lo contrario o, al menos, dejaba espacio a la duda, con la inseguridad jurídica que ello implicaría: «este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y *dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud*».

Tan notable era el ligamen del Anteproyecto con el modelo médico, que las enmiendas al artículo 665 en el debate parlamentario no se hicieron esperar. El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y el de Ciudadanos propusieron eliminar toda referencia a los facultativos, justificando la enmienda en que las personas con discapacidad tenían que quedar sujetas a las mismas reglas que las demás en lo que al juicio de discernimiento se refiere, además que la intervención de los facultativos o expertos, en el caso que el notario dudare de la aptitud del testador, constituía una rémora del modelo médico de discapacidad¹²⁴. Misma justificación ofreció la enmienda presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos- En Comú Podem Galicia¹²⁵⁻¹²⁶. En la Cámara Alta, los senadores D. Josep Lluís Cleries i González y D^a María Teresa Rivero Segalás articularon otra enmienda, omitiendo toda referencia a los dictámenes de los facultativos y posibilitando que el notario, si dudara de la aptitud del testador, requiriese a este para que acreditase poseer dicha aptitud mediante la aportación de cualquier medio de prueba, justificando la enmienda en que la redacción transcrita del Anteproyecto era contraria al espíritu de la CDPD¹²⁷.

Finalmente, la redacción definitiva del artículo 665 del Código Civil omite toda referencia a los facultativos, diciendo, no sin previamente señalar que el juicio de aptitud corresponde al notario, que este «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». El artículo 698.2º, en la sección que

¹²⁴ Dichas enmiendas (núm. 34 y 120), proponían, al alimón, la siguiente redacción: «Para asegurarse la aptitud del testador para otorgar testamento, el Notario podrá acudir a cualquier medio de asistencia, apoyo o ajuste razonable para emitir su juicio de discernimiento, lo que hará constar expresamente».

¹²⁵ Enmienda núm. 171: «La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio, del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

¹²⁶ La enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular (núm. 390), se motivó solamente en la mejora técnica: «Las personas con discapacidad podrán otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, puedan 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».

¹²⁷ Enmienda núm. 121: «Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, este informará de ello al testador, y le requerirá para que acredite poseer dicha aptitud, mediante la aportación de cualesquiera medios de prueba admisibles en derecho que sirvan a tal fin».

regula el testamento notarial abierto, dice que al acto del otorgamiento deberán concurrir «[los] facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado», pero como se colige del último término empleado por la *dictio legis*, se trata de un mero lapsus que no fue objeto de adaptación y que no precisa de mayor comentario por nuestra parte.

En la doctrina, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO se ha mostrado muy crítico con el artículo 665 y con el hecho que se prescinda del auxilio de los facultativos, diciendo que dicha opción, amén de poco razonable, «supone endosar a los notarios una responsabilidad que no debería recaer únicamente sobre ellos para su propia tranquilidad»¹²⁸. Otros como BARBA y FERNÁNDEZ LOZANO no ven óbice, a pesar del silencio del artículo 665, para que el notario solicite el dictamen de uno o varios peritos o personas expertas, subrayando, conforme al planteamiento que defendió GUILARTE MARTÍN-CALERO en 2018, que los expertos no tienen que ser necesariamente médicos, sino especialistas en otras disciplinas, apostillando que el dictamen en cualquier caso no será vinculante para el notario¹²⁹. MORGADO FREIGE interpreta el silencio del artículo 665 como que el legislador ha querido dejar a la discrecionalidad de los notarios la solicitud del auxilio de los expertos¹³⁰. Rubio Garrido, citando el artículo 685, arguye que, como manifestación de prudencia, el notario podrá recabar el dictamen «de uno o varios médicos, en cumplimiento de su deber de cerciorarse de la capacidad del causante»¹³¹. ZURITA MARTÍN contempla como una opción del notario el recurso a los expertos siempre que cuente con el consentimiento del testador, concretando la autora que el dictamen sería para que un experto certifique la «capacidad» de la persona con discapacidad, dado que el fedatario público no es «especialista en problemas psíquicos» a la capacidad de discernir¹³². DOMÍNGUEZ LUELMO defiende el recurso a los facultativos y otros profesionales, para que el notario pueda «asegurarse de la existencia de capacidad para testar»¹³³. ALVENTOSA DEL RÍO y DÍAZ ALABART mantiene la misma opinión, pero mencionando solamente el recurso a los facultativos¹³⁴. ECHEVARRÍA DE RADA, pese a reconocer que la labor del notario responde a un juicio jurídico, no médico, defiende que el notario podrá requerir «informes médicos, psicológicos, de asistentes sociales o análogos», los cuales no serán vinculantes, citando, a fin de avalar su posicionamiento,

¹²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sobre la Ley 8/2021...», *op. cit.*, p. 69.

¹²⁹ BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 7, y FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, pp. 432 y 433.

¹³⁰ MORGADO FREIGE, María Pilar, «La apreciación de la...», *op. cit.*, p. 210.

¹³¹ RUBIO GARRIDO, Tomás, «Cambios en materia...», *op. cit.*, pp. 598 y 601.

¹³² ZURITA MARTÍN, Isabel, «Requisitos y límites...», *op. cit.*, pp. 3109 y 3110. Véase también DE TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y...», *op. cit.*, p. 469.

¹³³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La reforma del...», *op. cit.*, p. 380.

¹³⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Reforma en Derecho de sucesiones», *op. cit.*, p. 466, y DÍAZ ALABART, Silvia, «Derecho de sucesiones y discapacidad», *op. cit.*, p. 198.

el artículo 56 del Código Civil, que contempla que en el seno del acta o expediente matrimonial la autoridad competente recabe el dictamen médico si tiene dudas sobre la aptitud de prestar el consentimiento, subrayando que dicha medida ni es discriminatoria ni debería ser excepcional, toda vez que es un medio para constatar la capacidad¹³⁵. ALBA FERRÉ, citando igualmente el artículo 56, defiende que la posibilidad de recabar el dictamen médico «para valorar la aptitud» debería ser aplicable «a todos los negocios jurídicos como medio de ayuda a la actuación notarial»¹³⁶. HERMIDA BELLOT, que arguye que la supresión de los facultativos no respeta el artículo 12 de la CDPD por no «establecer las correspondientes salvaguardas», acude a una interpretación sistemática, citando los artículos 56 y 249 del Código Civil, para defender la posibilidad de que el notario acuda al dictamen médico, argumentando que el notario, conforme a los artículos 685, 696 y 707, debe asegurarse de que el testador «tiene la capacidad suficiente para testar», visualizando la autora el dictamen médico como una garantía frente a una posible impugnación del testamento¹³⁷. En cambio, ÁLVAREZ LATA interpreta la supresión expresa de los facultativos como un abandono del legislador de la concepción medica de la discapacidad y como un modo de respetar el artículo 12 de la CDPD, pues pone «a la persona con discapacidad en situación de igualdad»; sin embargo, la autora no ve inconveniente en que el notario pueda recurrir a la valoración de terceros expertos¹³⁸. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ defiende que el notario pueda acudir a los facultativos, razonando que el juicio de aptitud puede ser objeto de un posterior procedimiento judicial y que dicha solicitud no solo se ciñe al testamento que pueda otorgar la persona con discapacidad, sino también al de personas mayores o en situación de vulnerabilidad¹³⁹, cuyo grado de comprensión puede ser complejo de determinar. DURÁN ALONSO razona que los ajustes «necesarios» o «razonables» a los que se refiere los artículos 665 del Código Civil y 25 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN), avala que el notario pueda recabar informes de los servicios sociales o dictámenes médicos para garantizar el juicio de aptitud¹⁴⁰.

Mención aparte merece la crítica de PÉREZ GALLARDO, que, publicado el Anteproyecto, dijo que los médicos no son «la pieza clave y exclusiva para determinar la capacidad de una persona»; para él, la insistencia en que el dictamen médico era concluyente en temas de capacidad supondría no alcanzar los retos que la CDPD supone e impone, y

¹³⁵ ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, pp. 536, 547 y 548.

¹³⁶ ALBA FERRÉ, Esther, «La comparecencia ante...», *op. cit.*, p. 1771.

¹³⁷ HERMIDA BELLOT, Beatriz, «Personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 1928.

¹³⁸ ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 665», *op. cit.*, p. 910. En parecido sentido puede verse MESA MARRERO, Carolina, «Artículo 665», *op. cit.*, p. 507.

¹³⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «El artículo 665 CC», *op. cit.*, p. 888.

¹⁴⁰ DURÁN ALONSO, Silvia, «Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34 (2022), p. 58.

refutando expresamente la tesis de GUILARTE MARTÍN-GALERO en torno a que el dictamen del facultativo operaba como una salvaguarda, dijo que el notario es la verdadera salvaguarda para valorar la comprensión del testador y evitar las captaciones de voluntad e influencias indebidas, no sin señalar previamente, remitiéndose a la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad, que la valoración de la capacidad del testador se trata de un juicio jurídico, no médico¹⁴¹.

Tras esta exposición, ahora estamos en disposición de volcar nuestra opinión.

Rechazamos el planteamiento de GUILARTE MARTÍN-CALERO en torno a que el notario pueda dar audiencia a los parientes más próximos del testador a la hora de enjuiciar la aptitud de este y la ausencia de captaciones de voluntad. Dicha diligencia iría en contra de la CDPD, que consagra el derecho de las personas con discapacidad a ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad, amén de que supondría una contradicción que habiéndose modificado el artículo 697 del Código Civil, suprimiéndose la necesidad de testigos en el testamento nuncupativo notarial para aquellas personas ciegas o enteramente sordas¹⁴², se contemplara *ex lege* o se extendiera en la práctica la posibilidad de que el notario diera audiencia los parientes más próximos del testador para asegurar el juicio de aptitud y la ausencia de influencias indebidas. *Ad abundantiam*, si analizamos la reforma en su conjunto, vemos que, más allá del Código Civil, ha sido propósito del legislador eliminar barreras y cargas adicionales para las personas con discapacidad que puedan vulnerar su intimidad, como se puede apreciar a través del artículo 749 LEC, que regula las pruebas preceptivas a practicar en el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo, contemplando como diligencia la audiencia de «los parientes más próximos de la persona con discapacidad» (art. 759.1.2º LEC), salvo que la demanda la haya presentado la propia persona con

¹⁴¹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782 (2020), pp. 3628, 3642 y 3643.

