

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2021/2022
Convocatoria: Junio

**EL IMPACTO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, EN EL DERECHO
SUCESORIO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL JUICIO NOTARIAL**

The impact of Law 8/2021, of 2 june, on inheritance law with especial
reference to the notarial procedure



Realizado por el alumno D. Sandro Fernández Hernández

Tutorizado por la Profesora Dra. D^a. María Elena Sánchez Jordán

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil



ABSTRACT

The aim of this paper is to study the effect of the reform brought about by Law 8/2021, of 2 June, on disability, and specifically its result in the field of inheritance. To this end, we first proceed with a critical introduction to the law, followed by a brief commentary on the most significant advances in the field of disability prior to the reform, with an assessment of the Spanish Constitution and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Thirdly, it describes legal capacity as a legal presupposition, and the new situation of capacity as a concept. Fourthly, the different specific inheritance capacities are analysed, and how they fit into the framework of capacity. It concludes with the importance of the notarial judgement, examining the figure of the notary, the evaluative act itself and how it fits into the public instrument.

Key words: Capacity, inheritance, notarial judgement, notarial support, will.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar el efecto que ha supuesto la reforma acontecida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, relativa a la discapacidad, y en concreto su resultado en el ámbito de las sucesiones. Para ello, primero se procede con una introducción crítica sobre la ley, para seguidamente, hacer un breve comentario de los distintos avances más significativos en materia de discapacidad, con anterioridad a la reforma, con una valoración sobre la Constitución Española y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En tercer lugar, se describe la capacidad jurídica como presupuesto jurídico, y la nueva situación de la capacidad como concepto. En un cuarto momento, se analizan las distintas capacidades específicamente sucesorias, y su encaje en el marco de la capacidad, concluyendo sobre la importancia del juicio notarial, estudiando la figura del Notario, el propio acto evaluativo y el encaje del mismo en el instrumento público.

Palabras clave: Capacidad, sucesiones, juicio notarial, apoyo notarial, testamento.

Índice

- I. Introducción
- II. Breve evolución del tratamiento de la discapacidad
- III. Discapacidad y derecho sucesorio
 - i. Capacidad como presupuesto jurídico
 - ii. Capacidad como concepto multívoco
 - a) Capacidad para testar, desheredar y legar
 - b) Capacidad para ser testigo testamentario
 - c) Capacidad para suceder
 - d) Capacidad para pedir la partición de la herencia
- IV. La importancia de la evaluación notarial
 - a) El doble papel de la intervención del Notario: fedatario y apoyo
 - b) El juicio notarial
 - c) Instrumentos públicos
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

Índice de abreviaturas

AJPI	Auto Juzgado de Primera Instancia
ATS	Auto Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil Catalán
CGC	Comisión General de Codificación
CGN	Consejo General del Notariado
CDPD	Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
DGRN	Dirección General del Registro y del Notariado
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LN	Ley del Notariado
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LRC	Ley del Registro Civil
RN	Reglamento del Notariado
SAP	Reglamento del Notariado
SJPI	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia Tribunal Constitucional



I. Introducción

Previamente a la entrada en vigor 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, se valoraban distintas propuestas de reforma, no solo en el ámbito de la persona, sino también en el aspecto sucesorio, contractual y extracontractual¹². Sin embargo, esas proposiciones iban estrechamente ligadas a la esfera del derecho de persona, ya que era el fin de la reforma, siendo la capacidad una institución jurídica polivalente y el hilo conductor.

En el ámbito sucesorio, objeto de este trabajo, las propuestas giraban alrededor de la capacidad para testar, cierto es que, inicialmente, la capacidad testamentaria es la aptitud más llamativa, si no la principal, pero como iré desarrollando, la modificación de la Ley 8/2021 afecta a muchos otros matices que han de interpretarse con una nueva lectura acorde con el sentido de la reforma (art. 3.1 CC). Seguramente, una reforma armonizadora trascendía a la humilde labor de la CGC, que exclusivamente pretendía adecuar la legislación patria a lo previsto en el art. 12 CDPD. Y aunque la reforma más esperada en el espacio de las sucesiones es una abolición del

¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, N.º. 3, 2018. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6571293>

² Era necesaria una gran reforma en este sentido, pero no únicamente en el ámbito de la persona sino también en otros aspectos como derechos reales, derecho matrimonial o derecho sucesorio, en MORENO TRUJILLO, E.: “La capacidad jurídica y el estado civil de la persona”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.): *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, en Tirant lo Blanch, 2021, pág. 108.

sistema de legítimas, esta reciente modificación, ya asentada, resulta ser uno de los mayores cambios acaecidos en el CC³.

Fruto de todo lo anterior, el legislador se aleja de los planteamientos clásicos de nuestra tradición romanista al derogar la capacidad de obrar, pues afirma que todas las personas tenemos la misma capacidad (aun cuando habrá personas que serán apoyadas en el ejercicio de su capacidad). No siendo la primera vez que el legislador se aparta de nuestra cultura jurídica, piénsese en el modelo de transmisión de la propiedad (arts. 609-II y 1095 CC), existiendo ejemplos donde es necesaria la innovación jurídica, sobre todo, cuando contempla nuevas acepciones con vocación de ser aplicadas a la realidad social actual (recientemente se ha creado un nuevo estatus jurídico para los animales *ex art.* 333.1 bis CC), pues lo contrario supondría la cristalización del derecho. Por ello, la capacidad jurídica, que sigue sin definición legal⁴, actualmente es el sumatorio de lo que en el pasado fue la capacidad jurídica y capacidad de obrar. Escribía Panero Gutiérrez que “tanto en Derecho Moderno como en Derecho Romano —con los matices terminológicos expuestos— capacidad jurídica y capacidad de obrar pueden coincidir en una misma persona —con más frecuencia en el primero que en el segundo—”⁵, siendo actualmente una comparación de derecho histórico, pues ambas instituciones jurídicas se han fusionado, siendo aparentemente inescindibles, dotando al ordenamiento de nuevas figuras capaces de utilizarse de acuerdo con la mentalidad actual.

³ Así mismo el preámbulo de la ley (part. III, párr. 1º), diciendo que es la más extensa y de mayor calado en el Código Civil.

⁴ Se nombra en el art. 249 CC, entre otros.

⁵ PANERO GUTIÉRREZ, R.: *Derecho Romano*, en Tirant lo Blanch, 2015, pág. 164.



Y en cuanto a cuestiones propiamente de técnica legislativa, en primer lugar, respecto a la terminología, puede decirse que se pudo emplear un nuevo vocabulario jurídico, pues humildemente opino que reinterpretar institutos jurídicos lleva a confusiones, es decir, plantea el inconveniente de seguir asociando los mismos efectos jurídicos a figuras que han cambiado enormemente. Y en segundo punto, un asunto de contenido, esta reforma modifica preceptos en lo concerniente a la protección de la infancia⁶, algo que no es coherente desde la óptica legislativa, pues el objeto de la Ley 8/2021 es establecer un nuevo tratamiento a las personas con discapacidad, no proteger la infancia. Además, respecto a estos artículos de protección de la infancia, pesan una cuestión de inconstitucionalidad, AJPI n.º 7 de Móstoles de 22 de marzo de 2022 (ROJ 22/2022), y un recurso de inconstitucionalidad (Recurso de inconstitucionalidad n.º 5570-2021). En adición, es una reforma inconclusa, pues el art. 763 LEC, relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, no fue modificado, ya que se entendió, acertadamente, que requeriría rango de ley orgánica. Pese a ello, sí se modificó el art. 94 CC que parece tener el mismo problema de reserva de ley orgánica; en este sentido se pronuncia el FJ 7º del auto anteriormente citado, sobre una posible vulneración del art. 81 CE en relación con los arts. 14 y 24.2 CE.

Por último, la reforma, pese a su demora, sobre la cual Parra Lucán explica que la tardanza de la ley se debió a un debate doctrinal, donde el elemento pendular era si la legislación anterior era compatible o no con la

⁶ Art. 2.10 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.



Convención⁷, permitirá la inclusión general en el tráfico jurídico de las personas con discapacidad⁸, siendo un gran avance el eliminar las resistencias del ordenamiento, pues supondrá que las personas con discapacidad interactúen con mayor libertad en la esfera jurídica, en materia contractual principalmente, pero también en temas de derecho sucesorio o de familia. La cuestión será, primero, el grado de disposición del patrimonio que se podrá alcanzar, pues aunque la Ley 8/2021 tiene en cuenta voluntad, deseos y preferencias de la persona⁹ ¹⁰, las sentencias de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica seguirán pronunciándose sobre la esfera patrimonial del apoyado (SAP de Pontevedra 165/2022, ROJ 461/2022), y segundo, si bien la reforma hay que entenderla en un sentido amplio, siguen existiendo requisitos en actos o negocios jurídicos que cumplir para el perfeccionamiento y validez de los mismos, los cuales pueden impedir, de ser estrictos, a las personas con discapacidad realizarlos satisfactoriamente.

II. Breve evolución del tratamiento de la discapacidad

⁷ PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La persona con discapacidad psíquica”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Curso de Derecho Civil I, Vol. II, Derecho de la Persona*, Edisofer, 2021, págs. 184 y 185.

⁸ *Vid.* VIVAS TESÓN, I.: “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos hacia la despatrimonialización de la discapacidad”, en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, N^o. 7, 2010. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3623267>

⁹ En contraste: “La discapacidad, en nuestro Código civil, está, por tanto, esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona, sus necesidades, sus sentimientos y aspiraciones ni el ejercicio de sus derechos fundamentales (dignidad, igualdad, derecho a la salud...), como la tutela y conservación (a veces, expoliación) del patrimonio del enfermo y, a partir de la declaración judicial de incapacitación, la fácil obtención de la prueba para impugnar la validez de los actos patrimoniales realizados por el incapacitado en su perjuicio”, en VIVAS TESÓN, I.: “Libertad y protección (...), op. cit. pág. 567.

