

**REFORMAS LEGISLATIVAS
PARA EL APOYO A LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD**

*Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio,
al año de su entrada en vigor*

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

MARÍA PILAR FERRER VANRRELL

MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ

DIRECTORES

**Reformas legislativas para el
Apoyo a las Personas con Discapacidad**

*Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio,
al año de su entrada en vigor*

Reformas legislativas para el Apoyo a las Personas con Discapacidad

*Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio,
al año de su entrada en vigor*

Francisco Lledó Yagüe

María Pilar Ferrer Vanrrell

María Ángeles Egusquiza Balmaseda

Francisco López Simó

(Directores)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2022

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-861-9
Depósito Legal: M-30920-2022

ISBN electrónico: 978-84-1122-938-8

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Imprime:
Safekat, S.L.

Agradecemos la cualificada participación de todos los autores de esta obra, sin ellos no hubiese sido posible. Su mérito, su dedicación desinteresada, es digna de todo reconocimiento. Es por ello, que debemos de manifestar todo nuestro respeto y gratitud por su enriquecedora colaboración

ÍNDICE

| | |
|---------------|---|
| PRÓLOGO | 1 |
|---------------|---|

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

INTRODUCCIÓN. VISIÓN DE LOS PROFESIONALES SOBRE LA REFORMA

| | |
|--|---|
| EL PAPEL ACTIVO DEL JUEZ EN LA APLICACIÓN 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 | 7 |
|--|---|

CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ

| | |
|--|----|
| 1. EL INCREMENTO DE LAS FACULTADES DEL JUEZ EN EL PROCESO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 8 |
| 2. EL JUEZ COMO OPERADOR INTERPROFESIONAL..... | 13 |
| 3. EL JUEZ Y LA ADAPTACIÓN DEL PROCESO..... | 14 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 16 |

| | |
|---|----|
| LA LEY 8/2021, DE 2 JUNIO. PUNTO DE VISTA JUDICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL | 17 |
|---|----|

XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

| | |
|---|----|
| 1. IDEAS PREVIAS..... | 17 |
| 2. MINORÍA DE EDAD Y EMANCIPACIÓN..... | 18 |
| 2.1. Minoría de edad | 18 |
| 2.2. Emancipación | 18 |
| 3. TUTELA..... | 19 |
| 3.1. Constitución | 19 |
| 3.2. Ejercicio | 19 |
| 3.3. Defensor judicial del menor | 20 |
| 3.4. Guarda de hecho del menor | 20 |
| 4. MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 20 |
| 4.1. Medidas de apoyo voluntarias | 20 |

| | | |
|---|---|----|
| 4.2. | Medidas preventives | 21 |
| 4.3. | Guarda de hecho..... | 21 |
| 4.4. | Medidas judiciales | 21 |
| 5. | CURATELA..... | 22 |
| 5.1. | La autoridad judicial en la curatela..... | 22 |
| 5.2. | Constitución | 22 |
| 5.3. | Autocuratela..... | 22 |
| 5.4. | Ejercicio de la curatela | 22 |
| 5.5. | Extinción de la curatela. Remoción, excusa y retribución ... | 23 |
| 6. | DEFENSOR JUDICIAL..... | 23 |
| 6.1. | Defensor judicial del menor | 23 |
| 6.2. | Defensor judicial de la persona con discapacidad..... | 24 |
| 7. | RESPONSABILIDAD POR DAÑOS..... | 24 |
| 7.1. | Principio: remisión | 24 |
| 7.2. | Sin perjuicio de otras personas responsables | 25 |
| DISCAPACIDAD, TESTAMENTO Y LIBERTAD SUCESORIA | | 27 |
| VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO | | |
| 1. | DISCAPACIDAD Y SUCESIÓN..... | 27 |
| 1.1. | La persona con discapacidad, en principio, en cuanto al ejercicio de sus facultades en relación con su sucesión, está sola, y difícilmente podrá ordenarla..... | 27 |
| 1.2. | Existen en nuestro Ordenamiento posibilidades representativas y preventivas | 28 |
| 1.3. | La Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad modificada por Ley 8/2021 | 34 |
| 2. | CAPACIDAD Y TESTAMENTO | 36 |
| 2.1. | El juicio de capacidad del notario y la Ley 8/2021. Cambios terminológicos | 36 |
| 2.2. | Juicio de capacidad y ayuda, colaboración o ajustes..... | 40 |
| 2.3. | Esencia del juicio de capacidad | 42 |
| 2.4. | Criterios y aclaraciones de la Circular informativa 2/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado | 46 |
| 2.5. | Discapacidad y testamento ológrafo..... | 50 |
| 2.6. | Discapacidad, voluntad viciada y prevención..... | 52 |
| 3. | DISCAPACIDAD Y LEGÍTIMA | 57 |

| | |
|--|----|
| EL PAPEL ACTIVO DEL FISCAL EN LA LEY 8/21 DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 63 |
| MARÍA JOSÉ SEGARRA | |
| 1. EL DERECHO DE LAS PERSONAS A ENTENDER Y SER EN- TENDIDAS | 63 |
| 2. EL NUEVO PAPEL DEL FISCAL ANTE LA REFORMA..... | 66 |
| 3. UN NECESARIO CAMBIO SOCIAL..... | 68 |
| NUEVAS PERSPECTIVAS EN TORNO A LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO..... | 71 |
| LUIS GARAU JUANEDA | |
| CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY 8/2021: DE LA INCAPACITACIÓN A LA SALVAGUARDA DE LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 77 |
| MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA | |
| 1. INTRODUCCIÓN | 77 |
| 2. RAZÓN DE SER DE LA REFORMA | 77 |
| 3. CLAVES DE LA REFORMA..... | 80 |
| 3.1. Consagración del modelo social de atención a la discapaci- dad | 80 |
| 3.2. Supresión de la incapacitación judicial y salvaguarda de la autonomía de la persona con discapacidad | 80 |
| 3.3. Adopción de un sistema de apoyos | 81 |
| 3.4. Prioridad de las medidas voluntarias | 83 |
| 3.5. Excepcionalidad de las medidas de apoyo con funciones re- presentativas | 83 |
| 3.6. Primacía de los procedimientos de jurisdicción voluntaria . | 84 |
| 3.7. Adecuación de las situaciones preexistentes a la nueva nor- mativa | 85 |
| 4. CONCLUSIONES..... | 86 |
| BIBLIOGRAFÍA | 89 |

| | |
|--|----|
| LA LEY 8/2021 DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS FUNDACIONES TUTELARES | 91 |
| IGNACIO RECONDO AIZPURU | |
| 1. NOTA DEL ALCANCE DE LA APORTACIÓN..... | 91 |
| 2. PREGUNTAS Y ALGUNAS RESPUESTAS | 91 |
| 2.1. ¿Qué recursos serán necesarios para un sistema de apoyos eficaz? | 91 |
| 2.2. ¿Qué dificultades se prevén para el apoyo a las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica?..... | 93 |
| 2.3. ¿Qué acciones pueden ayudar a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica? | 94 |
| 2.4. ¿Qué caminos o vías tienen las personas con discapacidad intelectual y sus familias para solicitar las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica? ¿Problemas que se plantean en su puesta en práctica? | 94 |
| 3. CONCLUSIONES Y NOTAS FINALES | 95 |

PARTE PRIMERA.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO 1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PROYECCIÓN EN LA LEY 8/2021 | 99 |
| ELISABETTA MAZZILLI | |
| 1. ANTECEDENTES, PRINCIPIOS Y OBLIGACIONES DE LA CONVENCIÓN | 99 |
| 1.1. Antecedentes de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad a nivel internacional | 99 |
| 1.2. Antecedentes de la Ley 8/2021 de 2 de junio en el ordenamiento jurídico interno | 104 |
| 1.3. Principios de la Convención..... | 107 |
| 1.4. Obligaciones de la Convención..... | 111 |
| 2. EL PARADIGMA DEL DERECHO AL IGUAL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA ANTE LA LEY Y EL SISTEMA DE APOYOS | 112 |
| 2.1. El modelo social..... | 112 |
| 2.2. El concepto de discapacidad..... | 114 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 2.3. El concepto de capacidad..... | 116 |
| 2.4. El sistema de apoyos..... | 119 |
| 2.5. Dudas y cuestiones abiertas..... | 124 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 130 |

PARTE SEGUNDA.
REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL CÓDIGO PENAL

I. MODIFICACIONES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 2. LA REFORMA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO | 137 |
| NATIVIDAD GOÑI URRIZA | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 137 |
| 2. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD..... | 141 |
| 2.1. La reforma parcial del régimen de nacionalidad..... | 141 |
| 2.2. Las omisiones en la reforma..... | 143 |
| 3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 9.6 CC..... | 146 |
| 3.1. Ley aplicable a las medidas de apoyo para las personas con discapacidad –artículo 9.6, párr.2º CC–..... | 146 |
| 3.2. Diversidad de normas de conflicto para la determinación de la capacidad y para la adopción de medidas de apoyo en los artículos 9.1 CC y 9.6 CC..... | 149 |
| 3.3. La ley aplicable a las medidas ex ante: los poderes de representación..... | 151 |
| 3.4. La determinación de la ley aplicable a la representación ex lege..... | 154 |
| 3.5. Los conflictos de leyes internos..... | 155 |
| 3.6. Aplicación de la norma extranjera sobre discapacidad en los contratos celebrados en España..... | 156 |
| 4. LOS PRINCIPIOS DEL CNY Y DEL ARTÍCULO 8 CEDH COMO CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL..... | 156 |
| 5. LA FALTA DE REFORMA EN COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES..... | 159 |
| 5.1. La competencia judicial internacional..... | 159 |
| 5.2. La validez en España de decisiones extranjeras..... | 161 |

| | |
|----------------------|-----|
| 6. CONCLUSIONES..... | 165 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 166 |

II. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 3. TUTELA DE LOS MENORES Y PROMOCIÓN DE SU CONSTITUCIÓN | 169 |
|---|-----|

MARIA JOSÉ REYES

| | |
|---|-----|
| 1. DE LA TUTELA Y GUARDA DE MENORES (ARTS. 199-200 CC) | 169 |
| 1.1. Planteamiento de la cuestión | 169 |
| 1.2. Concepto de tutela | 171 |
| 1.3. Modalidades de tutela | 171 |
| 1.4. Personas sujetas a tutela | 171 |
| 1.5. Artículo 200 | 176 |
| 2. DEL MANTENIMIENTO DE TUTOR (ARTS. 201-204 CC) | 186 |
| 2.1. Facultades parentales | 186 |
| 2.2. Recursos jurídicos | 187 |
| 2.3. Artículos 202, 203 y 204 | 191 |
| 2.4. Artículo 205 | 194 |
| 3. DE LA PROMOCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA (ARTS. 206-210 CC) | 197 |
| 3.1. Constitución de la tutela | 197 |
| 3.2. Momento de la constitución | 198 |
| 3.3. Personas llamadas a ser tutoras | 198 |
| 3.4. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de promover la tutela | 199 |
| 3.5. Artículo 207 | 201 |
| 3.6. Artículo 208 | 200 |
| 3.7. Artículo 209 | 205 |
| 3.10. Artículo 210 | 207 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 4. LA DELACIÓN DE LA TUTELA DE LOS MENORES | 209 |
|---|-----|

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

| | |
|-----------------------|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 209 |
|-----------------------|-----|

| | | |
|------|---|-----|
| 2. | LOS ANTECEDENTES DEL ART. 211 DEL CC TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 8/2021 | 211 |
| 2.1. | La redacción originaria del Código Civil | 211 |
| 2.2. | El art. 241 del CC tras la reforma de la tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre | 211 |
| 2.3. | El Proyecto de CC de la APDC | 213 |
| 2.4. | El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 2018 | 213 |
| 2.5. | El iter parlamentario del nuevo art. 211 CC | 213 |
| 3. | COMENTARIO DEL ART. 211 CC: LOS REQUISITOS PARA QUE UNA PERSONA FÍSICA PUEDA SER NOMBRADA TUTOR | 214 |
| 3.1. | Introducción | 214 |
| 3.2. | Requisitos | 215 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 222 |
| | CAPÍTULO 5. LA TUTELA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS | 225 |
| | IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ | |
| 1. | INTRODUCCIÓN | 225 |
| 2. | LOS ANTECEDENTES DEL ACTUAL ART. 212 CC..... | 225 |
| 2.1. | La redacción originaria del CC | 225 |
| 2.2. | La Ley 13/1983, de 24 de octubre: el art. 242 del CC y sus antecedentes | 226 |
| 2.3. | Ley 21/1987, de 11 de noviembre. La tutela publica de los menores desamparados y normas posteriores. La Ley 41/2003 y la Ley 26/2015 | 227 |
| 2.4. | Propuesta de CC de la APDC | 229 |
| 2.5. | El Proyecto de Ley de 2021 y su tramitación parlamentaria. | 229 |
| 3. | COMENTARIO DEL ART. 212 DEL CC..... | 230 |
| 3.1. | Introducción | 230 |
| 3.2. | Requisitos especiales para que una persona jurídica pueda ser tutora | 231 |
| 3.3. | Nombramiento | 240 |
| 3.4. | Remoción y excusa de las personas jurídicas para el desempeño del cargo de tutor | 242 |
| 3.5. | Ejercicio de la tutela | 244 |
| 3.6. | La extinción de la tutela encomendada a personas jurídicas | 246 |

| | |
|--|-----|
| BIBLIOGRAFÍA | 247 |
| CAPÍTULO 6. TUTOR ÚNICO Y PLURALIDAD DE TUTORES | 249 |
| LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO | |
| 1. SUPUESTOS DE TUTELA PLURAL | 249 |
| 1.1. Consideraciones generales..... | 249 |
| 1.2. Tutor de la persona y de los bienes como cargos distintos... | 253 |
| 1.3. Tutor de los hijos de su hermano y su cónyuge o conviviente «more uxorio» | 256 |
| 1.4. Varios tutores designados en testamento o documento público notarial | 257 |
| 2. SOBRE EL EJERCICIO DE LA TUTELA CUANDO EXISTE UNA PLURALIDAD DE TUTORES (ART. 219 CC) | 258 |
| 2.1. Consideraciones generales..... | 259 |
| 2.2. Tutela mancomunada | 260 |
| 2.3. Tutela solidaria | 261 |
| 2.4. Situaciones específicas | 262 |
| 3. INCOMPATIBILIDAD U OPOSICIÓN DE INTERESES EN LA TUTELA PLURAL (ART. 220 CC) | 263 |
| 4. CESE DE ALGUNO DE LOS TUTORES EN LA TUTELA PLURAL (ART. 221 CC) | 265 |
| BIBLIOGRAFÍA | 266 |
| CAPÍTULO 7. LA TUTELA EN EL SUPUESTO DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO | 267 |
| MARÍA ELENA COBAS COBIELLA | |
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FIGURA DE LA TUTELA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO | 268 |
| 1.1. La tutela de los menores en situación de desamparo como tutela automática..... | 268 |
| 1.2. Principios inspiradores del sistema de protección de menores: el interés superior del menor y la integración familiar.. | 270 |
| 1.3. Situación de riesgo y situación de desamparo..... | 272 |
| 2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 222 DEL CÓDIGO CIVIL | 275 |
| 2.1. Aplicación del precepto..... | 275 |
| 2.2. Antecedentes de la norma | 276 |
| 2.3. Situación de desamparo | 277 |

| | | |
|--|---|-----|
| 2.4. | Entidad pública o entidad pública del respectivo territorio | 278 |
| 2.5. | Nombramiento de tutor persona física en situaciones de desamparo | 279 |
| 2.6. | Suspensión o privación de la patria potestad o remoción del tutor | 280 |
| 2.7. | Menor extranjero no acompañado y la situación de desamparo | 280 |
| 3. | BIBLIOGRAFÍA | 283 |
| CAPÍTULO 8. REMOCIÓN Y EXCUSAS EN LA TUTELA | | 285 |
| MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE | | |
| 1. | CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REMOCIÓN | 285 |
| 2. | CAUSAS DE LA REMOCIÓN DEL TUTOR | 286 |
| 2.1. | Causas de inhabilidad por ministerio de la Ley | 287 |
| 2.2. | Causas de inhabilidad por decisión judicial | 288 |
| 2.3. | Incumplimiento de los deberes propios del cargo de tutor . | 289 |
| 2.4. | Notoria ineptitud del ejercicio de tutor | 290 |
| 2.5. | Problemas de convivencia con el tutelado | 290 |
| 2.6. | Pérdida de idoneidad del tutor | 290 |
| 3. | PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA REMOCIÓN | 291 |
| 4. | EXCUSA DE LA TUTELA. PROCEDIMIENTO | 293 |
| | A) Por motivos económicos, laborales u otras circunstancias | 293 |
| | B) Por motivos de inhabilidad para el ejercicio del cargo | 294 |
| CAPÍTULO 9. EJERCICIO DE LA TUTELA | | 297 |
| VANESSA GARCÍA HERRERA | | |
| 1. | DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN TUTELAR | 297 |
| 2. | EL EJERCICIO DE LA TUTELA: LAS FUNCIONES TUTELARES | 302 |
| 3. | DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TUTOR DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LA TUTELA | 306 |
| 3.1. | Derechos del tutor | 306 |
| 3.2. | Obligaciones del tutor (art. 228 Cc) | 308 |
| 4. | RESPONSABILIDAD DEL TUTOR POR EL EJERCICIO DE SU CARGO | 329 |

| | |
|--|------------|
| BIBLIOGRAFÍA..... | 330 |
| CAPÍTULO 10. EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS..... | 333 |
| MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ | |
| 1. CONSIDERACIONES PREVIAS..... | 333 |
| 2. ESTUDIO DE LAS CAUSAS EXTINTIVAS (ART. 231 CC) | 334 |
| 3. LA RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS | 337 |
| 3.1. La cuenta general justificada..... | 337 |
| 3.2. Gastos y saldo..... | 341 |
| CAPÍTULO 11. LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR: EL DELICADO EQUILIBRIO ENTRE LOS INTERESES DEL REPRESENTADO Y LAS OBLIGACIONES DEL REPRESENTANTE | 343 |
| ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ | |
| 1. UNA FIGURA CLAVE: LA TUTELA | 343 |
| 2. LAS FUNCIONES DEL TUTOR. SU EJERCICIO | 345 |
| 2.1. Promoción de la tutela | 347 |
| 2.2. Toma de posesión del cargo..... | 348 |
| 2.3. Ejercicio obligatorio del cargo tras la toma de posesión | 349 |
| 2.4. El deber del tutor de proveer alimentos al tutelado | 349 |
| 2.5. La obligación del tutor de procurar la educación del tutelado..... | 350 |
| 3. LA DILIGENCIA EXIGIBLE AL TUTOR Y SU RESPONSABILIDAD..... | 351 |
| 4. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR | 353 |
| 5. CONCLUSIONES..... | 355 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA..... | 356 |
| CAPÍTULO 12. EL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR..... | 359 |
| PETRONILA GARCÍA LÓPEZ | |
| 1. NOMBRAMIENTO (ART. 235 CC) | 359 |
| 1.1. Introducción | 359 |
| 1.2. Concepto y características..... | 360 |

| | |
|---|-----|
| 1.3. Los supuestos de actuación del defensor judicial del menor | 361 |
| 2. PROCEDIMIENTO | 365 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 367 |
| CAPÍTULO 13. DE LA GUARDA DE HECHO DEL MENOR..... | 369 |
| FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE | |
| OSCAR MONJE BALMASEDA | |
| 1. LOS ANTECEDENTES A LA LEY 8/2021 2 DE JUNIO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO..... | 369 |
| 2. ESPECIAL ATENCIÓN A LA GUARDA DE HECHO DEL MENOR. CONSIDERACIONES NOTABLES EN SU REGULACIÓN . | 385 |
| 3. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR: UN ANÁLISIS EVOLUTIVO DEL ART. 303 CC AL VIGENTE ART. 264..... | 388 |
| 4. LA ACTUACIÓN REPRESENTATIVA DEL GUARDADOR DE HECHO: DE LA “UTILIDAD” AL RESPETO A LA VOLUNTAD Y PREFERENCIAS DEL DISCAPAZ | 397 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 402 |
| CAPÍTULO 14. LA GUARDA DE HECHO COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DE MENORES. DE LA NECESIDAD A LA CONTROVERSIA EN LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 409 |
| ANA ISABEL HERRÁN | |
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES | 409 |
| 2. APROXIMACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL A LA GUARDA DE HECHO DEL MENOR..... | 412 |
| 2.1. Antecedentes normativos: de la tolerancia legislativa al reconocimiento legal de la guarda de hecho | 412 |
| 2.2. Configuración jurisprudencial de la guarda de hecho del menor: una realidad fáctica y ¿efímera?..... | 415 |
| 3. LA GUARDA DE HECHO DEL MENOR COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL..... | 417 |
| 4. LA GUARDA DE HECHO Y SU INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL «INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR» | 423 |

| | | |
|--|--|-----|
| 4.1. | El beneficio del menor y la situación de guarda de hecho ... | 423 |
| 4.2. | La situación de desamparo del menor ante el ejercicio adecuado de la guarda de hecho..... | 427 |
| 5. | EL RÉGIMEN SUPLETORIO DE LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ALGUNAS DIFICULTADES PARA SU APLICACIÓN A LOS MENORES DE EDAD..... | 430 |
| 6. | A MODO DE CONCLUSIÓN. EL IMPACTO Y ALCANCE DE LA GUARDA DE HECHO DE MENORES A PARTIR DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO | 435 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 437 |
| CAPÍTULO 15. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA SITUACIÓN DE TUTORES, CURADORES, DEFENSORES JUDICIALES Y GUARDADORES DE HECHO QUE AFECTAN A LOS MENORES DE EDAD | | 439 |
| MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE | | |
| 1. | RÉGIMEN JURÍDICO TRANSITORIO DE LOS CARGOS TUITIVOS Y GUARDA DE HECHO DE LOS MENORES DE EDAD..... | 439 |
| 2. | TUTORES..... | 439 |
| 3. | CURADORES..... | 441 |
| 4. | DEFENSORES JUDICIALES..... | 442 |
| 5. | GUARDADORES DE HECHO..... | 442 |
| III. DE LA MAYOR EDAD Y DE LA EMANCIPACIÓN | | |
| CAPÍTULO 16. LA MAYOR EDAD Y LA EMANCIPACIÓN | | 443 |
| CRISTINA GIL MEMBRADO | | |
| 1. | NOVEDADES EN CUANTO A LA MAYOR EDAD Y LA EMANCIPACIÓN..... | 443 |
| 2. | LA CAPACIDAD DEL MENOR..... | 444 |
| 3. | LA EMANCIPACIÓN..... | 444 |
| 4. | LAS RESTRICCIONES EN LA ESFERA PATRIMONIAL DEL EMANCIPADO Y DEL MENOR CASADO | 446 |
| 5. | LAS MEDIDAS DE APOYO | 446 |
| | 5.1. La figura del defensor judicial..... | 447 |
| | 5.2. El defensor judicial como figura más idónea que el curador. | 447 |
| 6. | BIBLIOGRAFÍA..... | 449 |

IV. PROCEDIMIENTO DE APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA.
EL NUEVO TÍTULO XI DEL CÓDIGO CIVIL

CAPÍTULO 17. LA NOCIÓN DE CAPACIDAD JURÍDICA QUE SE
INCORPORA AL TÍTULO XI, LIBRO I, DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL... 451

JUANA MARCO MOLINA

1. INTRODUCCIÓN: EL ALCANCE O EXTENSIÓN DE LA REFORMA DEL TÍTULO XI, LIBRO I, DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL..... 451
2. EL ORIGEN DE LA NOCIÓN REFORMADA DE CAPACIDAD JURÍDICA: EL “MOVIMIENTO POR LA VIDA INDEPENDIENTE”. 452
3. LA NOCIÓN DE CAPACIDAD JURÍDICA QUE PROFESA EL TÍTULO XI, LIBRO I, DEL CÓDIGO CIVIL REFORMADO..... 457
 - 3.1. **La marginación del Derecho civil en cuestión de “personalidad” y de “capacidad jurídica”** 459
 - 3.2. **La deliberada elusión de la noción legal de discapacidad...** 476
 - 3.3. **El sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica**..... 493
- BIBLIOGRAFÍA 500

CAPÍTULO 18. EL SISTEMA DE APOYOS COMO ELEMENTO PARA EL
EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON
DISCAPACIDAD 505