¹⁴² Precisamente, en un informe presentado en 2017 por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), se dijo, respecto a la obligatoriedad de los testigos para las personas ciegas y sordas, lo siguiente: «Se considera que el texto del citado artículo del Código Civil adolece de una visión paternalista hacia las personas con discapacidad, imponiéndoles un trato desigual y mayores cargas que al resto de testadores sin discapacidad, y comprometiendo su derecho al sigilo respecto de su voluntad testamentaria, por cuanto la exigencia de testigos en el acto de otorgamiento les hace a estos conocedores de la misma. La redacción del artículo señalado debe modificarse para suprimir cualquier restricción o carga desproporcionada hacia las personas con discapacidad en la realización de un negocio jurídico tan esencial como el testamento, por lo que plantea la reforma del precepto. La propuesta de nueva redacción acorde con los derechos de las personas con discapacidad, pasaría no por hacer obligatoria la presencia de dos testigos en los supuestos de testadores con esas discapacidades, que constituye un trato más gravoso, sino porque el Notario ofrezca la información y documentación testamentaria mediante los canales o en los formatos apropiados a la discapacidad de que se trate, proporcionando o admitiendo los medios técnicos, materiales y humanos necesarios a dicho fin» (pp. 68 y 69).

discapacidad, en cuyo caso el juez, a solicitud del demandante, podrá no practicar la audiencia de los parientes «si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad» (art. 759.2 LEC).

En cuanto al dictamen de los facultativos, celebramos, compartiendo el razonamiento de PÉREZ GALLARDO, que el legislador haya eliminado toda referencia a los mismos, pues de no ser así, y aunque el precepto mencionara que la decisión final correspondería al notario y que el dictamen no sería un requisito *ad substantiam* del testamento, contemplando el carácter no vinculante del mismo, en la praxis el informe de los facultativos acabaría por generalizarse y, peor aún, adquiriría de facto una fuerza decisoria, ya que valiente sería el notario que autorizara el testamento sin el aval de un dictamen médico que el mismo solicitó, teniendo los interesados en hacer valer la nulidad una poderosa arma para blandir en los tribunales. Al tratarse de un juicio jurídico, es lógico que los notarios asuman la responsabilidad en cuanto al juicio de aptitud, ya que, generalmente, podrán apreciar, a través de la entrevista personal y una vez agotadas todas las posibilidades de apoyo, si el testador tiene aptitud para testar.

Ello no implica que se perturbe la tranquilidad de los notarios, como afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, pues una cosa es la responsabilidad del notario por haberse declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas (art. 705 CC), y otra bien distinta es que el notario incurra en responsabilidad por el mero hecho de que el testamento fue declarado nulo cuando constaba que en el momento del otorgamiento el fedatario público apreció que el testador tenía la suficiente aptitud para comprender sus disposiciones testamentarias¹⁴³. Debe tenerse en cuenta que el notario, al plasmar el juicio de aptitud, emite una valoración discrecional, subjetiva y falible¹⁴⁴, no representando una declaración de verdad; si el notario, que ha cumplido con pulcritud y rigor su función, huérfana de dolo o ligereza, comete un error, no incurrirá en responsabilidad civil, y no será porque no sea un

¹⁴³ Señaló ROCA FERRER, según la cita de NÚÑEZ NÚÑEZ, María, «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», *op. cit.*, p. 525, que una tendencia jurisprudencial de declarar la responsabilidad del notario por la nulidad de un testamento por ausencia de capacidad del testador acarrearía la gravísima consecuencia de que «los notarios acabaran denegando sistemáticamente la prestación de sus funciones», concluyendo que «[más] vale que esporádicamente teste quien no es capaz de hacerlo a que se queden sin testar centenares de enfermos o ancianos por exceso de celo notarial».

¹⁴⁴ Así lo afirma Díez GARCÍA, Helena, «La impugnación del testador otorgado por persona que no puede testar ex art. 663.2º CC (entre la tutela a la libertad de testar y la expectativa a heredar)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 41 (2022), p. 364, remitiéndose a la STS 19 septiembre 1998 (RJ 1998, 6399).

profesional de la medicina, como afirma NÚÑEZ NÚÑEZ¹⁴⁵, sino porque es inherente a cualquier actividad humana el error, como ocurre cuando los jueces dictan sentencias.

Por otro lado, se podría alegar a nuestro planteamiento que el testamento de una persona con discapacidad sin el aval del dictamen médico sería fácilmente impugnabile ante los tribunales y que, en tal sentido, el juicio de los facultativos reflejado en un informe es una garantía para el testador, a fin de que su sucesión se rija por su última voluntad y no por las reglas de la sucesión intestada en caso de que su testamento sea declarado nulo. Ante dicho discurso, nosotros decimos que el testamento igualmente gozará de la presunción de validez, siendo reforzada por la intervención del fedatario público que dio fe de la aptitud del testador. Si el otorgante desea garantizar que la ulterior impugnación del testamento no tenga éxito, una solución más loable, antes que empeñar esfuerzos en exhortar al legislador a que cristalice la remisión al dictamen médico, que tantos problemas trajo antes de la LAPCD, sería que el propio testador, principal interesado, solicite al notario acompañar mediante acta el informe de un facultativo que el mismo recabo, articulando de *motu proprio*, y no por mandato legal, una preconstitución de prueba, si se quiere llamar así, de su aptitud en orden al testamento¹⁴⁶, o, que ante disposiciones *mortis causa* extravagantes o «no naturales» que, sin embargo, sean fiel reflejo de la personalidad del testador, este exprese en el testamento, como propuso CABEZUELO ARENAS, los móviles que le impulsaron a hacer tal disposición¹⁴⁷, habida cuenta de la tendencia, que siguen con asiduidad tribunales arraigados al derecho anglosajón, de declarar la nulidad de disposiciones testamentarias que se alejen del orden natural de sucesión, prostituyendo de facto la libertad de testar¹⁴⁸.

¹⁴⁵ NÚÑEZ NÚÑEZ, María, «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», *op. cit.*, p. 525.

¹⁴⁶ No sería extraño en el Derecho de sucesiones esta práctica. *Mutatis mutandi*, en el ámbito de la desheredación, ante la difícil probanza que plantea acreditar la causa desheredativa, en especial, cuando esta se basa en la ausencia de relación familiar, algunos autores como Carrau Carbonell o Barceló Doménech, seguido de otros, propusieron que al tiempo de otorgar testamento el testador solicitara al notario el otorgamiento de un acta de notoriedad a fin de acreditar que la relación familiar era inexistente, a fin de que el causante en vida pudiese aportar elementos probatorios en vida, toda vez que la carga de la prueba, en virtud del artículo 850, corresponde a los herederos si el desheredado la negare [CARRAU CARBONELL, José María, «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015), pp. 254 y 255, y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 (2016), p. 298].

¹⁴⁷ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Revocar un testamento anterior hecho a favor de unos parientes para beneficiar a un extraño... ¿es indicativo de la falta de capacidad del testado o de vicio en su voluntad? A propósito de las «disposiciones no naturales» hechas por testadores vulnerables», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2017), p. 24.

¹⁴⁸ Así lo expuso VAQUER ALOY, Antoni, «La protección del testador vulnerable», *op. cit.*, pp. 336 y 337, con cita de abundante doctrina y sentencias extranjeras.

Parangonando la aptitud para contraer matrimonio (art. 56 CC) con la de otorgar testamento (art. 665 CC), se podría decir, a propósito de los argumentos sacados a colación por ECHEVARRÍA DE RADA, que el legislador comete una contradicción, pues en el primer precepto citado contempla la posibilidad que en el seno del acta o expediente matrimonial el encargado recabe un dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento en el caso excepcional «de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo». A nuestro modo de ver, no creemos que haya, necesariamente, una antinomia en el Código Civil, porque la consecuencia en el caso de que el juicio de aptitud fuese negativo no es idéntica. Si el notario apreciare, en el ámbito de su función, que el testador no presenta la suficiente testamentifacción activa, este podrá desde recurrir a otras formas testamentarias, como el testamento ológrafo¹⁴⁹, o acudir a otro notario. Sin embargo, dichas posibilidades están más limitadas en el seno del matrimonio, pues en el caso de que el encargado apreciare que uno de los contrayentes no tiene la suficiente aptitud, aquel tendrá que dictar una resolución contra la cual cabe recurso ante Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP), en virtud del artículo 58 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC), no cabiendo en la alzada la posibilidad de que el centro directivo aprecie personalmente la aptitud del interesado, teniendo que fundamentar su resolución en la prueba documental que obre en el expediente. De este modo, es lógico que, a fin de evitar que el encargado deniegue injustamente la posibilidad de contraer matrimonio, el artículo 56 avale el dictamen médico como garantía de la persona con discapacidad, con el objeto de evitar, ante la perniciosa consecuencia de que el interesado no pueda ejercitar el *ius nubendi* y la correlativa oportunidad de presentar recurso, que la decisión del encargado no se fundamente en un juicio arbitrario, irracional e ilógico.

Al socaire de todos los autores que han defendido el recurso a los facultativos y otros profesionales para que el notario pueda valorar la aptitud del testador, nosotros decimos que más bien vemos laudable la pericia de profesionales distintos al notario no para controlar la aptitud o capacidad del testador, que corresponde al fedatario público, sino para determinar los apoyos que necesitará la persona con discapacidad para ejercitar la facultad de testar en igualdad de condiciones que las demás personas. En tanto en cuanto la persona puede tener dificultades para conformar o exteriorizar la *voluntas testatoris*, creemos en este sentido que el notario puede acudir a un sistema de colaboración interprofesional o de «mesa redonda», con profesionales versados en

¹⁴⁹ VALLS I XUFRÉ, José María, «El papel del notario...», *op. cit.*, p. 112.

distintas disciplinas, que puedan auxiliarlo respecto a los apoyos que resulten necesarios en cada caso.