¹⁰ También en contraste: “El *curator* tiene que velar por el patrimonio del demente o del pródigo, sin que, al parecer, el cuidado de la persona haya preocupado demasiado a los juristas clásicos”, en MIQUEL GONZÁLEZ, J.: *Derecho Privado Romano*, en Marcial Pons, 1992, pág. 57.



En el preámbulo de la Ley 8/2021 aparece una recopilación de los avances posteriores a la Convención en materia de discapacidad. Brevemente, la primera reforma al respecto fue la producida por la Ley 26/2011, pero quizás uno de los mayores avances se produjo con la tardía LJV, que ha sido modificada una sola vez en relación con el fenómeno de la discapacidad por la Ley 4/2017, y no por la Ley 8/2021 según el análisis de Boletín Oficial del Estado, aunque, lo cierto es que sí incorporó al texto nuevos preceptos y llevó a cabo varias modificaciones. Posteriormente a la LJV, se promulgaron otras leyes de menor calado, aunque de mayor simbología, como la acontecida en la DA 8ª LOREG¹¹.

Toda esta nueva regulación ha sido parcialmente segmentada, lo que ha supuesto la convivencia de una normativa adecuada con los nuevos tiempos, y otra que conserva los sesgos despectivos del pasado. Podría citar un listado de preceptos desfasados, pero el art. 49 CE es un ejemplo del estado de las cosas, y pese a que se han iniciado los trámites para una reforma del precepto constitucional, y si bien el Consejo de Estado dictaminó favorablemente (Dictamen 1030/2018), este dictamen “comienza cuestionando en cierto sentido la necesidad de reformar (...) al afirmar que en su redacción actual puede interpretarse, en virtud de los artículos 10,2 y 96,1 de la Constitución, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”¹², continuando haciendo referencias a la protección de las personas con discapacidad, arrastrando concepciones

¹¹ La introducción de esta disposición eliminó los posibles obstáculos legales que limitaban que las personas con discapacidad ejercieran el derecho fundamental del sufragio.

¹² ASÍS ROIG, R. DE: “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, Nº 31º, 2020, pág. 54. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7191594>



pasadas, en parte debido a que la propuesta de reforma constitucional hace mención a la protección en el apartado tercero¹³. En este punto hubieron voces críticas, como la de Rodríguez-Piñeiro¹⁴.

Realmente, subyacen dos ideas problemáticas: en primer lugar, entender que la reforma únicamente afecta o debe afectar al ámbito del derecho civil, tanto material como instrumental¹⁵, cuando lo cierto es que ha habido reformas en derecho procesal penal; véase, por ejemplo, la reforma para permitir que las personas con discapacidad puedan formar parte del jurado, pues lo cierto es que la persona con discapacidad actúa a lo ancho de todo el espectro jurídico, y no solo en el área del derecho civil. Esto se debe a que muchas reformas se han centrado en los procedimientos de incapacitación, posteriormente de modificación de la capacidad y finalmente de apoyo a la capacidad jurídica, así como de las instituciones tuitivas¹⁶, actualmente instituciones de apoyo, pero también se debe a una lectura que se hace del art. 12 CDPD, que en ningún momento delimita la regulación de las personas con discapacidad al derecho privado.

Y la otra idea de fondo es que este hito legislativo parece haber difuminado a la propia Convención, como si esta no hubiera sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, producido efectos progresivos. Esta percepción no es correcta, pues desde que la Convención fue ratificada en 2008 forma parte de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.5 CC y 96.1 CE).

¹³ “Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes”.

¹⁴ ASÍS ROIG, R. DE: “De nuevo sobre (...)”, op. cit., pág. 54.

¹⁵ Cabe destacar que la reforma, pese a estar enfocada, así lo dice el título de la misma, a la legislación civil y procesal, modifica el Código de Comercio, que es legislación mercantil, en concreto los arts. 4, 5 y 234 del texto legal.

¹⁶ Este término, debe desaparecer, en la medida en que viene a significar defender o proteger, quedando reservado para los menores de edad en los arts. 111 y 179.1 CC.



Y antes de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la reforma producida por la Ley 8/2021, muchas sentencias aplicaban ya la Convención. Entre ellas cabe citar las SSAP de Madrid 85/2021 (ROJ 1058/2021), de Valencia 255/2021 (ROJ 1535/2021), de La Coruña 192/2021 (ROJ 1138/2021) y de Santa Cruz de Tenerife 207/2021 (ROJ 817/2021). Igualmente, el legislador español comenzó a introducir la CDPD en la normativa interna por primera vez en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y en desarrollo, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En cuanto al Alto Tribunal, si bien siempre entendió que era de aplicación la CDPD, desde la primera sentencia posterior a la ratificación de la misma (la STS 282/2009 [ROJ 2362/2009]), en ese primer momento no supo entender el significado o la trascendencia de la norma internacional, debido a la falta de apoyo normativo interno o las limitaciones propias de ser la primera resolución al respecto, llegando a decir en el FJ 7º que la incapacitación no vulnera la dignidad de la persona¹⁷. Con posterioridad, fue flexibilizando su postura, interpretando las figuras tuitivas en el mejor sentido de la Convención, y buen ejemplo de ello son las SSTS 269/2021 (ROJ 1894/2021), 654/2020 (ROJ 4050/2020) y 118/2020 (ROJ 494/2020), llegando a flexibilizar el cómputo de prescripción favorablemente a una persona con discapacidad, fijando que el *dies a quo* no es aquel desde que se consolida la condición de perjudicado, sino desde que se pudo ejercitar la acción, y en este sentido el FJ 15º de la STS 271/2021 (ROJ 1573/2021).

¹⁷ En igual sentido, las SSTS 118/2018 (ROJ 709/2018) y 124/2018 (ROJ 732/2018), en PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La persona con (...)”, op. cit. pág. 185.



Continuando con la misma idea, pero en el ámbito testamentario, cierto sector doctrinal se muestra crítico con la ligereza con la que se pretende flexibilizar el otorgamiento de testamento, ya que no debe confundirse las solemnidades con meros actos superfluos, puesto que son herramientas que pretenden garantizar el testamento¹⁸. No obstante, la tendencia jurisprudencial mayoritaria es flexibilizadora¹⁹, a la par que garantista, en mi opinión. Y rescata Vaquer Aloy una alegoría en la SAP de Girona 112/2003 (ROJ 370/2003) donde se llega a decir que “lo que no se puede admitir es que los árboles de un formalismo a ultranza impidan ver el bosque de la última voluntad del testador. O dicho de otra manera, que el riguroso y reverencial cumplimiento de las formas testamentarias, más allá de lo estrictamente imprescindible, oculte la esencia misma de este tipo de negocios jurídicos *mortis causa*, que no es otra que el ejercicio del derecho de una persona a disponer de su patrimonio para después de su muerte”²⁰.

III. Discapacidad y derecho sucesorio

i. Capacidad como presupuesto jurídico

La capacidad es un constructo jurídico básico teniendo varias acepciones, ya que puede concebirse como una presunción, un presupuesto jurídico y anteriormente como un estado civil²¹. Como presupuesto jurídico hemos de

¹⁸ VAQUER ALOY, A.: “La relajación de las solemnidades del testamento”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, N° 4, 2016, págs. 10-14 Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5764551>

¹⁹ *Ibidem*, pág. 13.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Siendo esto cierto, en manuales actualizados vemos cómo el estado civil sigue asociándose temáticamente a la capacidad, *vid. supra* nota 2.



atender a su fundamento, es imprescindible para ser titular de derechos, y para realizar una multiplicidad de actos o negocios jurídicos, y en consecuencia de dicha titularidad, se asumen derechos u obligaciones específicas²², resultando ejemplos muy variados. Y el efecto de la falta de este elemento típico conlleva la nulidad del negocio jurídico de que se trate (arts. 73.1º, 687 y 1261 CC), sin perjuicio de un efecto distinto como dispone el art. 6.3 CC.

De lo anterior, la capacidad se constituye como un elemento inherente al acto o negocio jurídico en cuestión, la capacidad no es ni contingente ni exógena, pues si esta fuera autónoma del acto o negocio jurídico, existiría una única capacidad, y no una multiplicidad de capacidades en el Código Civil que vienen condicionadas por requisitos de edad, discernimiento o madurez²³. No creo que por el hecho de que cada acto o negocio jurídico tenga sus propios requisitos materiales y formales, sea motivo suficiente para decir que la capacidad es la misma pero atemperada. E incluso, dentro de una misma aptitud pueden existir diferencias, *verbigracia*, la capacidad para testar podría separarse entre la capacidad para testar en testamento abierto ante Notario (art. 663 CC) y la capacidad para hacer testamento ológrafo (art. 688 CC).

El art. 666 CC establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el

²² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación.”, en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, N.º. 9, 2011, pág. 84. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3960541>

²³ De Castro habla de capacidades especiales, entre las que incluye la necesaria para hacer testamento ológrafo, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La persona y el derecho de la persona”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Curso de Derecho Civil I, Vol. II, Derecho de la Persona*, Edisofer, 2021, pág. 35.



testamento. Esta idea es perfectamente trasladable a cualquier otro acto o negocio jurídico, pudiendo ser válido si se realiza en un intervalo de lucidez: en este sentido, véase la SAP de Badajoz 259/2021 (ROJ 1544/2021), donde se declara nula la escritura de aportación de finca urbana a la sociedad de gananciales otorgada el día 14 de abril de 2020, y se declara válido el testamento otorgado el día 24 de abril de 2020 ante el mismo Notario. Lo cual me hace plantear sí, es la lucidez la única excepción que puede tenerse en cuenta cuando una discapacidad afecta a una persona, o, por el contrario, al existir diversas capacidades, y algunas de ellas graduables dentro de sí mismas, también son un efecto a tener en cuenta. Entiendo que esta idea se irá afirmando si los Tribunales interpretan la reforma en el sentido de atender a cada persona, y determinar apoyos personalizados²⁴, es decir, habrá personas que no podrán realizar actos *inter vivos* por sí solas, y algunas solo respecto de actos de pequeñas cuantías, en cambio, otras necesitarán un apoyo integral siendo este paradigma de aplicación a los actos *mortis causa*.