ANTONI VAQUER ALOY

1. EL SISTEMA DE APOYOS COMO ELEMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD 505
 - 1.1. **Ideas preliminares** 505
 - 1.2. **Los presupuestos de las medidas de apoyo**..... 507
 - 1.3. **El sistema de medidas de apoyo** 508
 - 1.4. **Función de las medidas de apoyo** 509
 - 1.5. **Finalidad de las medidas de apoyo** 511
 - 1.6. **El respeto a la “voluntad, deseos y preferencias”** 512
 - 1.7. **Abuso, conflicto de intereses e influencia indebida** 514
2. INHABILIDAD PARA EJERCER MEDIDAS DE APOYO..... 516
3. LA REPRESENTACIÓN COMO EXCEPCIÓN..... 518

| | | |
|------|--|-----|
| 4. | LA PERSONA CON DISCAPACIDAD SIN VOLUNTAD, DESEOS NI PREFERENCIAS | 520 |
| 5. | ACTOS PROHIBIDOS A QUIEN PRESTA MEDIDAS DE APOYO | 521 |
| 5.1. | La prohibición de recibir liberalidades de la persona discapacitada o de sus causahabientes | 522 |
| 5.2. | “Prestar medidas de apoyo” cuando en el mismo acto inter venga en nombre propio o de un tercero y existiera conflic to de intereses | 526 |
| 5.3. | Adquirir por título oneroso bienes de la persona que pre cise el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título | 528 |
| 5.4. | La excepción a la prohibición | 528 |
| 6. | APOYOS, SALVAGUARDIAS Y ÓRGANOS DE CONTROL O SU PERSIVIÓN | 529 |
| 7. | LA FORMACIÓN EN MEDIDAS DE APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA | 531 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 532 |
| | CAPÍTULO 19. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS VOLUNTARIAS DE APOYO | 539 |
| | OLGA CARDONA GUASCH | |
| 1. | LAS MEDIDAS PREVENTIVAS VOLUNTARIAS DE APOYO. IDEAS GENERALES..... | 539 |
| 1.1. | Solicitud de adopción de medidas de apoyo para menores de edad: el artículo 254 CC | 540 |
| 1.2. | Medidas voluntarias de apoyo previstas por mayores de edad y menores emancipados. El artículo 255 CC..... | 543 |
| | CAPÍTULO 20. LA AUTOCURATELA..... | 551 |
| | OLGA CARDONA GUASCH | |
| 1. | SU CONCEPTO..... | 551 |
| 1.1. | Quién puede otorgar autocuratela | 552 |
| 1.2. | Forma | 553 |
| 1.3. | Contenido del documento | 553 |

| | |
|---|---------|
| CAPÍTULO 21. LOS PODERES PREVENTIVOS..... | 559 |
| JOSÉ ANTONIO CARBONELL CRESPI | |
| 1. ANTECEDENTES. INTRODUCCIÓN..... | 559 |
| 1.1. Los apoderamientos preventivos como medida voluntaria de apoyo | 563 |
| 1.2. Los apoderamientos preventivos como mandato | 564 |
| 2. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS | 566 |
| 3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS..... | 568 |
| 4. CLASES DE APODERAMIENTOS PREVENTIVOS..... | 570 |
| 4.1. El poder con cláusula de subsistencia | 570 |
| 4.2. El poder conferido sólo para el supuesto de que el poderdante precise de apoyo en el futuro | 571 |
| 5. ELEMENTOS PERSONALES | 573 |
| 5.1. El poderdante | 573 |
| 5.2. El apoderado | 575 |
| 6. ELEMENTOS FORMALES | 578 |
| 6.1. Escritura pública | 578 |
| 6.2. Inscripción en el Registro Civil | 579 |
| 7. CONTENIDO | 580 |
| 8. SUBSISTENCIA Y SUSTITUCIÓN DEL PODER PREVENTIVO... | 583 |
| 8.1. Subsistencia | 583 |
| 8.2. Sustitución | 583 |
| 9. EXTINCIÓN DEL PODER PREVENTIVO | 584 |
| CAPÍTULO 22. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS PREVISIONES DE AUTOTUTELA, PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS | 589 |
| CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO | |
| 1. ANTECEDENTES..... | 589 |
| 2. COMENTARIO DE LA REGULACIÓN | 590 |
| 2.1. La autotutela | 591 |
| 2.2. Los poderes preventivos | 591 |
| 3. CONCLUSIONES..... | 595 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 596 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 23. LAS MEDIDAS INFORMALES DE APOYO. ESPECIAL REFERENCIA A LA GUARDA DE HECHO | 599 |
| MARÍA PILAR FERRER VANRELL | |
| INTRODUCCIÓN | 599 |
| 1. LA GUARDA DE HECHO COMO INSTITUCIÓN DE APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 601 |
| 2. FUNCIONAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO | 602 |
| 2.1. Aproximación al concepto de la guarda de hecho | 603 |
| 2.2. Las dos partes en la guarda de hecho. La persona guardada y el guardador | 605 |
| 2.3. Ejercicio de la guarda de hecho. Especial referencia a la función del guardado y las salvaguardas | 607 |
| 3. LA EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO | 614 |
| 3.1. La rendición de cuentas..... | 614 |
| 3.2. Las concretas causas de extinción..... | 616 |
| BIBLIOGRAFÍA | 618 |
| CAPÍTULO 24. LA CURATELA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD .. | 621 |
| MARÍA JORQUI AZOFRA | |
| RAQUEL LUQUIN BERGARECHE | |
| 1. ASPECTOS GENERALES | 621 |
| 1.1. Cambio de paradigma: el papel del curador (art. 268, párr. 1 CC)..... | 621 |
| 1.2. Constitución y contenido de la curatela. La curatela representativa y asistencial (art. 269 CC) | 631 |
| 1.3. Medidas de control y revisión de la curatela (arts. 270 y 268, párr. 2º y 3º CC) | 641 |
| 2. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR..... | 644 |
| 2.1. Requisitos legales para ser curador (art. 275 CC) | 644 |
| 2.2. Preferencia y orden en el nombramiento de curador (art. 276 CC)..... | 653 |
| 2.3. Curatela personal y/o real. Pluralidad de curadores (art. 277 CC)..... | 660 |
| 2.4. Remoción de la curatela (art. 278 CC) | 661 |
| 2.5. Régimen de excusas del cargo: causas, procedimiento y efectos (arts. 279, 280, 281, párr. 3º y 4º CC)..... | 665 |

| | | |
|------|--|-----|
| 2.6. | Régimen de excusa del curador nombrado en disposición testamentaria (art. 280 CC) | 669 |
| 2.7. | Retribución e indemnización del curador (art. 281) | 670 |
| 3. | EJERCICIO DE LA CURATELA | 673 |
| 3.1. | Toma de posesión y ejercicio de la función (art. 282 CC) | 673 |
| 3.2. | Régimen en caso de incompatibilidad o conflicto de intereses (art. 283 CC) | 689 |
| 3.3. | Prestación de fianza e inventario. Efectos jurídicos (arts. 284, 285 y 286 CC) | 692 |
| 3.4. | Autorización judicial en la curatela con funciones representativas: actos incluidos y excluidos. Procedimiento (arts. 287, 288, 289 y 290 CC) | 697 |
| 4. | EXTINCIÓN DE LA CURATELA | 720 |
| 4.1. | Extinción automática o de pleno derecho | 720 |
| 4.2. | Extinción por resolución judicial en los supuestos legales... | 721 |
| 5. | RENDICIÓN DE CUENTAS Y GASTOS (ARTS. 292 Y 293 CC) | 722 |
| 5.1. | Cuenta general justificada de la curatela | 722 |
| 5.2. | Liquidación de gastos | 723 |
| 6. | RESPONSABILIDAD DEL CURADOR (ART. 294 CC) | 723 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 725 |
| | | |
| | CAPÍTULO 25. EL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 731 |
| | ANTONIO MONSERRAT QUINTANA | |
| | INTRODUCCIÓN | 731 |
| 1. | SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL PARA LA PERSONA CON DISCAPACIDAD (ARTÍCULO 295 CC) | 733 |
| 2. | NOMBRAMIENTO: PROCEDIMIENTO, DESIGNACIÓN Y EXCLUSIÓN (ARTÍCULOS 295, PÁRRAFO 2º, Y 296 CC) | 736 |
| 3. | CAUSAS DE INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN (ART. 297, INCISO 1º CC) | 738 |
| 4. | OBLIGACIONES, GESTIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS (ARTS. 297 INCISO 2º Y 298 CC) | 742 |
| 4.1. | Obligaciones | 742 |
| 4.2. | Gestión | 743 |
| 4.3. | Rendición de cuentas | 745 |

CAPÍTULO 26. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA SITUACIÓN DE TUTORES, CURADORES, DEFENSORES JUDICIALES Y GUARDADORES DE HECHO. SITUACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA. SITUACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE PRODIGALIDAD..... 747

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | INTRODUCCIÓN | 747 |
| 2. | TUTORES. LA CURATELA REPRESENTATIVA | 748 |
| 3. | CURADORES..... | 751 |
| 4. | DEFENSORES JUDICIALES..... | 752 |
| 5. | GUARDADORES DE HECHO..... | 752 |
| 6. | PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA..... | 752 |
| 7. | DECLARACIONES DE PRODIGALIDAD..... | 753 |

V. INNOVACIONES NORMATIVAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO 27. SEPARACIÓN, DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITAS, Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR..... 755

RAFAEL LINARES NOCI

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA SEPARACIÓN | 755 |
| 2. | EL DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITAS (ART. 94 CC) ... | 762 |
| 3. | EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR (ART. 96 CC) | 771 |

CAPÍTULO 28. EL ÁMBITO DE LA FILIACIÓN 783

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | IDEAS GENERALES..... | 783 |
| 2. | LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y LA VALIDEZ DE LOS ACTOS PREVIOS DEL HIJO CON DISCAPACIDAD REALIZADOS CONFORME A SUS MEDIDAS DE APOYO (ART. 112 CC) | 784 |
| 3. | EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN Y LAS MEDIDAS DE APOYO (ARTS. 121, 123, 124 Y 125 CC)..... | 788 |
| 3.1. | Requisitos de validez del reconocimiento (art. 121 CC) | 788 |
| 3.2. | Requisitos de eficacia del reconocimiento (arts. 123, 124 y 125 CC)..... | 795 |

| | | |
|--|---|-----|
| 4. | DEL EJERCICIO DE ALGUNAS ACCIONES DE FILIACIÓN (ARTS. 133 Y 137 CC)..... | 800 |
| 4.1. | El plazo en la acción de reclamación de la filiación no manifestada por la posesión de estado ejercitada por los herederos del hijo con discapacidad (art. 133 CC) | 800 |
| 4.2. | La impugnación de la paternidad del art. 137 CC | 801 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 804 |
| CAPÍTULO 29. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD..... | | 807 |
| MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ | | |
| 1. | INTRODUCCIÓN: LÍNEAS MAESTRAS DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL..... | 807 |
| 2. | PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA: EL INTERÉS DEL MENOR..... | 815 |
| 3. | MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD | 819 |
| 3.1. | Titularidad y ejercicio: Principio de actuación conjunta..... | 819 |
| 3.2. | Desacuerdos..... | 821 |
| 3.3. | Excepciones al ejercicio conjunto..... | 823 |
| 3.4. | Supresión de la incapacidad..... | 824 |
| 3.5. | Progenitores con vidas separadas | 826 |
| 3.6. | Asistencia psicológica a los hijos | 827 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 834 |
| CAPÍTULO 30. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE GANANCIALES | | 837 |
| M ^a JOSÉ VAQUERO PINTO | | |
| 1. | CAPACIDAD PARA OTORGAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES: LA SUPRESIÓN DEL ARTÍCULO 1330 DEL CÓDIGO CIVIL..... | 837 |
| 1.1. | La influencia de los nuevos planteamientos en materia de capacidad jurídica en la supresión del artículo 1330 del Código Civil | 837 |
| 1.2. | La regulación anterior en materia de capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y los principios aceptados por la doctrina tradicional..... | 855 |

| | | |
|------|--|-----|
| 1.3. | El otorgamiento de capitulaciones matrimoniales tras la supresión del art. 1330 del Código Civil | 859 |
| 2. | RÉGIMEN ECONÓMICO DE GANANCIALES | 866 |
| 2.1. | Administración y disposición de bienes en caso de cónyuge con discapacidad –art. 1387 CC– | 866 |
| 2.2. | La petición de la extinción de la sociedad de gananciales por la situación de discapacidad del cónyuge –art. 1393.1 CC– | 872 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 876 |

VI. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN SUCESORIO

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 31. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y TESTAMENTOS NOTARIALES | 883 |
|---|-----|

ISABEL ESPÍN ALBA

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | CONTEXTO DE LA REFORMA EN SEDE TESTAMENTARIA | 883 |
| 1.1. | Cauces de ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones para otorgar testamento | 883 |
| 1.2. | La accesibilidad universal en materia de testamentos | 887 |
| 2. | CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO | 890 |
| 2.1. | Antecedentes jurisprudenciales y necesaria conexión con el art. 662 CC | 890 |
| 2.2. | «No pueden testar»: un nuevo enfoque de la capacidad jurídica en el art. 663 CC | 894 |
| 2.3. | La capacidad jurídica y el testamento otorgado ante notario. Art. 665 CC | 896 |
| 3. | LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN DE LOS TESTAMENTOS NOTARIALES | 905 |
| 3.1. | Testamento abierto notarial | 905 |
| 3.2. | Testamento notarial cerrado | 908 |
| 4. | BIBLIOGRAFÍA | 912 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO 32. INCAPACIDAD PARA HEREDAR | 915 |
|--|-----|

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | INCAPACIDADES RELATIVAS Y OTRAS CAUTELAS PARA TESTAR A FAVOR DE CIERTAS PERSONAS (ART. 753 CC) | 916 |
|----|---|-----|

| | | |
|--|--|-----|
| 1.1. | Protección de la libertad de testar y testadores vulnerables | 916 |
| 1.2. | Tutores y curadores representativos (párrafo 1º del art. 753)..... | 917 |
| 1.3. | Establecimientos residenciales, sus titulares, administradores y empleados (párrafo 2º del art. 753) | 924 |
| 1.4. | Tipo de disposiciones testamentarias a que se refiere el art. 753.1º y 2º | 929 |
| 1.5. | Efectos de las incapacidades relativas consagradas en los dos primeros párrafos del art. 753 CC..... | 929 |
| 1.6. | Los prestadores de servicios no institucionalizados de cuidado y asistencia al testador (párrafo 3º) | 933 |
| 1.7. | Problemas de Derecho transitorio en relación con el nuevo art. 753.3º CC..... | 943 |
| 1.8. | Aplicabilidad del art. 753 CC rigiendo la sucesión un Derecho civil autonómico: especial referencia al Derecho civil de Galicia..... | 945 |
| 2. | INDIGNIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FAMILIARES Y ASISTENCIALES -ART. 756 CC- | 948 |
| 2.1. | Modificaciones de la Ley 8/2021 en materia de indignidad para suceder..... | 948 |
| 2.2. | Indignidad por remoción en la curatela por causa imputable al curador (causa 2ª, párrafo 3º, del art. 756 CC)..... | 949 |
| 2.3. | Indignidad por falta de atenciones debidas (causa 7ª del art. 756 CC)..... | 951 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 956 |
| CAPÍTULO 33. LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR Y RÉGIMEN TRANSITORIO | | 959 |
| MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ | | |
| 1. | LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021 | 959 |
| 1.1. | Naturaleza jurídica de la sustitución ejemplar..... | 961 |
| 2. | LA SUPRESIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR TRAS LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD | 965 |
| 3. | PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª DE LA LEY 8/2021 | 968 |
| 3.1. | Consideraciones previas..... | 968 |

| | |
|---|------|
| 3.2. Problemas prácticos derivados del régimen transitorio de la sustitución ejemplar | 971 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 980 |
| CAPÍTULO 34. LA REFORMULACIÓN DEL ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE LOS LEGITIMARIOS DISCAPACITADOS | 983 |
| ANTONIA PANIZA FULLANA | |
| 1. PLANTEAMIENTO..... | 983 |
| 2. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE LOS LEGITIMARIOS CON DISCAPACIDAD | 987 |
| 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..... | 991 |
| 4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO <i>EX LEGE</i> SUS LÍMITES..... | 995 |
| 5. ¿DESHEREDACIÓN <i>EX LEGE</i> DE LOS HERMANOS?..... | 1002 |
| 6. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL FRENTE A LOS DERECHOS CIVILES PROPIOS | 1003 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1005 |
| RESOLUCIONES | 1007 |
| CAPÍTULO 35. DERECHO DE HABITACIÓN DE LOS LEGITIMARIOS, EL AJUSTE NORMATIVO: EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL | 1009 |
| MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ | |
| 1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL..... | 1009 |
| 1.1. Derecho de habitación de origen voluntario a favor de los legitimarios que se encuentran en situación de discapacidad | 1011 |
| 1.2. El legado legal del derecho de habitación a favor de los legitimarios en situación de discapacidad | 1012 |
| 1.3. Aspectos comunes en torno al derecho de habitación constituido según lo dispuesto en el artículo 822 del Código civil | 1014 |
| 2. LA DONACIÓN Y EL LEGADO COMO MODOS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 822.1 CC..... | 1016 |
| 2.1. La donación como título de adquisición del derecho de habitación | 1016 |

| | |
|---|----------|
| 2.2. El legado como título de adquisición del derecho de habitación | 1019 |
| 3. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE HABITACIÓN | 1020 |
| 3.1. Legitimarios del causante | 1020 |
| 3.2. Legitimarios en situación de discapacidad | 1023 |
| 4. OBJETO DEL DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DE LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD | 1025 |
| 5. COMPATIBILIDAD DEL DERECHO DE HABITACIÓN CON LA POSIBLE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA AL CÓNYUGE VIUDO | 1026 |
| 6. LA NO COMPUTACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN ATRIBUIDO AL LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD | 1028 |
| 7. BIBLIOGRAFÍA | 1029 |
| CAPÍTULO 36. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA A QUE ES LLAMADA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 1033 |
| ANA DÍAZ MARTÍNEZ | |
| 1. PLANTEAMIENTO: EL ESPÍRITU DEL NUEVO ART. 996 CC..... | 1033 |
| 2. EL TITULAR DEL <i>IUS DELATIONIS</i> ES UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD SIN MEDIDAS DE APOYO | 1035 |
| 3. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA CUANDO EL LLAMADO ES PERSONA CON DISCAPACIDAD CON MEDIDAS DE APOYO | 1036 |
| 3.1. Medidas voluntarias | 1037 |
| 3.2. Guardador de hecho | 1038 |
| 3.3. Curatela | 1039 |
| 3.4. Defensor judicial | 1043 |
| 4. ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA | 1044 |
| 5. REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA A QUE ES LLAMADA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 1047 |
| 6. <i>INTERPELLATIO IN IURE</i> | 1047 |
| BIBLIOGRAFÍA | 1048 |

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 37. COLACIÓN Y PARTICIÓN HEREDITARIA | 1051 |
| MARTA CARBALLO FIDALGO | |
| 1. COLACIÓN HEREDITARIA: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1041.2 CC..... | 1051 |
| 2. PARTICIÓN HEREDITARIA | 1053 |
| 2.1. Solicitud de partición | 1053 |
| 2.2. La partición por contador-partidor | 1062 |
| 2.3. El nuevo régimen de la partición convencional | 1068 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1080 |
| VII. MODIFICACIONES NORMATIVAS EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL | |
| CAPÍTULO 38. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN | 1085 |
| JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE | |
| CAPÍTULO 39. EFICACIA DEL PAGO A MENORES Y DISCAPACITADOS. | 1089 |
| JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA | |
| M ^a CARMEN BAYOD LÓPEZ | |
| 1. LA REFORMA AFECTA EXCLUSIVAMENTE AL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1163 CC | 1089 |
| 2. EL CAMBIO INTRODUCIDO EN LA REDACCIÓN ES RADICAL..... | 1090 |
| 3. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL ART. 1163.1 CC..... | 1091 |
| 3.1. Texto del Proyecto de Ley..... | 1091 |
| 3.2. Enmiendas presentadas en el Congreso | 1092 |
| 3.3. Texto de la Ponencia y de la Comisión de Justicia remitido al Senado | 1093 |
| 3.4. La enmienda formulada por dos senadores..... | 1094 |
| 3.5. Redacción final aprobada por el Senado y ratificada por el Congreso | 1094 |
| 3.6. Crítica general a la redacción aprobada | 1096 |
| 4. LA INCAPACIDAD PARA ADMINISTRAR LOS BIENES SIGUE SIENDO UN REQUISITO DEL ARTÍCULO 1163.1 CC..... | 1097 |
| 5. EFICACIA E INEFICACIA DEL PAGO RECIBIDO POR MENORES DE EDAD..... | 1099 |

| | | |
|------|---|------|
| 5.1. | La validez del pago requiere que el menor tenga capacidad para administrar los bienes recibidos | 1099 |
| 5.2. | La ineficacia del pago requiere que el menor no tenga capacidad para administrar los bienes recibidos | 1102 |
| 5.3. | El pago al menor sin capacidad para administrar los bienes recibidos es como regla anulable | 1102 |
| 5.4. | Como excepción, el pago al menor es siempre válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad | 1103 |
| 6. | EFICACIA E INEFICACIA DEL PAGO RECIBIDO POR MAYORES DE EDAD | 1104 |
| 6.1. | La misma regla del pago al menor es aplicable al pago al mayor de edad | 1104 |
| 6.2. | La regla común debe tener un mismo ámbito de aplicación: el pago de cualquier clase de obligaciones | 1108 |
| 6.3. | El legislador no ha acertado a definir en el art. 1163.1 CC qué persona mayor de edad es la protegida | 1110 |
| 6.4. | El legislador ha añadido requisitos que debe cumplir el pagador | 1111 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 1115 |
| | CAPÍTULO 40. CAPACIDAD PARA CONTRATAR | 1117 |
| | OSCAR MONJE BALMASEDA | |
| 1. | INTRODUCCIÓN | 1117 |
| 2. | LA SUPRESIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1263 CC: LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1121 |
| 3. | CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS | 1124 |
| 3.1. | Capacidad de obrar y capacidad para contratar de los menores. Posiciones doctrinales y evolución legislativa | 1124 |
| 3.2. | El nuevo planteamiento en torno a la capacidad jurídica y la capacidad para contratar de los menores. La situación de los menores con discapacidad | 1128 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 1130 |

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 41. RESCISIÓN POR LESIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR TUTORES Y CURADORES | 1133 |
| CARMEN BAYOD LÓPEZ | |
| JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA | |
| 1. FINALIDAD DE LA REFORMA: ADAPTACIÓN A LA NUEVA TERMINOLOGÍA..... | 1133 |
| 1.1. Reformas precedentes | 1133 |
| 1.2. La tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021 en relación con los artículos 1291.1 y 1299 CC | 1135 |
| 2. LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS QUE HUBIERAN PODI- DO CELEBRAR SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL LOS TUTO- RES O LOS CURADORES CON FACULTADES DE REPRESENTA- CIÓN | 1137 |
| 2.1. El alcance de la reforma: la pérdida de (más de) una oportu- nidad | 1137 |
| 2.2. La rescisión por lesión de los contratos celebrados por los tutores y curadores con facultades de representación: re- quisitos de aplicación | 1141 |
| 3. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN: EL ARTÍCULO 1299 CÓDIGO CIVIL..... | 1145 |
| 3.1. El plazo para el ejercicio de la acción rescisoria | 1145 |
| 3.2. El dies ad quo: el párrafo 2 del artículo 1299 CC..... | 1146 |
| 4. BIBLIOGRAFÍA | 1148 |
| CAPÍTULO 42. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA ANULABILIDAD | 1151 |
| M ^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA | |
| 1. LA ANULABILIDAD CONTRACTUAL EN SITUACIÓN DE DIS- CAPACIDAD | 1151 |
| 1.1. Contratación por la persona con discapacidad | 1151 |
| 1.2. Ámbito de aplicación del art. 1301.4 del CC..... | 1155 |
| 2. LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD: PLAZO Y CÓMPUTO..... | 1158 |
| 2.1. Reforma del art. 1301 del CC: caducidad de la acción | 1158 |
| 2.2. El dies a quo | 1160 |
| 3. LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD | 1161 |
| 3.1. El planteamiento de la reforma del art. 1302 del CC..... | 1161 |
| 3.2. Aspectos no modificados | 1163 |

| | |
|--|------|
| 3.3. Impugnación en la contratación por menores | 1164 |
| 3.4. Impugnación de la contratación realizada por persona con discapacidad..... | 1165 |
| 4. EFECTOS DE LA ANULABILIDAD: EL ART. 1304 CC | 1174 |
| 5. LA PÉRDIDA DE LA COSA POR PERSONA CON DISCAPACIDAD: EL ART. 1314 DEL CC..... | 1176 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1178 |
| CAPÍTULO 43. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL | 1181 |
| M ^a NÉLIDA TUR FAÚNDEZ | |
| 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR SUS PROPIOS ACTOS..... | 1181 |
| 1.1. El estado de la cuestión antes de la reforma del CC por la Ley 8/2021 | 1181 |
| 1.2. La responsabilidad civil de la persona con discapacidad. El alcance de la reforma por la Ley 8/2021..... | 1186 |
| 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TUTOR Y CURADOR POR LOS DAÑOS COMETIDOS POR MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1191 |
| 2.1. La situación anterior a la Ley 8/2021 | 1191 |
| 2.2. Responsabilidad civil de quienes prestan apoyo a la persona con discapacidad tras la reforma | 1192 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1198 |
| CAPÍTULO 44. SOBRE EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA (MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL), PUNTOS DOS Y TRES DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO | 1201 |
| EDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ | |
| INTRODUCCIÓN | 1201 |
| 1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..... | 1202 |
| 2. SOBRE LA GÉNESIS DE LA REFORMA Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL..... | 1206 |
| 3. LIMITACIONES Y ALCANCES DE LA REFORMA LEGISLATIVA PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. COMENTARIO A LA LEY 8/2021, 2 JUNIO. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 120 DEL CP..... | 1213 |
| BIBLIOGRAFÍA | 1217 |

| | |
|--|------|
| CAPÍTULO 45. DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL: LA DESAFORTUNADA Y CONFUSA MENCIÓN DE LA “RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO” | 1221 |
| IGNACIO LLEDÓ BENITO | |
| 1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA INCOHERENTE CONSIDERACIÓN DE LA “RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO” | 1221 |
| 2. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: EXPLICACIÓN DE LA DOCTRINA CRÍTICA AL ART. 118 DEL CÓDIGO PENAL..... | 1223 |
| 3. LA RESPONSABILIDAD EX DELICTO Y LA NUEVA REFORMULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD AL AMPARO DE LA LEY 8/2021 | 1230 |
| 4. EL CAMBIO DE POTESTAD O GUARDA LEGAL O DE HECHO POR EL SISTEMA DE APOYOS (EN EL PUNTO UNO ORDINAL 1º ART. 118 CÓDIGO PENAL) | 1236 |
| 5. LA CUESTIÓN “ERRÁTICA” DE LA LOCUCIÓN REFERIDA O LA IMPUTABILIDAD VERSUS INIMPUTABILIDAD DE LA REGLA PRIMERA DEL ART. 118-1º CP | 1240 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1246 |
| CAPÍTULO 46. AJUSTES NORMATIVOS EN DIVERSOS CONTRATOS: COMPRAVENTA, ARRENDAMIENTO, SOCIEDAD, MANDATO Y DEPÓSITO | 1249 |
| ANTONIA PANIZA FULLANA | |
| 1. LÍMITES ADQUISITIVOS Y DISPOSITIVOS DE BIENES DE MENORES Y DISCAPACITADOS..... | 1249 |
| 1.1. Planteamiento | 1249 |
| 1.2. Compra de bienes por tutores y personas que prestan funciones de apoyo -el artículo 1459.1 del Código civil | 1250 |
| 1.3. El arrendamiento de cosas por más de seis años (artículo 1548 del Código civil) | 1253 |
| 2. EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y MANDATO –ART. 1700 Y 1732 CC– | 1255 |
| 3. EL RÉGIMEN DEL DEPÓSITO EN CASO DE MENORES Y DISCAPACITADOS –ARTS. 1764, 1765 Y 1773 CC–..... | 1257 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1260 |

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 47. LA TRANSACCIÓN SOBRE DERECHOS DE LOS REPRESENTADOS | 1263 |
| JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA | |
| 1. REFLEXIONES PREVIAS | 1263 |
| 2. MATERIA TRANSIGIBLE Y CARÁCTER DE LA TRANSACCIÓN | 1265 |
| 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 1811 DEL CC..... | 1266 |
| 4. OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL..... | 1267 |
| 5. FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL RESPECTO AL ACTO O NEGOCIO AL QUE SE REFIERE | 1270 |
| 6. LA ESCASA RELEVANCIA ECONÓMICA | 1273 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1274 |

PARTE TERCERA.