5.5. Apología de las medidas de apoyo en el testamento abierto notarial

Habida cuenta de que el testamento notarial es la forma testamentaria más empleada, nos ceñiremos en este epígrafe fundamentalmente a la intervención del apoyo en el testamento nuncupativo ante notario. El artículo 665 del Código Civil establece que «[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». En relación a la *dictio legis*, critica DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, con acierto, que el legislador mezcle las alusiones relativas a las discapacidades, toda vez que hay algunas, como la física o sensorial, que dificultarán la «manifestación» de la voluntad, y otras, como la psíquica, que afectaran a la «comprensión» de las disposiciones testamentarias¹⁵⁰.

5.5.1. ¿El legislador excluye las medidas de apoyo en la conformación de la *voluntas testatoris*?

Antes de responder a la incógnita que gira en torno a si el artículo 665 ha excluido las medidas de apoyo del negocio testamentario, es necesario detenernos en los antecedentes doctrinales de la reforma.

Unas de las primeras autoras que reivindicó en España la figura del notario como apoyo a la persona con discapacidad fue GUILARTE MARTÍN-CALERO, quien a finales de 2014 abogó, partiendo de la CDPD, por la intervención del apoyo en el negocio testamentario. La autora excluyó del apoyo la asistencia y la representación, pues, conforme a la legislación vigente en España en aquel momento, eran instituciones de protección que desvirtuaban el carácter personalísimo del testamento. Sin embargo propuso la intervención del notario, no solo como bastión del juicio de aptitud, sino también como apoyo, argumentando que «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 una medida de apoyo *ex lege* para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad»¹⁵¹.

¹⁵⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «El artículo 665 CC», *op. cit.*, p. 888.

¹⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La capacidad para testar...», *op. cit.*, p. 629.

A dicho planteamiento se sumaron otros autores, enarbolando todos ellos el prestigio del notario y el carácter personalísimo del testamento, que no admitía «la complementación o representación en la prestación del consentimiento»¹⁵². Nieto Alonso, en el intento de adaptar en 2018 el artículo 665 a los postulados de la CDPD, también dijo que el notario, como profesional solvente y neutral, era el apoyo necesario para que la persona con discapacidad pudiese otorgar testamento y, a su vez, evitar cualquier influencia indebida, descartando la intervención de terceros por el carácter personalísimo del testamento¹⁵³. En el mismo año, GARCÍA RUBIO, comentando el Anteproyecto y pese a que este texto guardaba silencio sobre el apoyo en sede de testamento, dijo que «el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades que comprensión que la persona pudiera tener», creyendo firmemente «que tal intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPD»¹⁵⁴. DE SALAS MURILLO propuso excluir a la persona que encarnara el apoyo de cumplir su función en el negocio testamentario, apostando por el notario por ser un «tercero imparcial» que puede cumplir con el papel de asesoramiento a la persona con discapacidad¹⁵⁵. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y TORRES COSTA también propusieron, a fin de facilitar el otorgamiento de testamento al mayor número posible de personas con discapacidad, el apoyo del notario «mediante una labor de información, asesoramiento, evitación de influencias indebidas y constancia del deseo de testar»¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

Algunos tribunales, antes de que se publicara la reforma, también abogaron porque el notario se erigiera como apoyo del testador con discapacidad, pudiendo citarse la SAP Badajoz 14 septiembre 2020¹⁵⁸, que expuso lo siguiente: «Como ya ha apuntado la doctrina científica, el notario es quién garantiza el cumplimiento del artículo 12 de la Convención. Desempeña perfectamente el papel de ayudante o asistente de los testadores que presentan dificultades de comprensión. Será quien, en último caso, tras

¹⁵² CAROL ROSÉS, Fernando, «Una revisión desde...», *op. cit.*, p. 3249;

¹⁵³ NIETO ALONSO, Antonia, «Reseña Bibliográfica de Carolina Mesa Marrero: La capacidad para testar: aspectos problemáticos y jurisprudenciales», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1 (2018), p. 263.

¹⁵⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», *op. cit.*, p. 176.

¹⁵⁵ DE SALAS MURILLO, Sofía, «Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35 (2019), p. 77.

¹⁵⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Derecho de sucesiones...», *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁷ TORRES COSTA, 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*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 342.

¹⁵⁸ SAP Badajoz 14 septiembre 2020 (JUR 2020, 284007).

ponderar todos los factores concurrentes y con los auxilios preceptivos, evaluará la capacidad del compareciente y accederá o no al otorgamiento del testamento»¹⁵⁹.

Finalmente, el reclamo doctrinal del notario como apoyo en el testamento fue acogido por el legislador, como han puesto de manifiesto, tras la reforma, numerosos autores. Así, nos podemos remitir a BARBA, que expone que el notario es la persona idónea para ofrecer apoyo a la persona con discapacidad cognitiva, subrayando que su función ya no se limita a la autorización del testamento, sino que también «debe realizar una función de apoyo sustancial y, por tanto, debe ayudar a la persona a comprender el alcance y las consecuencias de sus disposiciones *mortis causa*», explicando que el apoyo del notario está en consonancia con los principios de la CDPD dado que el concepto de apoyo tiene un amplio significado¹⁶⁰. DOMÍNGUEZ LUELMO, citando a GUILARTE MARTÍN-CALERO, dice que ahora el notario es una medida de apoyo *ex lege*, y que en el ejercicio de su función de apoyo a las personas con discapacidad para que pueda conformar su voluntad en orden al testamento le es aplicable el artículo 249 del Código Civil¹⁶¹, desarrollando una función similar para el caso de que la persona quiera modificar o completar los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la LAPCD¹⁶².

Desde nuestra óptica, el artículo 665, en lo que al apoyo respecta, se puede diferenciar en dos partes, a pesar de su ambigüedad. En el caso de que la persona otorgante tenga una afección de las facultades intelectivas y volitivas que le dificulten conformar su voluntad en torno al testamento, el propio notario le apoyará para que «desarrolle su propio proceso de toma de decisiones», auxiliándole para que pueda comprender sus disposiciones testamentarias¹⁶³. Si el otorgante tiene dificultades para «expresar su voluntad, deseos y preferencias», el notario le facilitará, «con los ajustes que sean necesarios», que pueda exteriorizar la *voluntas testatoris*. Entre los ajustes de los que se puede servir el otorgante con discapacidad para exteriorizar su voluntad están,

¹⁵⁹ Asimismo, en el Derecho catalán se contempló, desde la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derecho y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, que el notario dispensara apoyo a las personas con discapacidad sensorial, diciendo el artículo 421.8 que «el notario debe ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar, sin que ello pueda comportarle ninguna carga económica adicional».

¹⁶⁰ BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, pp. 8 y 9.

¹⁶¹ ALBA FERRÉ, Esther, «La comparecencia ante...», *op. cit.*, p. 1760, también extrapola el artículo 249 CC cuando el notario dispensa apoyo.

¹⁶² DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La reforma del derecho...», *op. cit.*, pp. 381 y 382.

¹⁶³ Véase la 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 (en adelante, Circular Informativa 3/2021), que contempla la figura del notario en el ámbito del artículo 665 como un «verdadero apoyo institucional».

siguiendo el artículo 25 LN, los «sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso»¹⁶⁴. El último precepto citado no es baladí, pues ante la tentativa del intérprete de acudir al mismo para avalar que el notario no es el único apoyo de la persona con discapacidad para que esta pueda conformar su voluntad, se puede apreciar, a través de su literalidad, que el mismo está orientado, como sostiene la doctrina, a las discapacidades sensoriales que impiden o dificultan la *exteriorización de la voluntad*¹⁶⁵. Precisamente, CABANAS TREJO afirma que el apoyo o apoyos que menciona los artículos 665 del Código Civil y 25 LN se refieren a la «expresión de la voluntad ya conformada»¹⁶⁶, no a su formación, al ser el testamento un acto personalísimo¹⁶⁷.

5.5.2. El apoyo no desnaturaliza el carácter personalísimo del testamento

Podríamos decir que lo expuesto más arriba en torno a la naturaleza jurídica del apoyo asistencial constituye el asidero para reivindicar el posicionamiento que defenderemos en este trabajo. Por ello, aquí, a fin de evitar la extenuación del lector, intentaremos ser más breves, aun a sabiendas de que quizá no rindamos tributo a aquel célebre aforismo de BALTASAR GRACIÁN que decía *lo bueno, si breve, dos veces bueno, y aun lo malo, si poco, no tan malo*.

Los autores que han glosado el artículo 665 del Código Civil, según la redacción dada por la reforma, y se pronunciaron respecto a su fundamento, no manejaron razonamientos distintos respecto a la doctrina precedente en torno a los motivos por los cuales el notario se tenía que erigir como apoyo en el negocio testamentario. PLANAS BALLVÉ expone que ahora es el notario el que debe servir de apoyo a las personas con discapacidad y, citando las SSTS 8 noviembre 2017 y 7 marzo 2018, afirma que, por tratarse el testamento de un acto personalísimo, no cabe que sea asistida por el

¹⁶⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Derecho de sucesiones...», *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁵ ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 665», *op. cit.*, p. 911; ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, p. 543; BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 8; MESA MARRERO, Carolina, «Artículo 665», *op. cit.*, p. 507.

¹⁶⁶ Lo mismo cabe respecto a «los ajustes que resulten necesarios» que luce en el artículo 665. Dichos ajustes se pueden adoptar para la exteriorización de la voluntad, no para conformarla.