Continuando con lo antedicho, la SAP de Badajoz 632/2020 (ROJ 916/2020) dice en su FJ 5º que “hay testamentos muy complejos y de difícil comprensión. Basta hojear la jurisprudencia para darnos cuenta de ello. Pero no es menos cierto que hay disposiciones *mortis causa* muy sencillas. No podemos calificar por igual a todos los testamentos, los hay muy básicos y elementales, al alcance de todos los públicos. Buena prueba de ello es que, desde el Derecho Romano hasta la actualidad, la capacidad legal exigida para testar es inferior a la requerida para realizar actos *inter vivos*”. Y en

²⁴ Varias resoluciones hacen mención a lo que se denomina “traje a medida”, entre otras la SSAP de Barcelona 98/2022 (ROJ 1517/2022), 764/2021 (ROJ 16052/2021) y 740/2021 (ROJ 15001/2021).



una línea de opinión contraria, la SAP de Lleida 104/2022 (ROJ 105/2022), desestima el recurso, entendiendo que el testamento declarado nulo en la instancia “comporta muchas implicaciones aunque su contenido sea simple o sencillo, tratándose de un acto complejo a nivel intelectual, en el que interviene la capacidad volitiva e intelectual, y que requiere un proceso previo, de abstracción, de memoria y de contraste y valoración objetiva de todos los hechos y circunstancias que conducen a adoptar una decisión de este calado”. Personalmente, no estoy de acuerdo con esta última resolución, puesto que en principio, las personas con discapacidad pueden legar, imponer cláusulas condicionales, y tratar de privar a sus legítimos herederos de su herencia, aunque la mayoría de casos los testamentos son una reproducción de las normas de la sucesión intestada (arts. 930 y ss CC).

Siendo la capacidad, en cualquier caso, una atribución jurídica interna de la persona, que necesita de una proyección externa por la propia persona consistiendo o expresando su voluntad, pues quien no puede expresar por sí solo su voluntad, no puede consentir, y si consiente, esa manifestación estaría viciada al faltar el apoyo. En relación con la capacidad, en el ámbito contractual es frecuente encontrar al inicio del contrato una fórmula por la que las partes se reconocen con capacidad contractual. En adición, la forma en la que se expresa el consentimiento puede ir desde firmar un extenso documento o levantando la mano²⁵, y creo que esa flexibilización de raíz contractual, es perfectamente trasladable al ámbito sucesorio, máxime ahora con la nueva regulación. Como ejemplo más idóneo señalo, nuevamente, la SAP de Badajoz 632/2020, donde el testador tiene un grado de discapacidad del 70%, haciéndose una flexibilización de la capacidad para otorgar

²⁵ LASARTE, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, en Marcil Pons, 2017, pág. 16.



testamento acorde con la nueva regulación, pese a esta no estar en vigor en el momento en el que se dictó la sentencia.

ii. Capacidad como concepto multívoco

a) Capacidad para testar, desheredar y legar

El art. 662 CC dispone que podrán testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, no siendo ya posible prohibir testar al que tenía modificada su capacidad, como expone la SAP de Cantabria 375/2021 (ROJ 1083/2021)²⁶. Sin embargo, la misma sentencia señala que se deberán seguir las prescripciones de los arts. 663.2º y 665 CC y concordantes de acuerdo al art. 269-V CC. Y con anterioridad a la reforma producida, un sector doctrinal, más que acreditado, dudaba ya de la coherencia de privar a la persona con discapacidad de la facultad de testar en atención a la CDPD²⁷.

La capacidad para testar es la aptitud para realizar el negocio jurídico testamentario, que engloba la capacidad para desheredar y la capacidad para legar, ya que para desheredar o para legar es necesario previamente haber otorgado testamento, desprendiéndose este orden lógico de los arts. 849 y 858-I CC. Lo anterior, no fue siempre así, pues por ejemplo, en las Partidas (Ley 2, Tít. VII de la 6ª Partida), se hacía referencia expresa a que la

²⁶ En cierta forma, no se podía antes tampoco según la interpretación que se hace del FJ 4º de la STS 146/2018 (ROJ 936/2018), en PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La sucesión testamentaria”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, en Tirant lo Blanch, 2021, pág. 516.

²⁷ Díez-Picazo, L y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, en Tecnos, Vol. IV, T. 2, 2017, pág. 53.

capacidad para desheredar era la misma que para testar²⁸. Y resulta evidente que para legar algo concreto, solamente se podrá hacer en la sucesión testamentaria. Sin embargo, en la literatura jurídica solo se habla de la capacidad para testar, olvidándose de estas dos importantes realidades testamentarias —desheredar y legar— que, pese a tener una regulación común, tienen entidad propia.

Y no podrán testar aquellos menores de catorce años, sin perjuicio del testamento ológrafo, y las personas que no puedan conformar o expresar su voluntad aun con ayuda *ex art. 663 CC*. Con relación al primer inciso, no haré especial mención, pues no creo que despierte trascendencia el testamento de un adolescente; en cuanto al segundo aspecto, permanece inalterable la mayor exigencia para disponer *mortis causa* frente a los actos de disposición *inter vivos*, tal como se demostraba entre la sinergia entre los arts. 663.2º y el art. 1263 CC²⁹, que perdura, pues en la actualidad el art. 1263 CC no hace mención a las personas discapacitadas o apoyadas en el ejercicio de su capacidad jurídica para celebrar contratos con validez, solo a los menores no emancipados, y el art. 663 CC sigue haciendo referencia a las personas con discapacidad como sujetos de derecho que no pueden testar a menos que puedan expresar su voluntad. La comparativa resulta acentuada con el art. 1261 CC relativo a la validez de los contratos, que no muestra reparos en lo concerniente a la discapacidad. Sin embargo, en mi opinión debería ser al revés, por las excesivas formalidades del acto testamentario frente a la laxitud contractual.

²⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “El apartamiento y la desheredación”, en *Anuario de derecho civil*, Vol. 21, Nº 1, 1968, pág. 15. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048456>

²⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, en Dykinson, 2009, págs. 161 y 162.



b) Capacidad para ser testigo testamentario

“Los testigos en el testamento son aquellas personas que consciente y voluntariamente presencian el acto de su otorgamiento ante Notario enterándose de él, y en el testamento sin fedatario autorizante recogen o ayuda a recoger la última voluntad”³⁰. No pueden ser testigos, según el art. 681.4º CC, los que no cuenten con el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical. En este punto, pienso que aunque no sea una función imprescindible y que no tiene un marcado carácter público, como sí sería ser miembro de una mesa electoral o miembro del jurado, una persona con discapacidad podría ser testigo testamentario. Puede resultar un supuesto frívolo, pero una persona con discapacidad podría ser testigo testamentario, incluso de otra persona con discapacidad. Primero porque ninguna norma prohíbe expresamente que una persona, por el mero de hecho de tener una discapacidad psíquica, sea inidónea para ser testigo, aunque el art. 681.4º CC si exige que el testigo tenga discernimiento, y segundo, porque la ley presume la capacidad de todas las personas. Sobre la capacidad del testigo, cabe añadir, que el legislador cambió el art. 23.a) LN mediante la Ley 11/2021, que tenía por objeto una transposición de una directiva en materia fiscal, volviendo a la redacción previa a la reforma, donde el legislador exige nuevamente capacidad civil³¹ a los testigos para identificar a las partes³².

³⁰ *Ibidem*, pág. 171.

³¹ Sucintamente, el término “capacidad civil” no parece del todo incorrecto, como tampoco lo parece “capacidad legal”, fórmula que empleaba el derogado art. 4 Código de Comercio, sin embargo, el legislador derogó ambas referencias, pero restituyó la capacidad civil conforme a la redacción que tenía el art. 23.a) LN desde 1947.

³² ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: “Modificación de la Ley del Notariado y de la Ley del Catastro”, en JUAREZ GONZALEZ, J.M. y ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: “Apuntes sobre la Ley 11/2021, de 9 de julio de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal y de



En otro orden, en la práctica existe la duda de cómo se llama a un testigo, pues el Código Civil no lo dice. Lacruz piensa que los testigos serán designados por el testador, incluso cuando deban intervenir a petición del Notario *ex arts. 707.5ª-II CC y 183 RN*³³. No obstante, la STS de 15 de abril de 1980 (ROJ 12/1980), considera, al contrario que Lacruz, que es totalmente indiferente si el testigo conoce o no al testador, lo cual contradice la tesis de que la designación del testigo deba hacerla el testador³⁴. En mi opinión, es indistinto, y como no es necesario acudir con testigo, cuando se observa que el testador no sabe leer o escribir, se le adjudica la labor de atestiguar a cualquier persona que se encuentre en la oficina notarial, con afán de ayudar en el revuelo de la notaría con el fin de no aplazar el acto.

Esta capacidad no tiene un contenido propiamente finalista, sino que su función es instrumental. Pero no es intrascendente, ya que existe un régimen de prohibiciones (arts. 681 y 682 CC), no tratándose de que los testigos reúnan cualidades excepcionales ni una formación, sino que no se encuentren incursos en ninguna causa de idoneidad³⁵.

c) Capacidad para suceder

Esta capacidad puede llevar a equívocos, por la denominación, y si leemos el art. 744 CC la inquietud se acelera, pues dispone que podrán suceder

transposición de la Directiva (UE) 2016/1164”, en *Notarios y Registradores*, 2021. Consultado de: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/incidencia-ley-11-2021-antifraude/#ley-del-notariado>

³³ *Ibidem*, pág. 172.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, en Marcial Pons, 2015, pág. 48.



todos aquellos no incapacitados por la ley³⁶, pareciendo que el legislador se olvidó de corregir este precepto en la última reforma sobre capacidad. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, ya que este precepto debe interpretarse junto al art. 745 CC, que preceptúa que son incapaces de suceder las criaturas abortivas (no así el *nasciturus* y *concepturus*) y las organizaciones ilícitas; en consecuencia, esta aptitud nada tiene que ver con el grado de discernimiento o de juicio de una persona discapacitada. Y esto último es reseñable, la falta de capacidad jurídica conlleva la incapacidad absoluta para suceder³⁷, pero en la nueva concepción de la capacidad jurídica esta engloba también la denominada capacidad de obrar³⁸, ergo, hemos de interpretar que la capacidad sucesoria actualmente no equivale a la capacidad jurídica. Algunos autores, como Martínez de Aguirre, mantienen la clásica distinción, actualizando la nomenclatura, considerando que en lugar de capacidad de obrar se puede aludir al ejercicio de la capacidad jurídica, de modo que este autor mantiene el rigor técnico al entender que la distinción de estas dos dimensiones, ser titular de derechos y poder ejercer esos derechos, no contraviene el art. 12 CDPD, y son dos estadios diferenciados³⁹.