PRINCIPALES MODIFICACIONES PRODUCIDAS EN EL REGISTRO CIVIL

| | |
|--|------|
| CAPÍTULO 48. LA PUBLICIDAD REGISTRAL, PERSONAS Y DISCAPACIDAD | 1277 |
| ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ | |
| 1.1. Introducción | 1277 |
| 1.2. La ley 20/2011, de 21 de julio. Nuevo modelo de Registro Civil, prórrogas y modificaciones | 1277 |
| 1.3. La publicidad en la Ley del Registro Civil de 1957, su Reglamento y la Ley 20/2011 | 1281 |
| 1.4. Supuestos de publicidad restringida hasta la Ley 8/2021, de 2 de junio | 1290 |
| 1.5. La publicidad registral de las personas con discapacidad hasta la Ley 8/2021 | 1296 |
| 1.6. La Reforma de la Ley 6/2021, de 28 de abril y de la LO 6/2021, de 28 de abril | 1301 |
| 1.7. Conclusiones | 1304 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1305 |

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 49. PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO | 1307 |
| EMMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ | |
| 1. INTRODUCCIÓN | 1307 |
| 2. EL MARCO LEGISLATIVO DE LA DISCAPACIDAD | 1309 |
| 2.1. El marco legislativo | 1309 |
| 2.2. El nuevo régimen de medidas de la Ley 8/2021, de 2 de junio | 1311 |
| 3. HECHOS Y ACTOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO INDIVIDUAL..... | 1312 |
| 3.1. El art. 4 LRC | 1312 |
| 3.2. Las obligaciones de los Estados Partes de la Convención en relación a los hechos inscribibles | 1313 |
| 4. DERECHOS ANTE EL REGISTRO CIVIL..... | 1315 |
| 5. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 44 Y 71 LRC | 1317 |
| 5.1. Modificación del artículo 44 | 1317 |
| 5.2. Modificación del art. 71. La inscripción de la Patria Potestad | 1318 |
| 6. RESOLUCIÓN JUDICIAL DE PROVISIÓN DE APOYOS Y OPO- NIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES | 1319 |
| 6.1. Resolución judicial de provisión de apoyos | 1319 |
| 6.2. Oponibilidad de las resoluciones | 1320 |
| 7. LA TUTELA POR LA ENTIDAD PÚBLICA | 1321 |
| 8. MEDIDAS DE APOYO VOLUNTARIAS OTORGADAS MEDIAN- TE ESCRITURA PÚBLICA | 1324 |
| 8.1. Medidas de apoyo voluntarias | 1324 |
| 8.2. Inscripción de la autocuratela | 1325 |
| 8.3. Poderes y mandatos preventivos | 1325 |
| 8.4. Inscripción o anotación de la guarda de hecho | 1327 |
| 9. LA PUBLICIDAD RESTRINGIDA DE LA DISCAPACIDAD Y LAS MEDIDAS DE APOYO..... | 1327 |
| 10. CONCLUSIONES..... | 1330 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1330 |

PARTE CUARTA.
MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO

| | |
|--|------|
| CAPÍTULO 50. LAS EXIGENCIAS PARA SER TESTIGOS DE CONOCIMIENTO EN LA IDENTIFICACIÓN DEL OTORGANTE | 1335 |
| ÁLVARO DELGADO TRUYOLS | |
| CAPÍTULO 51. LAS MEDIDAS DE APOYO EN LA COMPARECENCIA ANTE NOTARIO | 1337 |
| ÁLVARO DELGADO TRUYOLS | |
| CAPÍTULO 52. LOS AJUSTES NORMATIVOS A LA NUEVA TERMINOLOGÍA DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 1339 |
| ÁLVARO DELGADO TRUYOLS | |
| 1. PREVISIONES SOBRE EL ACUERDO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO (ART. 54.1 LN)..... | 1339 |
| 2. INTERVENCIÓN DE MENORES O DISCAPACITADOS EN LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO Y EN LA PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO Y OLÓGRAFO (ARTS. 56.1 Y ARTS. 57.3 Y 62.3 LN) | 1340 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1342 |
| CAPÍTULO 53. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DE LAS DEUDAS DINERARIAS NO CONTRADICHAS DE ALIMENTOS QUE SE RESTRINGEN A LOS MENORES..... | 1343 |
| CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO | |
| 1. ANTECEDENTES..... | 1343 |
| 2. COMENTARIO DE LA REGULACION | 1344 |
| 3. CONCLUSIONES..... | 1348 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1348 |
| CAPÍTULO 54. APERTURA DE LA CONCILIACIÓN, QUE SE RESTRINGE (EN LA LEY CONCURSAL) A PERSONAS MENORES DE EDAD | 1349 |
| CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO | |
| 1. ANTECEDENTES..... | 1349 |
| 2. COMENTARIO DE LA REGULACIÓN | 1350 |
| 3. CONCLUSIONES..... | 1352 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1352 |

PARTE QUINTA.
REFORMAS EN LA LEY HIPOTECARIA

| | |
|--|------|
| CAPÍTULO 55. INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DE LOS BIENES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1355 |
| JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE | |
| 1. EL NUEVO LIBRO SOBRE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES INMUEBLES: CONTENIDO, ASIENTOS, Y COMPETENCIA PARA SU GESTIÓN –ART. 242 BIS LH– | 1355 |
| 1.1. Antecedentes históricos | 1355 |
| 1.2. Regulación actual | 1359 |
| 1.3. Legitimados para solicitar la inscripción en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles de las medidas de apoyo | 1360 |
| 2. LA INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO VOLUNTARIAS..... | 1362 |
| 3. MEDIDAS INSCRIBIBLES EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES..... | 1364 |
| 4. LOS ASIENTOS DEL LIBRO SOBRE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES INMUEBLES..... | 1367 |
| 5. EL ÍNDICE CENTRAL INFORMATIZADO..... | 1369 |
| 5.1. Regulación | 1369 |
| 5.2. Antecedentes | 1370 |
| 6. LA EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO | 1373 |
| 7. LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES EN QUE INTERVENGAN PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1376 |
| 7.1. Cuestiones generales | 1376 |
| 7.2. Títulos inscribibles que han de ser calificados | 1376 |
| 7.3. Extensión y límites de la calificación registral de documentos en que interviene una persona con discapacidad necesitada de apoyos | 1377 |
| 7.4. Medios de calificación de que dispone el registrador | 1379 |
| 7.5. La nota de calificación | 1380 |
| 7.6. Las restricciones de disponibilidad y la inscripción del derecho de uso del Art. 96 CC en el Registro de la Propiedad | 1381 |
| 7.7. La adaptación del derecho transitorio | 1386 |

| | | |
|-------|--|------|
| 8. | LA SUPRESIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY HIPOTECARIA | 1387 |
| 8.1. | Antecedentes..... | 1387 |
| 8.2. | Causas de la supresión..... | 1388 |
| 8.3. | Derecho transitorio..... | 1389 |
| 9. | HIPOTECAS LEGALES | 1390 |
| 9.1. | Las hipotecas legales | 1390 |
| 9.2. | El Art. 165 LH | 1391 |
| 9.3. | El Art. 168.4º LH..... | 1392 |
| 9.4. | La hipoteca por razón de fianza en el Art. 192 LH..... | 1393 |
| 10. | PUBLICIDAD FORMAL..... | 1396 |
| 10.1. | La publicidad formal y las modificaciones de la Ley 8/2021 | 1396 |
| 10.2. | El Art. 222.9 LH..... | 1400 |

PARTE SEXTA.

REFORMA DE LA LEY 41/2003 DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

| | |
|--|------|
| CAPÍTULO 56. REFORMA DE LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1415 |
|--|------|

JULIA RUIZ-RICO RUIZ MORÓN

| | | |
|------|---|------|
| 1. | EL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL NUEVO PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD | 1415 |
| 1.1. | Significado y alcance de las instituciones de apoyo | 1415 |
| 1.2. | La necesaria adaptación de la Ley 41/2003 | 1419 |
| 2. | RÉGIMEN LEGAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO..... | 1429 |
| 3. | AJUSTES NORMATIVOS A LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO | 1430 |
| 3.1. | Naturaleza jurídica del acto de constitución..... | 1430 |
| 3.2. | Personas legitimadas para la constitución..... | 1431 |
| 3.3. | Constitución del patrimonio protegido a solicitud de persona con interés legítimo | 1435 |
| 3.4. | Contenido del documento de constitución | 1439 |
| 4. | AJUSTES NORMATIVOS AL RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES A PATRIMONIOS PROTEGIDOS..... | 1440 |
| 5. | NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACION | 1445 |

| | |
|---|------|
| 5.1. Cambios operados en el art. 5 LPPPD | 1445 |
| 5.2. Relevancia de la voluntad del constituyente y del aportante en el régimen de administración del patrimonio | 1446 |
| 5.3. Autorización judicial..... | 1448 |
| 6. RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS | 1450 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1450 |

PARTE SÉPTIMA.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

| | |
|--|------|
| CAPÍTULO 57. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO A RAÍZ DE LA LEY 8/2021..... | 1457 |
| BLANCA BALLESTER CASANELLA | |
| 1. INTRODUCCIÓN | 1457 |
| 2. LA CAPACIDAD EN LA NUEVA REGULACIÓN: ¿QUÉ APORTA A LAS PERSONAS CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL?..... | 1459 |
| 3. LEY 8/2021: CLAVES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1463 |
| 3.1. La adecuación del ordenamiento jurídico, a la Convención Internacional sobre derechos humanos de las personas con discapacidad..... | 1463 |
| 3.2. El empresario individual | 1467 |
| 3.3. El Estatuto Jurídico del empresario y su capacidad para ejercer el comercio | 1468 |
| CONCLUSIONES..... | 1475 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1477 |

PARTE OCTAVA.

REFORMAS PROCESALES

I. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 58. MODIFICACIONES GENERALES DE LA LJV: CAMBIOS TERMINOLÓGICOS Y NECESIDAD DE ADAPTACIONES Y AJUSTES EN LOS PROCEDIMIENTOS | 1481 |
|---|------|

JULIO BANACLOCHE PALAO

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 59. EL NUEVO EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1485 |
|---|------|

JULIO BANACLOCHE PALAO

| | |
|---|-------------|
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES | 1485 |
| 2. ÁMBITO OBJETIVO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO | 1488 |
| 2.1. Casos en que resulta aplicable | 1488 |
| 2.2. La posible acumulación de pretensiones o expedientes | 1490 |
| 3. ÁMBITO SUBJETIVO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO | 1492 |
| 3.1. Órgano judicial competente para conocer | 1492 |
| 3.2. Los sujetos particulares que intervienen en el expediente: capacidad, legitimación y postulación | 1494 |
| 3.3. La intervención del Ministerio Fiscal | 1497 |
| 4. EL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO | 1498 |
| 4.1. Actuaciones iniciales: medidas cautelares previas, solicitud, admisión y citación a la comparecencia | 1498 |
| 4.2. Actuaciones previas a la comparecencia y posible escrito de oposición | 1502 |
| 4.3. Celebración de la comparecencia | 1505 |
| 4.4. Terminación anormal y normal del expediente. Constitución de curatela y declaración de guarda de hecho. Régimen de costas | 1508 |
| 4.5. Impugnación de la decisión y la cuestión de la cosa juzgada | 1518 |
| 4.6. El procedimiento de revisión del auto acordando las medidas | 1520 |
| BIBLIOGRAFÍA | 1523 |

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 60. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EXPEDIENTES YA REGULADOS POR LA LJV | 1525 |
|---|------|

JULIO BANACLOCHE PALAO

| | |
|--|------|
| 1. EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL A MENORES O A PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1525 |
| 2. EXPEDIENTES RELATIVOS A LA TUTELA, CURATELA Y GUARDA DE HECHO | 1526 |

| | | |
|--|--|------|
| 3. | EXPEDIENTE RELATIVO A LA AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL DE ACTOS DE DISPOSICIÓN, GRAVAMEN U OTROS SIMILARES QUE SE REFIERAN A LOS BIENES Y DERECHOS DEL MENOR O DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD | 1538 |
| 4. | EXPEDIENTE SOBRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN RELATIVAS AL EJERCICIO INADECUADO DE LA POTESTAD DE GUARDA O DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL MENOR O PERSONA CON DISCAPACIDAD | 1541 |
| 5. | EXPEDIENTE RELATIVO A LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA | 1542 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 1543 |
| II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL | | |
| | CAPÍTULO 61. LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL HACIA UNA JUSTICIA INCLUSIVA Y ACCESIBLE..... | 1545 |
| | AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOA | |
| 1. | LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1545 |
| 2. | EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1546 |
| | 2.1. El requisito de la capacidad de las partes en el proceso civil antes de la reforma operada por la Ley 8/2021 | 1549 |
| | 2.2. El requisito de la capacidad de las partes en el proceso civil tras la reforma operada por la Ley 8/2021 | 1552 |
| | 2.3. La realización de los ajustes necesarios en el procedimiento. | 1553 |
| 3. | CONCLUSIONES..... | 1564 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 1564 |
| | CAPÍTULO 62. EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 1567 |
| | FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ | |
| 1. | INTRODUCCIÓN | 1567 |
| 2. | DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A ESTE PROCESO Y A LOS DEMÁS PROCESOS CIVILES NO DISPOSITIVOS | 1569 |

| | | |
|--|---|------|
| 3. | ÁMBITO DE APLICACIÓN: CUÁNDO SE PUEDE ACUDIR AL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO | 1571 |
| 4. | TRIBUNAL COMPETENTE | 1576 |
| 5. | PARTES: QUIÉN PUEDE PROMOVER EL PROCESO CONTENCIOSO (LEGITIMACIÓN). INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN ESTE PROCESO. POSTULACIÓN | 1582 |
| | 5.1. Legitimación | 1582 |
| | 5.2. Intervención procesal | 1586 |
| | 5.3. Postulación | 1588 |
| 6. | PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO. ESPECIALIDADES EN SU TRAMITACIÓN. | 1589 |
| | 6.1. Procedimiento adecuado | 1589 |
| | 6.2. Alegaciones iniciales. Especialidades | 1590 |
| | 6.3. Especialidades en la vista | 1594 |
| | 6.4. Sentencia. Especialidades | 1598 |
| 7. | REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO ADOPTADAS EN LA SENTENCIA | 1604 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 1607 |
| | | |
| CAPÍTULO 63. ADAPTACIÓN DE OTROS PROCESOS CIVILES ESPECIALES A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006: DETERMINACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN, PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO Y PROCESO PARA LA DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA..... | | 1609 |
| JAVIER LARENA BELDARRAIN | | |
| 1. | INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES | 1609 |
| 2. | LA REFORMA OPERADA EN LOS PROCESOS DE DETERMINACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN..... | 1611 |
| 3. | MODIFICACIONES QUE AFECTAN A LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO | 1613 |
| 4. | CAMBIOS REALIZADOS EN EL PROCESO PARA LA DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA..... | 1616 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 1617 |

III. RÉGIMEN TRANSITORIO EN MATERIA PROCESAL

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 64. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE CARÁCTER PROCESAL..... | 1619 |
| JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 1619 |
| 2. PRIVACIONES DE DERECHOS ACTUALMENTE EXISTENTES (DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA) | 1623 |
| 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS YA ACORDADAS (DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA) | 1626 |
| 4. PROCESOS EN TRAMITACIÓN (DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA) | 1646 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 1649 |

PARTE NOVENA.
DISPOSICIONES ADICIONALES, DEROGATORIA
Y FINALES DE LA LEY 8/2021

| | |
|---|------|
| CAPÍTULO 65. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES: PRIMERA Y SEGUNDA | 1653 |
| JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA | |
| ADIRAN BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ | |
| 1. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. RÉGIMEN DE COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL..... | 1653 |
| 2. DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. FORMACIÓN EN MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA..... | 1660 |
| CAPÍTULO 66. DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. ANÁLISIS | 1669 |
| ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ | |
| CAPÍTULO 67. TÍTULOS COMPETENCIALES (DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA) | 1671 |
| M ^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA | |
| 1. EL SENTIDO DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA..... | 1671 |

| | | |
|----|--|------|
| 2. | LA INVOCACIÓN POR EL ESTADO DE SU COMPETENCIA EXCLUSIVA SOBRE ORDENACIÓN DE LOS REGISTROS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS..... | 1672 |
| 3. | EL TÍTULO COMPETENCIAL SOBRE LEGISLACIÓN CIVIL..... | 1676 |
| 4. | LAS COMPETENCIAS EN MATERIA PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA..... | 1679 |
| 5. | LA COMPETENCIA PARA MODIFICAR LA NORMATIVA REFORMADA EN EL CÓDIGO PENAL..... | 1680 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 1681 |
| | CAPÍTULO 68. DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. ENTRADA EN VIGOR... | 1683 |
| | ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ | |

Capítulo 32. INCAPACIDAD PARA HEREDAR ¹

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho civil.
Universidade de Santiago de Compostela

Bajo la misma rúbrica «Capacidad para suceder por testamento y sin él», es decir, como supuestos de lo que se conoce como incapacidad sucesoria, denominación a mi juicio todavía ahora más impropia que antes de la reforma, la nueva redacción del art. 753 CC incluye, entre las conocidas como incapacidades relativas en sentido estricto, una norma ya existente (ahora modificada) y adiciona otras disposiciones, profundamente novedosas en el Derecho estatal, aunque la materia está ya regulada, con alguna diferencia notable, en el Derecho civil catalán desde hace algunos años y, más recientemente, también en el navarro. Se incorpora así al Código civil estatal la primera referencia a los cuidados prestados a personas necesitadas de asistencia institucionalizados en centros residenciales, contemplándose también los domiciliarios², en ambos casos con objeto de proteger la libertad de testar. Desde mi punto de vista, en el primer párrafo del artículo que comentamos se recogen prohibiciones encaminadas a proteger la libertad de testar en algunos supuestos singulares, que acaso pudieran llamarse prohibiciones para suceder, pero en el tercero, en el que simplemente se impone una exigencia de forma testamentaria notarial, no se contiene ni una prohibición ni una incapacidad o inhabilidad para suceder³.

Por otra parte, la conocida como indignidad también la ha tratado siempre el legislador del Código, como es sabido, como incapacidad relativa para suceder, pese a la profunda diferencia, siempre destacada por doctrina y jurisprudencia, con las que acabamos de aludir en el párrafo anterior, dado que se basa en una conducta reprobable del afectado, frente al causante, sanción que éste puede levantar mediante la rehabilitación del indigno. La reforma operada por

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad - RETOS 2020” (PID2020-115254RB-I00) financiado por la Agencia estatal de Investigación para las fechas 01/09/2021 - 31/08/2024. Investigador Principal: Marta Carballo Fidalgo.

² Estos ya estaban considerados en el contrato de alimentos (arts. 1791 y ss. CC), que comprende la asistencia al alimentista.

³ Quizá fuera una denominación apropiada la de “Cautelas para proteger la libertad de testar en casos especiales”.

Ley 8/2021 ha significado un pequeño cambio en este ámbito de la indignidad, con una modificación del párrafo 2 del art. 756, para adaptar su contenido a las exigencias derivadas del nuevo paradigma y a las instituciones de apoyo de las personas con discapacidad, y lo que acaso erróneamente se ha considerado por la Ley como “nueva redacción” del apartado 7 del mismo precepto, que en realidad finalmente ha quedado inalterado, con la redacción que se le dio con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, aunque es cierto que con un cierto matiz novedoso en su ámbito de aplicación, como luego aclararemos.

1. INCAPACIDADES RELATIVAS Y OTRAS CAUTELAS PARA TESTAR A FAVOR DE CIERTAS PERSONAS (ART. 753 CC)

1.1. Protección de la libertad de testar y testadores vulnerables

La razón de ser de las diferentes disposiciones del art. 753 CC, cuyo texto no ha sufrido alteración alguna en el proceso de tramitación parlamentaria, desde el Proyecto de ley⁴, no parece ser otra que la protección del testador vulnerable frente a lo que suele denominarse captación de voluntad o “influencia indebida”, concepto arraigado en el Derecho anglosajón y no recogido normativamente hasta ahora en España en nuestro Derecho estatal⁵, si bien aparece en la Convención de Nueva York, que obligaba a nuestro país, como a los demás Estados que ratificaron el tratado internacional, a adoptar medidas para impedir⁶.

En la dicotomía entre el control *a posteriori* de la libertad de testar, que exige, a mi modo de ver, contemplar y regular la posibilidad de impugnar un testamento por captación de la voluntad del testador (sea incluyéndolo entre los vicios del

⁴ El Proyecto 121/000027 fue publicado en el BOCG de 17 de julio de 2020.

⁵ El Derecho civil navarro, desde la reforma operada por Ley 21/2019, sí conoce y aplica los conceptos de “abuso de influencia” e “influencia indebida” al regular las formas de ineficacia negocial, para proteger de situaciones de vulnerabilidad o dependencia, principal, aunque no exclusivamente, ligadas al envejecimiento, como resalta el Preámbulo (II, 3). La Ley 21 desarrolla estas dos instituciones, cuya concurrencia, determina, como los vicios de la voluntad regulados en la Ley 20, la anulabilidad del negocio. Su tipificación ha sido calificada por Rubio Torrano (2020), p. 77, de “ajena a la cultura jurídica navarra, española y, en gran medida, europea”, aunque sí propia del *Common Law*. Es discutible, además, su aplicación al ámbito testamentario y no únicamente contractual, aunque a ello puede inclinar el que la norma esté ubicada entre las de aplicación general, es decir, las relativas tanto a actos onerosos como gratuitos. El citado autor, siguiendo el dictamen emitido por el Consejo de Navarra en el proceso de reforma legal, resalta la incertidumbre sobre la legitimación activa para impugnar el testamento de concurrir la influencia indebida en su otorgamiento.

⁶ En el art. 12.4º los Estados se comprometen a asegurar que las medidas adoptadas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad establecerán salvaguardias para evitar los abusos y, en concreto, para impedir la influencia indebida.

consentimiento con efectos invalidantes, sea atribuyéndole esta eficacia sin considerarlo propiamente vicio), y las normas preventivas de la misma, el legislador español de 2021⁷ ha optado por la segunda opción, quizá más simple, de incluir a ciertas personas que, por su relación con el testador, no pueden recibir de él atribuciones patrimoniales *mortis causa* (párrafos 1º y 2º del art. 753 CC). La norma tendría la misma función que las de los arts. 752 y 754 CC, que afectan, respectivamente, al sacerdote que lo atendió en su última enfermedad y su comunidad religiosa, y el notario autorizante de su testamento, su cónyuge y ciertos parientes y testigos del testamento abierto.

En todo caso, el art. 753 no explicita a qué personas son aplicables sus normas pretendidamente protectoras (no se dice que sean necesariamente con discapacidad, ni de qué tipo) y, por otra parte, algunas de sus previsiones (las que conducen a la imposibilidad de hacer la disposición o, en su caso, la nulidad de la misma) resultan, en mi opinión, difícilmente coherentes con el espíritu de la Ley 8/2021. A mi modo de ver, se coarta de modo anómalo y excesivo la libertad de testar de estas personas cuyo ámbito de autonomía y autogobierno no debería cercenarse en lo relativo al contenido de su testamento en aras de evitar, de un modo tan general, que se pueda captar su voluntad, existiendo instrumentos idóneos para impedirlo sin tanta amplitud de las restricciones (de hecho se utiliza alguna de estas fórmulas en el mismo art. 753, para uno de los supuestos que se regula *ex novo*, el de los cuidadores fuera de centros residenciales, caso en que no se impide, en el párrafo 3º de este precepto, que puedan ser beneficiados testamentariamente, sino que se exige simplemente que el otorgamiento del negocio *mortis causa* sea en forma de testamento abierto, con intervención notarial, por tanto).

1.2. Tutores y curadores representativos (párrafo 1º del art. 753)

Respecto al primer párrafo del art. 753, la norma antes de la reforma operada por Ley 8/2021 se refería al tutor y al curador para negar todo efecto de la disposición testamentaria a su favor si se había realizado antes de la rendición de cuentas o, de no tener que rendirse éstas, antes de la extinción de la tutela o curatela. Ahora se mencionan el tutor (obviamente, referencia aplicable sólo a menores no sujetos a patria potestad con capacidad de testar⁸ que efectivamente lo hagan, supuesto muy infrecuente, como es sabido) y el curador representativo, en relación con las personas con discapacidad.