¹⁶⁷ CABANAS TREJO, Ricardo, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *Blog Notarios y Registradores* (última visualización 25 abril 2023). También FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 429, circunscribe, aunque no tan tajantemente, los apoyos del artículo 25 LN a la expresión de la voluntad.

curador¹⁶⁸. ECHEVARRÍA DE RADA, remitiéndose a la RDGSJFP 25 febrero 2021¹⁶⁹, aduce que, por el carácter personalísimo del testamento, «la única asistencia admisible en la formación de la voluntad es la que procede del notario, excluyéndose, en todo caso, que la persona reciba apoyo externo en esa formación, aunque se trate de un curador», por la «singularidad del testamento en relación con otros actos o negocios jurídicos»; precisamente, por la idiosincrasia del testamento, concluye que el artículo 665 es una norma específica que ha de aplicarse en sede testamentaria¹⁷⁰. De Amunátegui Rodríguez parte de la «absoluta imposibilidad de que la persona que presta funciones de apoyo ayude a la persona con discapacidad a la hora de otorgar testamento», no solo en virtud del artículo 670 del Código Civil, sino también para evitar la influencia indebida así como un posible conflicto de intereses, afirmando, en línea con lo que dijo en 2020, que, conforme a la CDPD, el notario debe ser el apoyo para que la persona con discapacidad ejerza su derecho a testar¹⁷¹. ALVENTOSA DEL RÍO explica que el artículo 665, al conferirle expresamente al notario la función de apoyo, reafirma una función que ya tenía atribuida, afirmando que el apoyo se debe ofrecer en dos sentidos: ayudando a la persona con discapacidad a tomar sus propias decisiones y apoyándole en su comprensión y razonamiento¹⁷², añadiendo en otro trabajo que el curador, ya tenga facultades asistenciales o de representación, no puede intervenir en actos o negocios jurídicos personalísimos como el testamento¹⁷³. FERNÁNDEZ LOZANO sostiene que por el carácter personalísimo del testamento la voluntad del testador no puede ser suplida por ningún tercero en la «formación de la voluntad» que solo corresponde a aquel, y que por ello «el notario es el principal valedor y apoyo de la persona con discapacidad»¹⁷⁴. Para DÍAZ ALABART y PLANAS BALLVÉ, el apoyo en la formación de la voluntad es difícil de casar con el carácter personalísimo del testamento¹⁷⁵.

Ahora bien, nos preguntamos, al estilo socrático, lo siguiente: ¿La intervención de las medidas de apoyos, que no implique facultades de representación, desnaturaliza el carácter personalísimo del testamento? Si se conceptuara las medidas de apoyos como una suerte de complemento de capacidad, cabría contestar afirmativamente, pero como quiera que la capacidad es inherente a cualquier persona y las personas, aun con discapacidad, actuaran con autonomía, libertad e independencia, no precisando el aval

¹⁶⁸ PLANAS BALLVÉ, María, «La capacidad para...», *op. cit.*, pp. 661 y 662.

¹⁶⁹ RDGSJFP 25 febrero 2021 (RJ 2021, 1540).

¹⁷⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, pp. 523, 542 y 545.

¹⁷¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Tratamiento de la...», *op. cit.*, pp. 450-452.

¹⁷² ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Reforma en Derecho de sucesiones», *op. cit.*, p. 467.

¹⁷³ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 271.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 435.

¹⁷⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, «Derecho de sucesiones...», *op. cit.*, p. 205; PLANAS BALLVÉ, María, «La capacidad para...», *op. cit.*, p. 662.

de un tercero que complemente su capacidad para que se puedan desenvolver en la esfera jurídica, la respuesta a nuestro juicio debe ser negativa. Conforme a lo que sostuvimos *supra*¹⁷⁶, insistimos en la idea en que el apoyo auxiliará, aconsejará y ayudará a la persona con discapacidad a que tome sus propias decisiones y será esta quien tenga la última palabra, la soberana de su decisión, toda vez que la intervención del apoyo no adquiere importancia en la fase de perfección del acto o negocio jurídico, sino en la travesía deliberativa, en la empresa de que la persona acreedora del apoyo pueda conocer los beneficios y perjuicios de adoptar uno u otro designio, debiendo este ser respetado, toda vez que, y a propósito de la cita del artículo 249 del Código Civil de DOMÍNGUEZ LUELMO y su defensa de que es extrapolable al notario cuando ejerza el apoyo en el ámbito del testamento¹⁷⁷, la persona que preste apoyo deberá actuar a tenor de «la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera», procurando que la persona «pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones», no autorizando el negocio jurídico o asistiendo a modo de complemento, como hacía el curador antes de la reforma, sino «informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias».

Creemos que el error ha sido extrapolar la naturaleza jurídica del derogado régimen normativo del curador a la nueva arquitectura de las medidas de apoyo, visualizando el apoyo asistencial como una suerte de complemento de capacidad¹⁷⁸. Es obligado que volvamos sobre la STS 7 marzo 2018. La sentencia, en el intento de adaptar las instituciones de protección a los principios de la CDPD, dijo que la curatela, a diferencia de la tutela, es un apoyo de menor intensidad, que, sin sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, sirve para que esta sea acreedora de asistencia, a modo de

¹⁷⁶ Vid. epígrafe 4.1.

¹⁷⁷ Vid. cita nota a pie de página núm. 203.

¹⁷⁸ Lo explica con gran magisterio PÉREZ GALLARDO: «[La] clave para que los civilistas intentemos adaptar nuestra milenaria rama del Derecho a los perfiles que la CDPD exige está en romper los esquemas tradicionales, sin perder de vista la esencia. Se trata de transformar las instituciones, sin que con ello se desnaturalice su función tuitiva y sus principales efectos. No se trata, por el contrario, de sustituir instituciones, sin más. El cirujano que realice un trasplante de órganos no se limite a sustituir un órgano por otro, tiene que buscar de otros colegas la preparación psicológica del paciente, estudiar la anatomía del órgano y suturar cada vena o arteria para evitar males mayores. El órgano necesita acomodarse a ese nuevo cuerpo que le recepciona. Un mínimo fallo puede provocar el rechazo. El civilista, como el cirujano trasplantólogo tiene que crear las condiciones para recepcionar la Convención, y para ello necesariamente se ve compelido a reconstruir su ordenamiento jurídico. No se trata de sustituir una institución por otra. La cuestión no es solo estructural, sino también funcional. Se necesita –cual trasplantólogo– acudir a la filosofía del pensamiento importado de otras áreas del Derecho o, en su caso, cambiar la óptica desde la que tradicionalmente se ha estudiado la capacidad jurídica, ni qué decir la capacidad testamentaria. Solo así, desde una perspectiva de derechos humanos, de respeto a la dignidad inherente, sin perder de vista, con toda lógica, la diversidad funcional de las personas, podrá reasentar los conceptos tradicionales en los que nos hemos ido forjando, en los nuevos perfiles que una sociedad inclusiva reclama» (PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «El testamento otorgado...», *op. cit.*, pp. 3628 y 3629).

«complemento de capacidad». Hechas estas consideraciones, dijo que la curatela no podría extenderse al testamento, al tratarse de un acto personalísimo «y no especificase [sic] en la sentencia recurrida cual sería *la intervención* del tutor, ahora curador».

Es importante el último pasaje transcrito con riqueza tipográfica, pues *la intervención* del antiguo y el nuevo curador es distinta. Era paladino que siendo la principal función del curador la de complementar la capacidad, su intervención en el testamento estaba proscrita por el artículo 670 del Código Civil; sin embargo, dotada la curatela de unas nuevas funciones que no se deben identificar con el complemento (art. 282 CC), sino con los postulados de la CDPD, en modo alguno se puede decir, o concebir como regla, que la intervención del curador asistencial en el testamento prostituya su carácter personalísimo.

En 2012, CUENCA GÓMEZ, abogando por una línea vanguardista en el tratamiento de la discapacidad, dijo que mediante la consagración del sistema de apoyo no se trataba de transferir el derecho a decidir a un tercero, «sino de poner a disposición de las personas los ajustes y apoyos individualizados necesarios para que la persona pueda tomar sus propias decisiones», afirmando que el apoyo no debía contemplarse como una medida restrictiva, sino como una medida que tratar de promocionar la autonomía y la capacidad, potenciando las posibilidades de ejercicio de los derechos. Partiendo de esta premisa, consideraba que el derecho general a los apoyos debe proyectarse en la «conformación, expresión y comunicación» de los actos personalísimos, citando el derecho a contraer matrimonio, otorgar testamento y el reconocimiento de la filiación¹⁷⁹.

CAROL ROSÉS, a pesar de defender las bondades del apoyo institucional del notario en testamento, también contemplaba en 2017, tímidamente, la intervención del apoyo en el proceso de «formación de la voluntad», apostando con que esta ayuda se extendiera a otras situaciones de vulnerabilidad, como «la vejez o el retraso mental leve»¹⁸⁰. NÚÑEZ NÚÑEZ, tratando el artículo 665 –según redacción vigente antes de la LAPCD– conforme al artículo 12 CDPD, abogó por la intervención de otras personas como apoyo en el testamento, a fin de que ayudaren al testador en la comprensión «de lo que hace» y pudiese alcanzar la capacidad testamentaria, a tenor del principio de promoción de la capacidad¹⁸¹. También MARTÍNEZ MARTÍNEZ expuso que uno de los retos del

¹⁷⁹ CUENCA GÓMEZ, Patricia, «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», pp. 73, 84, 88.

¹⁸⁰ CAROL ROSÉS, Fernando, «Una revisión desde...», *op. cit.*, pp. 3253 y 3254.

¹⁸¹ NÚÑEZ NÚÑEZ, María, «La persona con...», *op. cit.*, p. 514.

ordenamiento en relación al tratamiento de la persona con discapacidad como causante era «el diseño de adecuadas medidas de apoyo para la emisión de una declaración de voluntad *mortis causa* en testamento, acaso incluido el ológrafo»¹⁸².