³⁶ Eso es una interpretación *ad absurdum*, pues supondría que sería una causa de desheredación la discapacidad, lo cual es intolerable e improcedente, siendo nulo de pleno derecho al tratarse de una desheredación injusta.

³⁷ Ciertamente se puede discutir que tenga capacidad jurídica el *nasciturus*, en el momento del fallecimiento del causante pero existe la presunción del art. 29 CC. Y en cuanto al *concepturus* si bien cabe argumentar en contrario *ex arts.* 29, 745 y 758 CC, también a favor en virtud de los arts. 801 CC y 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones (...)*, op. cit., pág. 33. Algo similar ocurre para cuando el heredero es una fundación testamentaria, entendiéndose que es sujeto de derecho desde el mismo momento en el que despliega los efectos del testamento que prevé su creación, en LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de (...)*, op. cit., pág. 57.

³⁸ “Una sola expresión para referirse tanto a la dimensión estática como a la dinámica de la capacidad ante el Derecho, no parece razonable, porque generaría confusión, empobrecería el análisis y acabaría desembocando necesariamente (...) en la necesidad de acuñar nuevos términos”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La persona (...)”, op. cit., pág. 29.

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La persona (...)”, op. cit., págs. 28-31.



d) Capacidad para aceptar o repudiar la herencia

La capacidad para aceptar o repudiar la herencia es “la asunción de la cualidad de heredero (...) o la no asunción de aquella cualidad y, en consecuencia, la no adquisición de la herencia”⁴⁰ y con la reforma, la aceptación será manifestada por la persona con discapacidad (art. 996 CC)⁴¹, aunque el art. 992-I CC, que no fue modificado, dispone que “pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes”. No obstante, podrá ser necesario un apoyo para aceptar o repudiar; en este sentido se pronuncian las SSAP de Alicante 506/2021 (ROJ 610/2021) y de Ciudad Real 408/2021 (ROJ 1326/2021), si bien ha de precisarse que esta última es más dulcificadora, pues señala en el fallo que la persona con discapacidad conserva la iniciativa en la esfera patrimonial⁴². Conviene aseverar que el art. 287.5º CC establece que para aceptar la herencia sin inventario o para repudiar, el curador necesitará de autorización judicial, no así cuando acepte con beneficio de inventario. En esta línea de *lege ferenda* podría valorarse que la aceptación ordinaria fuera siempre a beneficio de inventario, tanto para personas con discapacidad, como en general.

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho (...), op. cit., pág. 227.

⁴¹ El precepto no explicita cómo deberá la persona con discapacidad aceptar, si pura o a beneficio de inventario, y nada parece disponer una opción de manera preestablecida, en JATO DÍAZ, P.: *El derecho sucesorio en la ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, en Universidade da Coruña, 2022, pág. 105. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=302811>.

⁴² Sobre la diferencia entre la esfera personal y patrimonial, a nivel teórico resulta evidente, pero en la práctica, no creo que la persona con discapacidad tenga plena libertad en el plano económico y atenuado en el personal, o viceversa. En este sentido, resultan dos pronunciamientos diferenciados en las resoluciones judiciales, pero semejantes en cuanto a su graduación.



Nuevamente, he de reseñar que la capacidad para aceptar o repudiar la herencia se refiere no a la cualidad de ser persona, sino a la expresión de una voluntad, voluntad que puede ser positiva o negativa, y que se enmarca en la derogada capacidad de obrar. Luego, *de iure*, capacidad jurídica y capacidad para aceptar o repudiar no coinciden del todo. Y doctrinalmente, se tendrá que idear una nueva forma de imbricar toda la teoría de la capacidad, porque las personas tienen capacidad jurídica en general, y según qué personas necesitarán apoyo, como en la capacidad para aceptar la herencia, pero jamás en la capacidad para suceder, y esto es porque parece que el ordenamiento jurídico civil continúa diferenciando en las capacidades específicamente sucesorias entre capacidad de obrar y jurídica.

Además, la STS 142/2021 (ROJ 977/2021)⁴³ plantea una aproximación al derecho contractual por la interpretación conjunta de los arts. 997 y 1265 CC, diciendo que “la aceptación es un acto *inter vivos*, hay que estar a la regulación que resulta de los arts. 1265 y siguientes del Código civil, con las adaptaciones necesarias para su aplicación a un acto jurídico unilateral”⁴⁴. Es decir, el TS dictaminó en el FJ 3º de la sentencia citada con anterioridad que aunque el art. 997 CC es claro al tratar la irrevocabilidad de la aceptación o la renuncia de la herencia, puede existir un error en el consentimiento, y este, por tanto, estará viciado si se desconoce la existencia de una deuda. En consecuencia, aunque la aceptación o renuncia de la herencia está circunscrita al derecho sucesorio, realmente, la capacidad para aceptar o repudiar es la de los actos *inter vivos*.

⁴³ JATO DÍAZ, P.: *El derecho sucesorio* (...), op. cit., pág. 105.

⁴⁴ *Ídem*.



e) Capacidad para pedir la partición de la herencia

La partición es el último trámite que tiene lugar en el derecho sucesorio, y es por ello por lo que la capacidad para pedir la partición es la última de las capacidades sucesorias analizadas. La partición consiste en la distribución de los bienes hereditarios entre los coherederos y, si hubiera, ente los cesionarios y legatarios⁴⁵, concretando Lacruz que “la partición presupone la existencia de una pluralidad simultánea de sucesores, (...) si solo hay un heredero de todos los bienes, no hay términos hábiles para dividir”⁴⁶. Por consiguiente, la capacidad para pedir la partición será la capacidad de un coheredero de instar al resto el reparto. No es una capacidad especial, y así lo entendemos del art. 400-I CC; sin embargo, no siempre se dispondrá de ella *ex arts.* 1056 y 1057 CC.

La discapacidad sí encuentra regulación en la partición de la herencia, muestra de ello es el art. 1057-IV CC, pareciendo que la discapacidad condiciona o afecta la labor del contador partidor, y en los arts. 1052 y 1058 CC⁴⁷ cuando alude a la libre administración de sus bienes. El art. 1061 CC es la clave de bóveda, pues contempla el principio de igualdad en el reparto, lo que constituye un principio de igualdad relativo, que es compensado con el art. 1058 CC de la partición contractual, no perjudicando la legítima si las partes ceden voluntariamente, siendo esta línea la mantenida por el Alto Tribunal⁴⁸. En mi opinión, rigen aquí los principios del derecho contractual, que en el caso de las personas con discapacidad, es cierto que podrá tener en

⁴⁵ LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones* (...), op. cit., pág. 316.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de* (...), op. cit., pág. 107.

⁴⁷ La reforma ha duplicado el contenido del art. 1058 CC, aunque este se refiere en defecto de los dos preceptos anteriores.

⁴⁸ *Vid.* FJ 3º ATS 6 de octubre de 2021 (ROJ 12879/2021).



la práctica tonalidad de fraude, presumiéndose la buena fe siempre *ex art.* 7.1 CC, pero debe tenerse en cuenta que por medio de su apoyo, la persona con discapacidad podrá aceptar ese reparto. Lo que será frecuente es que uno de los herederos sea el apoyo de la persona con discapacidad, siendo necesario para aceptar la herencia y hacer el reparto el nombramiento de un defensor judicial (art. 1060-III CC) por la causa del art. 295.2º CC⁴⁹.

IV. La importancia de la evaluación notarial

a) El doble papel de la intervención del Notario: fedatario y apoyo

En nuestro ordenamiento jurídico se definió hace mucho tiempo, primero en la LN, y después, en el RN, el papel del Notario, encontrando el concepto de Notario en sendos artículos 1º. La ley parte de la funcionarización del Notario, y el reglamento añade que el Notario es, además de funcionario público, un profesional del derecho⁵⁰.

El reglamento para caracterizar la figura del Notario los nombra profesionales del derecho, fórmula que no se emplea para los Letrados de la Administración de Justicia⁵¹ y los Registradores de la Propiedad⁵², ambos fedatarios de la fe pública judicial y de la fe pública registral respectivamente. Pese a lo anterior, la denominación del Notario como

⁴⁹ La jurisprudencia es restrictiva, y considera que siempre hará falta autorización judicial; no lo entendía así la antigua DGRN que consideró que si la propiedad heredada es indivisible o que en una adjudicación en pro indiviso no sería necesaria la autorización aun cuando el hermano fuera tutor y coheredero, en LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de (...)*, op. cit., pág. 113.

⁵⁰ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho Notarial*, en Bosch, 2011, págs. 35-37.

⁵¹ *Vid.* arts. 1.1 Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales y 440 LOPJ.

⁵² *Vid.* art. 274-II LH.



profesional del derecho no es baladí, puesto que ha sido entendida de forma que se le considere un “jurista asesor y modelador de la voluntad de las partes, dotando así a la función notarial de una estructura bipolar”⁵³⁵⁴. Aunque Gomá Lanzón habla de una triple concepción del Notario, concurriendo junto a las dos dimensiones ya nombradas, una tercera consistente en su consideración como un ejemplo o un modelo de confianza y prestigio reconocido⁵⁵.