A mi juicio, no podemos aplicar la norma prohibitiva al curador asistencial, sobre el que la ley guarda silencio, pues la naturaleza de la misma impide su interpretación extensiva, siempre sin perjuicio de que pudiera acreditarse, en el

⁷ Es cierto que otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro tienen, desde hace años, con mayor o menor extensión, normas prohibitivas de esta naturaleza. Es el caso del Derecho francés, el italiano o el alemán, en este último caso, incluso, con declaración de constitucionalidad, al resolver el recurso interpuesto por considerar contraria al texto constitucional semejante restricción de la libertad de testar.

⁸ Art. 663.1º CC, *a contrario*, es decir, menores que tengan, al menos, catorce años.

correspondiente proceso judicial, una captación de la voluntad de la persona con discapacidad a la que presta apoyo y se resolviera declarando nula la disposición por vicio del consentimiento⁹. Parece clara, en este caso, la decisión del legislador de limitar la prohibición a la curatela representativa, al mencionarla expresamente¹⁰. Sin embargo, no toda la doctrina opina igual y algunos autores consideran que la norma debe aplicarse a todo curador porque el riesgo de captación de la voluntad es idéntico y porque numerosas normas del Código llaman ahora a evitar situaciones de conflicto de intereses o influencia indebida (arts. 250, 255, 258.3º y 270 CC)¹¹.

Lora Tamayo Rodríguez¹², aun admitiendo que se puede testar a favor del curador asistencial, manifiesta su extrañeza por la decisión del legislador: por un lado, la persona con discapacidad sometida a curatela representativa, aun sin tener limitada su capacidad de testar, es difícil que pueda hacerlo, dado lo excepcional de la figura de apoyo, prevista para casos puntuales y extremos; por otro, el peligro de influencia indebida puede ser, precisamente, más real en el caso de curador asistencial. En su opinión, debería haberse exigido, al menos, que el testamento que contuviera su nombramiento fuera notarial, perspectiva que personalmente compartimos, sobre todo si nos atenemos a lo que el párrafo 3º del precepto establece en relación con los cuidadores no residenciales¹³.

Evidentemente, lo expuesto en torno al curador asistencial vale para las personas que asuman cualquier otra de las medidas de apoyo previstas en el Código civil, que, a mi modo de ver, pueden ser beneficiarias de disposiciones testamentarias de la persona con discapacidad, sin perjuicio de que, si son cuidadores personales, les sea aplicable la norma del art. 753.3º, que exige la forma testamentaria notarial abierta. Existiendo la norma especial del art. 753 CC, que comentamos, no consideramos aplicable a las disposiciones *mortis causa* (al menos a las testamentarias¹⁴) lo previsto en el art. 251.1º CC sobre las liberalidades de la persona con discapacidad que tenga medidas de apoyo, que quedan prohibidas en favor de todo aquel que ejerza alguna de ellas, lo que incluiría al curador asistencial,

⁹ Por falta de previsión expresa de la figura, creo que debería incardinarse en el dolo o fraude a que hacen referencia los arts. 673 y 674 CC, ciertamente de muy difícil prueba.

¹⁰ Parece que se acoge el binomio “a mayores necesidades de apoyo, mayor posibilidad de influencia indebida o captación de la voluntad”.

¹¹ Así opina Represa Polo, P. (2021), p. 912.

¹² Lora Tamayo Rodríguez, I. (2021), p. 166.

¹³ En cambio, Mesa Marrero, C. (2022), p. 541, justifica que la prohibición afecte solo al curador representativo y no al asistencial, razonando que en el primer caso dispone de un amplio margen de actuación y, por tanto, hay más posibilidades de influencia indebida sobre la voluntad del testador con discapacidad. Mucho más crítica con la solución legal (del que era entonces proyecto de ley, cuando ella escribe esas reflexiones, Vivas Tesón, I. (2021), p. 298, reconoce que no consigue entender porque el art. 753 CC no menciona al curador, sin más, para incluir al asistencial.

¹⁴ Quizá plantee alguna duda el otorgamiento de pactos sucesorios con transmisión de bienes de presente, que algunos Derechos civiles autonómicos admiten.

al guardador de hecho¹⁵, al que desempeñe alguna prevista voluntariamente por ella misma, salvo que lo hubiera excluido expresamente¹⁶, o incluso al defensor judicial¹⁷. Desde mi punto de vista, puede razonablemente pensarse que el legislador quiere proteger en mayor medida a la persona con discapacidad de la salida de bienes de su patrimonio en vida, cuando exista el riesgo de que haga la disposición bajo influencia indebida, que amparar (pretendidamente) la libertad de testar¹⁸.

Con todo, en mi opinión cabe admitir que la persona que otorgara las medidas voluntarias a que hace referencia el art. 255 CC pueda haber previsto alguna salvaguarda de su propia libertad de testar (párrafo 3º del citado precepto), como establecer que no valgan las disposiciones testamentarias en favor de quienes le prestan apoyo no otorgadas ante notario o que un eventual testamento ológrafo que les beneficie debería ser redactado en presencia de terceros que pudieran acreditar que su voluntad no había sido captada por los beneficiarios de las atribuciones patrimoniales¹⁹.

Podemos plantearnos también si la prohibición del art. 753.1º CC es aplicable a la persona escogida, en sus disposiciones sobre autotutela (art. 271 CC), por quien va a necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, en caso de que efectivamente fuese nombrada como curador representativo por la autoridad judicial (art. 276.1º) y en esa fase de sometimiento a curatela, teniendo capacidad natural suficiente, lo que no será fácil, otorgase el testamento que beneficia a aquél. Personalmente entiendo que, si no ha dispuesto nada al respecto, funcionará la prohibición del art. 753 CC, pero si somos escrupulosos con el principio de prevalencia de su voluntad quizá pueda admitirse que en la escritura pública correspondiente excluyera la aplicación del precepto citado. Apuntala este razonamiento, a mi modo de ver, que el art. 251 *in fine* CC le permita excluir la prohibición de hacer liberalidades (a mi juicio *inter vivos*) en favor de la persona designada para prestarle apoyo y el espíritu general de la reforma operada por Ley 8/2021 de dejar el mayor margen posible a la voluntad de la persona, especialmente en momentos en que todavía no haya vulnerabilidad en su conformación.

¹⁵ La sorpresa inicial por la no inclusión del guardador de hecho puede matizarse atendiendo a dos circunstancias. Por un lado, como ya destacamos antes, si es cuidador personal no familiar ya estaría contemplado como tal en la regla 3º del art. 753 CC (exigencia de forma testamentaria abierta) y, por otro, suele ser un pariente cercano, para los que funciona la regla 4º del precepto que comentamos.

¹⁶ El último apartado del art. 251 permite salvar de este modo, sobre la base de la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad, las liberalidades en favor de quienes desempeñen medidas de apoyo previstas voluntariamente (a mi juicio ello comprende también los apoderados en poderes preventivos).

¹⁷ El administrador del patrimonio protegido de la persona con discapacidad (Ley 41/2003) puede recibir bienes por vía testamentaria de ésta, sin restricción alguna.

¹⁸ De hecho, el Derecho español exige menor capacidad para otorgar negocio *mortis causa* testamentario que para los negocios *inter vivos*, incluso aunque no sean de disposición.

¹⁹ Ciertamente, mientras no necesite los apoyos, su voluntad podrá ser expresada actuando sin las restricciones que la propia persona previó por si fuera preciso activarlos.

Desde otra perspectiva, a mi juicio son válidas las disposiciones a favor de quien después del otorgamiento del testamento es nombrado curador representativo²⁰ y también, pues en este caso así lo recoge expresamente la ley, si el testamento es otorgado a favor de quien asumió las funciones de la curatela representativa, pero ya cesó en ellas. No existe, pues, *contradictio in terminis* entre ser curador representativo y ser heredero de la persona con discapacidad de la que se es apoyo, sino entre la expresión de la voluntad testamentaria a su favor cuando el curador está en el ejercicio de su cargo y puede influir en las decisiones *mortis causa* de la persona precisada de tal apoyo²¹. Cualquier otra interpretación del art. 753.1º CC parece desarrollada de espaldas a su *ratio* y, por ello, a mi modo de ver, es rechazable.

Parte de la doctrina especializada clamaba ya a favor de la desaparición de la prohibición de suceder que antes de la reforma de 2021 afectaba al tutor y al curador por entender desacertado que el legislador decida por el testador y le impida dar a sus bienes el destino que él quiera, en un afán proteccionista difícilmente justificable. Con mayor fundamento, se defiende la necesidad de un cambio de criterio tras la adaptación de nuestro Derecho civil a la Convención de Nueva York, que da todo el espacio posible a la voluntad de la persona con discapacidad, si actúa con apoyos, y que hace desaparecer el criterio de su “mejor interés”²², a diferencia de las normas sobre menores de edad. El afán del legislador por prevenir *ex ante* los supuestos de posible captación de la voluntad y presumir su existencia, aplicando medidas prohibitivas, podría sustituirse por la exigencia de testamento notarial y la posibilidad de impugnación del testamento, si se probara su efectiva concurrencia, lo que, desde luego, no deja de ser muy difícil en el proceso judicial, fallecido el afectado.

Desde una perspectiva diferente a la que aquí venimos exponiendo²³, es controvertido si los causahabientes de las personas que precisen de apoyos en el ejer-

²⁰ Respecto a quien fue nombrado curador dos años después del otorgamiento del testamento lo reconoce la SAP Asturias de 23 de abril de 2007 (JUR 2007, 211485).

²¹ Evidentemente, como subrayó en su día la SAP Córdoba de 11 de marzo de 2019 (AC 2019, 537), el hecho de que la beneficiaria del testamento estuviese designada por la propia testadora para que fuese nombrada judicialmente tutora, en disposición de autotutela, no tendría ninguna incidencia en la activación de la prohibición que venimos analizando si ese nombramiento no hubiera sido efectivo al tiempo del otorgamiento del testamento. En el caso resuelto en apelación por esta resolución judicial se alegaba también mala fe de la designada en testamento como tutora, que no habría comunicado el estado en que aquélla se encontraba, temiendo que funcionara la norma prohibitiva del art. 753 CC si finalmente era incapacitada y nombrada en proceso judicial tutora, lo que, como correctamente entiende el tribunal, no habría ocurrido al haberse otorgado el testamento antes de la constitución de la tutela.

²² Salas Murillo (2019), pp. 59 y 60. Además de los argumentos expuestos en el texto, la autora, desde un punto de vista más práctico, resalta que quienes con abnegación y desinteresadamente asumen la función de tutor o curador (ahora curador representativo) de una persona con discapacidad deberían poder ser beneficiados por ella en su testamento, si tal es su voluntad.

²³ Hasta el momento analizábamos, con el estudio del art. 753.1º CC, que la propia persona con discapacidad no puede testar a favor de su curador, lo que se presenta como forma de

cicio de su capacidad jurídica pueden atribuir bienes *mortis causa* a los curadores de aquéllas. La duda tiene raíz en lo dispuesto por el art. 251.1º CC que prohíbe a quien desempeñe medidas de apoyo no sólo recibir liberalidades de la persona que lo precisa, sino también de los causahabientes de esta (en ambos casos quedan a salvo los regalos de costumbre o bienes de poco valor). Si el precepto se interpreta como comprensivo de liberalidades *inter vivos* y *mortis causa*, lo que en este trabajo descartamos para las atribuciones directas que la persona que precisa apoyos realice en favor de quien los presta, más allá de lo dispuesto para el ámbito sucesorio en el art. 753 CC, ello significaría que quedan vedadas las que los causahabientes de las personas con discapacidad realicen testamentariamente a favor de los que prestan apoyo. Sin embargo, también en este contexto creemos aplicable el precepto en el mismo y restrictivo sentido apuntado de liberalidades *inter vivos*, sin que, en este caso, se amplíe a las *mortis causa* ex art. 753 CC (u otro precepto de ámbito sucesorio)²⁴.

1.2.1. Especial consideración de las personas jurídicas

Si atendemos a la *ratio* de la norma prohibitiva del párrafo 1º del art. 753 CC, que no es sino proteger la libertad de testar frente al riesgo de captación de la voluntad de quien tiene cercanía respecto al testador por la función que desarrolla, genera serias dudas la inclusión de las personas jurídicas, especialmente las públicas, que asuman la curatela representativa²⁵. Algunos autores se inclinaron, antes de la reforma, por dejar a éstas al margen de la prohibición que afectaba al tutor de personas incapacitadas. Sin embargo, otros, como Represa Polo²⁶, subrayan, comentando las modificaciones legislativas de 2021, que resulta indiferente que el curador sea persona física o persona jurídica, la norma no distingue y debe aplicarse en ambos casos. Es más, para esta autora, en el caso de persona jurídica curadora, si quien sufre la discapacidad está ingresado en un establecimiento de su titularidad, será también aplicable la norma del art. 753.2º, posibilidad que a

prevenir influencias indebidas. El tema que ahora planteamos no tiene fundamento, claro está, en la protección de la libertad para disponer *mortis causa* del patrimonio.

²⁴ De Amunátegui Rodríguez, C. (2022, p. 193) recoge como opinión mayoritaria de la doctrina, cuando se trata de disposiciones por parte de los causahabientes, que debe aplicarse el art. 251.1º a los negocios *inter vivos*, y también a los *mortis causa*, pero expresa sus dudas sobre tal interpretación. Así, concluye que, si bien existe una limitación dispuesta para las atribuciones a título gratuito por parte de un causahabiente de la persona con discapacidad a favor de quien preste el apoyo correspondiente, hasta que se apruebe la gestión, no debería quedar limitada esa posibilidad en el supuesto de disposiciones *mortis causa*, al no disponerse prohibición alguna en sede testamentaria (el art. 753 CC no menciona otro círculo de personas dentro del campo de aplicación de la incapacidad relativa que contempla, a diferencia de los arts. 752 y 754 CC).

²⁵ Según el art. 275.1º apartado 2º CC, pueden ser curadores «las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad».

²⁶ 2022, pp. 56 y 57.

mi juicio es difícil que se dé por cuanto el art. 250.8° establece que no pueden ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes presten servicios asistenciales, residenciales o análogos, en virtud de relación contractual, a la persona que precisa el apoyo, pero podría ocurrir si se procuraran por otro título.

En un contexto más amplio, De Amunátegui Rodríguez²⁷ ha puesto de relieve las dificultades que presenta aplicar algunas disposiciones generales de la tutela, sin duda previstas principalmente para personas físicas, a las jurídicas y, en concreto, en relación con el art. 221 CC, en su redacción anterior a la reforma, que prohibía al tutor recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, resalta que es relativamente frecuente que algunos padres quieren realizar atribuciones patrimoniales a favor de las mismas como posible compensación por encomendarles la futura tutela de un hijo. Del mismo modo, no sería anómalo que la persona con discapacidad que pudiera testar quisiera beneficiar a la persona jurídica, pública o privada, acaso con escasos recursos, que asumiera la función curatelar²⁸. Sin embargo, de nuevo aparece la prevención frente a la actuación de las personas físicas de las que necesariamente ha de servirse la jurídica para desempeñar aquélla, que bien podrían captar la voluntad de la persona con discapacidad para que testara en favor de la entidad (además de en su propio beneficio, si bien en este caso entrarían en juego las restricciones aplicables a cuidadores, con lo que el riesgo está conjurado²⁹).

Especial trascendencia tiene la aplicación de la norma a las instituciones públicas que tienen encomendada, en cada territorio, la protección de las personas con discapacidad, hasta ahora denominadas, generalmente, fundaciones (o agencias, o institutos) de tutela de adultos. Como subraya Santos Urbaneja³⁰, la eclosión de las fundaciones tutelares públicas está vinculada a la reforma del art. 239 CC a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (ya en 2015 se introduce en el Código civil el art. 239 bis). Tras la reforma operada por Ley 8/2021, el art. 253 CC se refiere a un apoyo provisional en el ejercicio de la capacidad jurídica a personas que lo necesiten, en caso de urgencia, por parte de entidades públicas. La posibilidad de nombramiento como curadoras (en general, de todas las personas jurídicas) se prevé en el n° 7 del art. 276 CC, indicándose que no podrán

²⁷ De Amunátegui Rodríguez, C. (2013), p. 2248.

²⁸ Esta misma autora (2022, p. 191), comentando la reforma de 2021, lamenta, en relación con las fundaciones tutelares, que la aplicación del art. 753 pueda ser contraria a los posibles deseos de la persona con discapacidad e, incluso, que pueda repercutir en su atención de manera indirecta, pues queda recortada una posible vía de ingresos para el mantenimiento de estas instituciones. En la misma línea que hemos defendido en este trabajo, señala que si se potencia con la reforma la función del notario a la hora de prestar apoyo para que puedan testar las personas con discapacidad, debería atenderse a su voluntad cuando el notario decida que pueden testar.

²⁹ Téngase en cuenta, además, lo previsto en el art. 250 *in fine* CC, que impide ejercer cualquier medida de apoyo (la curatela representativa, por ejemplo) “a quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”. Ello es aplicable a personas jurídicas.

³⁰ Santos Urbaneja, F. (2021), p. 31.

excusarse del cargo si son públicas (art. 281 *in fine*). Por otra parte, no se olvide que la disposición transitoria 2ª ordena aplicar a los tutores de las personas con discapacidad (en realidad, personas incapacitadas o con capacidad judicialmente modificada, porque se tratará de sentencias dictadas al amparo de la legislación anterior)³¹ las normas que en la nueva ley se prevén para los curadores representativos, la del art. 753.1º CC, entre ellas.

No parece irrazonable pensar que personas desamparadas, sin parientes o personas cercanas que quisieran ocuparse de ellas, tuteladas por una de estas fundaciones (ahora sujetas a curatela representativa), quisieran libremente dejarles el patrimonio que pudieran tener, para contribuir a facilitar el desempeño de su función social a favor de otras que se pudieran encontrar en su misma situación³². Sin embargo, aunque a mi modo de ver habría sido oportuno prever la excepción, no parece haber resquicios en la regulación vigente para excluir de la prohibición que analizamos a las personas jurídicas públicas que asuman la curatela representativa de quienes precisan ese apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica³³.

1.2.2. *Personas físicas excluidas de la prohibición del art. 753.1º CC*

Según se prevé en el apartado 4º del artículo que comentamos, ni el tutor del menor ni el curador representativo de la persona con discapacidad se ven afectados por la prohibición si son parientes con derecho a ser llamados a la sucesión intestada (ahora se incluye, por tanto, con esta referencia novedosa, a los colaterales hasta el cuarto grado, es decir, también primos y sobrinos o tíos, que antes de la reforma de 2021 no estaban comprendidos en la excepción)³⁴. La referencia genérica, como sujetos incluidos en la excepción, a los sucesores *ab intestato* deja

³¹ La transformación automática de todas las tutelas en curatelas representativas la critica, con razón, Domínguez Luelmo, A. (2021), p. 1488, porque la incapacitación o modificación judicial de la capacidad de obrar, aun sometiendo a tutela al afectado, tenía grados antes de la reforma de 2021, que la sentencia debía delimitar.

³² Sí será infrecuente, tras la entrada en vigor de la nueva Ley, que conserven capacidad para testar y estén sujetos a curatela representativa.

³³ Desde otra perspectiva muy diferente, ha subrayado también recientemente De Amunátegui Rodríguez, C. (2022, p. 177) que la derogación de la sustitución ejemplar, junto con la estricta prohibición del art. 753, cierran el paso a las posibles atribuciones testamentarias con los bienes de la persona apoyada a favor de fundaciones tutelares (o de otras posibles personas jurídicas), cuando la realidad evidencia el alto número de curatelas que asumen este tipo de instituciones. Lamenta esta autora que los herederos intestados sean los grandes beneficiarios de estas modificaciones, que heredarán a la persona con discapacidad, aunque no se hayan ocupado en absoluto de su cuidado (y sin que el art. 756.7º se haya reformado para incluir el abandono personal como causa de indignidad).

³⁴ El art. 753.2º CC, en su redacción anterior, aludía a los ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas y al cónyuge del testador. El Derecho navarro vigente limita la excepción, entre los colaterales, a los hermanos, pero incluye una mención expresa no sólo al cónyuge, sino también a la pareja (además, lógicamente, de ascendientes y descendientes). Así puede verse en la Ley 152, aptdo. 2º FN, en relación con la prohibición de adquirir a título lucrativo, *inter vivos* y *mortis causa*, impuesta a tutores y curadores respecto de las personas sujetas a tutela o curatela.

fuera inadecuadamente, como señala la doctrina civilista, a la pareja no casada que haya asumido la curatela representativa³⁵, cuando sea de aplicación el Código civil estatal³⁶, aunque algún autor ya está sosteniendo que debe considerarse incluida en la referencia indirecta al cónyuge³⁷, como se hizo antes de la reforma con el precepto antecedente de éste³⁸. En realidad, literalmente tampoco se estaría contemplando al cónyuge del testador, que no es “pariente” por tener con aquél un vínculo de naturaleza diferente (el derivado del matrimonio), pero a mi juicio su llamamiento a la intestada en el art. 913 CC (con desarrollo en los arts. 943 y ss.) justifica perfectamente que pueda defenderse que no le afecta la prohibición para suceder, aun siendo curador representativo.

1.3. Establecimientos residenciales, sus titulares, administradores y empleados (párrafo 2º del art. 753)

1.3.1. *Cuidados en centros residenciales: razón de ser de la nueva norma*

Las circunstancias socioeconómicas de finales del siglo XX y del actual, unidas a los nuevos modelos familiares, hacen cada vez más difícil, y por ello infrecuente, el cuidado en casa de personas mayores no autónomas o de quienes presentan discapacidades que les restan tal independencia vital³⁹. Ello parece im-

³⁵ La pareja de hecho habrá podido ser designada en disposiciones de autcuratela por la propia persona con discapacidad y posteriormente nombrada como tal por la autoridad judicial (art. 271 y 276.1º CC), pero también, en defecto de aquellas previsiones, aparece llamada por la ley en primer lugar, al mismo nivel que el cónyuge (art. 276.2º 1º CC, que la contempla como “quien se encuentre en una situación de hecho asimilable” a aquél).

³⁶ En mi opinión, la pareja de hecho estará incluida en la excepción en los Derechos civiles autonómicos en que sea llamada a la intestada (con los requisitos pertinentes) y carezcan de normas propias sobre las incapacidades para suceder, como es el caso del Derecho civil de Galicia, en relación con las parejas inscritas en el pertinente Registro (art. 267 y disposición adicional 3ª LDCG).

³⁷ Así lo entiende López Maza, S. (2021), p. 1004. Opina Domínguez Luelmo, A. (2022), pp. 394 y 395, que acaso habría sido buen momento para incorporar a la pareja de hecho en el último apartado del art. 753, posibilitando las disposiciones a su favor, aunque no se hagan en testamento notarial abierto, sin que ello signifique incluir a los convivientes en pareja entre los sucesores *ab intestato*. Destaca este autor, que, por lo expuesto, no defiende, a diferencia de López Maza, que la interpretación del art. 753 deba llevar a considerar incluida a la pareja de hecho en la referencia al cónyuge, que, si se instituyó heredera en testamento no abierto a la pareja y, con posterioridad, ésta pasa a prestar servicios de cuidado del testador, la disposición dejaría de surtir efecto. Coincidiendo con este autor en la primera parte de sus consideraciones, discrepo, sin embargo, de esta última opinión, pues si se atiende a una interpretación teleológica de la norma, se trata de evitar la influencia indebida que pudiera afectar a la libertad de testar y ello supone, a mi juicio, que los cuidados (no la relación de convivencia) se presten al tiempo del otorgamiento del testamento.

³⁸ Zurilla Cariñana, Mª. A. (2013), p. 5621.

³⁹ Alkorta Idiakez, I. y Aizpurua Esnaola, M. (2021), p. 236.

perativo cuando dichas personas carecen de una red de apoyo familiar, lo que está generando la creciente inversión de fondos públicos para su atención en centros especializados, que se suman a los privados y deben hacer posible el cuidado de personas sin capacidad económica suficiente para afrontar el elevado coste de aquéllos. Sin perjuicio de que la provisión de alguno de los apoyos que la reforma de 2021 diseña pueda hacer innecesario el internamiento de personas ya frágiles, pero todavía no dependientes⁴⁰, dado que tal necesidad no va a desaparecer en otros casos, el legislador ha creído oportuno en la reforma operada por Ley 8/2021 en el Código civil, introducir en él las primeras referencias en este texto legal a residencias institucionalizadas de cuidado y asistencia, una de ellas precisamente con ocasión de la protección de la libertad para testar.

Antes de entrar en el análisis de la reforma, destaquemos que al problema no ha sido ajeno nuestro Tribunal Supremo, si bien desde una perspectiva algo diferente de la que aquí adoptamos, por razones de congruencia procesal, dado el modo de plantearse la demanda de impugnación del testamento y los recursos contra las sentencias dictadas. Así, en sentencia de 8 de abril de 2016⁴¹, conoció del caso de un testamento con institución de heredera a favor de la congregación religiosa titular de la residencia en que el otorgante, de vecindad civil catalana, estaba ingresado, pero la contienda planteaba sólo la aplicación del art. 412-5 aptdo c) Cccat, similar al 752 CC, que impide recibir bienes *mortis causa* al religioso que hubiera asistido al testador en su última enfermedad, así como a su orden o congregación. En consecuencia, se resuelve que no era aplicable al caso porque el residente no había recibido asistencia espiritual, sino servicios asistenciales, vía contrato, de la Congregación de las Hermanitas de los ancianos desamparados, titular de la residencia⁴². Tampoco es infrecuente que el testamento en que se dejan todos los bienes a la residencia, quizá revocando otro anterior en que se instituía herederos a ciertos parientes, se impugne por éstos por falta de capacidad del testador, si se prueba que en la fecha del otorgamiento carecía de ella⁴³.