Más tarde, ALFARO GUILLÉN expuso que el carácter personalísimo del testamento no queda desnaturalizado por la intervención asistencial del apoyo, explicando que las «diferencias entre la representación y el apoyo estriban justamente en que la primera suplente la voluntad del sujeto por la del representante para la toma de decisiones, mientras que lo segundo [la autora circunscribió el apoyo al asistencial] confiere el soporte, los medios necesarios para su adopción *per se* por el titular del derecho subjetivo a ejercitar mediante el acto de que se trate». En su opinión, no hay una colisión entre la concurrencia de apoyos y el carácter personalísimo del testamento, sin perjuicio de que los Estados deban adoptar, como salvaguardias, medidas proporcionales que garanticen el respeto a los derechos, a la voluntad y las preferencias de la persona y, a su vez, tiendan a evitar los abusos de conformidad, conflicto de intereses e influencias indebidas¹⁸³.

Es curioso que uno de los autores que ha defendido con más vehemencia, proporcional a la brillantez de sus argumentos, la posibilidad de testar con medidas de apoyo sea un notario. PÉREZ GALLARDO descarta que el apoyo asistencial sea un complemento de capacidad; para el autor, los apoyos «son los tentáculos que emplean las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica», implicando «desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona», no suponiendo, en modo alguno, «sustituir, suplantar, complementar, la voluntad de esa persona», sino «a informar, a acompañar, a diseñar un plan para que la persona pueda llegar a formarse su propia voluntad». Hechas estas consideraciones, PÉREZ GALLARDO afirma que negar a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial otorgar testamento con apoyos «es una herejía a la CDPD»¹⁸⁴.

Como hemos visto, tras la publicación de la LAPCD los autores que han comentado el artículo 665 del Código Civil han negado o guardado silencio en torno a la posibilidad de testar con las medidas de apoyo. No obstante, recientemente el notario ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, previa cita de PÉREZ GALLARDO, ha reconocido que, pese a tratarse de

¹⁸² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, «Sucesión intestada, atribuciones...», *op. cit.*, pp. 114 y 115.

¹⁸³ ALFARO GUILLÉN, Yanet, «El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba», en AA.VV., *Homenaje a José Castán Vázquez. Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1416.

¹⁸⁴ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «El testamento otorgado...», *op. cit.*, pp. 3632, 3633 y 3644.

una cuestión controvertida, el carácter personalísimo del testamento solo excluye la representación, no la colaboración de terceros para facilitar la formación y expresión del consentimiento, toda vez que el apoyo asistencial no actúa como complemento de capacidad, admitiendo que los «apoyos no suponen sustitución de la voluntad, sino ayuda para la formación de la misma y, por tanto, son posible también en actos personalísimos»¹⁸⁵.

5.5.3. La verdadera razón que subyace en la exclusión de las medidas de apoyo

Expuestas estas aportaciones, nos vemos a obligados a volver a plantear dialécticamente otro interrogante: ¿Qué fue lo que llevó realmente al legislador a excluir las medidas de apoyo en el testamento? En nuestra opinión, el temor a que las personas que ejercieran las medidas de apoyo se excedieran en sus funciones y, lejos de respetar la toma de decisión del otorgante respecto a su última voluntad, concibieran la medida de apoyo como un *Caballo de Troya* para protagonizar una influencia indebida con el fin espurio de obtener un beneficio económico a costa de una captación de la *voluntas testatoris*.

No encontramos otra razón, máxime cuando existen otros actos personalísimos donde se admite *ex lege* que la persona con discapacidad lo perfeccione con el auxilio de las medidas de apoyo¹⁸⁶, como sucede con la rectificación de la mención registral relativa al sexo, donde el artículo 43 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, Ley 4/2023), avala que la persona con discapacidad la solicite «con las medidas de apoyo que en su caso precisen». En definitiva, la persona con discapacidad puede servirse de sus medidas de apoyo para solicitar el cambio registral de hombre a mujer y viceversa, y, en cambio, está desprovista de las mismas para otorgar testamento ¿*Quid iuris*? Sin duda, ambos son actos o negocios personalísimos y la respuesta que da el legislador es distinta.

El celo paroxístico del legislador de evitar las influencias indebidas también se puede apreciar con la lectura del segundo párrafo del artículo 753 del Código Civil, que reforma la incapacidad relativa, contemplando la nulidad de «la disposición hecha por las personas que se encuentren internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas». Aquí se podría haber

¹⁸⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «La prestación del...», *op. cit.*, pp. 100 y 117.

¹⁸⁶ En GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad», *op. cit.*, pp. 216-227, defendimos también las medidas de apoyo en el matrimonio

previsto, *ad exemplum*, que para que las citadas personas fuesen beneficiarias de una disposición hecha por la persona que se encuentre internada sería preceptiva que la misma se ordenase en testamento notarial abierto, como así lo prevé respecto a las personas físicas que, extramuros de un establecimiento público o privado, estén prestando servicios de cuidado, asistenciales o naturaleza análoga al causante. Sin embargo, vulnerando el principio de proporcionalidad y autonomía de las personas con discapacidad que se encontraran internadas, prohíbe, so pena de nulidad, que estas hagan disposiciones a favor de sus cuidadores con quienes quizás compartan lazos afectivos más allá del parentesco.

Volviendo a poner el foco en el artículo 665 del Código Civil, creemos que, ante el silencio del Anteproyecto sobre el apoyo y la función del notario¹⁸⁷, hubo un *horror vacui* en la tramitación parlamentaria sobre el posible papel de las medidas de apoyo en el testamento de no contemplarse expresamente en el precepto, habida cuenta de que el apoyo asistencial respetaba el carácter personalísimo del testamento. Al final, en vez de establecer salvaguardas para evitar las influencias indebidas como hicieron otros ordenamientos¹⁸⁸, contemplando, por ejemplo, que en caso de que la persona que ejerciera el apoyo fuese heredero o legatario se tendría que designar un defensor judicial, el legislador optó por *matar moscar a cañonazos*, consagrando el *apoyo impuesto* del notario a costar desvirtuar los principios de la CDPD e impidiendo que persona con discapacidad pueda servirse en el testamento, conforme a su voluntad y preferencias, de sus propias medidas de apoyo (art. 12.4 CDPD).

5.5.4. Razones que avalan la intervención de las medidas de apoyo en el negocio testamentario

A título de exordio a nuestra defensa de la intervención de las medidas de apoyo en el testamento, tenemos que aclarar que no es nuestra intención excluir la posibilidad de que el notario dispense apoyo a la persona con discapacidad para que esta pueda comprender el alcance de sus disposiciones testamentarias. Consideramos que si el otorgante, gracias a la labor del fedatario público, puede llegar, en un caso concreto, a

¹⁸⁷ Decía así el precepto conforme a la versión del Anteproyecto: «Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundamentalmente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud».

¹⁸⁸ Se puede citar el Derecho peruano. A pesar de que el artículo 690 del Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295) prevé, como en el Derecho español, el carácter personalísimo del testamento, el artículo 696.2 contempla el testamento con medidas de apoyo, diciendo que si el testador se tratase de una persona con discapacidad podrá comparecer con los ajustes razonables o apoyos que requiera. Para el supuesto de que la persona que ejerza el apoyo «sea un beneficiario», el artículo 696.9 requiere, como salvaguardia, el consentimiento del juez.

conformar su voluntad respecto al testamento, el debate que hemos puesto en el tablero se diluye como un terrón de azúcar en un café caliente, pues, como dice el Preámbulo de la LAPCD, el concepto de apoyo es muy amplio¹⁸⁹. Sin embargo, lo que no suscribimos es la opción de sacralizar el denominado apoyo institucional del notario a costar de excluir la intervención de las medidas de apoyo, máxime cuando algunas de estas pueden emanar de la soberana voluntad de la persona con discapacidad.

Es loable que el Estado, por conducto del notario¹⁹⁰, proporcione apoyo a la persona con discapacidad en orden al testamento, como para cualquier acto o negocio jurídico, pero lo que en absoluto puede ser digno de loa es que el Estado se atribuya el papel omnímodo de apoyo excluyendo las medidas de apoyo *stricto sensu* que él mismo ha positivizado. El notario, aunque pueda dispensar a la persona con discapacidad una gran ayuda para que pueda testar, de ningún modo puede sustituir, por imperativo de la Ley, a la medida de apoyo, pues de ser así habría bastado con que la reforma prescindiera de la intervención de esta para todo acto que se tuviese que formalizar inexorablemente en escritura pública.

Si la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad en diseñar sus propias medidas de apoyo ha provocado que el legislador regule y potencie las medidas voluntarias, contemple la autocuratela o, en sede de curatela, prevea que el juez deberá nombrar a quien haya sido propuesto por la propia persona que precise apoyo, supone una contradicción que, contraviniendo el propósito de la CDPD de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos de la persona con discapacidad (art. 1), *imponga* el apoyo institucionalizado del notario.

A nuestro argumento se le podrá reprochar que, a su vez, el art. 12.4 de la CDPD impone a los Estados proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad y evitar la influencia indebida, a lo que decimos nosotros que, por mor del mismo precepto, las salvaguardias, amén de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, deben ser *proporcionales* y adaptadas a las circunstancias de la persona.

No solo el notario se erige como salvaguardia para comprobar que la toma de decisión es libre, con conocimiento y ajena de influencias indebidas, sino también figuras como

¹⁸⁹ En tal sentido, el notario, como cualquier otra persona que dispense en un momento determinado apoyo a la persona con discapacidad, puede ser catalogado como «apoyo», pero no como medida de apoyo [CABANAS TREJO, Ricardo, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *Blog Notarios y Registradores* (última visualización 25 abril 2023)].