Conviene en todo caso matizar la diferencia entre asesorar y modelar la voluntad a través de las escrituras públicas (arts. 17.1-II y 144-II RN) y actas notariales (arts. 17-VIII y 144-IV RN)⁵⁶, pues no son términos sinónimos, y es que en las primeras sí se podría asesorar y modelar la voluntad a la hora de redactar el instrumento público, como ocurre en el caso del testamento, donde el testador transmite al Notario la forma en la que quiere repartir su patrimonio *mortis causa*, pero, en cambio, no se puede modelar la voluntad en las denominadas actas de notoriedad, pues no es la voluntad de una persona lo que se valora sino que el Notario se limita a recoger los hechos tal y como los percibe. Un ejemplo está en la guarda de hecho, que aunque no requiere investidura legal, en la teoría, según el art. 263 CC, para mayor seguridad jurídica frente a terceros, como por ejemplo ante entidades bancarias, en este documento se puede afirmar por escrito una realidad fáctica.

⁵³ *Ibidem*, pág. 37.

⁵⁴ Los abogados también son definidos como profesionales en los arts. 1 y 4 Real Decreto 135/2021, aunque no del derecho sino de la abogacía, siendo una tautología, pero podemos entender que son profesionales en una similar concepción a los Notarios, pues ambos asesoran y buscan en el derecho mimbres donde acomodar el objetivo de la persona.

⁵⁵ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho* (...), op. cit., pág. 38.

⁵⁶ *Ibidem*, págs 97-99.



Luego, de lo anterior puede decirse que la reforma ha incidido en un espacio tan específico, como es la naturaleza asesorativa o modeladora del notariado, la cual se mantiene, lo que en atención a la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, los Notarios pasan a ser un apoyo institucional *ex arts. 255 y 665 CC*. No pierden la naturaleza asesorativa y moldeadora de la voluntad; lo que sí sucede, al menos, respecto a las personas con discapacidad, es que se produce una modificación terminológica de esta segunda función.

La función de apoyo no es exclusiva del Notario, ya que en el trasfondo de la ley, el apoyo se configura desde la informalidad, lo que significa que la persona discapacitada será apoyada por sus familiares o sus amigos, que por regla general serán sus herederos, y en el acto notarial, por el Notario. En lo referente al contenido del apoyo, del art. 249 CC se puede extraer que “la función de las personas que presten apoyo y, por ende, la del Notario, no es que la persona discapacitada realice el negocio jurídico objetivamente mejor, sino que lo haga conforme a su voluntad, deseos y preferencias, evitando las influencias indebidas, desarrollando su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”⁵⁷.

⁵⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 97, 2021. Consultado de: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>

Lo anterior no nos puede llevar a una idea ilusoria, pues la persona que quiera o tenga que hacer un acto, contrato o negocio jurídico ante Notario, dispondrá del apoyo del mismo y este pondrá todas las facilidades materiales y personales para que la persona con discapacidad pueda realizarlo. Sin embargo, el Notario no puede autorizar nada si la persona no comprende. El art. 249-III CC pienso que resulta difícil de entender, en el fondo un tercero, *lato sensu*, podrá determinar qué hubiese querido la persona con discapacidad, y nunca sabremos que hubiera querido con certeza, pues si pudiéramos sería de aplicación el art. 249-II CC. El precepto, en su tercer apartado, no señala sobre la base de qué pruebas y a qué concretos actos o negocios jurídicos se refiere. En cualquier caso, este precepto, y esta línea de pensamiento, parece no poder aplicarse al ámbito testamentario, y en este sentido el art. 665 CC⁵⁸ con sutileza reafirma el carácter personalísimo del testamento, ya que a modo de vocativo señala que “la persona con discapacidad” no mencionando la trayectoria vital de ella⁵⁹, lo cual tiene sentido, pues “la voluntad testamentaria es el nervio de todo testamento”⁶⁰. Por tanto, el art. 249-III CC solo será de aplicación en las medidas de apoyo, aunque sí puede filtrarse a la esfera notarial por la vía de las medidas de apoyo acordadas antes Notario, como por ejemplo, las medidas voluntarias (arts. 257 y 271 CC).

El testamento continúa siendo un negocio jurídico personalísimo *ex art. 670 CC*⁶¹, y, por tanto, apoyar en la decisión puede rozar fácilmente la coacción, lo cual será siempre una posibilidad latente en el momento de otorgar

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ El Notario no tiene acceso a los posibles testamentos anteriores del testador que consten en el Registro de actos de última voluntad según el art. 5 Anexo II RN, con lo cual no puede tener en cuenta la “trayectoria vital” del art. 249-III CC.

⁶⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.: *Derecho Privado* (...), op. cit., pág. 420.

⁶¹ Con las salvedades de los arts. 775 y 831 CC.



testamento, y es que si el apoyo que se precisa lo presta un familiar, —pues como hemos dicho se tiende hacia la informalidad—, puede surgir un claro conflicto de intereses, pudiendo ser nulo el testamento según el art. 673 CC, por lo que deberá nombrarse un defensor judicial, sin perjuicio del apoyo que preste el Notario. En consecuencia, los herederos y legatarios en principio no deben apoyar a la persona con discapacidad en este proceso, pues la función de apoyo conlleva imparcialidad, y en este caso se vería perturbada; de igual modo sucede con la aceptación de la herencia⁶². Respecto a esta cuestión, existe un régimen de incompatibilidad entre los herederos y legatarios para ser testigos en el art. 682 CC, matizado en el segundo inciso del precepto, y en lo relativo a la aceptación de la herencia existe la figura del defensor judicial en los arts. 295-298 CC.

A priori, asume el Notario en solitario la labor de apoyo, la función evaluativa y autoriza el acto con la fe pública que le es propia, sin perjuicio de la colaboración de los testigos notariales instrumentales⁶³. Y es que si bien el testigo pudiera asumir la función de apoyo según el art. 663.2º CC *in fine*, no el extremo de valoración de discernimiento, puesto que como señaló la STC 156/1993 en su FJ 5º, la intervención de testigos no se integra en el régimen tradicional de autorización de escrituras públicas y otros instrumentos notariales. Sin embargo, en el caso del testamento en peligro de muerte y del testamento en caso de epidemia, los testigos evalúan la

⁶² No obstante, la DGRN fue bastante permisiva sobre los conflictos de intereses. *Verbigracia*, la RDGRN de 6 de noviembre de 2002, en un supuesto en donde un coheredero, tutor de sus dos hermanos, acepta la herencia por ellos, y no hay conflicto de intereses porque se adjudica una porción proindiviso exactamente igual que la suya.

⁶³ Indican Díez-Picazo y Gullón que la función de los testigos era puramente publicitaria, en CÁMARA LAPUENTE, S.: “Las distintas formas testamentarias”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (coord.): *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, en Edisofer, 2013, pág. 115.

capacidad en ausencia del Notario de lo que se infiere de los arts. 700 y 701 CC, ya que el número de testigos aumenta para dar mayor refrendo.

Considerando lo anterior, podría ser contradictorio el art. 682-II CC, pues este artículo serviría de subterfugio para eludir el régimen de incompatibilidades entre el testigo y el testador. Lo que, en primer lugar, el precepto queda supeditado a la poca valoración económica de lo legado, no de la herencia, y segundo, lo cierto es que la jurisprudencia se ha mostrado muy flexible; en este sentido, puede mencionarse la STS 622/2016 (ROJ 4525/2016) en la que resulta que la pareja de hecho de la instituida heredera es un testigo idóneo en el testamento de sus abuelos (los cuales debían tener una edad venerable). Y aunque al notariado no le cae en gracia la figura del testigo, pues se llega a decir que “la intervención testifical no aporta ninguna ventaja efectiva a los otorgantes, causándoles reales inconvenientes”⁶⁴, lo cierto es que según el art. 697.2º CC, los testigos concurrirán desde que lo exija el testador, para por ejemplo ser apoyados. Siguiendo con la misma idea, Gomá Lanzón señala que si bien parece que juzgar la capacidad es competencia exclusiva del Notario, no es razonable que el Notario acepte que el testigo se muestre disconforme con el acto o negocio jurídico que se pretende autorizar, en relación con la capacidad del testador⁶⁵. Lasarte coincide diciendo que “el Notario o los testigos (según los casos) deberán emitir un juicio acerca de la identificación personal y de la capacidad del testador”⁶⁶. Pienso que con la promulgación de la Ley

⁶⁴ MARIÑO PARDO, F.: “La intervención de testigos instrumentales en escrituras públicas”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 73, 2017. Consultado de: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7662-la-intervencion-de-testigos-instrumentales-en-escrituras-publicas>

⁶⁵ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho (...)*, op. cit., págs. 245 y 246.

⁶⁶ LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones (...)*, op. cit., pág. 49.



8/2021, y con la adopción de medios instrumentales, como veremos más adelante al tratar el juicio de capacidad, la función del testigo, útil en tiempos pretéritos, perderá las pocas funciones que tiene atribuidas aunque sí podría ser un apoyo. No obstante, el Notario es apoyo por excelencia en el acto testamentario.

Cabe recordar que hasta la Ley 30/1991, era obligatorio para otorgar testamento la presencia de testigos, claro ejemplo de la disminución de formalidades testamentaria, a la par que, de la pérdida del valor del testigo en el acto testamentario. Sin embargo, en otra área del derecho civil, concretamente en el derecho de familia, sigue existiendo la obligación de acudir con dos testigos para contraer matrimonio (arts. 62-I CC y 58.8-II LRC) so pena de nulidad *ex art. 73.3º CC*, lo cual es reseñable, porque el derecho sucesorio es mucho más rígido que el resto de áreas del derecho civil, y la concurrencia de testigos es dispositiva, sin perjuicio del art. 697 CC. En cambio, se mantiene la regla de mayor exigencia en el ámbito del derecho de sucesiones con el testamento en peligro inminente de muerte, donde es necesario que lo atestiguan cinco testigos idóneos (art. 700 CC), frente al matrimonio en peligro de muerte, que requiere solo dos testigos mayores de edad (art. 52-II CC).