Pues bien, si la protección de la libertad de testar de personas vulnerables parece un objetivo loable, a mi juicio el celo del legislador estatal de 2021 bien podría considerarse extremo en lo atinente al instrumento jurídico escogido, por lo que se refiere a los internados en residencias, que se presumen víctimas de captaciones de voluntad más fácilmente que quienes son cuidados o asistidos en sus

⁴⁰ Sobre el concepto de fragilidad, que maneja la OMS, puede verse la referencia bibliográfica citada en la nota anterior, p. 239.

⁴¹ RJ 2016, 3659.

⁴² Curiosamente, la sentencia de apelación recurrida en casación es la SAP Huesca de 18 de marzo de 2014 (JUR 2014, 273208) porque el testador había declarado ser de vecindad civil aragonesa, teniendo en realidad la catalana.

⁴³ Véase una referencia a una sentencia de primera instancia de un juzgado de Sarria, en que se estima la demanda de nulidad interpuesta por los sobrinos, instituidos herederos en un testamento anterior. La residencia de ancianos anunció que no interpondría recurso de apelación (<https://www.elprogreso.es/articulo/sarria/juzgado-anula-testamento-que-dejaba-todo-residencia-sarria/202110171025081533372.html>).

propios domicilios por terceros no parientes. En el primer caso se instrumenta una prohibición absoluta, en el segundo la necesidad de intervención notarial en el otorgamiento del testamento⁴⁴.

Ciertamente, la práctica jurídica ha generado algunas dudas, especialmente en determinadas formas testamentarias otorgadas sin intervención notarial, como el testamento en inminente peligro de muerte (art. 700 CC), sobre la libertad de la voluntad expresada por el causante, cuando instituía herederos a los administradores de la residencia donde vivía, siendo todos los testigos necesarios empleados de la misma (así, el caso resuelto por STS de 10 de junio de 2005⁴⁵). Sin embargo, a mi juicio, para conjurar el peligro de captación de voluntad parece suficiente exigir el otorgamiento del testamento en forma notarial abierta, como en el supuesto del párrafo siguiente, sin impedir a una persona contenta, o incluso agradecida, con el trato recibido, beneficiar a la institución que lo ha acogido o a personas concretas que lo gestionan o le atienden directamente, con las que no deja de ser natural entablar, con el tiempo y la cercanía que da la asistencia personal, una relación afectiva. La norma, tal como ha sido incorporada al art. 753.2º CC parece incluso contraria al espíritu de la reforma operada por Ley 8/2021, opinión que también sustenta Lora Tamayo Rodríguez⁴⁶, para quien el precepto pone en duda el principio de capacidad general para testar.

En esta línea que sugerimos se alinea la Propuesta de Código Civil de la APDC, que en el art. 461-10 prevé que «Las personas físicas o jurídicas que presten al causante servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga, así como quienes trabajen para ellas, en relación de dependencia, sólo pueden ser favorecidos en su sucesión si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio». Idéntica solución se había escogido antes en el Derecho catalán, pionero en este tipo de normas tuitivas, y con posterioridad en el navarro, tras la reforma operada en el Fuero Nuevo en virtud de la Ley 21/2019, de 4 de abril⁴⁷.

⁴⁴ En cambio, el mismo tratamiento otorga a ambos casos en Derecho catalán, que no contempla en ninguno de ellos, más acertadamente a mi juicio que el Derecho estatal, la nulidad de la disposición (art. 412-5 aptdo 2º CCcat).

⁴⁵ RJ 2005, 4365.

⁴⁶ Lora Tamayo (2021), pp. 167 y 168.

⁴⁷ La ley 153 FN dispone, como «requisitos para adquirir en casos especiales», que «Las personas físicas o jurídicas, y los dependientes de las mismas, que presten al disponente, o le hayan prestado, servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual solo pueden adquirir a título lucrativo *inter vivos* o *mortis causa* de aquel si la disposición es ordenada en documento otorgado bajo la fe pública notarial». Para Vaquer Aloy (2015), p. 350, la exigencia de testamento notarial abierto es la solución más eficiente, pues la pericia del notario que se convence de la espontaneidad de la voluntad manifestada por el testador y así lo refleja en el testamento evitará la mayoría de las impugnaciones judiciales y, por otra parte, no autorizará los testamentos en los que dude de que ello sea así.

1.3.2. *Ámbito de aplicación de la prohibición*

A) Subjetivo

El art. 753 CC contiene, en el párrafo segundo, una prohibición absoluta (como la aplicable al curador representativo no familiar) de realizar disposiciones testamentarias a favor de los establecimientos residenciales en que el testador estuviese ingresado, sus titulares, gestores y trabajadores.

La norma se refiere a «personas internadas por razones de salud o asistencia». Aunque no dice nada sobre la necesidad de apoyos ni alude expresamente a la condición de vulnerabilidad del testador, ello se deduce, implícitamente, del inciso resaltado. Personalmente no creemos que sea aplicable a personas con plena capacidad natural que puedan vivir internas en un establecimiento residencial por discapacidad puramente física para su autogobierno en vivienda independiente o incluso plenamente autónomas, si la filosofía latente en la norma es, como parece, evitar la influencia indebida en personas en posición de cierta debilidad, por el contexto asistencial en que se encuentran. Si así se aplicara, la disposición resulta absolutamente excesiva, a mi juicio. Por ello, en atención a la *ratio* del art. 753.2º me parece preferible descartar que afecte a los testamentos de personas no vulnerables que han escogido libremente vivir en un establecimiento residencial que les presta servicios integrales (limpieza, alimentación, entretenimiento...) en lugar de permanecer en su propia vivienda, por puras razones de comodidad y/o sociabilidad, buscando, acaso, huir de su soledad⁴⁸, o acompañar en la convivencia de la última etapa de su vida a su cónyuge o pareja de hecho que, por su grave discapacidad, no

⁴⁸ Parece absurdo que el precepto impidiera disponer de sus bienes como fuera su deseo, aun siéndolo beneficiar a la institución residencial en que se encuentra ingresada, a personas como la que contempla la SAP A Coruña de 8 de octubre de 2021 (JUR 2021, 397067), en un proceso judicial promovido a instancia del Ministerio Fiscal, que solicitaba el nombramiento de un curador para ella. Sin embargo, el tribunal gallego revoca la sentencia de instancia por entender que «no precisa actualmente que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Su minusvalía física la hace, sin duda, dependiente de la ayuda de terceros para la realización de actividades cotidianas, para las que recibe asistencia profesional y directa del personal de la residencia donde actualmente vive, e indirectamente mediante el contacto habitual que mantiene con sus dos hijos. Pero en el aspecto intelectual y cognitivo no hemos apreciado indicios de que tenga limitada su capacidad para la toma de decisiones que afecten a su esfera personal y patrimonial. Al margen de que su edad y algunos rasgos de su personalidad -se percibe enseguida su cautela y cierta desconfianza- puedan demorar o condicionar sus iniciativas, un trastorno de ideas delirantes -o, más exactamente en este caso, la persistencia a modo de “recuerdos” de ideas delirantes generadas durante un anterior episodio psicótico- no tiene porqué limitar la capacidad de una persona para adoptar decisiones en ámbitos no condicionados por el delirio; ni siquiera es un riesgo valorable, en este caso, el de una descompensación futura porque doña Cecilia vive actualmente en un ámbito controlado y ha evolucionado satisfactoriamente desde el último episodio psicótico que padeció hace ya tres años». Con todo, el tribunal sugiere que sea ella misma la que adopte las medidas voluntarias de apoyo a que se refiere el art. 255 CC, sobre todo si se confirma que ha sido diagnosticada de Parkinson, lo que no se probó en el juicio.

podiera desarrollar ya su vida en su propia vivienda, sin cuidados profesionalizados y medios materiales específicos para su atención.

En cuanto a su ámbito de aplicación en lo atinente a los afectados por la prohibición de suceder, a mi juicio la norma es aplicable a las entidades residenciales, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (empresa privada societaria, fundación, establecimiento público, sea o no organismo autónomo, congregación religiosa, etc.), siempre que el causante se encontrase ingresado en ellas al tiempo de otorgar testamento, así como a sus titulares. No estimo en modo alguno incluidos a los centros de día, en los que no existe internamiento, en la norma más restrictiva del párrafo 2º del art. 753, si bien las personas físicas cuidadoras de dichos establecimientos sí deberán ser instituidas herederas o legatarias, en su caso, en testamento abierto (párrafo 3º). Plantea algunas dudas el ingreso en un centro hospitalario, pues, aunque el precepto parece pensado para los residenciales, pudiera concurrir el presupuesto implícito de la norma de la vulnerabilidad y posible influencia indebida del personal del centro médico, aprovechando la cercanía y la debilidad del enfermo y, desde luego, literalmente encaja en lo previsto en el art. 753.2º. Desde mi punto de vista puede defenderse fundadamente su aplicación al caso apuntado, especialmente en ingresos de cierta duración⁴⁹.

Dentro de la referencia textual a la persona administradora del ente residencial, creemos pueden comprenderse, sin alterar en modo alguno el sentido de la ley, cargos diversos, como la dirección, la gerencia o la coordinación, si tales fueran las denominaciones utilizadas en cada caso. Comprende, asimismo, a mi juicio, a la persona física que ocupe la presidencia de la fundación titular o la que esté al frente de la orden religiosa propietaria (titular) de la residencia. La mención a los empleados del establecimiento abarca también, a mi modo de ver, a los que pudieran tener el vínculo contractual con una empresa de trabajo temporal y no con aquél directamente. En este último caso, se trata de personas que prestan sus servicios, en cualquier régimen, en el ente residencial, con contacto directo con los internos, cuya influencia en la conformación de su voluntad testamentaria se pretende evitar con esta prohibición, demasiado severa a mi juicio, como ha quedado expresado.

B) Temporal

En mi opinión, resulta irrelevante, en principio, y salvo lo que después diremos sobre la interpretación de los efectos de la disposición testamentaria contraria a lo previsto en el art. 753.2º CC, que el beneficiario ya no sea administrador o empleado del centro residencial al tiempo del fallecimiento del causante de la herencia. Lo determinante es que lo era en el momento del otorgamiento del testamento, en que se pudo captar la voluntad del otorgante. De todos modos, sin duda será discutible, de darse el caso en la realidad práctica, el valor interpretativo que pueda darse a la no revocación del testamento, de conservar el testador su capacidad para hacerlo.

⁴⁹ Lora-Tamayo Rodríguez (2021), p. 167, opina que no se comprenden en la norma supuestos puntuales de internamiento en un hospital.

En esta misma línea, si bien es claro que la nulidad de la disposición testamentaria a favor del establecimiento residencial, sus titulares o empleados deviene del otorgamiento de las últimas voluntades estando el testador allí ingresado, por la prevención que suscita la posibilidad de captación de su voluntad, hemos de reflexionar sobre la aplicación de la norma si con posterioridad saliera del mismo, bien para hacer vida independiente (de ser posible), bien por un traslado a otra residencia diferente, bien, incluso, para convivir con algún pariente. Podría argumentarse que, si el testador conservara su capacidad para hacer nuevo testamento, revocatorio del anterior, y no lo hubiera hecho, podría ser indicio de que la expresada era su verdadera voluntad, libremente conformada, de favorecer al establecimiento o persona vinculada al mismo, que lo cuidó. Acaso resulte excesivo, bajo tales circunstancias, mantener la naturaleza absoluta de la incapacidad o prohibición de suceder, pero es dudoso que tal vaya a ser la interpretación de nuestros tribunales, dado el tenor literal del precepto, que no contempla tal posibilidad, como veremos a continuación.

1.4. Tipo de disposiciones testamentarias a que se refiere el art. 753.1º y 2º

Evidentemente, puede tratarse de instituciones hereditarias o legados. También, a mi juicio, de una carga modal impuesta en testamento a otra persona que tenga por beneficiario a las mencionadas en las normas que analizamos, pues en caso contrario sería un modo sencillo de burlar, por vía indirecta, la prohibición. Lo mismo puede decirse de sustituciones (vulgares o fideicomisarias) en que sea sustituta la persona a que afecta la prohibición de suceder.

Se discute si las atribuciones patrimoniales de escasa relevancia económica están incluidas en la prohibición. Aunque no faltan opiniones en ese sentido, parece prevalecer la contraria. En relación con las liberalidades que no pueden recibir quienes asuman funciones de apoyo, el art. 251 CC que, como ya dijimos, en mi opinión es aplicable sólo a las *inter vivos*, excluye los regalos de costumbre y bienes de escaso valor, argumento que, a mi modo de ver, permite pensar que estos últimos también podrían dejarse por vía testamentaria a las personas afectadas por la prohibición de los párrafos 1º y 2º del art. 753 CC, aunque la ley guarde silencio sobre ello. *A maiore*, también entiendo que objetos de puro valor sentimental no deberían quedar comprendidos en la misma⁵⁰.

1.5. Efectos de las incapacidades relativas consagradas en los dos primeros párrafos del art. 753 CC

La literalidad de los dos primeros apartados del artículo que comentamos llevan a pensar que, fuera de los casos de los parientes mencionados en el último

⁵⁰ En la Ley 153 FN se excluye de la limitación que luego desarrollaremos, aplicable a cuidadores institucionales y a quienes asisten a otras personas en virtud de relación contractual, la adquisición de cantidades u objetos de módico valor conforme a los usos sociales.

párrafo del precepto (4º), la concurrencia del supuesto de hecho determinará, en términos absolutos, la exclusión de la herencia de las personas mencionadas, si es estimada la correspondiente acción judicial, con la consiguiente obligación de restitución de los bienes del caudal hereditario de los que hubieran podido tomar posesión. La respuesta parece ser la nulidad radical de la disposición testamentaria de que se trate, dando después a los bienes afectados por ella el destino que corresponda, aplicando las normas de Derecho sucesorio⁵¹. Así lo ha entendido siempre la doctrina en relación con el art. 753, en su redacción anterior a esta reforma que venimos analizando⁵², es decir, en lo atinente al tutor o curador, lo que sin duda se aplicará del mismo modo en la actual, por lo que se refiere al tutor de un menor o curador representativo de una persona con discapacidad⁵³.

Más dudas genera, sin embargo, mantener la nulidad, en términos absolutos, de la disposición testamentaria en lo atinente a instituciones residenciales, directivos y trabajadores de las mismas, respecto de la sucesión de las personas ingresadas en ellas. A mi juicio, tal aserto estaría desconectado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 752 (de estructura y *ratio* similar), que no parece oportuno minusvalorar como elemento interpretativo, no solo por ser paralela la redacción de la misma, en lo sustancial, sino también, y sobre todo, idéntica su razón de ser⁵⁴, por más que suponga un *aggiornamento* de aquella norma, en atención a la nueva realidad social del siglo XXI.

⁵¹ Las soluciones son variadas, dependiendo del caso en que nos encontremos: desde la entrada en la sucesión del instituido heredero como sustituto vulgar, si lo hubiera, hasta el acrecimiento de la cuota hereditaria del establecimiento residencial, gestor o trabajador del mismo en otros coherederos, si se dan los presupuestos legales, la apertura de la intestada o la refundición en la masa de la herencia del bien legado, si se tratara de una atribución *mortis causa* a título singular sin sustitución.

⁵² El precepto no parece haber suscitado mucha litigiosidad hasta ahora, probablemente porque los testamentos notariales ya no incluían nunca una disposición de esta naturaleza.

⁵³ Con todo, algún autor, como López Maza, S. (2021), p. 1003, sostiene que debe aceptarse la prueba en contrario en todos los supuestos del nuevo art. 753 CC, lo que permitiría, de aportarse aquella, declarar la validez de la disposición también en el caso de que el beneficiario fuese el curador representativo del testador.

⁵⁴ La finalidad del art. 752 CC, según STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2451), es garantizar que el testador está libre de agobios, peticiones y presiones para dejar sus bienes a una persona determinada, pero ello ha de ser objeto de interpretación restrictiva, porque limita la libertad de testar. El periodo sospechoso de la posible captación de voluntad debe enmarcarse en la última enfermedad grave del testador, en donde, en peligro de su vida, se confesó y otorgó el respectivo testamento; quedando fuera de este periodo sospechoso, en principio, aquellos testamentos otorgados durante los trastornos leves o enfermedades crónicas que pudieran afectar al testador. En realidad, a mi juicio, se identifica última enfermedad grave como periodo de mayor vulnerabilidad del testador. Sentencias muy anteriores que analizan el mismo precepto, como la STS de 6 de abril de 1954, no aplican sus efectos por no haber mediado prueba de que el sacerdote, en su calidad de director espiritual, hubiera ejercido influencia sobre el testador. Concurriendo los presupuestos de este artículo, se presume el estado de sugestión, pero cabe prueba en contrario. Sin embargo, autores como García Rubio, M^a P. (2016) señalan, al comentar el precepto citado, que «el incapaz lo será, aunque se pruebe que la disposición respondía

Así, no podemos olvidar que, frente a la apariencia de prohibición absoluta, que no admite prueba en contrario en una hipotética acción judicial declarativa de la incapacidad relativa para suceder, diversas sentencias, como la STS de 8 de abril de 2016, ya citada, con apoyo en el principio del *favor testamenti*, han tomado otro rumbo exegético al aplicar el art. 412-5 c) CCcat, que se pone en relación, en atención a su *ratio*, con el art. 752 CC. Destacando que «la finalidad de la norma no es otra que la preservación de la libre voluntad querida por el testador» se descarta la interpretación que, de un modo absoluto, aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario. En mi opinión, esta es la interpretación más acertada del art. 753.2º CC, que comentamos, debiendo admitir los tribunales, como prueba, hechos extrínsecos que apuntalen la tesis de que el testador expresó libremente su voluntad sin presiones ni influencias indebidas de los cuidadores en la institución en que estuviese ingresado⁵⁵. Quizá se pueda recurrir, como prueba extrínseca, a la inexistencia de aislamiento del testador en la residencia en que vive, en la que recibe visitas de parientes y/o amigos y a la no intervención alguna de personas que allí trabajen o sean gestores en la elaboración del testamento, aunque sea con un mero asesoramiento genérico⁵⁶. Menos peso tendrá pensar en el posible testimonio en juicio del notario autorizante, si se tratase de testamento abierto, porque no parece probable que se acceda al otorgamiento con ese contenido⁵⁷. Como antes apuntamos, también será oportuno valorar elementos como el silencio o abstención del testador, que no revoca su testamento con posterioridad, si llega a salir de la residencia a cuyo titular o personal benefició y transcurre cierto tiempo desde tal alejamiento del posible foco de influencia hasta su muerte, inhibición a la que la Sala 1ª del Tribunal Supremo atribuye efectos no unívocos en diferentes sentencias, en otros contextos⁵⁸.

La doctrina civilista se encuentra dividida al comentar el nuevo art. 753 CC sobre la posibilidad de prueba en contrario de la captación de la voluntad del tes-

a una voluntad libre y consciente del causante. La incapacidad se produce incluso contra la voluntad del propio testador, que no puede eludir la aplicación de los preceptos destinados a impedir la sucesión del incapaz».

⁵⁵ Estaríamos ante una “presunción de captación”, similar a la que Cabezuelo Arenas, A.L. (2015) entiende existe en el art. 752 CC, respecto del confesor.

⁵⁶ Se trata, a la inversa, de las denominadas “circunstancias sospechosas” que en el Derecho inglés apuntalan la impugnación de un testamento por *undue influence*.

⁵⁷ No obstante, parece muy difícil que el notario autorizara un testamento a favor de una persona que el Código declare incapaz para suceder, por más que estuviera convencido de la libertad con que conforma y expresa su voluntad de favorecer a ciertas personas que les prestan cuidados institucionalizados.

⁵⁸ Pueden verse las SSTS de 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4258) y 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4071), sobre la ineficacia del legado a favor de quien fue pareja de hecho y la institución como heredero del cónyuge del testador, cuando en el momento de la apertura de la sucesión se ha producido la ruptura de la relación o el divorcio, resoluciones que no atribuyen valor alguno al hecho de no revocar el testamento. También es de interés la STS de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 969), en relación con una institución de herederos de unos vecinos, con la condición de cuidado, a la que más adelante nos referiremos con más detenimiento.

tador. Así, autores como López Maza⁵⁹ defienden tal posibilidad⁶⁰, mientras que otros, como Represa Polo⁶¹, aun sosteniendo que esta conclusión es contraria a la idea inspiradora de la reforma, de acuerdo con los principios de la Convención de Nueva York de respeto máximo a la voluntad de las personas, entienden que la nulidad de la disposición testamentaria es automática, por tratarse de presunciones *iuris et de iure*⁶². En cierto modo, la nueva norma legal parece aceptar los, justamente criticados por Cabezuelo Arenas⁶³, “parámetros de la normalidad al testar”, que impiden designar beneficiarios a extraños (como los cuidadores del centro residencial o la institución misma) cuando existen parientes (aunque esta última exigencia lógicamente no aparece incorporada en la norma dentro del supuesto de hecho)⁶⁴.

Concordamos con Salas Murillo en que no puede obviarse una diferencia esencial entre las prohibiciones de los arts. 752 y 754 y la del 753.1º CC⁶⁵ (en su redacción anterior a la reforma por Ley 8/2021), consistente en que en el primer caso el testador tiene otras opciones para que ésta no sea operativa (acudir a otro confesor o asesor espiritual o a otro notario), de las que carece en el caso del tutor (ahora, curador representativo)⁶⁶. En el supuesto del nuevo art. 753.2º CC, si no se admite la interpretación que propugnamos, la única vía que tiene una persona con capacidad para testar y libre de toda influencia indebida, para dejar parte de su patrimonio después de su muerte a quienes lo han cuidado en establecimiento

⁵⁹ López Maza, S. (2021), p. 1003.

⁶⁰ También Díaz Alabart, S. (1982), p. 116, subraya, en relación con el art. 752 CC, que habida cuenta de que la finalidad de la norma es preservar la libertad de la voluntad del testador, debe descartarse toda interpretación que, de un modo absoluto, aplique el precepto, sin posibilidad de prueba en contrario.

⁶¹ Represa Polo, P. (2021), p. 908.

⁶² Esta autora reconoce, sin embargo, más adelante, en el mismo estudio (p. 919), que la jurisprudencia más reciente recaída sobre el art. 752 CC ha admitido que la nulidad no se declare automáticamente, si se logra probar en juicio que la expresada era la verdadera y libre voluntad testamentaria. No obstante, no llega a dar el paso de proponer que esta sea la interpretación del art. 753 CC.

⁶³ Cabezuelo Arenas, A.L. (2017).

⁶⁴ Defiende la citada autora, antes de la nueva redacción del art. 753 CC, en el trabajo citado en la nota anterior, que, no existiendo legitimarios, «cuando alguien decide instituir heredero a amigos, cuidadores, sirvientes o, en general, a extraños a los que aprecia, ejerce su libertad de testar. Y premia a los que le ayudaron o gozan de su simpatía (...)». Con todo, considera admirable la solución del Código civil catalán de exigir testamento abierto para que el notario se asegure de que no hay captación de voluntad si se beneficia a los cuidadores.

⁶⁵ Hay otra menos relevante, porque en el caso del curador representativo no se impide que el testador disponga a favor de sus parientes, como hace el Código en los casos de confesor y notario (en este caso, también se incluye a su cónyuge y a los parientes por afinidad hasta el cuarto grado, lo que revela con claridad que el art. 752 pensaba en sacerdote de la Iglesia católica, lo que hoy debe extenderse, a mi modo de ver, a ministros de otras confesiones religiosas). En todo caso, no podrá utilizarse a los parientes como personas interpuestas para que la atribución patrimonial *mortis causa* recaiga finalmente en el curador.

⁶⁶ *Loc. cit.*, p. 71.

residencial, es, precisamente, abandonar esa asistencia que tanta satisfacción le ha procurado, como para llegar a tomar tal decisión sobre el destino *post mortem* de sus bienes. De todos modos, no puede ocultarse que lo previsible es, como apuntábamos antes, que no se otorguen testamentos notariales con ese contenido por la amenaza de que sean claudicantes *ex lege*, cuando precisamente la intervención notarial podría asegurar la inexistencia de captación de la voluntad o influencia indebida sobre el testador, si el legislador hubiera optado por las mismas cautelas que las adoptadas respecto a cuidadores personas físicas fuera de residencias.

En mi opinión, los propios problemas de Derecho transitorio que más tarde examinaremos podrían, quizás, ser una razón más para sustentar una interpretación flexible del art. 753.2º CC que permita admitir prueba de inexistencia de prevalimiento o injerencia de los cuidadores institucionales en la conformación y expresión de la voluntad del testador.