¹⁹⁰ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, «Artículo 225», *op. cit.*, p. 263.

el defensor judicial, cuyo nombramiento podría resultar pertinente para el supuesto de que el apoyo que concurre en el proceso testamentario sea instituido como heredero o legatario. Se podría pensar que si el apoyo es legitimario y el testador le designara sucesor de lo que le pudiese corresponder por legítima, no será necesario el nombramiento del defensor judicial, pues lo que obtendrá por la sucesión *mortis causa* no emanaría de la autonomía voluntad del causante, sino del sistema legitimario. Sin embargo, creemos que, aun así, el legitimario que a su vez encarna el apoyo debe ser excluido y ello por dos razones: la primera consiste en que la designación de lo que por legítima le corresponda no es, necesariamente, un imperativo categórico, sino que en parte se fundamenta en la *voluntad testatoris*, ya que si aquel ha protagonizado determinados actos reprehensibles cabe la desheredación, siendo esta una disposición testamentaria sencilla, no descartable, que tiene como arcaicos hechos que pueden sentir y padecer la persona con discapacidad que tenga la suficiente aptitud para conformar la *voluntas testatoris*; la segunda razón atendería a la coherencia del sistema, pues si el artículo 682 dispone que no podrán ser testigos en el testamento abierto los herederos o legatarios instituidos, sería contradictorio que quien fuera a ser designado como sucesor ejerza el apoyo, pues si en su día se justificó dicha causa de inhabilidad en los caracteres de imparcialidad e independencia que debían tener los testigos para concurrir al acto testamentario¹⁹¹, consideramos que dicho razonamiento es extrapolable al apoyo.

Dado que no son pocos los autores, citados más arriba, que han mentado el prestigio del notario para proponer o congratularse de la positivización del apoyo institucional, nosotros decimos que numerosas personas con discapacidad lo que precisarán no es, solamente, el prestigio del notario, sino, empatía, confianza y, sobre todo, una persona que comprenda su idiosincrasia y conozca y sepa interpretar su voluntad, deseos y preferencias, que sean capaces, a través del acompañamiento, de generarle un ambiente de confianza en cualquier lugar¹⁹² y, en especial, a la hora de transmitir su voluntad al notario.

Aunque la Unión Internacional del Notariado, a través de la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad, haya elaborado una serie de recomendaciones para la accesibilidad jurídica, creemos que la presencia de la medida de apoyo debe respetarse en la entrevista con el notario y en el acto de otorgamiento, como facilitador a fin de asegurar que los deseos e inquietudes del otorgante se expliquen y se hablen de manera que pueda entenderlas, dada cuenta que no serán pocas las veces donde el léxico de la persona con discapacidad albergue matices que el

¹⁹¹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI. 1, *Derecho de Sucesión*, op. cit., p. 420.

¹⁹² Así se pronunció la STS 19 octubre 2021 (RJ 2021, 4847), que respetó la voluntad de la persona en orden al nombramiento del curador.

notario, ajeno a su idiosincrasia, desconozca¹⁹³, sin olvidar aquellos otros escenarios donde la persona precisará de la compañía y de la cercanía del apoyo a fin obtener un ambiente cercano y poder llegar a conformar y expresar la *voluntas testatoris*.

El testamento es un negocio jurídico que genera abundantes cavilaciones, tanto para el experto como para el profano, yendo estas desde cómo recompensar a sus parientes o allegados que le dieron en vida cariño y afecto, hasta las cuestiones estrictamente técnicas. Si una persona con plenitud de facultades puede acudir a la entrevista con el notario con un tercero que, junto al asesoramiento profesional del fedatario público, le ayude a despejar dudas, con mayor razón se debería poder valer la persona con discapacidad de su apoyo. Negar que la persona con discapacidad se valga de sus propias medidas de apoyo y dificultar, hasta impedir, el ejercicio de su capacidad jurídica, por el mero hecho de su discapacidad, es discriminatorio y representa un ataque a la línea de flotación de la Convención, por mucha tinta que se haya invertido en encumbrar el apoyo institucional del notario.

Si nos sumergimos, a tenor de la normativa, en los escenarios que se podrían dar en la práctica, veríamos que algunos resultados, amén de contradictorios, serían absurdos, pues si una persona con discapacidad, con un ingente patrimonio inmobiliario, desea donar en vida un bien inmueble a un allegado como recompensa de su bonhomía, y aquella tiene nombrado un curador con funciones asistenciales para los actos patrimoniales, sería un disparate que el notario, al amparo del apoyo institucional, impidiera al donante servirse de su propia medida de apoyo, pues este fue designado precisamente para ayudar a la persona a comprender la naturaleza y consecuencias de los actos o negocios patrimoniales que tuviese que perfeccionar. Sin embargo, si dicha exclusión viene del legislador, no se juzga la opción legislativa como discriminatoria, sino como laudable por el importante papel que puede desempeñar el notario respecto a las personas con discapacidad.

Insistimos, no seremos nosotros lo que neguemos el importante rol que puede desempeñar el fedatario público en relación al nuevo paradigma, pero para que este funcione y se rinda tributo los principios de autonomía, libertad, independencia e igualdad tenemos que ser consecuentes, posibilitando que la persona con discapacidad se sirva de sus propios apoyos para todos los actos, adoptando, si fuere necesario, las oportunas salvaguardias. No solo subyace en nuestra tesis de permitir que la persona con discapacidad se pueda servir de sus medidas de apoyo en el testamento razones teóricas de armonización con la CDPD, sino también de orden práctico, pues, sin duda,

¹⁹³ Precisamente, por esta razón el artículo 282, en el ámbito de la curatela, consagra el deber del curador de tener contacto personal con la que prestar a la que va a prestar apoyo (LEGERÉN MOLINA, Antonio, «La relevancia de...», *op. cit.*, pp. 190 y 191).

habrá casos donde la persona, sin el auxilio de sus medidas de apoyo en el testamento, no podrá conformar la *voluntas testatoris* y otorgar sus disposiciones testamentarias. Por ende, posibilitando la presencia de las medidas de apoyo en el testamento no cabe duda que se vislumbraría al alza el umbral de capacidad, sin perjuicio de la adopción de las oportunas y proporcionales salvaguardias para garantizar la ausencia de toda suerte de influencias indebidas y captaciones de voluntad.

5.6. *El recurso a otras formas testamentarias*

Queda claro, a tenor de lo escrito, que la persona con discapacidad puede otorgar testamento abierto notarial, toda vez que los artículos 663 y 665 del Código Civil se refiere, *ex profeso*, al apoyo y las personas con discapacidad. Ahora trataremos de responder si estas pueden recurrir a otras formas testamentarias, a pesar de que el testamento nuncupativo ante notario sea la forma testamentaria más frecuentada en la práctica.

Hemos visto que antes de la publicación de la LAPCD la persona que hubiere sido incapacitada tenía vetado recurrir al testamento ológrafo o al testamento cerrado¹⁹⁴, en el entendido de que el juicio notarial de capacidad y el dictamen de los facultativos era una solemnidad exigida imperativamente por el artículo 665 que, en caso de contravención, determinaría la nulidad del testamento por la vía del artículo 687. El planteamiento que fundamentaba dicha restricción se debía a que la sentencia de incapacitación destruía la presunción de capacidad y la capacidad de testar debía ir avalada por el juicio notarial y el dictamen médico.

El tratamiento de la discapacidad, parafraseando a GARCÍA RUBIO, ha sufrido un giro copernicano¹⁹⁵, transitando por un modelo en el que, por mor de una sentencia, se podía privar de la capacidad de obrar, a otro en donde la sentencia no tiene como objeto privar de la capacidad o del ejercicio de la misma, sino dotar a la persona con discapacidad de los apoyos suficientes para que pueda ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad¹⁹⁶. Es por este motivo por el que la persona, con independencia de si tiene o no una discapacidad que merme sus facultades intelectivas o volitivas, gozará de la presunción de capacidad.

¹⁹⁴ Vid. notas a pie de página núm. 22 y 40

¹⁹⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas propuestas de reforma...», *op. cit.*, p. 173.

¹⁹⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*, Lefebvre, Madrid, 2021, p. 23.

Sumergiéndonos en el debate que preside este epígrafe, podemos afirmar que hay una vacilación doctrinal en torno a la posibilidad de que las personas con discapacidad recurran a otras formas testamentarias como el testamento ológrafo.

ÁLVAREZ LATA interpreta que el legislador ha querido que la persona con discapacidad solo pueda testar a través del testamento abierto notarial, fundamentando su exégesis en la propia literalidad del artículo 665 («[la] persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones») y su ubicación, pues según el planteamiento de la autora, la dicción del artículo 665 se halla inserta en sede de disposiciones generales, no del testamento abierto notarial, y, *ad abundantiam*, si no hay notario que pueda comprobar que la persona con discapacidad pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones, esta no podría testar con las suficientes garantías¹⁹⁷. Según ZURITA MARTIN, lo más aconsejable sería que «solo fuera viable otorgar testamento abierto por la persona con discapacidad sometida a instituciones judiciales de apoyo, en tanto el Notario no puede enjuiciar la capacidad del testador en el momento de la redacción del testamento cerrado»¹⁹⁸⁻¹⁹⁹. ECHEVERRÍA DE RADA, planteándose previamente si la valoración del notario es un medio para reforzar la presunción de capacidad del testador o si, además, es un requisito de validez del testamento, dice que el juicio de aptitud del notario es siempre necesario para la persona con discapacidad, haciendo apología, como hiciera ÁLVAREZ LATA, de la ubicación sistemática del artículo 665, sin que dicha interpretación sea discriminatoria, «puesto que el art. 665 lo que hace es atribuir al notario el papel de garante del cumplimiento del art. 12 de la Convención, en su función de asistente o ayudante de los testadores que presentan dificultades en su comprensión». Su exégesis, la extiende también al testamento cerrado, porque el juicio de aptitud del notario no abarca el momento de redacción del testamento²⁰⁰. Para Rubio Garrido el testamento ológrafo que hubiere podido otorgar una persona «sobre la que haya recaído resolución, administrativa o judicial, de discapacidad, tenderá a ser considerado nulo, salvo una milagrosa prueba cumplida que se pudiera dar de que se

¹⁹⁷ ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 665», *op. cit.*, pp. 910 y 911.

¹⁹⁸ ZURITA MARTÍN, Isabel, «Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 3110.