Y aunque se puede malinterpretar, el art. 26 de la Ley del Notariado alemán, que se refiere a la prohibición de ser testigo, bajo la rúbrica de la “prohibición de participación como testigo o segundo Notario”, pareciera que el testigo es un segundo Notario, pero esto cobra sentido con el art. 29 del mismo texto legal, que se encuentra dentro de las disposiciones *mortis causa*, diciendo que a petición de las partes intervinientes, el Notario deberá



citar hasta dos testigos o un segundo Notario y anotarlos en el acta, siendo un ejemplo desconocido en nuestro ordenamiento jurídico. Me parece que un profesional del derecho sea a su vez testigo, da una legitimación al testigo sin parangón, aunque resulta impráctico o engorroso, si bien podría evitar que en la práctica hubiera Notarios más permisivos y otros más restrictivos; sería como una especie de “unificación de doctrina” del juicio notarial a falta de criterios objetivos, aun cuando lo cierto es que nuestro ordenamiento ya conoce de fórmulas de unificación de criterio como son las resoluciones de la DGSJFP.

b) El juicio notarial

El juicio notarial o de capacidad, como se ha venido denominando, merecería en primer término un cambio en su nombre⁶⁷. Tradicionalmente, al distinguirse entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el juicio de capacidad se centraba en el examen de esta última, y el nombre estaba justificado. Pero ahora, en cambio, no se puede evaluar la capacidad jurídica, aunque esta aúne tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, como, también, para el ejercicio de dichos derechos, pues si se hace, en la práctica se seguiría distinguiendo entre capacidad jurídica *stricto sensu* y capacidad jurídica *lato sensu*. Si bien De Verda y Beamonte sostiene que la reforma no rechaza del todo el clásico desdoblamiento, reconoce que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sí rechaza la doble vertiente de la capacidad, algo que no le parece adecuado desde un

⁶⁷ En este mismo sentido TENA ARREGUI, R.: “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 102, 2022. Consultado de:

<https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>



punto de vista jurídico⁶⁸, por lo que he expuesto, porque resulta inescindible en la evaluación de la capacidad, tratar el discernimiento.

En este punto, la ausencia de una terminología mayoritaria y unívoca ha podido generar confusión al CGN. Así, la Circular Informativa 2/2021, de la Comisión Permanente del CGN, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, recoge el juicio de capacidad o de discernimiento, mientras que la Circular Informativa 3/2021 CGN habla de juicio notarial de capacidad jurídica. En cambio, la RDGSJFP de 16 de noviembre de 2021 lo denomina juicio de suficiencia. Personalmente, considero que la referencia a la suficiencia puede tener tintes despectivos. Y en último lugar, el ATS de 30 de marzo de 2022 (ROJ 4832/2022) lo denomina “juicio del testador”, aunque los órganos jurisdiccionales son los que más denominaciones albergan en sus resoluciones, en tal sentido la SAP de Barcelona 99/2022 (ROJ 1758/2022) lo denomina tanto juicio de capacidad como juicio del Notario o la SAP de Madrid 95/2022 (ROJ 2216/2022) que sigue inclinándose por la referencia al juicio de capacidad.

Como resultado de lo anteriormente dicho, la reforma tuvo dificultad para crear nuevas figuras jurídicas, incluso a propósito del juicio notarial en relación con la capacidad para testar. Se trata de una cuestión nada intrascendente, pues recordando a Savigny, las instituciones jurídicas dan orden al propio sistema jurídico, y en esta línea afirma que “la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las

⁶⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *Instituto de Derecho Iberoamericano IDIBE*, 2021. Consultado de: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>



instituciones jurídicas cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos”⁶⁹. Por tanto, y aunque sea algo aséptico, el juicio notarial, como término, es lo suficientemente preciso y amplio, y ligeramente transformador, como para usarse en sustitución del juicio de capacidad.

Nunca ha existido una definición positiva del juicio notarial, así como, tampoco hay unas pautas precisas, sino que el Notario dispone de un amplio margen de maniobra^{70 71}. Lo que sí hay son referencias al juicio notarial en distintos pasajes de la legislación notarial (arts. 17 bis párr. 2 LN y 156.8º y 167 RN).

Pudiera pensarse que, con la reforma, el juicio notarial queda obsoleto, y quizás es por el sesgo proveniente de la desaparición de la clásica diferencia entre capacidad jurídica y de obrar, si bien esto se desmiente con el contenido que tenía: “capacidad natural, capacidad jurídica y de obrar, ausencia de prohibiciones objetivas o subjetivas, necesidad de consentimiento de otras personas físicas, necesidad de autorizaciones o

⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Las instituciones jurídicas Definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones”, en *Anuario de derecho civil*, Vol. 55, Nº 1, 2002, págs. 5 y 6. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=282152>

⁷⁰ La casuística en sí misma no es negativa, es una aptitud más, que de alguna manera nuestro derecho reconoce a los Notarios, en este sentido, la RDGRN de 3 de abril de 2019 dice que el “juicio de capacidad (...) es un juicio de funcionario público y jurista, basado en la experiencia, (...) que tras una labor de indagación, didáctica y de apoyo con el compareciente, llega a averiguar la voluntad de la persona, efectuando una valoración de la aptitud para el cabal conocimiento del alcance y de los efectos del instrumento público”.

⁷¹ Se debe recordar que hay supuestos excepcionales donde el Notario no realiza el juicio notarial; son ejemplos el testamento ológrafo (arts. 688 y ss CC), donde hay un autojuicio de capacidad, el testamento militar (arts. 716 y ss CC) y el testamento marítimo (arts. 722 y ss CC), supuestos en los que esta función evaluadora le corresponde a otros. En cuanto al testamento cerrado (arts. 706 y ss CC) y el testamento hecho en país extranjero (arts. 732 y ss CC), en el primero el Notario hace una apreciación de la capacidad testamentaria *ex post*, y en el segundo caso, si de acuerdo a la legislación foránea no es necesario realizar juicio notarial o puede otorgarse ante una persona distinta, este será válido.



habilitaciones judiciales o administrativas y comparencias en nombre ajeno”⁷². Mucho ha quedado desactualizado, pero en ningún caso supone, la innecesidad del juicio notarial, encontrándose su fundamentación o necesidad de ser en sus efectos, ya que “supone una enérgica y vigorosa presunción (...) que sólo puede destruirse en juicio con una prueba evidente y completa en contrario, que no deje margen racional de duda”⁷³. En cualquier caso, siendo deseados estos efectos, sigue habiendo necesidad de un control en el tráfico jurídico. Esto se confirma también con un argumento legal, ya que el art. 666 CC, al inicio del precepto, continúa diciendo que habrá que apreciar la capacidad del testador, aunque no dice quién debe apreciarla.

Hasta ahora, me he resistido a aportar una definición de juicio notarial, en parte para apuntalar unas nociones mínimas, pero por juicio notarial podemos entender que “es un procedimiento intelectual que trata de decidir en primer lugar si el compareciente conoce las consecuencias del acto, si quiere estar y pasar por las consecuencias de este con independencia de que llegue o no a comprender totalmente los mecanismos jurídicos ideados para ello (como para conducir un coche no es preciso saber de mecánica)”⁷⁴. Es una función exclusiva del Notario, pudiendo decir de forma diáfana que el juicio notarial se realizará en el momento del otorgamiento, y recuerda la RDGRN de 26 de mayo de 2016 que “el registrador no puede revisar el juicio notarial sobre la capacidad natural del otorgante y tampoco podrá revisar la valoración que el Notario autorizante haya realizado de la

⁷² ARIAS GINER, A.: “Juicio de capacidad (...)”, en BORRELL, J. (coord.): *Derecho Notarial*, en Tirant lo Blanch, 2011, pág. 420.

⁷³ *Ibidem*, pág. 425.

⁷⁴ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho (...)*, op. cit., págs. 245.



suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno”.

En cuanto a la sustanciación del juicio notarial, no existe una manera clara de proceder, pues, como ya hemos expuesto, cada Notario efectuará el juicio notarial a partir de lo previsto en una escueta regulación en la legislación notarial, y la Circular Informativa 2/2021 CGN se limita a proponer nuevas fórmulas instrumentales. Por lo tanto, es posible afirmar que habrá una preponderancia de la apreciación subjetiva por parte del Notario⁷⁵. En cualquier caso, el juicio notarial no podrá consistir en un examen médico, y en todo caso, es un juicio, no una declaración de verdad⁷⁶. No sería descabellado que cuando el testador sea una persona con discapacidad, se realizase un test⁷⁷ o una prueba psicológica-legal, como el modelo de Grisso⁷⁸, el cual inspirándose en el derecho anglosajón⁷⁹, consiste en la evaluación en un formato de entrevista, y que en esencia es una descripción

⁷⁵ La subjetividad es perniciosa, y pienso que toda la doctrina converge en este punto; ahora bien, existe y es inevitable ante la falta de criterios objetivos. Siendo muy sutil la afirmación de que “el juicio de capacidad no se funda en una mera subjetividad”, en JIMÉNEZ CLAR, A. y LEYDA ERN, C.: *Temas de Derecho Notarial*, en Tirant lo Blanch, 2008, pág. 205.

⁷⁶ CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: “La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 58, 2014. Consultado de: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-58/3923-la-evaluacion-medico-legal-en-la-impugnacion-de-testamento>

⁷⁷ El “código de Práctica de la Mental Capacity Act británica [que] aconseja hacer preguntas que no se responden sí o no”, en ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 102, 2022. Consultado de: <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/11069-voluntad-y-consentimiento-informado-en-la-ley-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

⁷⁸ CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: “La evaluación médico-legal (...)”, op. cit.

⁷⁹ Esto no ha impedido que algún Tribunal español haya sustentado su convicción sobre la capacidad de la persona con discapacidad en este modelo, véase el FJ 4º SJPI nº 65 de Madrid 453/2013 (ROJ 223/2013).

del juicio notarial, a través de cuatro componentes: funcional, causal, interactivo y consecucional⁸⁰.