1.6. Los prestadores de servicios no institucionalizados de cuidado y asistencia al testador (párrafo 3º)

Son múltiples las razones que puede tener una persona que testa para disponer a favor de quienes le prestan asistencia y cuidados. Entre ellas, sin exhaustividad alguna, la relación de afectividad generada por el contacto permanente, el agradecimiento por las atenciones recibidas⁶⁷, el deseo de asegurar los cuidados hasta “el final de sus días”... Especial inclinación de los testadores hacia ese tipo de disposiciones se ha manifestado en ciertas áreas geográficas españolas, hasta el punto de que algunos Derechos civiles autonómicos, como el gallego, han introducido previsiones legales expresas, como la validez de las disposiciones testamentarias a favor de quien cuida al testador (art. 203.2º LDCG), que no se

⁶⁷ En STS de 14 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3910) se analizan dos testamentos ológrafos, posteriores al abierto notarial otorgado por la causante, en el que instituía heredero a su hermano, sustituido por sus sobrinos, a favor de la cuidadora. Los herederos (sobrinos, por premoriencia de su padre) pretendían que el segundo ológrafo revocaba al primero, pero el Alto Tribunal mantuvo la interpretación de la sentencia recurrida, que los consideró compatibles. Leyendo el texto de ambos ológrafos se advierte su agradecimiento a la persona que la atendía en su domicilio, a la que premia con su vivienda y una cantidad de dinero: «2 de septiembre de 1983. A mi chica Mevilde P. En agradecimiento lo bien que me cuida dándome las medicinas y todo a su debido (sic) tiempo como si fuese una hija le dejo mi piso donde avito (sic) Paseo de la Constitución 26 (signo ilegible) B Espero se cumpla mi deseo pues es por mi agradecimiento Amparo de M. (rubricado)». 6.º) El otro de los referidos documentos, también manuscrito en su integridad, dice textualmente así: «Zaragoza 15 de octubre de 1983. Yo Amparo de M. En plenas facultades mentales dejo a Benilde P. dos millones de pesetas por cuidar de sus cuidados Amparo de M. (rubricado) Son las tres de la tarde». En STS de 25 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6006) es la cuidadora la que se ve abocada a iniciar un proceso judicial para que se reconozca como testamento ológrafo el documento en que la causante le legaba un piso de un edificio transmitido *mortis causa* a una de sus sobrinas «por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa». En efecto, el Tribunal Supremo así lo hace, descartando que se tratara de la expresión de un simple deseo, dirigido a los herederos, sus sobrinos, sin valor de voluntad testamentaria.

tomarán como hechas a persona incierta, o la regulación de las disposiciones testamentarias bajo la condición o con la carga de asistencia (art. 204 LDCG), todas ellas, pero especialmente las últimas, no desconocidas en el resto de España, aun en territorios de Derecho común.

A mi juicio, debe garantizarse que se pueda dar cauce a esa misma voluntad también en el caso de las personas que necesiten apoyos, pero conserven capacidad suficiente para testar⁶⁸. Sin embargo, existe una evidente prevención por la posible mediatización o influencia indebida que la cercanía con la persona cuidadora, generalmente en el domicilio, aunque también, más recientemente, en centros que no implican internamiento, como los de día, puede propiciar. Dicha preocupación la ha explicitado recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 2021⁶⁹, al subrayar que «las disposiciones a favor de quien cuide, o haya cuidado al testador, canalizan una posible alternativa a problemas asistenciales siempre que en su otorgamiento no concurra ninguna circunstancia de influencia indebida o captación de la voluntad de un testador vulnerable».

Los problemas de falta de libertad de las personas testadoras se vienen resolviendo, en el Derecho español, con la doctrina de los vicios del consentimiento (art. 673 CC), principalmente a través de la apreciación, en su caso, de dolo testamentario⁷⁰, aunque también con la inclusión de las coacciones o intimidación

⁶⁸ A mi modo de ver, a diferencia de lo que en ocasiones se argumenta, ello no es sino manifestación de un criterio general y sociológico de actuación, que, desde luego, no ha de presumirse siempre, pero no resulta en modo ilógico a la hora de configurar una voluntad testamentaria, incluso con preferencia respecto de parientes que serían llamados por la ley a la sucesión intestada, con los que se tenga menos relación cotidiana.

⁶⁹ RJ 2021, 969.

⁷⁰ El dolo-vicio se distingue del *dolus bonus*, que proviene del que «con atenciones o cuidados especiales trata de dirigir a su favor la voluntad testamentaria» (entre otras, STS de 25 de noviembre de 2014, RJ 2014, 6020). Sin embargo, autores como Vaquer Aloy, A. (2015), p. 328, resaltan la cercanía del *dolus bonus*, que, como él subraya, no ha recibido sanción civil alguna, con la captación de la voluntad de forma más o menos sibilina, para conseguir que una persona vulnerable acabe manifestando una voluntad testamentaria favorable a quien ejerce dicha influencia. La diferencia radicaría en la conexión causal, en el segundo caso, entre las atenciones prestadas y la voluntad testamentaria expresada. En STS de 25 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6020) se apreció dolo por las circunstancias concurrentes: ocho documentos notariales firmados el mismo día por dos ancianos de más de noventa años, justo a la hora de comer, en presencia de la hija a quien se beneficia en el testamento, con un notario que no era el habitual, sólo cuatro meses después de haber otorgado otro testamento y dando instrucciones al notario terceras personas, haciéndole ver que se trataba de rectificar únicamente un error en los linderos de las fincas. Sin embargo, la SAP Córdoba de 11 de marzo de 2019 (AC 2019, 537), consideró que no se había acreditado suficientemente el dolo: «No cabe duda de que las circunstancias personales (91 años de edad, padecimientos físicos determinantes de su obligada permanencia en su domicilio completamente dependiente del cuidado y servicios de terceras personas) concurrentes en doña Miriam al tiempo de otorgar notarialmente el testamento abierto de 13 de agosto de 2014 - fols. 107 y ss. - (máxime cuando su muerte acaece en fecha relativamente próxima, el 8 de noviembre siguiente; cuando era propietaria de un significativo patrimonio y pese a haber permanecido soltera y sin hijos no establece ninguna disposición testamentaria a

como variante moral, dentro de la genérica referencia a la violencia⁷¹. Todo ello, de acreditarse, tendría los efectos previstos en el art. 674 (nulidad del testamento si el vicio afectara en su integridad al negocio *mortis causa*) y en el art. 756.5º (indignidad para suceder de la persona que usara del engaño o la intimidación, si fuese llamada a la herencia intestada, tras la declaración de nulidad del testamento). No obstante, los tribunales exigen prueba cumplida de la concurrencia del dolo o las coacciones en el otorgamiento del testamento y, aunque su invocación es frecuente, es excepcional que se estime su incidencia⁷². Con todo, dado que la prueba directa es muy difícil⁷³, se admiten, no sin cierto riesgo, puesto de manifiesto por autores como Cabezuelo Arenas, las presunciones de las conductas

favor de ninguno de los actores - primos hermanos y, por tanto, posibles herederos abintestato ex art. 954 del C.C. - ; pese al infrecuente número de testamentos - en total siete [...], constituyen mimbres suficientes para pergueñar (*sic*) variadas hipótesis en torno a la existencia o no de una voluntad testamentaria viciada por dolo a favor de los codemandados; pero lo cierto y relevante, tal y como muestra la propia realidad de las cosas en el ámbito de los sentimientos, caracteres y temperamentos humanos, es que entre dichas hipótesis tiene cabida tanto la posibilidad de una libre y sucesiva autodeterminación de la propia voluntad en relación a cambiantes motivos internos o circunstancias externas que en ningún caso requieren de explicación, ni menos aún de justificación, como la posibilidad de doloso artificio puesta de manifiesto en la demanda».

⁷¹ Considera De Amunátegui Rodríguez, C. (2018), p. 11, que una persona que sufre discapacidad no necesariamente testará con la incidencia de un vicio contemplado en el art. 673 CC, pero es posible que su propia vulnerabilidad, ocasionada por su situación mental o intelectual, la haga más proclive a sufrir esas influencias que no transcurren por los cauces de los vicios del consentimiento.

⁷² Aprecia la intimidación de la testadora por su hijo la SAP Barcelona de 23 de marzo de 2018 (JUR 2018, 102652), en relación con un testamento otorgado sólo once días después de que aquella acudiera a otra Notaría a relatar la situación de coacciones que estaba viviendo. *Vid.* SAP Cádiz de 10 de enero de 2013 (JUR 2013, 88857), caso en que la propia testadora reconoce en un testamento posterior y en nota manuscrita que estaba coaccionada por un hijo. Se entiende también probada la coacción en SSAAPP Guipúzcoa de 10 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 95188), por una hija y el yerno, y Asturias de 23 de junio de 1999 (AC 1999, 1550), por una antigua compañera de trabajo.

⁷³ En algunos casos en que se podría haber presentado una posible captación de la voluntad testamentaria de una persona vulnerable se optó por plantear el asunto ante los tribunales como falta de capacidad del testador, lo que se resuelve sobre la base del *favor testamenti* y la presunción de capacidad del art. 662 CC, unido al especial valor del juicio sobre capacidad expresado por el notario autorizante, en sentencias como la STS de 8 de abril de 2016 (RJ 2016, 3659). En este caso la beneficiaria el testamento era una sobrina que, con frecuencia, visitaba al tío internado en una residencia y salía con él al exterior. No se trataba, pues, de un testamento a favor del centro asistencial o su personal, ni de un cuidador domiciliario, pero sí de un familiar que le dispensaba atenciones y cuidados especiales, frente a los otros sobrinos, que impugnan el testamento argumentando falta de capacidad del testador, que tenía Alzheimer y demencia senil, dolencias que después de su otorgamiento motivaron la incapacitación. La instituida heredera, en una de las salidas de la residencia, acompañó a su tío a la notaría para que manifestara su voluntad testamentaria a su favor. El Tribunal Supremo resuelve el recurso, a pesar de que reconoce que el caso presenta “dudas razonables”, apreciando que no se acreditó, de manera inequívoca, la falta de capacidad del testador.

captatorias de la voluntad deduciéndolas, según las reglas de la lógica, de ciertos hechos o comportamientos. Así ha nacido el concepto de “disposiciones no naturales de testadores vulnerables”, relativo a las sorpresivas, que no cabría esperar, como las que benefician a extraños en lugar de parientes que serían llamados a la intestada, de no existir testamento, que, sin embargo, en ocasiones pueden ser resultado de una correcta autoconformación de la voluntad de quien otorga sus últimas voluntades⁷⁴.

También en los procesos judiciales sobre falta de capacidad del testador cada vez más se manejan los conceptos de vulnerabilidad del testador y de posible influencia de terceros en la conformación de su voluntad⁷⁵.

Ahora, tras la reforma de 2021, el art. 753.3º CC recoge esta prevención hacia las posibles influencias indebidas o captación de voluntad de la persona testadora por sus cuidadores, aunque con planteamiento y efectos parcialmente diferentes de los vicios del consentimiento⁷⁶. En realidad, como ya pusimos de manifiesto, no es un supuesto de incapacidad relativa, sino de establecimiento de garantías de la libertad de disponer de un causante cuya voluntad puede ser fácilmente mediatizada, por las circunstancias. Es una norma de protección de la libertad de formación y emisión de la voluntad testamentaria. Sin mención expresa, despliega toda su fuerza la idea de “influencia indebida”, que aparece ya en la Convención de Nueva York, pero en relación con la constitución y el funcionamiento de medidas de apoyo⁷⁷.

El nuevo art. 753 CC considera nula la disposición testamentaria a favor de los establecimientos residenciales, sus titulares y empleados y la admite, con tal de

⁷⁴ Cabezuelo Arenas, A.L. (2017).

⁷⁵ Subraya De Amunátegui Rodríguez, C. (2018), pp. 10 y ss., que, en ocasiones, las periciales aportadas en los procesos judiciales sobre la capacidad del testador inciden en la vulnerabilidad de éste y su naturaleza “fácilmente influenciable”. Esto no sería suficiente, desde luego, para privar de capacidad de testar, pero puede ser crucial al conocer de la validez del testamento.

⁷⁶ Muchas veces el asunto se plantea judicialmente por parte de los parientes postergados por un cuidador como falta de capacidad al testar. Así se fundamentó la demanda en el caso resuelto por la AP de Lugo en sentencia de 6 de abril de 2016 (AC 2016, 813), que, sin embargo, considera no probada la misma. El hecho de que el testador hubiera otorgado sus últimas voluntades en varias ocasiones (en seis testamentos) en favor de la Iglesia Católica y en el último testamento beneficiara sólo a su cuidadora y su marido no implica que éstos hubieran podido manipularlo. El tribunal no declara la nulidad del testamento, resaltando la coherencia de la decisión final sobre sus bienes con el progresivo alejamiento de su familia que había vivido. Considera que el testador vio a quienes lo cuidaban como su única familia en sus últimos días y quiso recompensar el trato recibido de ellos.

⁷⁷ Represa Polo (2022), p. 45, señala que habría sido oportuno incluir la influencia indebida como vicio de la voluntad dentro del art. 673 CC, dando así cumplimiento al art. 12 CDPD, porque, al no hacerlo, se obliga a los tribunales a interpretar esa norma de acuerdo a la Convención para dar cabida a la influencia indebida, con el fin de dar solución a aquellos casos que no entren dentro de los supuestos del art. 753 CC, pero en los que se observa que pudiera haber una captación de voluntad.

que sea en testamento abierto, para realizar atribuciones patrimoniales a personas físicas que presten servicios de cuidados o asistencia al testador⁷⁸.

La exigencia de forma abierta notarial asegura la intervención de un tercero imparcial, que en ocasiones se ha definido, a la luz de la reforma operada por Ley 8/2021, como uno de los posibles apoyos de la persona con discapacidad, garante de la libertad de formación de la voluntad testamentaria, sin sugestión ni captación alguna. En mi opinión, el legislador español deposita en los notarios, movido por la confianza en el rigor con que ejercen su labor profesional, la función que, en otros países, como los anglosajones, que conocen la institución de la “influencia indebida” corresponde a los tribunales de justicia cuando se impugna por este motivo los testamentos, cierto es que sin excluir en el español la posibilidad de instar judicialmente la nulidad por vicio del consentimiento (así como, en su caso, por falta de capacidad para testar). En suma, a la hora de analizar, a través de conversaciones con el testador y observación de su comportamiento frente a él, si su voluntad manifestada se ha formado libremente, el notario indirectamente podrá indagar en las circunstancias que los tribunales americanos estudian para apreciar la *undue influence*, si el beneficiario del testamento es el cuidador. Se encomienda a aquéllos una función preventiva⁷⁹, en lugar de optar únicamente por un remedio judicial que opera *a posteriori*. Así, puede ahondar en los factores concurrentes en la vida de la persona vulnerable que testa a favor de quien, sin ser pariente, lo atiende: su nivel de aislamiento o subsistencia de relaciones con familiares y/o amigos, su grado de dependencia del cuidador (puede ser relevante que el beneficiario de las atribuciones patrimoniales sea único o existan varios, en turnos, así como que realice el trabajo en régimen externo o compartan la vivienda del testador), enfermedades, trastornos o discapacidades sensoriales que padezca, debilidad de carácter o emocional, todo ello relacionado con la inexistencia de sugerencias, peticiones o gestiones indirectas encaminadas a la obtención de disposiciones testamentarias a su favor⁸⁰. En definitiva, la nueva norma del art.

⁷⁸ Entre la doctrina que se ha ocupado del tema, alguna autora (García Rubio, M^a P., 2014, p. 500) ya se había manifestado en contra de una regla que contemplara a los cuidadores extraños a la familia, profesionales o no, entre las personas que no pueden suceder, en términos absolutos. Argumenta que en la mayoría de los casos las labores de cuidado se ejercen de manera altruista y sin esperar nada a cambio y el testador se lo agradece a quienes las realizan y los recompensa, con beneficios en su herencia. Se manifestaba a favor de que el Derecho proporcionara cauces adecuados para que este deseo, que calificaba de “moralmente atendible” fuera plenamente reconocido.

⁷⁹ En SAP Cáceres de 31 de mayo de 2011 (JUR 2011, 237305) se descarta la existencia de dolo testamentario por parte de la hija que se había ocupado de la madre en los últimos años de su vida, apelando a la intervención del notario, «que no hubiera permitido ninguna influencia en la testadora, de tal intensidad que mutara su voluntad». Las declaraciones de los testigos del otorgamiento del testamento apuntaron en la misma línea, la testadora quería dejar todo a su hija, aunque fuera en detrimento del otro hijo, respecto del cual fue el notario el que la advirtió de su derecho a legítima.

⁸⁰ Más allá de acompañar al testador a la notaría, que no parece determinante, puede haber una minuta preparada por un abogado o un asesoramiento jurídico previo propiciado

753.3º deposita en los notarios la función de controlar no sólo la capacidad natural para testar, sino también la inexistencia de captación de voluntad⁸¹.

1.6.1. *Ámbito subjetivo de aplicación del precepto*

Esta disposición genera dudas sobre su ámbito de aplicación, al referirse a “personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante”, al que, de nuevo, no se identifica por su especial vulnerabilidad, aunque tal sea la base de la nueva norma, emanada, y no es casualidad, de una reforma en materia de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. A mi juicio, en la interpretación que de ella se haga no se podrá perder de vista el elemento teleológico, en relación con los antecedentes legislativos.

La fórmula para aludir a los cuidadores no es idéntica a la del art. 250 *in fine*, que excluye del ejercicio de las medidas de apoyo a quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a las personas que precisan el apoyo. Difiere, asimismo, por la omisión de toda referencia a un vínculo contractual, de la solución que hace años se adoptó en el Derecho catalán⁸², aunque, sin duda, éste haya funcionado como referente más cercano, y también de la adoptada en el Fuero Nuevo de Navarra⁸³. A mi modo de ver, la omisión de toda mención a una relación contractual es deliberada, con la intención de comprender supuestos de prestación de cuidados por parte de profesionales que trabajan para entidades públicas con competencia en materia de protección de personas vulnerables⁸⁴ o para entidades privadas (fundaciones o asociaciones, principalmente) que tiene éste entre sus fines. Tales personas físicas no estarían afectadas por la norma tuitiva de la libertad de testar si no se obviara la referencia a la relación contractual.

por la persona cuidadora, que genere sospecha de captación de su voluntad. En todo caso, será un conjunto de indicios, y no sólo alguno aislado, el que pueda llevar al notario a denegar el otorgamiento del testamento, por convicción sobre la falta de libertad del testador.

⁸¹ Ya Díaz Alabart, S. (2018, pp. 52 y 53), propuso, *de lege ferenda*, prohibir instituir a los cuidadores como herederos en testamento ológrafo, advirtiendo que contemplar el supuesto como una incapacidad relativa sería excesivo, pero la solución propuesta era una cautela suficiente para evitar la captación de la voluntad. Así se podría dar cauce, con todas las garantías, a la voluntad de una persona dependiente con capacidad para testar de beneficiar en su testamento a quien la ha atendido (aunque sea asalariada).

⁸² En el art. 412-5 CCcat, bajo la rúbrica “inhabilidad sucesoria” se incluye, en el apartado 2º, a las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual. Ellos solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio.

⁸³ La ley 153, como ya subrayamos, exige documento otorgado bajo la fe pública notarial para adquirir a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, las personas físicas o jurídicas y sus dependientes que hayan prestado al transmitente servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga, en virtud de relación contractual.

⁸⁴ Pensemos en profesionales dedicados a la ayuda domiciliaria o asistentes sociales al servicio de Administraciones públicas.

Pudiera pensarse, en principio, que se refiere sólo a quienes proporcionen servicios profesionales y remunerados, sea contratados por el testador, sea por un tercero vinculado a él (hijos, por ejemplo), o incluso por una persona jurídica, pública o privada, como acabamos de exponer, trátase de contrato laboral o civil. Entre estas últimas relaciones contractuales, las civiles, principalmente se tratará de un contrato de servicios, pero parece que no podrían descartarse tipos contractuales en que la prestación de una de las partes consista, a cambio de la transmisión de ciertos bienes o derechos, precisamente en cuidados y asistencia, como el de alimentos o el vitalicio (arts. 1791 y ss. CC y 147 y ss LDCG)⁸⁵.

En efecto, si el último apartado del art. 753 no exceptionara de las prohibiciones y restricciones precedentes a los parientes con derecho a la sucesión intestada, entenderíamos que el ámbito subjetivo de aplicación de la regla 3ª no se extiende a personas que prestan la asistencia y los cuidados de forma no profesional y desinteresadamente (de hecho, no parece propio decir que prestan “servicios”, aunque es cierto que la figura contractual no exige como elemento esencial la onerosidad y pueden existir servicios gratuitos, como los prestados en la esfera del voluntariado). Sin embargo, a mi juicio tal referencia a los parientes cercanos, para excluirlos de la norma que exige testamento abierto, nos lleva incluir entre quienes, de quererlo así el testador, deben ser instituidas en tal forma testamentaria notarial, a las personas que cuidan al testador sin contrato alguno, sin profesionalización y sin percibir honorarios (vecinos, amigos, conocidos o voluntarios que realizan tareas colaborando con una entidad del tercer sector, entre otros)⁸⁶.

Se trata, en definitiva, de personas ajenas a la familia más cercana que cuidan y asisten al testador (con contrato o sin él, de forma remunerada o no), sea como profesionales de las atenciones a personas vulnerables (en su sentido más amplio), o no. Es dudoso el régimen jurídico aplicable a las disposiciones testamentarias que pudieran hacerse en favor de quienes cuidan a personas ingresadas en centros hospitalarios, contratadas por ellas mismas o sus familias, acaso por horas o por días. Me inclino por darles el mismo tratamiento que a los cuidadores de personas que se encuentran en su domicilio, dejando en manos de los notarios la decisión sobre el otorgamiento del testamento con ese contenido, si estiman que no hay influencia indebida.

Desde otro punto de vista, aunque pudiera pensarse que la exégesis correcta del precepto, atendiendo a su filosofía preventiva de sugestión o influencia indebida, requiere que la relación no sea puramente esporádica o puntual, dado que la práctica (y los conflictos que han llegado a nuestros tribunales) muestran casos en que la captación de voluntad ha sido extraordinariamente rápida desde la incorporación de una persona a los cuidados de otra, si la vulnerabilidad de ésta es extrema y su aislamiento casi absoluto, parece preferible mantener en estos supuestos la exigencia de testamento notarial. De hecho, el notario podrá valorar la

⁸⁵ Cfr. Mariño Pardo, F. (2021).

⁸⁶ De nuevo mi opinión difiere en este punto de la de Mariño Pardo, para quien este tipo de cuidados prestados gratuitamente por personas con algún vínculo con el que recibe asistencia no están incluidos en el ámbito de aplicación del art. 753.3º CC.

escasa duración de la relación entre quien quiere otorgar testamento y la persona a la que desea beneficiar como un indicio más de la sugestión o influencia indebida, que, unido a otros, le pudiera llevar a negarse a autorizarlo.

El último párrafo del art. 753 responde a los “cánones de la ordenación testamentaria natural”, es decir, la idea de que lo general es que el causante que hace testamento disponga de su patrimonio en favor de sus parientes más cercanos, de modo que, si le prestan cuidados o asistencia, no están afectados por las restricciones del apartado 3º y pueden ser beneficiarios en testamento no notarial (ológrafo o en peligro inminente de muerte) o cerrado (casi inexistente en la actualidad). Evidentemente, la captación de la voluntad puede probarse en proceso judicial impugnatorio de la institución de heredero o legatario, pues un somero examen de la jurisprudencia en la materia pone de relieve que en no pocas ocasiones es, precisamente, uno de los hijos el que intenta excluir a sus hermanos del testamento (si las legítimas estuvieran satisfechas por otros títulos o, incluso, animando a la desheredación) o evitar un reparto igualitario de la herencia, aunque ésta fuera la decisión del padre o de la madre, influyendo irregularmente sobre la expresión de su voluntad testamentaria.

1.6.2. *Disposiciones testamentarias vs seguros de vida*

Las normas del art. 753 CC no parecen aplicables a los seguros de vida (arts. 83 y ss. LCS) o productos similares⁸⁷, que, como es sabido, no forman parte de la herencia y se regirán por lo previsto en materia de contratos respecto a la formalización por personas con discapacidad⁸⁸. Tan solo suscita dudas el caso de que el testamento se utilice formalmente para designar o modificar el beneficiario del seguro de vida, como permite el art. 84.2º LCS. Con todo, desde mi punto de vista, es preferible reservar la aplicación del art. 753 CC al contenido típico del testamento, sobre todo teniendo en cuenta que el apartado 3º se refiere a personas que puedan “ser favorecidas en su sucesión”. Por tanto, a mi juicio, no será aplicable la cautela que subyace ahora en el art. 753.3º CC si se designara como beneficiario del seguro de vida a un cuidador personal, por lo que el testamento no debería ser, necesariamente, abierto.

Al margen de este supuesto, refiriéndonos, en general, a la contratación de un seguro de vida en que se designe beneficiario a la persona que cuida al toma-

⁸⁷ Así, las participaciones de las Entidades de Previsión Social Voluntaria o “fondos de previsión” discutidas en la STS de 10 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2136), que permiten la designación de beneficiarios cuando se suscriben. Como se resalta en la sentencia, que pone el acento en la similitud con los seguros de vida, «el legislador ha dejado al margen de la sucesión hereditaria las prestaciones que tienen derecho a percibir los beneficiarios en caso de fallecimiento de los socios de un plan de previsión o de los partícipes de planes de pensiones. El derecho a las prestaciones correspondientes que se generen en cada plan a favor de los socios o partícipes previstos no se adquiere por vía de transmisión hereditaria».

⁸⁸ Véase la disp. ad. 4ª LCS sobre la prohibición de discriminación en el acceso a la contratación de seguros por personas con discapacidad.

dor, a la vez asegurado, hemos de destacar que, en el Código civil español, en realidad, poco se prevé, tras la reforma de 2021, sobre la contratación de personas que necesiten apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. Después de muchos cambios en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, sólo se contempla, en los arts. 1301.4º y 1302.3º CC, la anulabilidad (con una legitimación activa muy restringida) de los contratos celebrados por personas con discapacidad que tuvieran medidas de apoyo cuando, siendo precisas, actuaran sin ellas. No son anulables, pues, con carácter general, los contratos celebrados por personas con discapacidad que no tuvieran previstas medidas de apoyo. Los contratos que celebren quienes, aun teniendo déficits cognitivos o enfermedades psiquiátricas, no tuvieran constituidas medidas de apoyo (ni voluntarias, ni informales, al menos si se hubieran exteriorizado⁸⁹, ni judiciales), quedan sujetos a las reglas generales de capacidad, consentimiento y posibles vicios de éste. El contrato será válido (concurriendo el resto de los requisitos del art. 1261 CC) si lo es el consentimiento prestado porque la persona entiende la información que se le proporciona, la integra en su proceso de razonamiento y es capaz de expresar su voluntad de forma coherente. Si no fuera así, sería anulable, según la jurisprudencia que rechaza en tales casos la sanción de nulidad por ser menos protectora, aunque signifique obviar la derivada del art. 1261, antes citado. Como destaca Tena Arregui⁹⁰, ninguna diferencia sustancial existe ya, según los principios de la Convención de Nueva York, entre una persona con discapacidad y otra que no la tiene, a la hora de contratar y de responder de aquello a lo que se obliga contractualmente. Con todo, como este autor señala, las cosas no son siempre tan claras como el legislador de 2021 presupone. Sobre todo, añadimos nosotros, cuando en la formalización del contrato, como un seguro de vida, no hay intervención notarial, pues el notario puede actuar como apoyo, como es sabido, de la persona con discapacidad.