¹⁹⁹ El último párrafo de la Ley 184 de la Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, solo permite a las personas con la capacidad modificada judicialmente recurrir al testamento abierto notarial: «Las personas cuya capacidad haya sido judicialmente modificada podrán otorgar testamento abierto siempre que dos facultativos designados por el notario respondan de su capacidad tras su reconocimiento a salvo aquellos supuestos en que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar».

²⁰⁰ ECHEVERRÍA DE RADA, María Teresa, «La capacidad testamentaria...», *op. cit.*, p. 550.

había producido una remisión total de su dolencia al tiempo de hacer el testamento»²⁰¹.

En cambio, BARBA ha defendido, sin ambages, el recurso a otras formas testamentarias por la persona con discapacidad, diciendo que no cree «que se pueda afirmar que el testamento ológrafo de una persona con discapacidad sea siempre inválido; al revés, pienso que deba considerarse válido si se demuestra que la persona entendió, al otorgarlo, el alcance de sus disposiciones. Una interpretación diferente, basada en la literalidad del art. 665 CC, podría frustrar el mismo espíritu de la reforma, que pretende reconocer la plena capacidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás». La consecuencia del otorgamiento del testador ológrafo no sería, siguiendo el autor, que se presumiese su invalidez, dada la presunción de capacidad, sino, simplemente, que faltaría el reforzamiento de dicha presunción²⁰²⁻²⁰³. De la lectura de este trabajo se puede inferir que nuestro posicionamiento aboga por permitir que la persona con discapacidad pueda recurrir a todas las formas testamentarias y ahora diremos el porqué, refutando los argumentos de quienes sostienen que solo es posible el recurso al testamento notarial abierto.

Tanto ÁLVAREZ LATA como ECHEVARRÍA DE RADA apelan a la ubicación sistemática del artículo 665 CC, que se halla en sede de «disposiciones generales». No compartimos dicho argumento porque, como hemos visto *ab initio* de este trabajo, la ubicación del precepto es fruto de la redacción original del Código Civil. Efectivamente, el legislador permitía que el demente otorgara testamento en intervalo lúcido siempre que el notario designara a dos facultativos que respondiesen de su capacidad. Como quiera que la declaración de demencia por una sentencia privaba a la persona de su capacidad de obrar, era necesario el juicio notarial de capacidad y el dictamen de los facultativos que avalara la testamentifacción del demente, todo ello con base en el modelo médico de la discapacidad y los efectos inherentes, en cuanto al ejercicio de la capacidad, otrora capacidad de obrar, a la declaración de demencia. Tras la reforma del artículo 665 por la Ley 30/2011 el incapacitado, cuya sentencia de incapacitación no le privara de la facultad de testar, también podía testar si dos facultativos respondían su capacidad. Como quiera que el incapacitado quedaba privado, total o parcialmente, de la capacidad de obrar, era necesaria la intervención notarial y el dictamen de los

²⁰¹ RUBIO GARRIDO, Tomás, «Cambios en materia...», *op. cit.*, p. 598.

²⁰² BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, p. 7.

²⁰³ También admiten el recurso a otras formas testamentarias FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar...», *op. cit.*, pp. 424 y 425; MESA MARRERO, Carolina, «Artículo 665», *op. cit.*, pp. 509 y 510; DE TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y...», *op. cit.*, p. 474.

facultativos como requisito de validez o *ad substantiam* del testamento, quedando proscrita la posibilidad de recurrir a otras formas testamentarias.

Actualmente, no cabe la privación de la capacidad y los expedientes o procesos de provisión de apoyo tienden a facilitar, conforme al principio de promoción de la capacidad, que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, con el apoyo que precise en cada caso. Por ello, la ubicación del artículo 665 debe ser interpretada históricamente, en relación al modelo que fundamentó la sistemática Código Civil de 1889, habida cuenta que la adaptación de la CDPD al ordenamiento jurídico español no ha pivotado en torno a un texto de nueva planta, sino a través de diversas reformas de los cuerpos legales, entre ellos el Código Civil, que ha transitado por tres centurias.

En esta línea, creemos que si hubiere sido propósito del legislador vetar que la persona con discapacidad recurriese a otras formas testamentarias, le habría bastado con modificar los primeros párrafos de los artículos 688 y el 708. El primero dispone que solo podrán otorgar testamento ológrafo los mayores de edad, mientras que el segundo prohíbe otorgar testamento cerrado a las personas que no sepan o no puedan leer. Si la persona con discapacidad es mayor de edad y sabe leer, es paladino que podrá recurrir a dichas formas testamentarias, máxime cuando toda restricción al ejercicio de la capacidad debe ser interpretada restrictivamente, conforme a la regla *odiosa sunt restringenda*.

Otro argumento que avalaría nuestra postura es que el artículo 665, en sede de disposiciones generales, prevé que el notario pueda recurrir a los ajustes que estime necesarios para que la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias, al igual que el artículo 695 respecto al testamento notarial abierto, empleando la expresión «medios técnicos, materiales y humanos» en vez de ajustes necesarios. Sin embargo, no solo ha sido modificado el testamento notarial abierto para garantizar la testamentifacción activa de las personas con discapacidad que no puedan exteriorizar su voluntad, sino también el testamento cerrado, derogando la prohibición de los ciegos que contenía la anterior redacción y permitiendo a las personas con discapacidad visual otorgar testamento cerrado «utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo» (art. 708 CC).

Ad abundantiam, y por si el argumento del párrafo anterior se refutara en la hipótesis de que la afirmación consistente en vetar el recurso a otras formas testamentarias se circunscribía a las personas con discapacidad que tenga dificultades para conformar su voluntad, nos debemos remitir al tercer párrafo del artículo 753, que dispone que las personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante fuera de un establecimiento público o privado «solo podrán ser favorecidas

en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto». El inciso se refiere a la persona que esté siendo cuidada por un tercero y que, por la merma de sus facultades, tenga o haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (DA 4ª), esto es, que precise del apoyo para conformar su voluntad. Se infiere del mismo que para que los cuidadores sean favorecidos *mortis causa* por la sucesión de la persona acreedora de cuidados es necesario, so pena de nulidad, que la disposición se haga en testamento abierto notarial, coligiéndose, *sensu contrario*, que si la persona quiere designar, ora como heredero ora como legatario, a un tercero que no tenga encomendada la función de cuidados, bastará cualquier forma testamentaria, pues de no ser así el legislador no habría limitado la posibilidad de la persona con discapacidad de recurrir a otras formas testamentarias para beneficiar a las personas enumeradas por el tercer párrafo del artículo 753.

Tampoco secundamos, ni de *lege lata* ni de *lege ferenda*, el planteamiento consistente en que la persona con discapacidad solo podrá recurrir al testamento notarial abierto, y no solo porque no resulte avalado por el derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, sino por sus perniciosas consecuencias. Si abogáramos porque el testamento abierto notarial es la única forma testamentaria a la que puede recurrir la persona con discapacidad, veríamos como a costa de sacralizar la salvaguardia, aquella vería que, en circunstancias extraordinarias como el peligro de muerte o en pandemia, no podría ejercer su capacidad jurídica en relación al testamento. Cierto es que el testamento ológrafo, el cerrado o las formas extraordinarias de testar pueden ser un caldo de cultivo para las captaciones de voluntad y que la intervención del notario permite alcanzar altas cotas de seguridad jurídica²⁰⁴, pero considero menester asumir dicho riesgo y garantizar el umbral de la capacidad conforme a los principios de la CDPD, sin que sea dable afirmar que el testamento otorgado al margen del juicio de aptitud del notario sea inválido, precisando de una ulterior prueba a cargo de los herederos, sino que, como dice BARBA, gozará de validez con la única consecuencia que no tendrá de el reforzamiento de la presunción de capacidad por la ausencia de la función notarial. La exigencia del testamento abierto notarial, amén de suponer una poderosa limitación al modo de expresar la última voluntad de la persona con discapacidad, puede ser injustificada, pues, aunque el otorgante tenga una medida judicial de apoyo como la curatela, la función del curador puede comprender, exclusivamente, actos que no tengan naturaleza patrimonial, habida cuenta para estos actos el juez llegó a la conclusión que

²⁰⁴ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, «Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York», en AA.VV., *Nuevas orientaciones del Derecho Civil de Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 181.

la persona con discapacidad tenía suficiente capacidad para concluirlos sin la intervención de un tercero²⁰⁵⁻²⁰⁶.

Por lo tanto, así como la persona con discapacidad dotada de medidas de apoyo puede perfeccionar, conforme al principio espiritualista, numerosos contratos sin la intervención del notario, también podrá otorgar testamento sin la presencia del fedatario público, máxime cuando sus efectos *post mortem* rara vez perjudicarán en vida al otorgante.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel:

- *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982.

- «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», *Revista de Derecho Privado*, núm. 76 (1992).

- *Curso de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2014.

- *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones* (edición revisada y puesta al día por Díaz Alabart, Silvia), Edisofer, Madrid, 2015.

ALBA FERRÉ, Esther, «La comparecencia ante el notario de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis (2022).

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

ALFARO GUILLÉN, Yanet, «El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba», en AA.VV., *Homenaje a José Castán Vázquez. Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

²⁰⁵ Nos remitimos a la SAP Valladolid 7 diciembre 2021 (JUR 2022, 95431), que trató el caso de una persona que padecía un trastorno delirante de tipo persecutorio sin conciencia de la enfermedad ni tratamiento y que se proyectaba en el ámbito judicial, por las abundantes denuncias que presentaba el demandado a profesionales del sistema judicial o a políticos. La sentencia, valorando que el demandado se negaba a la ingesta de medicamentos por la inconsciencia de la enfermedad y que el trastorno persecutorio se extrapolaba en las denuncias que presentaba, estableció una curatela con facultades de representación que se concretaba en las actuaciones relativas a la salud del demandado (toma de medicamentos, pautas alimenticias y tratamiento «que debe recibir voluntaria o involuntariamente»), y aquellas a realizar en el ámbito administrativo y judicial («presentación de escritos, reclamaciones, quejas, denuncias, querellas o cualesquiera otros escrito de naturaleza similar»). La curatela no se extendió al ámbito patrimonial, dada cuenta de que no existía una prueba concluyente de que el trastorno delirante afectaba a la gestión de su patrimonio.