El primero de ellos corresponde a la habilidad de testar de la persona con discapacidad, con lo que ello supone, es decir, ser capaz de exteriorizar su voluntad, reflexionar y expresarse. El elemento causal se refiere a la condición de la enfermedad, que no será diagnosticada por el Notario, pero sí tomada en cuenta en lo que atañe a la esfera jurídica, además, el tercer componente implica al Notario, ya que este debe ponderar basándose en los otros dos elementos previos si se reúne los requisitos para otorgar el testamento. Y finalmente, el cuarto factor supone entender el negocio jurídico⁸¹. Lo expuesto en este párrafo pudiera trasladarse de *lege ferenda* a un artículo en la legislación notarial, dando una aproximación de contenido al juicio notarial.

Sin embargo, esto puede chocar con la idea de que la función del Notario no es realizar una evaluación médica o un test técnico-científico^{82 83}, y a partir de esa premisa, sería sumamente pretencioso que el Notario hiciera las veces de médico con escasos o nulos conocimientos en la psique humana⁸⁴, por lo que quizás podría valorarse la pertinencia de firmar un convenio entre los Colegios Notariales con los Colegios de Psicología, a los efectos de proveer modelos de sencilla tramitación y realización, y con amplia

⁸⁰ CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: “La evaluación médico-legal (...)”, op. cit.

⁸¹ *Ídem*.

⁸² GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho (...)*, op. cit., págs. 245.

⁸³ En este mismo sentido recuerda la SAP de La Coruña 234/2020 (ROJ 1780/2020) en su FJ 3º, que la RDGRN de 7 de enero de 1992, entre otras cosas dice que “la declaración notarial sobre la capacidad del otorgante no asegura de forma indubitada e incuestionable que tal juicio corresponda con la realidad mental”.

⁸⁴ Sobre la complejidad de informes y pruebas médicas véase el FJ 3º SAP de Las Palmas 197/2011 (ROJ 1671/2011).



garantía. De esta manera no se vería comprometida la función notarial, ya que el citado modelo Grisso, junto a otros, no cumple una función de diagnóstico, sino que es un medio para observar las habilidades necesarias en un contexto jurídico, y qué menos que cerciorarse de la plena aptitud de la persona con discapacidad, y al mismo tiempo asegurar su voluntad. En este sentido, ha de indicarse que recientemente se firmó el Convenio de Cooperación entre la Consejería de Sanidad y el Colegio Notarial de las Islas Canarias para facilitar el otorgamiento de las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario, para facilitar y hacer valer las voluntades de los pacientes (BOC - N.º 215 - Miércoles 21 de octubre de 2020 – 3798). Ciertamente es que el convenio tiene una naturaleza instrumental, por no decir administrativa, pero esa misma metodología colaborativa entre aspectos sanitarios y jurídicos se podría reproducir también en el ámbito del otorgamiento de testamento.

Además, a partir de la Circular Informativa 3/2021 CGN entiende Álvarez Royo-Villanova que se desprende la posibilidad de utilizar cuestionarios con base en los arts. 249 CC y 17 bis LN, ya que este último hace referencia a apoyos técnicos⁸⁵. Desde la óptica judicial, diversos Tribunales han ponderado su decisión siguiendo el Documento de Sitges de 2009⁸⁶, y a este respecto se pronuncian las SSAP de Guipúzcoa 1489/2021 (ROJ 1915/2021), de Baleares 348/2018 (ROJ 1884/2018), de Valencia 448/2017 (ROJ 4731/2017), de Álava 409/2015 (ROJ 725/2015) y de Murcia 331/2014 (ROJ 1943/2014).

⁸⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Voluntad y (...)”, op. cit.

⁸⁶ “Se trata de un compendio elaborado por neurólogos, psiquiatras e incluso juristas que pretende ser una orientación para todos los implicados ya sean profesionales de la medicina como del derecho con el fin de determinar los requisitos de capacidad mínimos para que se puedan realizar actos de la vida jurídica con garantías suficientes, tanto para quien los realiza como para terceros” en FJ 1.3º SAP de Lugo 35/2022 (ROJ 7/2022).



La reticencia a asumir estas medidas responde a postulados de la legislación decimonónica. Un ejemplo se encuentra en el art. 685 CC, que dispone que no será necesario que se identifique el testador si el Notario lo conociese. Por ello, destaco la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, por la que se insta a la reforma de la legislación civil en materia de capacidad de las personas con discapacidad sensitiva para testar y otorgar escritura pública (BOCG - Serie D - Núm. 141. - 11 de abril de 2017 - 161/001757), que propuso fomentar que las notarías estén dotadas de adaptaciones informáticas, lector de pantalla y/o línea braille y programas OCR⁸⁷ de reconocimiento de caracteres. Los mismos avances técnicos podrían implementarse en casos de que el testador sea una persona con discapacidad, ya que en la actualidad existe una clara conciencia y aceptación desde la legislación civil de la necesidad de facilitar a las personas con discapacidad la correcta formación y la manifestación de su voluntad.

A pesar de todos los medios técnicos que se puedan adoptar, en ningún caso, suponen una presunción *iure et de iure*, es más, la STS 848/1998 (ROJ 5223/1998) ya estableció que “el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*”. Y esta doctrina ha sido seguida por las Audiencias Provinciales, pudiendo mencionar las SSAP de Málaga 785/2021 (ROJ 5101/2021), de Las Palmas 712/2021 (ROJ

⁸⁷ Optical character recognition (reconocimiento óptico de caracteres).



2273/2021), de Madrid 416/2021 (ROJ 13597/2021), de Ciudad Real 336/2021 (ROJ 1089/2021), de La Rioja 462/2021 (ROJ 661/2021) y de Cáceres 743/2021 (ROJ 949/2021). Todas ellas hacen referencia a una fuerte presunción o una enérgica presunción, pero siempre con posibilidad de ser desvirtuada ante la jurisdicción ordinaria, como posibilitan los arts. 5.1 LEC y 24.1 CE.

No obstante, esta presunción es una construcción que ha sido muy repetida; es más, se usa el mismo argumentario con las mismas palabras, y en este sentido basta con leer las resoluciones anteriormente citadas. Pudiera plantearse una reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil en este aspecto, pues la regulación es escueta. Para empezar el cauce procedimental es el del art. 249.1.2º LEC, que es un cajón de sastre, y en segundo lugar, la fuerza probatoria de los documentos públicos es plena *ex* art. 319 LEC, y este mismo valor se reitera en el art. 1218 CC, aunque puede ser desvirtuada por el art. 320 LEC. Y al ser la regulación poco precisa, es interpretada por los Tribunales con apoyo en otras decisiones judiciales, en resoluciones de la DGSJFP o en otros preceptos de la legislación notarial. Un ejemplo de lo antedicho lo encontramos en la STS 692/2019, FJ 4º (ROJ 4136/2019).

c) Instrumentos públicos

Inicialmente, un instrumento público es “el documento público redactado y autorizado con arreglo a las leyes por un Notario competente, que tiene carácter fehaciente”⁸⁸. Y sobre esta definición, y a efectos de lo que nos

⁸⁸ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S. y RUEDA PÉREZ, M. Á.: “Concepto de Instrumento Público (...)”, en BORRELL, J. (coord.): *Derecho Notarial*, en Tirant lo Blanch, 2011, pág. 134.



concierno, se pueden extraer las siguientes notas: que se trata de un documento que es otorgado ante Notario (art. 1216 CC), que al documento le es de aplicación la normativa notarial (arts. 1217 CC y 143 RN), que goza de los efectos propios de la fe pública (art. 143-IV RN)⁸⁹ y que es uno de los documentos tasados de los arts. 17 LN y 144 RN.

En cuanto a los requisitos formales de los instrumentos públicos, me ceñiré al testamento abierto como escritura pública. Y por tales requisitos me refiero tanto a los propios del documento (lenguaje, grafía, papel y márgenes) como a los del negocio jurídico. Y es que los defectos formales pueden conllevar la nulidad del testamento *ex art.* 6.3 CC. No obstante, Rodríguez Adrados entiende en virtud de los arts. 1217 CC, 29 LN y 143-II RN⁹⁰ que pese a la nulidad del negocio jurídico, este puede ser subsanado frente a defectos tales como la ausencia de expresión de juicio de capacidad o expresión de la voluntad. En este sentido se pronuncia la STS 140/2013 (ROJ 4755/2013)⁹¹, que estableció que no se vería afectada la validez de un testamento en el que consta la expresión de juicio notarial de capacidad, siempre que en el propio testamento aparecieran locuciones suficientemente expresivas, y, por supuesto, siempre que tales datos omitidos se hayan realizado en el momento del otorgamiento. No obstante, debe indicarse que en el pasado hubo una jurisprudencia muy formalista en el Alto Tribunal, como por ejemplo la STS 563/1997 (ROJ 4249/1997)⁹², que llegó a decir

⁸⁹ *Ibidem*, págs. 134-136.

⁹⁰ GOMÁ SALCEDO, J. E.: Derecho (...), *op. cit.*, págs. 528-531.

⁹¹ Esta línea jurisprudencial lo que sostiene es el valor preponderante del principio *favor testamenti* como un elemento flexibilizador semejante al principio *favor contractus*.

⁹² Esta postura jurisprudencial entiende que “el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual, del que es ejemplo el artículo 1.255 del Código Civil, quiebra en el sucesorio, en especial, en materia de testamentos”, en el que no es suficiente que se verifique la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, sino que también es necesario que se cumplan los requisitos formales.



que es “constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas”. Este criterio jurisprudencial, aún perdura, en cierta medida, en las sentencias de las Audiencias, como se pone de manifiesto en los casos resueltos por las SSAP de Salamanca 2/2018 (ROJ 6/2018), de Málaga 48/2016 (ROJ 727/2016), de Vizcaya 237/2015 (ROJ 739/2015) y de Valencia 200/2012 (ROJ 778/2012).

Las formalidades del acto no entraña dificultad y tampoco plantean ninguna cuestión en la medida en que lo dispuesto en los arts. 148, 152, 154 y 155 RN se aplican, siendo el derecho una técnica, puesto que estos preceptos regulan la estructura, el orden y la forma del instrumento público. Pero sí genera conflictividad con los elementos del negocio jurídico, en concreto sobre el discernimiento del testador, y entiendo que hay tres grados o niveles.