Establecidas normas preventivas para tratar de asegurar la libertad de testar cuando se pretende beneficiar a cuidadores, sean institucionales o personas físicas que prestan la asistencia en el domicilio de la persona con discapacidad, hemos de preguntarnos, si podría recurrirse, al menos, a medidas *ex post* cuando aquéllos fueran nombrados, con aportaciones económicamente muy relevantes, beneficiarios de seguros de vida o de productos financieros similares y fuera compatible con una razonable percepción la sospecha de captación de voluntad o el contrato lo hubiera celebrado la persona con discapacidad prescindiendo de sus apoyos y, en su caso, quiénes estarían legitimados activamente para interponer la pertinente acción judicial⁹¹.

⁸⁹ Apunta Álvarez Lata, N. (2021), p. 1007, sus dudas sobre la inclusión de la guarda de hecho en el art. 1301 porque surge de manera espontánea, lo que casa mal con la exigencia de sea una medida de apoyo prevista, aunque admite la anulabilidad del contrato celebrado por una persona con discapacidad sin el apoyo de su curador de hecho, si se ha exteriorizado como tal porque el guardador haya actuado en otras ocasiones como apoyo de esa persona o haya solicitado autorización judicial en algunos casos.

⁹⁰ Tena Arregui, R. (2022), p. 41.

⁹¹ Prueba de la relevancia que puede tener la suscripción de un seguro de vida es que está contemplada, en el aptdo. 9º del art. 287 CC, entre los contratos para los que el curador

Por otra parte, si bien la decisión de suscribir un seguro de vida supone un desembolso económico para el tomador (en ocasiones muy cuantioso) y dejarlo sin efecto a través de la anulabilidad en vida (si ello fuera posible) pudiera servir a su protección patrimonial, la de elegir como beneficiaria a una u otra persona no tiene consecuencias perjudiciales para él que la institución de la anulabilidad pueda eliminar, por lo que posiblemente, existiendo contratado el seguro, un simple cambio en los beneficiarios sería muy difícil de encauzar a través de la ineficacia.

Como ya expusimos con alcance más general, el seguro de vida suscrito por una persona con discapacidad sin apoyos previstos no es diferente, en principio, a efectos de su impugnación, del formalizado por cualquier otra persona. Al margen de la acción de nulidad (o anulabilidad) por falta de consentimiento contractual, sólo admisible en casos extremos, si pudiera probarse captación de la voluntad o influencia indebida ejercida sobre una persona que no tuviera previstas medidas de apoyo (dado que nuestro Derecho, a diferencia de los anglosajones, no prevé específicamente la institución de la *undue influence*, ni en testamentos ni en contratos), la impugnación deberá encauzarse como error, dolo o intimidación. Podría ejercitar la acción de anulabilidad la propia persona indebidamente influenciada o, de fallecer antes de cuatro años desde el *dies a quo* de la acción de anulabilidad (distinto según el vicio ex art. 1301.1º y 2º CC), sus herederos. De constituirse con posterioridad medidas de apoyo, quienes las ejerzan no podrán impugnar el contrato, pero sí podrán funcionar como tales apoyos en la impugnación de la propia persona con discapacidad.

En cambio, si celebró el contrato sin los apoyos pertinentes, teniéndolos y siendo precisa su intervención por la naturaleza del contrato, puede impugnar la propia persona con discapacidad, con el apoyo necesario, sus herederos si aquélla fallece antes de cuatro años desde la celebración del contrato, y también la persona que habría debido prestar el apoyo, pero en este último caso⁹² sólo si el otro contratante fuera de mala fe, bien por conocer la existencia de las medidas de apoyo⁹³ y contratar prescindiendo de ellas, bien por aprovecharse de la situación de discapacidad, obteniendo una ventaja injusta del contrato celebrado. Aquí subyace la idea de protección de la persona con discapacidad como contratante débil, de la que el otro contratante se aprovecha de manera efectiva.

Desde otra perspectiva, por supuesto, quedan a salvo las acciones de protección de las legítimas, en su caso, si la suscripción del seguro de vida en favor del cuidador personal las lesionara, en las mismas condiciones que si lo formalizara una persona sin ninguna discapacidad.

con funciones representativas ha de solicitar autorización judicial, «cuando requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria». Ello ha sido criticado por Vivas Tesón, I. (2021), p. 297, quien manifiesta que requerir autorización judicial para que el curador pueda suscribir un seguro de vida para la persona con discapacidad le parece excesivo.

⁹² La redacción definitiva del art. 1302.3º procede del Senado.

⁹³ Como señala Álvarez Lata, N. (2021), p. 1019, la contratación a distancia (que no es inusual en el sector del aseguramiento) neutralizará la norma en este punto porque el otro contratante negará siempre desconocer la existencia de los apoyos.

1.7. Problemas de Derecho transitorio en relación con el nuevo art. 753.3° CC

Como es sabido, la profundidad de la reforma en materia de discapacidad, tanto en el ámbito civil como en el procesal y el registral, persuadió al legislador de la conveniencia, si no necesidad, de incluir algunas disposiciones transitorias para facilitar y aclarar el tránsito de un régimen jurídico al otro. Sin embargo, no todos los problemas específicos de Derecho transitorio que algunas normas novedosas generan están resueltos en las seis que incorpora la Ley 8/2021. Ello ocurre, en el ámbito sucesorio, con las nuevas incapacidades, prohibiciones o exigencias formales para testar contempladas en el art. 753 CC.

Sin embargo, no podemos olvidar el valor jurídico que conservan las disposiciones transitorias de nuestro Código civil para dar respuesta a las cuestiones de Derecho intertemporal que generen sus reformas (y las de otras leyes civiles estatales y hasta, con matices, algunas modificaciones legislativas del Derecho civil autonómico), cuando no exista previsión específica en la nueva normativa⁹⁴. En la actualidad casi siempre son los principios inspiradores de tales normas transitorias del Código civil, y no su tenor literal, las que sirven para encontrar las soluciones a específicos problemas en el tránsito de una ley a otra.

Sobre materias sucesorias, el criterio que late en la disposición transitoria 12^a CC, dedicada en exclusiva a ellas, es atender a la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión, es decir, de la muerte del causante⁹⁵. Sin embargo, es evidente que, en la sucesión testada, este criterio acaso necesite ser matizado, si no quiere admitirse, por inadecuada, la solución de tener como ineficaces, sobrevenidamente, disposiciones testamentarias que eran válidas al tiempo de otorgarse el testamento, cuando la legislación vigente al tiempo de la apertura de la sucesión hubiese cambiado y las tuviese por nulas o no puestas. De hecho, la disp. transitoria 12^a hace alguna previsión sobre la necesidad de cumplir, en cuanto la nueva ley lo permita, las disposiciones testamentarias otorgadas bajo la vigencia de la ley anterior, si bien la herencia se adjudicará y repartirá siguiendo la nueva ley. Por otra parte, otra disposición transitoria, la 2^a, se refiere a los testamentos, acogiendo el mismo criterio que para otros negocios jurídicos, que no es sino mantener su validez si fuese válido al amparo de la ley vigente al tiempo de su otorgamiento⁹⁶, aunque otra fuera la conclusión aplicando la ley en vigor al tiempo de fallecer el causante.

⁹⁴ Escartín Ipiéns, J.A. (2018), p. 230.

⁹⁵ Domínguez Luelmo, A. (2021), p. 374, resalta que las modificaciones de Derecho sucesorio que la ley 8/2021 incorpora van a generar muchos problemas de Derecho transitorio, de los cuales sólo se ha abordado específicamente uno, relativo a la desaparición de la sustitución ejemplar. Comparto su opinión de que habría sido oportuno hacer alguna previsión más, por ejemplo, en relación con las dudas surgidas a raíz de la reforma del art. 753 CC.

⁹⁶ En concreto, en 1889 se previó el mantenimiento de la validez de los testamentos mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias otorgados antes de la entrada en vigor del Código, aunque el testador falleciera después.

Sin duda, uno de los mayores problemas de Derecho transitorio que genera el cambio legislativo en materia de discapacidad, desde la perspectiva del Derecho de sucesiones, es el anudado a los testamentos otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley a favor de los establecimientos residenciales y personas físicas gestoras o trabajadoras de los mismos, afectados por la prohibición absoluta de adquirir por vía testamentaria de los internos o internas, en los términos del art. 753.2º CC (residencias de personas mayores, por ejemplo)⁹⁷. Sin tanta trascendencia, por el menor uso de que se hace de esta clase de testamentos, también podrían devenir nulas las disposiciones contenidas en ológrafos, testamentos en peligro de muerte o cerrados, en que se hubiera instituido heredero o legatario a un cuidador persona física, que prestara sus servicios fuera de establecimiento residencial (sea en el domicilio de la persona que necesita apoyo, sea en el del cuidador).

Aplicando la disp. transitoria 12ª y si tomamos las normas del art. 753 CC como atinentes a la capacidad sucesoria de los llamados (lo que desde la perspectiva más clásica de que son incapacidades relativas sería correcto), la mejor doctrina⁹⁸ destaca que es en el momento de la muerte del causante en el que nos debemos fijar para determinar la ley aplicable a su determinación⁹⁹. Sin embargo, como observa Colina Garea, al analizar los derechos hereditarios no podemos ignorar tampoco la regla que manda respetar los testamentos válidamente otorgados según el régimen vigente al tiempo de su otorgamiento, porque si no condenaríamos la disp. transitoria 2ª¹⁰⁰. En efecto, no es fácil encontrar el ajuste de estas dos normas de Derecho transitorio, porque, a la inversa, aplicando la 2ª, los derechos hereditarios tendrían que acomodarse a lo dispuesto en el testamento y no a la ley vigente al fallecer el causante. El autor citado pone el foco sobre la previsión de la transitoria 12ª que intenta armonizar criterios aparentemente contradictorios: se respeta el contenido del testamento válido según la ley vigente al tiempo de su otorgamiento si es compatible con la nueva legislación en vigor al abrirse la sucesión.

Pues bien, trasladando estos principios al específico problema que nos ocupa, a mi juicio, cualquiera que sea la fecha de otorgamiento del testamento, será aplicable el trascendente efecto de la nueva incapacidad relativa. Aunque a mi

⁹⁷ La Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, introdujo una disposición transitoria para salvar la validez de los otorgados antes de la entrada en vigor que serían nulos según las formalidades existentes en ese momento, cuando se hubieran eliminado con la reforma. En el caso que nos ocupa, la situación es la inversa pues en la Ley 8/2021 se incluyen nuevas prohibiciones para proteger la libertad de testar antes inexistentes, sin previsión de Derecho transitorio específica para los testamentos otorgados antes de la entrada en vigor de la ley cuando el causante muere después del 3 de septiembre de 2021.

⁹⁸ Vallet de Goytisolo, J.B., (1984), pp. 299 y 383.

⁹⁹ De hecho, el propio art. 758 CC dispone que para apreciar la capacidad del heredero o legatario debe estarse al tiempo de la muerte del causante, aunque no parece contemplarse un cambio legislativo, sino una modificación en la propia condición del sucesor.

¹⁰⁰ Colina Garea, R. (2013), p. 13458.

modo de ver habría sido deseable otra solución, ante el silencio legal sobre la cuestión no será posible mantener el contenido del testamento por su incompatibilidad con el nuevo instrumento de protección de la libertad de conformación de la voluntad de los testadores vulnerables. Aunque en mi opinión, ya expresada, mejor que hablar de capacidad para suceder (o, en negativo, de incapacidades relativas) es hacerlo de cautelas para preservar la libertad de testar, entiendo que la materia versa, en definitiva, sobre derechos hereditarios, los atribuidos por un testador en condiciones que han llevado al legislador a poner normas restrictivas en defensa de su libre conformación de la voluntad testamentaria, que llevan incluso a dejar sin efecto tales disposiciones.

La consecuencia jurídica propugnada, a la luz de la interpretación propuesta de las dos disposiciones transitorias mencionadas del Código civil, es especialmente grave cuando el testador carezca ya de la capacidad para otorgar un nuevo testamento. Aun conservándola, tampoco resultará sencillo localizar a los otorgantes de los testamentos notariales otorgados en esas circunstancias y con tales beneficiarios para advertirles del carácter posiblemente claudicante de esas últimas voluntades y de la conveniencia de otorgar otras diferentes, de ser tal su deseo. Peor suerte, todavía, correrán los testamentos no notariales que contengan tales disposiciones.

1.8. Aplicabilidad del art. 753 CC rigiendo la sucesión un Derecho civil autonómico: especial referencia al Derecho civil de Galicia

No plantea dudas admitir que, rigiendo la sucesión *mortis causa* un Derecho civil autonómico que no contenga normativa propia sobre las incapacidades o inhabilidades para suceder, llámense de cualquiera de estas dos formas, prohibiciones para suceder o de otro modo similar, ni sobre disposiciones testamentarias a favor de quien cuide al testador, el art. 753 CC será de aplicación supletoria. Queda a salvo el caso en que de él resultara precisamente que no quisieron incluirse y se deduzca la plenitud normativa en la materia de la propia ley autonómica o su capacidad de autointegración¹⁰¹. Aun en el caso de que exista una verdadera laguna en un Derecho autonómico la aplicación supletoria de la normativa estatal habría de hacerse teniendo en cuenta los principios generales de tal Derecho civil de una Comunidad Autónoma (o, en su caso, territorio menor)¹⁰².

Sin embargo, es controvertido cuál es la solución si existe previsión legal expresa en el Derecho autonómico sobre el testamento a favor de quien cuida al

¹⁰¹ De todos modos, se esperan reformas con urgencia en algunos Derechos autonómicos, como el catalán, el aragonés o el navarro, para adoptar su legislación al nuevo paradigma de ejercicio de la capacidad jurídica, que, por su origen y sustancia, debería inundar todos los Derecho civiles vigentes en España. De hecho, a la espera de la ley que incorpore una reforma más profunda, en Cataluña ya se ha aprobado el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil catalán a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

¹⁰² Bayod López, C. (2021), p. 157.

testador, pero no se contemplan normas similares a los de los párrafos 2º y 3º del art. 753. En concreto, esta circunstancia se da, como ya apuntamos, en el Derecho civil gallego, especialmente sensible y propicio a facilitar la expresión de este tipo de voluntades testamentarias (arts. 203.2º y 204 CC). La duda que la nueva normativa del Código civil estatal plantea es doble: en primer término, determinar si opera la prohibición absoluta de adquirir *mortis causa* que afecta a los curadores representativos¹⁰³, salvo parientes llamados a heredar *ab intestato*, y a los cuidadores institucionales cuando el testador está ingresado en una residencia y, en segundo lugar, si ha de otorgarse en forma notarial abierta el testamento “a favor de quien me cuide” o los que contengan atribuciones patrimoniales con condición o la carga de asistencia al testador.

A mi modo de ver, como se acoge en la STSJ Galicia 20 octubre 2020¹⁰⁴, en relación con un caso en que se discutía si el notario autorizante del testamento de una persona incapacitada judicialmente mediante sentencia que no contiene pronunciamiento sobre su capacidad para testar debería contar con el dictamen de los dos facultativos que exige el art. 665 CC, cuando el Derecho civil de Galicia (anterior a la reforma del Código en este precepto citado) no contenía tal imperativo y el estatal sí¹⁰⁵, si se puede concluir que no es posible la autointegración en el Derecho civil de Galicia, deberá aplicarse supletoriamente el Derecho estatal¹⁰⁶. Por ello, a mi juicio sí será aplicable el art. 753 CC, en sus dos primeros párrafos, aun siendo el testador de vecindad civil gallega (art. 9.8º CC), cuando el beneficiario del testamento sea el curador representativo o el establecimiento residencial en que esté ingresado, su personal directivo o trabajadores.

Sin embargo, este planteamiento no debería conducir, a mi juicio, a exigir la forma notarial abierta para instituir heredero o atribuir un legado con la condición o la carga de cuidar (art. 204 LDCG) o para realizar atribuciones patrimoniales *mortis causa* a favor de quien cuide al testador (art. 203.2º LDCG), si éste no estuviera recibiendo ya, en el momento del otorgamiento del testamento, la asistencia que trata de asegurar¹⁰⁷. La razón de ser del precepto no aconseja su en-

¹⁰³ La excepcionalidad con que tal hipótesis, curatela con funciones de plena representación y no simplemente asistencial, se contempla en la Ley 8/2021, reducirá mucho los casos y serán todavía menos aquellos en que existiendo ese sistema de apoyo se conserve capacidad para testar.

¹⁰⁴ RJ 2021, 1586.

¹⁰⁵ El art. 184 LDCG se refiere, con una terminología que desde hace años está muy desfasada, a “demente en intervalo lúcido” para exigir la concurrencia de dos testigos en el otorgamiento de su testamento.

¹⁰⁶ La sentencia sostiene que hay normas civiles autonómicas incompletas, llamadas a integrarse con sus concordantes del Derecho estatal. En algunos de los supuestos que estudiamos podría proceder la utilización de esta perspectiva por la profundidad de la reforma en materia de discapacidad a nivel estatal, el cambio de paradigma que significa y la carencia de normas gallegas sobre las incapacidades o prohibiciones para suceder.

¹⁰⁷ Tampoco que creo que ello fuera preciso en el primer caso, aunque resultase aplicable el Derecho civil común, es decir, si se instituye a una persona a título de herencia, o de legado, con la obligación de asistencia futura. Recordemos el supuesto de que conoce en casación

trada en juego en los casos en que la libertad de conformar y expresar la voluntad testamentaria no está en entredicho por la vulnerabilidad propia de quien, perdida toda o parte de su autonomía personal, recibe cuidados de una persona. En el caso que analizamos se testa sin influencia indebida alguna y se designa beneficiario a quien el testador quiere que le preste asistencia, por lo que el testamento debería ser válido cualquiera que fuera su forma. El supuesto de hecho no es, en estos casos, el del art. 753.3º CC.

Más complejo es el caso en que una persona que ya se encuentra recibiendo cuidados de otra, por su vulnerabilidad, desea beneficiarla en su testamento con alguna disposición patrimonial. Si a su sucesión fuera aplicable finalmente el Derecho civil de Galicia, ¿podría entenderse que este no manifiesta reticencia alguna sobre la posible influencia indebida o captación de voluntad en las atribuciones testamentarias a favor de cuidadores personas físicas, y no es aplicable el art. 753.3º CC, por responder a principios no propios del Derecho gallego¹⁰⁸? Ello llevaría a negar la exigencia de que el testamento sea abierto, argumentación que me parece fundada, aunque personalmente confiamos más en la intervención notarial para conjurar los aludidos (y, quizá, reales) riesgos.

el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 969), que, aunque localizado en Galicia, no se resuelve sino con el Código civil: el testador, viudo y sin hijos, instituye herederos a unos vecinos, con los que tenía una muy cercana relación de amistad, sustituidos vulgarmente por sus descendientes, y les impone la condición de atender a su cuidado y asistencia, hasta su fallecimiento, excluyendo expresamente la necesidad de convivencia. No les comunica la institución ni requiere nunca sus cuidados. Unos sobrinos plantean el litigio judicial, alegando incumplimiento de la obligación de cuidar, porque el causante pasó la última etapa de su vida ingresado en una residencia, pretendiendo la ineficacia de la institución de herederos y la apertura de la intestada. El Supremo considera irrelevante la disquisición técnica sobre la existencia de condición o carga modal en el testamento controvertido (el juzgado consideró que era condición suspensiva y la Audiencia que se trataba de modo testamentario), entiende que no hubo verdadera vinculación del nombramiento como herederos al cumplimiento y aprecia que si la voluntad del causante hubiera sido otra habría revocado el testamento en los años que transcurrieron desde su otorgamiento hasta su fallecimiento. Entre las últimas sentencias de la Sala 1ª de Tribunal Supremo sobre cláusulas testamentarias similares, la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314), que conoce de un conflicto generado en León, la calificó de condición suspensiva, resaltando como esta citada de 2021, que lo esencial es averiguar, mediante la pertinente interpretación, cuál sea la voluntad del testador. En este caso, la instituida heredera sabía del llamamiento testamentario y de la condición, atendió en su propia casa a la testadora durante un tiempo, pero ésta salió voluntariamente de ella, tras un grave conflicto personal. La instituida firmó entonces un documento privado con la testadora, con asistencia letrada, liquidando los gastos de las atenciones prestadas, poniendo fin a los cuidados y, con ello, según el Alto Tribunal, al cumplimiento de la condición.

¹⁰⁸ Aunque no lo afirme así directamente, tal parece ser el pensamiento de Domínguez Luelmo (2022, p., 393), al resaltar, cuando estudia la nueva normativa del art. 753 CC sobre las disposiciones testamentarias a favor de cuidadores fuera de residencias, que el legislador gallego, a diferencia del catalán, ha optado por reconocer validez con carácter general a este tipo de disposiciones en los arts. 203 y 204 LDCG. De hecho, subraya este autor que el legislador gallego ha querido favorecer la libertad dispositiva del testador, «sin que quede excluido *a priori* ningún cuidador, familiar o no, empleado o no, o de asistencia pública o privada».

Problemas particulares suscita la sucesión paccionada, que cada vez está ocupando un lugar más relevante en Galicia, en particular en lo atinente al pacto de mejora, en parte por razones fiscales. Suscita alguna duda determinar si es posible formalizarlo con un descendiente que sea curador asistencial o guardador de hecho o persona que desempeñe medida voluntaria de apoyo, si se interpreta el art. 251.1º como comprensivo de las liberalidades *mortis causa* y se sostiene que este precepto es aplicable rigiendo la sucesión el Derecho civil de Galicia. Desde mi punto de vista, como hemos destacado ya, el precepto tiene por objeto únicamente las *inter vivos*¹⁰⁹ y no debería aplicarse a pactos sucesorios, por lo que, no tratándose tampoco de disposiciones testamentarias, no existe prohibición que sea aplicable al caso, pero sin duda la cuestión no deja de ser controvertida, sobre todo teniendo en consideración, desde un plano más general, que el art. 210 LDCG sigue exigiendo “plena capacidad de obrar” para otorgar pactos sucesorios (concepto desaparecido en el Derecho estatal tras la reforma operada por Ley 8/2021).

2. INDIGNIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FAMILIARES Y ASISTENCIALES -ART. 756 CC-

2.1. Modificaciones de la Ley 8/2021 en materia de indignidad para suceder

A diferencia de lo expuesto en torno a las denominadas clásicamente “incapacidades relativas” para suceder, la indignidad apenas ha experimentado una leve modificación en la Ley 8/2021. De hecho, si la incidencia de la reforma en esta materia merece un comentario es, principalmente, por lo que se pretendía cambiar y finalmente no se hizo, desistiendo de la idea inicial en la tramitación parlamentaria del proyecto, y para resaltar algunas sugerencias de actualización de la materia que viene haciendo la doctrina española, que el legislador no ha considerado oportuno incorporar.

Las novedades, de mera adaptación al nuevo sistema de apoyos, se limitan en realidad a la causa contemplada en el párrafo 2º del art. 756, que afecta ahora al curador de una persona con discapacidad, al que se considera “incapaz para suceder por causa de indignidad” si ha sido removido de la curatela por causa que le sea imputable. El párrafo 7º del art. 756 CC, relativo a la indignidad por incumplimiento de deberes familiares de asistencia básica, pese a lo que se conserva en el texto final de la Ley 8/2021, que menciona su “nueva redacción”, permanece exactamente igual que antes de la reforma, si bien en el proyecto de ley presentado en el Congreso el precepto tenía otra redacción, levemente diferen-

¹⁰⁹ En este sentido también Guilarte Martín-Calero, C. (2021), p. 555.

te¹¹⁰. En todo caso, sí varía el ámbito de aplicación del precepto, lo que puede ser relevante¹¹¹.

2.2. Indignidad por remoción en la curatela por causa imputable al curador (causa 2ª, párrafo 3º, del art. 756 CC)

Esta disposición incluía, antes de la reforma, entre las conductas moralmente reprobables que justifican la exclusión de la sucesión de una persona de quien no se comportó correctamente con ella, la de los progenitores privados de la patria potestad, los tutores de menores de edad o de personas con capacidad judicialmente modificada y los acogedores familiares de menores removidos de su función por causa que les fuere imputable. La única modificación del precepto es la atinente al cambio de tutela por curatela, en lo relativo a las personas con discapacidad.

A mi juicio, es claro que el presupuesto de la norma no es únicamente haber incurrido en causa de remoción de la curatela, sino que ésta se haya decretado por resolución judicial firme (no se tratará, de ordinario, del expediente de remoción, contemplado en el art. 49 LJV, que requiere que no haya oposición, sino de un juicio verbal en la vía contenciosa). El fundamento de la sanción civil es claro, el incumplimiento de los deberes de asistencia y protección de la persona con discapacidad, que ha podido conducirla a un desamparo material o asistencial¹¹². Con todo, el efecto final del perjuicio efectivo para ella no es imprescindible para que se decida la remoción y, en consecuencia, el removido sea indigno de sucederla, bastaría la remoción temporánea de la curatela, ordenada para evitar la temida desasistencia, para que la indignidad surgiera.