²⁰⁶ Análogos razonamientos manejó GARCÍA RUBIO respecto a la exigencia de la escritura pública para otorgar los poderes o mandatos preventivos [GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (2018), pp. 45 y 46].

ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24 (2010).

ÁLVAREZ LATA, Natalia:

- «Artículo 282», «Artículos 249 al 253», «Artículo 662», «Artículo 663» y «Artículo 665», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «La prestación del consentimiento informado por la persona con discapacidad», en AA.VV., *La reforma de la discapacidad (Volumen 2)*, Fundación del Notariado, Madrid, 2022.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina:

- «Reforma en Derecho de sucesiones», en AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «De las capitulaciones matrimoniales», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

ARNAU MOYA, Federico, «Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33 (2022).

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 (2016).

BARBA, Vincenzo, «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31 (2021).

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, «Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio», *Revista de Derecho Privado*, núm. 50 (1963).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113 (2022).

BINDER, Julius, *Derecho de Sucesiones*, Labor, Barcelona, 1953.

BONETE SATORRE, Berta, «El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 53 (2021).

BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo, «Comentario a los art. 662-686 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios del Código civil, Tomo IV*, Bosch, Barcelona, 2000.

CABANAS TREJO, Ricardo, «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», *Blog Notarios y Registradores*.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Revocar un testamento anterior hecho a favor de unos parientes para beneficiar a un extraño... ¿es indicativo de la falta de capacidad del testado o de vicio en su voluntad? A propósito de las «disposiciones no naturales» hechas por testadores vulnerables», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2017).

CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Procesos de familia y división de patrimonios*, Civitas, Pamplona, 2015.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena:

- «Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York», en AA.VV., *Nuevas orientaciones del Derecho Civil de Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- «Artículo 225», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022.

CAROL ROSÉS, Fernando, «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764 (2017).

CARRAU CARBONELL, José María, «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015).

CARRASCO PERERA, Ángel:

- «Brújula para navegar en la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *Centro de Estudios de Consumo* (2021).

- «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 42 (2022).

CASTÁN TOBEÑAS, José:

- *Derecho civil español, común y foral, Tomo sexto, Derecho de sucesiones, Volumen primero, La sucesión en general. La sucesión testamentaria* (revisada y puesta al día por Castán Vázquez, José María, Batista Montero-Ríos, José), Reus, Madrid, 1989.

- *Derecho Civil, Tomo III. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1942.

COBAS COBIELLA, María Elena, «Capacidad para testar», en AA.VV., *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 10 (2012).

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina:

- «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (2018).

- «Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas», en AA.VV., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020.

- «El artículo 665 CC», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

- «Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil», en AA.VV., *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «Personas con discapacidad y libertad para testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12 (2020).

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, Vol. 3º*, Dykinson, Madrid, 2010.

DE SALAS MURILLO, Sofía:

- «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5 (2018).

- «Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35 (2019).

- «Artículo 269», en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón:

- «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en AA. VV., *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Derecho de sucesiones y discapacidad», en AA. VV., *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

DÍEZ GARCÍA, Helena, «La impugnación del testador otorgado por persona que no puede testar ex art. 663.2º CC (entre la tutela a la libertad de testar y la expectativa a heredar)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 41 (2022).

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990.

DÍEZ PICAZO, Luis, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6 (1962).

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

DONADO VARA, Araceli, «Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad», *LA LEY Derecho de Familia*, núm. 33 (2022).

DURÁN ALONSO, Silvia, «Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34 (2022).

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 AA.VV., *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, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2020.

ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, «¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015).

FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «Capacidad para otorgar testamento y capacidad para suceder», en AA.VV., *La reforma de la discapacidad (Volumen 2)*, Fundación del Notariado, Madrid, 2022.

GARCÍA RUBIO, María Paz:

- «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (2018).

- «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (2018).

- «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

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 de 2018 (RJ 2018,1090)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 108 (2018).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina:

- «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018). 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», en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 10º, Dykinson, Madrid, 2010.

- «La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil», *Estudio de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, LA LEY, Madrid, 2014.

GÓMEZ LAPLAZA, M^a Carmen y Díaz Alabart, Silvia, «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en AA.VV., *Estudio de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, LA LEY, Madrid, 2014.

GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad», *Revista de Derecho de Civil*, vol. IX, núm. 3 (2022).

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Comentario al artículo 685», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Tomo IX*, Edersa, Madrid, 1987.

HERMIDA BELLOT, Beatriz, «Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por la Ley 8/2021», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis (2022).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones conforme a las leyes de 13 y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, y AA.VV., *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones* (revisada y puesta al día por Rams Albesa, Joaquín), Dykinson, Madrid, 2001.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos:

- *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil VII* (revisada y actualizada con la colaboración de Cervilla Garzón, M^a Dolores, y García Pérez, Carmen Leonor), Marcial Pons, Madrid, 2021.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1(2022), núm. 1.

LEGERÉN-MOLINA, Antonio, «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LETE DEL RIO, José Manuel, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI (1983).

LÓPEZ AZCONA, Aurora, «El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 (2022).

LÓPEZ R. GÓMEZ, Nicolás, *Tratado teórico-legal del Derecho de Sucesiones según los precedentes históricos del Derecho de Castilla, el Código civil y las especialidades de las Legislaciones forales, Tomo I*, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, Valladolid, 1896.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro:

- «Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año IX, no. 36 (2015).

- *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*, Lefebvre, Madrid, 2021.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, «Comentario al artículo 685», en AA.VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo IX, Volumen 1º*, Edersa, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual:

- «Comentario al artículo 695», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- «Comentario al artículo 696», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, «Sucesión intestada, atribuciones “ex lege” y protección de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español, Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.

MARTÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en AA.VV., *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias, *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Comares, Granada, 2000.

MESA MARRERO, Carolina:

- *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Madrid, 2017.

- «Artículo 665», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022.

MORGADO FREIGE, María Pilar, «La apreciación de la capacidad por el notario en el otorgamiento del testamento abierto», *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá XIV (2021).

NIETO ALONSO, Antonia:

- «Reseña Bibliográfica de Carolina Mesa Marrero: La capacidad para testar: aspectos problemáticos y jurisprudenciales», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1 (2018).

- «Artículo 1393.1º», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022.

NÚÑEZ NÚÑEZ, María, «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:

- *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho Civil, t. IV, Derecho de la familia* (revisado y puesto al día por Fernández González, M^a Begoña), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022.

OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

PALLARES NEILA, Javier, «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 3 (2020).

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, Casto, «Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018)», *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208 (2018).

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.:

- «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782 (2020).

- «La comparecencia asistida en el instrumento publico notarial: especial referencia a la curatela asistencia», en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

- «El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código Civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español)», en AA.VV., *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.

PÉREZ RAMOS, Carlos, «El problema de la capacidad de obrar de los discapaces», *El notario del siglo XXI*, no. 42 (2012).

PEREÑA VICENTE, Montserrat:

- «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa». *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (2014).

- «La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (2018).

- «La curatela, los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021», en AA. VV., *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

PLANAS BALLVÉ, María, «La capacidad para otorgar testamento», en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1963.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, «Cuestiones generales. Sobre el sentido de la «discapacidad» en la nueva ley», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

RIBOT IGUALADA, Jordi «La nueva curatela», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «De nuevo sobre la autorización en Derecho privado», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIX (2016).

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José:

- *Derecho de Sucesiones Común y Foral. Tomo I*, Dykinson, Madrid, 2009.

- «Artículo 685. Identificación del testador», en AA.VV., *Código Civil Comentado, Vol. 2*, Civitas, Pamplona, 2011.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 1995.

ROCAS TRÍAS, Encarna, «Comentario al artículo 665», en *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María:

- *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Civitas, Madrid, 2006.

- «Artículo 662. Capacidad de testar», en AA.VV., *Código Civil Comentado, Vol. 2*, Civitas, Pamplona, 2011.

- «Artículo 1903. III y IV», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022.

Romero Coloma, Aurelia María:

- «La capacidad de testar y su problemática jurídica», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56 (2012).

- «Testamento e intervalos lúcidos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 860 (2013).

RUBIO GARRIDO, Tomás:

- «Nulidad del testamento por alcoholismo crónico y dolo y fraude captatorio sufrido. Nulidad de los cargos testamentarios deferidos y alcance de la nulidad de los actos ejecutados por tales cargos. Posible convalidación y pérdida de la legitimación activa por actos propios. Comentario a la Sentencia del TS núm. 685/2009, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24/2010 (2010).

- «Comentarios a los artículos 662-666», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- «Cambios en materia sucesoria introducidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en AA.VV., *La reforma de la discapacidad (Volumen 2)*, Fundación del Notariado, Madrid, 2022.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel:

- «Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la personas del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

- «La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

- «El régimen jurídico de la guarda de hecho», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, Alberto, «Elogio de la desheredación», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 29 (2011).

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia:

- «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6 (2020).

- «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (2020).

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil, VI. 1, Derecho de Sucesión*, Analecta, Pamplona, 1910.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Civil*, núm. 2 (2022).

SOLÉ RESINA, JUDITH, «El testamento. Los codicilos y las memorias testamentarias», en AA.VV., *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

TORRES COSTA, 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*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

- «Artículo 22.2. C)», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «Comentario al artículo 685», en AA.VV., *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

VALLS I XUFRE, José María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en AA.VV., *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.

VAQUER ALOY, Antoni, «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII (2015).

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744 (2014).

VICENTE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, «Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 15 (1992).

ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles, «Artículo 665», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

ZURITA MARTÍN, Isabel:

- «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en AA.VV., *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

- «Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis (2022).

Fecha de recepción: 07.05.2023

Fecha de aceptación: 18.12.2023