El primero de ellos, que se dará la mayoría de veces, aparece cuando el sujeto del negocio puede comprender y entender perfectamente el negocio jurídico sin necesidad de apoyos (materiales o inmateriales). El segundo grado puede ser cuando el sujeto del negocio, o no conoce el idioma o no puede leer debido a dificultades en su visión: en estos casos, el primer



supuesto se resuelve con un traductor⁹³, y el segundo a través de la modificación de la tipografía o la ampliación del tamaño de la fuente, de modo que el otorgante pueda leer el texto, sin perjuicio del testigo instrumental. En cambio, el tercer grado es más complejo, pues implica cerciorarse, previo juicio notarial, que la persona comprende el negocio jurídico, no habiendo un artículo que nos ofrezca una solución meridianamente clara, y dado el frenesí de una notaría, el proceder propio de cada notario, creo que esta situación requiere de una regulación siquiera mínima para mayor seguridad jurídica, no ya para la persona que realiza el testamento, sino para los propios operadores jurídicos.

Sucintamente, en el fondo, la validez de cualquier instrumento público puede verse afectada y desvirtuada en los Tribunales. En este sentido, la reforma producida no es un escudo o una presunción con mayor fuerza, y recordamos la SAP de Badajoz 259/2021 (ya referenciada) que desestima el recurso de apelación contra la nulidad de la escritura de aportación de finca urbana a la sociedad de gananciales, y en el FJ 3º se dice que no puede “destruirse sin más la apreciación de la juzgadora con base en la sola consideración de vulneración del principio general contemplado en el art. 12. Par.2º de la Convención, fundado en la capacidad jurídica en igualdad de condiciones por parte de las personas con discapacidad”. No obstante, la STS 146/2018 (ROJ 936/2018)⁹⁴ en su FJ 4º desestima el motivo del recurso, pues “el principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención”, y junto a otros argumentos, considera que una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de

⁹³ El art. 150 RN plantea varias soluciones en plural.

⁹⁴ JATO DÍAZ, P.: *El derecho sucesorio (...)*, op. cit., pág. 55.



modificación de la capacidad de obrar precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición, puede testar, pues tomando el argumento de la sentencia apelada (SAP de Asturias 163/2015 [ROJ 1259/2015]) “la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición *mortis causa*, sino que debe estarse a la opinión del Notario y de los médicos que aprecien in situ la capacidad del otorgante”. Y en los mismos términos se pronunció la Resolución DGSJFP de 25 de febrero de 2021, que dijo que “si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar la capacidad de acuerdo con el artículo 421-7 [CCCat.], y si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos. En cambio, si el testador está incapacitado es cuando la presencia de dos facultativos es inexcusable”.

V. Conclusiones

Es incuestionable que la reforma producida por la Ley 8/2021 es una de las mayores que ha sufrido el Código Civil, y también será una de las mayores modificaciones del siglo XXI, aunque lo que ha hecho esta ley es ajustar la legislación civil, procesal y mercantil. El gran avance realmente se produjo con la ratificación en 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No obstante, la igualdad efectiva entre personas en lo que a la discapacidad se refiere, no ha llegado, y tanto la Convención como la ley son solo el inicio. La reforma ha sido un paso muy importante, que deberá ir sucedido de otros pasos, pues el impacto que ha tenido en la esfera del derecho civil y procesal-civil, también tendrá que producirse en el campo del derecho laboral, administrativo y



procesal-penal, pues aún perviven referencias a la capacidad de obrar y otras expresiones anticuadas.

En lo que se refiere al área del derecho de sucesiones, se aprecia una formalidad generalmente excesiva, aunque matizada por la jurisprudencia, que resulta, a veces, contradictoria. Una mayor formalidad puede impedir el acceso al negocio jurídico testamentario, y, por ende, negar la posibilidad de disponer *mortis causa* de las personas con discapacidad. Ciertamente es que la materia sucesoria presenta inconvenientes que no tiene el derecho contractual; la principal es que el testador no puede ratificar lo que dijo, de ahí que los criterios de este último sean más sencillos con respecto al primero. No obstante, hay razones para flexibilizar el derecho de sucesiones en general, como puede ser por la abolición del sistema de legítimas y dar mayor libertad al testador lo que conllevaría la desaparición de la necesidad de alegar causas de desheredación, pero, en concreto, sobre la capacidad del testador, la jurisprudencia por medio del principio de *favor testamenti* ha procurado que prevalezca la voluntad del testador. Y con motivo de la reforma, a la hora de otorgar testamento se ha de ser más proclive a permitir que se otorgue testamento y a facilitar medios para que se cumplan los requisitos legales. Y de igual forma, rige lo mismo para el resto de capacidades específicamente sucesorias.

Este cambio legislativo tuvo una finalidad concreta, dar un nuevo significado a la capacidad jurídica y a las instituciones de apoyo, pero la capacidad es una institución que afecta a toda la estructura del derecho, radicando ahí la transversalidad de la reforma. La derogación de la capacidad de obrar no conlleva la desaparición de la facultad de ejercitar



derechos, ya que las personas con discapacidad requerirán de apoyos determinados según sus necesidades, pudiendo no tener capacidad de realizar ciertos actos sin apoyo, pero sí para otros. Esto lo podemos ver en la capacidad para testar o la capacidad para aceptar o repudiar la herencia que son manifestaciones de la capacidad sucesoria, con lo cual, tendrá que haber matizaciones para imbricar conceptualmente la capacidad hasta que quede una teoría completamente armonizada.

Seguidamente, la figura del Notario, entendida como un apoyo institucional con la nueva regulación, es una idea muy buena, aunque en mi opinión, el Notario siempre ha sido un apoyo. En cuanto a la tarea de este, nos hemos centrado en su función evaluadora, es decir, en el juicio notarial, sobre el que he justificado el nombre, y que no desaparece, ya que sigue siendo necesario un control de legalidad en el tráfico jurídico. He destacado la ausencia de una definición legal, protocolos o de instrucciones claras acerca del contenido del juicio, pudiendo solventarse, a mi juicio, con la implementación de modelos o tests psicológicos enfocados al plano jurídico derivados de una posible colaboración entre juristas y expertos de la psique humana bajo la fórmula de convenios por los que se implementen modelos de evaluación de capacidad de sencilla aplicación, aunque en realidad no se estaría aportando nada distinto a lo que ya hacen los Notarios cada día en el ejercicio de su profesión; se trataría, simplemente, de disponer de líneas claras y objetivas sobre la forma en la que se debe realizar el juicio notarial. Finalmente, en cuanto a los requisitos que han de cumplir los instrumentos públicos, hago nuevamente hincapié en que si bien el testamento tiene que ser un acto solemne, su excesiva formalidad no puede impedir la validez del mismo, resultando la idea de que si el obstáculo que causa la nulidad no es



contrario al orden público, debería poderse subsanar el vicio, y salvar la integridad del documento público en virtud del principio *favor testamenti*.

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 102, 2022. Consultado de: <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/11069-voluntad-y-consentimiento-informado-en-la-ley-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

ASÍS ROIG, R. DE: “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N° 31°, 2020. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7191594>

BORRELL, J. (coord.): *Derecho Notarial*, en Tirant lo Blanch, 2011.

CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: “La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 58, 2014. Consultado de: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-58/3923-la-evaluacion-medico-legal-en-la-impugnacion-de-testamento>

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Las distintas formas testamentarias”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (coord.): *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, en Edisofer, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, en Tecnos, Vol. IV, T. 2, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *Instituto de Derecho Iberoamericano IDIBE*, 2021. Consultado de: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>



ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: “Modificación de la Ley del Notariado y de la Ley del Catastro”, en JUAREZ GONZALEZ, J.M. y ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: “Apuntes sobre la Ley 11/2021, de 9 de julio de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal y de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164”, en *Notarios y Registradores*, 2021. Consultado de: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/incidencia-ley-11-2021-antifraude/#ley-del-notariado>

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación.”, en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, N.º 9, 2011, pág. 84. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3960541>

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, N.º. 3, 2018. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6571293>

GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho Notarial*, en Bosch, 2011.

JATO DÍAZ, P.: *El derecho sucesorio en la ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, en Universidade da Coruña, 2022. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=302811>.

JIMÉNEZ CLAR, A. y LEYDA ERN, C.: *Temas de Derecho Notarial*, en Tirant lo Blanch, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, en Dykinson, 2009.

LASARTE, C.:

- *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, en Marcial Pons, 2017.
- *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, en Marcial Pons, 2015.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos



al ejercicio de su capacidad jurídica”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 97, 2021. Consultado de: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>

MARIÑO PARDO, F.: “La intervención de testigos instrumentales en escrituras públicas”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 73, 2017. Consultado de: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7662-la-intervencion-de-testigos-instrumentales-en-escrituras-publicas>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La persona y el derecho de la persona”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Curso de Derecho Civil I, Vol. II, Derecho de la Persona*, Edisofer, 2021.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.: *Derecho Privado Romano*, en Marcial Pons, 1992.

MORENO TRUJILLO, E.: “La capacidad jurídica y el estado civil de la persona”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.): *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, en Tirant lo Blanch, 2021.

PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La sucesión testamentaria”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, en Tirant lo Blanch, 2021.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La persona con discapacidad psíquica”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Curso de Derecho Civil I, Vol. II, Derecho de la Persona*, Edisofer, 2021.

PANERO GUTIÉRREZ, R.: *Derecho Romano*, en Tirant lo Blanch, 2015.

TENA ARREGUI, R.: “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N. 102, 2022. Consultado de: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>



VAQUER ALOY, A.: “La relajación de las solemnidades del testamento”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, N.º 4, 2016, págs. 10-14 Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5764551>

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.:

- “El apartamiento y la desheredación”, en *Anuario de derecho civil*, Vol. 21, N.º 1, 1968, pág. 15. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048456>

- “Las instituciones jurídicas Definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones”, en *Anuario de derecho civil*, Vol. 55, N.º 1, 2002, págs. 5 y 6. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=282152>

VIVAS TESÓN, I.: “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos hacia la despatrimonialización de la discapacidad”, en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, N.º 7, 2010. Consultado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3623267>