Dado que el legislador no distingue (a diferencia de lo que hace en el art. 753.1º CC, en que menciona sólo al curador representativo como incapaz para suceder a la persona de quien es apoyo), debemos considerar incluido en el art. 753.2º, para la indignidad, también al curador que lo sea con funciones meramen-

¹¹⁰ El art. 756.7º preveía, en aquella redacción propuesta en el Proyecto de ley, que eran incapaces de suceder por causa de indignidad «tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil».

¹¹¹ El texto final ha suprimido la referencia a estos tres tipos de discapacidad, dejando tan solo la referencia genérica a ella. Sin embargo, la disposición adicional 4ª CC, modificada por la Ley 8/2021, menciona el art. 765.7º CC como uno de los preceptos que no son aplicables a cualquier persona que necesite apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, sino que deben integrarse con el concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y con las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

¹¹² En este sentido, Represa Polo, P. (2021), p. 921, considera un acierto incluir esta circunstancia como causa de indignidad.

te asistenciales¹¹³. No, en mi opinión, al resto de personas que pudieran constituir apoyo de la que lo necesita, lo que viene exigido por la imposibilidad de hacer una aplicación extensiva de las normas sobre indignidad. En este sentido, puede pensarse que la informalidad de la guarda de hecho, nunca constituida como tal, no casa muy bien con la institución de la remoción, aunque es cierto que puede extinguirse por decisión de la autoridad judicial, en los términos del art. 267.4º CC, cuando ésta lo considere conveniente¹¹⁴, lo que puede ocurrir, por ejemplo, por comportamientos idénticos a los que podrían justificar la remoción de un curador, medida ya formal de apoyo. No encontramos, en realidad, razones de fondo poderosas para que el legislador no haya incluido en el art. 756.2º *in fine* al guardador de hecho cuya actuación incorrecta con la persona con discapacidad haya motivado la intervención judicial y la declaración de extinción de ese apoyo informal, pero creemos que, a tenor de la legislación vigente, tal indignidad no puede ser declarada¹¹⁵.

Lo mismo entendemos puede sostenerse en relación con el defensor judicial, al que, sin embargo, le son aplicables las causas de remoción del curador (y las de inhabilidad), según ordena el art. 297 CC.

En lo relativo a las causas de remoción de la curatela que podrían ser fundamento de esta indignidad para suceder a la persona con discapacidad, a mi juicio podemos excluir, entre las mencionadas en el art. 278 CC, los problemas de convivencia graves y continuados que no fueran originados intencionada o negligentemente por la persona que ejerce la curatela y la falta evidente de habilidades para desarrollar el cargo, si pudiera constatarse la intención de actuar correctamente (aunque pudiera calificarse, en los términos legales, de “notoria ineptitud en su ejercicio”). El resto de las causas de remoción del curador parecen encajar en la exigencia de imputabilidad de este art. 756 CC.

En todo caso, no puede olvidarse que la indignidad, a diferencia de la incapacidad de los arts. 752 a 754 CC, admite rehabilitación en testamento o en documento público, si la causa es conocida por el causante de la herencia (art. 757 CC). En el caso que analizamos, la propia persona con discapacidad, si conserva capacidad para ello, podría hacer efectiva la rehabilitación, expresa o tácitamente, de quien, habiendo sido su curador, haya sido removido judicialmente de su función por causa que le fuera imputable. Entendemos que la rehabilitación

¹¹³ En este sentido también Mesa Marrero, C. (2022), p. 546.

¹¹⁴ Ello puede ser a instancia del Ministerio Fiscal o de alguna persona que se interese en ejercer el apoyo.

¹¹⁵ En sentido similar al argumentado, sobre la base de la identidad de razón de ambos supuestos, Represa Polo, P., (2021), p. 922, que, sin embargo, termina reconociendo que sería complicado que se declarara judicialmente la indignidad por esta causa en el caso de un guardador de hecho. En cambio, en el Derecho navarro se incluye la guarda en la causa de indignidad que contempla la ley 154.7º FN, que la extiende al «que por resolución judicial firme haya sido privado de la responsabilidad parental, o removido del ejercicio de la tutela, curatela, acogimiento familiar o guarda del causante menor o con la capacidad modificada judicialmente, por causa que le sea imputable».

del indigno es un acto personalísimo, aunque se haga fuera de testamento, pero puede hacer la declaración la persona con discapacidad, con quien fuera en ese momento su nuevo apoyo puramente asistencial, removida la curatela anterior (en cambio, nunca una persona en su representación)¹¹⁶. Por otra parte, la rehabilitación puede ser también tácita, incluyendo en testamento alguna disposición a favor del indigno, conociendo la causa concurrente, lo que exige en este caso, lógicamente, que la persona que testa conserve capacidad suficiente para ello.

2.3. Indignidad por falta de atenciones debidas (causa 7ª del art. 756 CC)

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que introdujo en el Código civil español esta causa de indignidad, con raíces en el Derecho romano¹¹⁷, la contempla sólo para la sucesión intestada (es sabido que, en general, esta institución opera para toda clase de sucesión) pero, en cambio, la extiende a toda persona que niegue alimentos a la que tiene discapacidad, esté obligada por ley a prestarlos, o no¹¹⁸. Dado que los obligados *ex lege*, según el art. 143 CC, son el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos (éstos con diferente

¹¹⁶ Es preciso que tenga capacidad suficiente para entender y querer el perdón, con sus efectos sucesorios, sin perjuicio de que el notario pueda actuar como apoyo institucional. Véase la diferenciación entre actos personalísimos, como aquellos que, por su propia naturaleza, excluyen la representación, y actos personales, como aquellos relativos a la esfera personal, cuyo ejercicio exclusivo corresponde, en principio, a su titular, pero que admiten la representación legal, sin desnaturalizarse, si la protección de la persona así lo exige (Guilarte Martín Calero, C., 2016, p. 86).

¹¹⁷ Según recoge Azaustre Fernández, M.J. (2017), p. 261, mediante una constitución del año 542, la novela 115, Justiniano remodela la figura de la desheredación y aprovecha tal reforma para introducir una nueva forma de protección al “enfermo mental” *sic*, y así dispone que, si alguno de los ascendientes fuera *furiosus*, pueden ser desheredados como ingratos aquellos descendientes, o a falta de ellos, los cognados llamados *abintestato*, que no le hubieren prestado el auxilio y el cuidado que le corresponde. Además, se concede el derecho a la herencia al extraño que, previa comunicación escrita a los llamados a la herencia del *furiosus*, le hubiera recogido y cuidado hasta su muerte, en lugar de los herederos instituidos, que son declarados indignos, aunque se mantienen el resto de las disposiciones testamentarias.

¹¹⁸ En el apartado VII de dicha Exposición de Motivos, sin correspondencia con el tenor literal del art. 756.7º, se dice: «Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder *abintestato* el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos». La explicación de la falta de coherencia entre la exposición de motivos y la ubicación y redacción definitiva del precepto la encuentra Martín Meléndez en el análisis de la propuesta originaria de Ley reguladora del estatuto patrimonial del discapacitado, obra de la CEF y el CERMI, en la que el precepto estaba en el art. 943 CC, y el *iter* seguido en su tramitación parlamentaria por el que el Gobierno presentó como Anteproyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que tomó como base la propuesta antes citada, pero ampliando notoriamente el ámbito de aplicación de esta causa de exclusión de la herencia (Martín Meléndez, Mª. T., 2014, pp. 813 y 814).

extensión que el resto), la duda sobre si han de calificarse de indignos, o no, surge cuando tuvieran delación hereditaria (acaso claudicante) otras personas (parientes o extraños, si no nos limitamos a la intestada), que hubiesen negado a la persona con discapacidad la asistencia material a que se refiere el art. 142¹¹⁹. Solo por ello, y sin perjuicio de lo que añadiremos después, ya puede afirmarse, a mi juicio, que el legislador ha perdido una excelente oportunidad en 2021 para hacer una reforma de la materia, que, al menos, aunque no fuera rompedora, sí tuviera pretensiones clarificadoras sobre el ámbito de aplicación del precepto¹²⁰.

Desde el punto de vista subjetivo, respecto al causante no hay dudas de que el concepto de persona con discapacidad se integra, según lo dispuesto en la disposición adicional 4ª CC, reformada en 2021, con base en lo previsto en el art. 2 de la Ley 41/2003 (personas con discapacidad psíquica igual o superior al 65% y sensorial o física igual o superior al 33%), y personas que están en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sin que baste que la persona precise apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Pese a que la Exposición de Motivos de una ley sea siempre un elemento interpretativo a tener en consideración¹²¹, acaso resulte insuficiente, en este caso (sobre todo conociendo sus antecedentes, antes mencionados), para concluir que es indigno para suceder a una persona con discapacidad todo aquel que, conociendo su necesidad, no le preste asistencia material básica, aunque no esté entre los obligados a hacerlo por ley, y ello aunque tal sea nuestro criterio sobre el camino que debería haber seguido el legislador español (ya en 2003, más explícitamente, en el texto del art. 756 CC, y ahora, en 2021). Desde luego, repugna profundamente el pensamiento de que las personas que hayan desarrollado tal conducta (colaterales a partir del tercer grado y extraños) vayan a heredar después a la persona con discapacidad¹²² (piénsese, por ejemplo, en una atribución

¹¹⁹ En realidad, una de las cuestiones más debatidas por la doctrina en torno a la indignidad sucesoria es si el indigno conserva la delación y es después despojado de ella, en caso de que ejercite acción el legitimado activamente y sea estimada, o si es verdaderamente incapaz de suceder *mortis causa* y ya no recibe delación a no ser que haya rehabilitación por parte del causante.

¹²⁰ La Propuesta de Código civil de la APDC articula esta causa de indignidad de tal manera que se aplique, con mayor amplitud, a «las personas con derecho a la herencia» que no hayan prestado a la que tiene discapacidad «las atenciones debidas» (art. 461-12). Ni el Derecho catalán ni el aragonés contemplan ninguna similar, pero sí lo hace el Fuero Nuevo de Navarra, que dispone (ley 154.8º) que es indigno para adquirir «el que no hubiere prestado las atenciones jurídicamente debidas a una persona con discapacidad cuando se trate de la adquisición de sus bienes o derechos».

¹²¹ Rovira Flórez de Quiñones, Mª C. (1972), pp 124 y 125, considera que su función es fundamentar la norma y aclarar el sentido de lo ordenado, con el doble objetivo de orientar a los tribunales y constituir una base de conocimiento de la misma para sus destinatarios.

¹²² Aunque se ha dicho, minusvalorando el interés de esta causa de indignidad, que la herencia de la persona con discapacidad que haya necesitado de los demás la cobertura de necesidades básicas será de escasa cuantía, es posible que haya venido a mejor fortuna después de

patrimonial hecha en testamento con pérdida posterior de la capacidad de testar, por lo que deviene irrevocable).

En general, la doctrina española, haciendo caso omiso de la Exposición de motivos de la Ley 41/2003, aplica este precepto a toda clase de sucesión¹²³, pero solo a los parientes obligados a prestar los alimentos legales, no a personas llamadas a la herencia a los que la ley no impone la obligación de alimentos¹²⁴. Con todo, las opiniones discrepantes no son aisladas¹²⁵ porque se afirma que el fundamento de la indignidad es sancionar a quien no se ha portado bien con el causante y ello ocurre también, aunque su gravedad sea menor, con quienes, sin estar obligados por los arts. 142 y ss. a prestar alimentos, son llamados a heredarle y no le asistieron en vida, conociendo su necesidad económica¹²⁶.

Desde mi punto de vista, aunque no es opinión unánime en la doctrina, la referencia a los art. 142 y 146 en el 756.3º excluye de la indignidad, sin perjuicio de consecuencias jurídicas de otra índole derivadas del incumplimiento, a quienes

tal situación. En todo caso, se trata de sancionar una conducta moral y éticamente reprobable, más allá del *quantum* de la herencia que los indignos dejen de recibir.

¹²³ López Maza, S. (2021), p. 1011; Zurilla Cariñana, M^a. A. (2013), p. 5641; Martín Meléndez, M^a T. (2014), p. 815, con abundantes argumentos, entre otros que en ninguna causa de indignidad del art. 756 CC se ha dudado de su aplicación a la sucesión testada (si acaso a la intestada) y que la norma del art. 756.7º estaba prevista en su origen (en la Propuesta de Ley elaborada por la CEF y el CERMI) para el incapacitado, no para la persona con discapacidad, y era muy probable que aquel no pudiera hacer testamento.

¹²⁴ En este sentido, Domínguez Luelmo, A. (2022) considera (p. 390) que, tras la reforma de 2021, cambia lo que se debe entender por “persona con discapacidad”, pero la causa de indignidad sigue siendo la misma, identificando la ausencia de las atenciones debidas con el incumplimiento de la obligación de alimentos.

¹²⁵ Represa Polo, P. (2021), aunque parece pensar que se podría ampliar el ámbito objetivo del supuesto de hecho de la norma de acuerdo con la Exposición de Motivos, para poder declarar indigno a cualquier sucesor, aunque no se encontrase obligado a prestar alimentos (pp. 924 y 925), termina afirmando que la inclusión de los colaterales (creemos que sin contar a los hermanos) puede calificarse de “arriesgada”, por sancionar a quien no tiene un deber concreto de asistencia. En su opinión, la reforma de 2021 debería haber dejado claro que es posible declarar indigno a quien, conociendo la necesidad de asistencia, personal o patrimonial, de la persona con discapacidad, no le haya atendido, aun no estando obligado a ello (aunque esa asistencia se limite a poner en conocimiento de familiares o servicios sociales la necesidad). En otro trabajo anterior (Represa Polo, P., 2020, p. 105), en cambio, defendía que todos los llamados a la herencia, por testamento o por ley, pueden incurrir en la causa de indignidad del art. 756.7º CC, sin que los arts. 142 y ss. delimiten el ámbito subjetivo del precepto (sí el objetivo, en lo atinente a cuáles son las atenciones debidas, que, negadas, constituyen el supuesto de hecho de la norma). Zurilla Cariñana (2013, p. 5642) considera que la norma iguala a personas que tienen obligación legal de prestar alimentos con otras que no la tienen. En esta misma línea, Martín Meléndez (2014, pp. 820 y 821) no cree que atenciones debidas se refiera a los alimentos legales entre parientes, defendiendo que la remisión a los arts. 142 y ss. es para precisar su contenido, no los sujetos que puedan ser indignos. Para esta autora, cualquier heredero o legatario que haya desatendido durante su vida al causante con discapacidad incurrirá en indignidad.

¹²⁶ En esta línea, Represa Polo, P., (2020), pp. 104-106.

estuvieran obligados contractualmente a prestar alimentos (por ejemplo, en virtud del contrato regulado en los arts. 1791 y ss. CC o como consecuencia de pactos entre cónyuges o excónyuges, tras una ruptura, o los suscritos antes de ésta, en previsión de que aconteciera¹²⁷).

En mi opinión, no es necesaria para incurrir en esta causa de indignidad ni la reclamación judicial de los alimentos, ni siquiera la extrajudicial o el requerimiento informal para prestarlos, de la persona con discapacidad. Basta el conocimiento de la situación de necesidad, falta del mismo que sería difícilmente justificable dada la relación de parentesco existente entre el indigno y el causante, según la interpretación que venimos defendiendo del art. 756.7º CC.

Lo que sí ha quedado claro, tras la STS de 2 de julio de 2019¹²⁸, es que la causa de indignidad que analizamos sólo es aplicable a la desatención material de la persona con discapacidad, no al abandono afectivo, pues el Alto Tribunal descarta expresamente, aun siendo conocedor de que un sector de la doctrina lo sugiere, que esté comprendido el cuidado y atención personal en el art. 756.7º CC¹²⁹. De este modo, no existe paralelismo, en presupuestos y formas, entre indignidad para suceder y desheredación, cuya justa causa 2ª del art. 853 CC ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de forma tal que comprende no sólo el maltrato de obra, sino también el psicológico o emocional derivado del abandono afectivo, imputable al desheredado, en sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015¹³⁰.

El art. 756.7º CC no puede ser interpretado, según el Supremo, en atención a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, como maltrato psicológico por abandono personal y falta de cuidados. Se trata de atenciones puramente patrimoniales, de contenido económico, que no se han prestado a la persona con discapacidad, no de la falta de relación emocional con ella. Resalta el Alto Tribunal español, en la citada sentencia de 2 de julio de 2019, que la interpretación flexible del art. 853.2º, cuyo origen está en 1889, no justifica que se entienda en el mismo sentido un precepto introducido en el Código en 2003, habiendo sido reformado, además, el art. 756 CC en 2015. Por otra parte, como causas de desheredación diferentes se contemplan en nuestro Código civil la ne-

¹²⁷ Martín Meléndez (2014, p. 823) opina que el obligado por un contrato de alimentos puede incurrir en la causa de indignidad del art. 756.7º CC, pero que el incumplimiento del contrato no necesariamente lo supondrá, siempre que se cubran las atenciones de la persona con discapacidad conforme a los arts. 142 y ss. CC.

¹²⁸ RJ 2019, 3141.

¹²⁹ En el caso debatido se deshereda en testamento a la hija por desatención personal (lo que encaja en la justa causa del art. 853.2º CC) pero las tres nietas, no desheredadas, no son declaradas finalmente indignas por no comprender el art. 756.7º el abandono afectivo, en el que también ellas habían incurrido respecto de sus abuelos, personas dependientes durante años, que finalmente ingresaron en una residencia.

¹³⁰ RJ 2014, 3900 y RJ 2015, 639, respectivamente. Matiza la STS de 24 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2747) que no es causa de desheredación la indiferencia y la simple falta de relación familiar y afecto, sin valorar los motivos y la influencia en la salud física y psicológica del causante.

gación de alimentos y el maltrato de obra (párrafos 1º y 2º del art. 853), lo que no ocurre en el art. 756 CC, respecto de la indignidad.

Como hemos señalado, una parte significativa de la doctrina española, antes de dictarse la sentencia que comentamos, ya había sugerido la conveniencia de interpretar como causa de indignidad, respecto a la herencia de la persona con discapacidad, el abandono afectivo y moral. Así, no tardaron en aparecer las críticas a la posición del Supremo. En particular, se ha señalado que la interpretación jurisprudencial expuesta conduce a que la persona con discapacidad con sus necesidades económicas cubiertas (ascendiente, por ejemplo) pueda desheredar al descendiente que le priva de atenciones afectivas, siempre que tenga capacidad para testar, pero, en cambio, si carece de ella, no pueda impedir que esa persona que lo ha ignorado y no tiene relación alguna con él herede, puesto que no será declarado, por ese motivo, indigno.

Observemos, finalmente, que el Tribunal Supremo entendió, en STS de 23 de abril de 2018¹³¹ que, cuando la persona con discapacidad fuese un menor de edad¹³², la atención debida por los progenitores era la derivada de los deberes inherentes a la patria potestad, e incluso de la propia relación de filiación, no limitándose a los alimentos legales de los arts. 142 y ss. CC ni a la pura asistencia en el ámbito económico. Sin embargo, suprimida ahora, desde la Ley 15/2015, de 15 de julio, la que fue causa 1ª del art. 756 CC, abandono del hijo¹³³, una conducta de tanta gravedad sólo podría enmarcarse en el párrafo 2º de la causa 2ª, siendo imprescindible la sentencia firme que condene a pena grave por un delito contra los derechos y deberes familiares (arts. 223 a 233 CP). No quedan comprendidos sólo el incumplimiento de los deberes legales de asistencia comprendidos en la patria potestad (art. 226.1º CP) o, específicamente, el impago de pensiones de alimentos (art. 227 CP), sino también la sustracción de menores por uno de los progenitores (art. 225 bis CP) y otras conductas con relevancia penal en el ámbito familiar. Llamemos la atención especialmente sobre el delito de abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por la persona encargada de su guarda (arts. 229 y 230 CP).

¹³¹ RJ 2018, 1753.

¹³² La sentencia citada desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaraba la indignidad de un padre que desatendió a su hijo con discapacidad en todos los aspectos de su vida, también incumpliendo de forma esencial las obligaciones alimenticias, aunque existieran pagos parciales de las pensiones de alimentos. El caso se contempla desde la óptica de la causa 1ª de indignidad del art. 756, vigente al tiempo de apertura de la sucesión (en 2013), y no como no prestar las atenciones debidas del art. 756.7º CC.

¹³³ El precepto contemplaba como incursos en causa de indignidad a «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

BIBLIOGRAFÍA

- Alkorta Idiakez, I. y Aizpurua Esnaola, M. (2021), Relaciones familiares. Las nuevas relaciones de las personas mayores en el ámbito familiar, en Romeo Casabona, C. (coord.), *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolters Kluwer, pp. 221-255.
- Álvarez Lata, N., (2021), Comentario al art. 1301, en Guilarte Martín-Calero (dir.) *Comentario a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, pp. 1006-1011.
- Azaustre Fernández, M.J. (2017), La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015, *Revista internacional de Derecho romano* abril, pp. 242-348.
- Bayod López, C. (2021), Efectos de la reforma en materia de discapacidad en los Derechos civiles territoriales, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Wolters Kluwers, pp. 141-162.
- Cabezuelo Arenas, A.L. (2015), El problema de la validez del legado ordenado por la testadora a favor de institución religiosa de la que formaba parte su confesor (Art. 752 CC). STS de 19 de mayo de 2015, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 11, BIB 2015\17293.
- (2017), Revocar un testamento anterior hecho a favor de unos parientes para beneficiar a un extraño... ¿es indicativo de la falta de capacidad del testador o de vicio en su voluntad? A propósito de las «disposiciones no naturales» hechas por testadores vulnerables, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 5 (BIB 2017\1691).
- Colina Garea, R. (2013), Disposiciones transitorias, en Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo IX, Tirant lo blanch, pp. 13383-13477.
- (2018), Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente, *RDP*, julio-agosto, pp. 3-37.
- De Amunátegui Rodríguez, C. (2013), Comentario al art. 242, en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo II, Tirant lo Blanch, p. 2239-2250.
- (2018), Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente, *RDP* julio-agosto, pp. 3-37.
- (2022), Sustitución ejemplar: su errónea e injustificada desaparición y los problemas de interpretación de la disposición de derecho transitoria cuarta del Código civil, en Represa Polo, P. (coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Reus, pp. 165-194.
- Díaz Alabart, S. (1982), Comentario al art. 752, en Albaladejo García -dir.- *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, tomo X, vol. 1, pp. 109-136.
- (2018), *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Madrid, Reus.
- Domínguez Luelmo, A. (2021), Disposiciones transitorias, en Guilarte Martín-Calero -dir.- *Comentario a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, pp. 1483-1516.

- (2022), La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y transitorio, en Llamas Pombo, Martínez Rodríguez y Toral Lara, *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley, pp. 369-420.
- Escartín Ipiéns, J.A. (2018), Disposiciones transitorias del Anteproyecto de ley de reforma del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad, *RDC*, vol. 5, n° 3, pp. 227-245.
- Fernández Tresguerres, A. (2021), *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Aranzadi.
- García Rubio, M^a P. (2014), Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio, en Domínguez Luelmo y García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, pp. 479-504.
- (2016), Comentario al art. 752, en Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (coords.), *Código civil comentado*, vol. II, 2^a edición (consultado en formato electrónico).
- Guilarte Martín Calero, C. (2016), La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala Primera, en Guilarte Martín Calero, C. (dir.), 2016, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 59-107.
- (2021), Comentario al art. 251, en Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 553-557.
- Infante Ruiz, F.J. (2021), Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento, en *Revista de Derecho Civil* vol. VIII, núm. 2, pp. 1-37.
- López Maza, S. (2021), Comentario al art. 753 y Comentario al art. 756, en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 5^a edición, pp. 1002-1004 y pp. 1006-1011.
- Lora-Tamayo Rodríguez, I. (2021), *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre.
- Mariño Pardo, F. (2021), *Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Disposición a favor del tutor, curador o cuidador*. http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_2.html. Consultado el 14 de enero de 2022.
- Martín Meléndez, M^a. T. (2014), La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7° del Código civil, en Domínguez Luelmo y García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, pp. 807-827.
- Mesa Marrero, C., (2022), Comentario a los arts. 753 y 756.2° III y 7°, en García Rubio, M^a.P. y Moro Almaraz, M^a J., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, pp. 539-547.
- Represa Polo, P. (2020), Indignidad y desheredación. Sanciones civiles en el orden sucesorio (Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 02/07/2019), *RDP* mayo junio, pp. 93-112.

- (2021), Comentario al art. 753, en Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, pp. 907-927, Aranzadi.
- (2022), La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual. La reforma del artículo 753 del Código civil, en Represa Polo, P. (coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Reus, pp. 41-85.
- Rodríguez Guitián, A.M^a (2006), *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*. Thomson Civitas.
- Rubio Torrano, E. (2020), Comentario a la Ley 21, en Rubio Torrano y Arcos Vieira -dirs.-, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Aranzadi, 2^a ed., pp. 77 y 78.
- Salas Murillo, S. (2019), Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador, *Derecho Privado y Constitución*, n^o 35, pp. 57-85.
- Santos Urbaneja, F. (2021), *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Cunieip.
- Tena Arregui, R. (2022), El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad, *El notario del siglo XXI*, enero-febrero, pp. 40-46.
- Vallet de Goytisolo, J.B. (1984), *Panorama de Derecho de sucesiones*, Civitas.
- Vaquero Aloy, A. (2015), La protección del testador vulnerable, *ADC*, II, 327-369.
- Vivas Tesón, I. (2021), Curatela y asistencia, en Munar Bernat, P.A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Marcial Pons, pp. 277-302.
- Zurilla Cariñana, M^a. A. (2013), Comentario al art. 756, en Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo IV, Tirant lo blanch, pp. 5632-5642.