

Incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho sucesorio de Navarra: Propuestas de futuro*

The impact of Law 8/2021 on Navarre's inheritance law: Proposals for the future

M^a ÁNGELES EGUSQUIZA
Catedrática Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

Recibido: 05.06.2022 / Aceptado: 23.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7187

Resumen: La reforma introducida por la Ley 8/21, de 2 de junio, en el Código civil ha supuesto un profundo cambio de paradigma en la disciplina de la capacidad jurídica. Esta involucra a los Derecho civiles forales o especiales que han de adaptar su normativa a los dictados de la Convención de Nueva York y heterointegrarse con el sistema introducido en el Código civil. El presente trabajo analiza la proyección de este cambio legislativo en el régimen sucesorio “mortis causa” de Navarra en su comparación con el introducido en el Código civil, las reformas que resultan precisas en el Fuero Nuevo, y la regulación impulsada por el Gobierno de Navarra a través del Anteproyecto de Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos.

Palabras clave: Derecho sucesorio, capacidad testamentaria, incapacidad para heredar, medidas de apoyo, liberalidad, sustitución ejemplar, inventario y Navarra.

Abstract: The Civil Code reform introduced by Law 8/21 of June 2nd has entailed a deep paradigm shift in the discipline of legal capacity. It involves civil foral or special Laws which have to adapt their norms dictated by the New York Convention and heterointegrate the system introduced in the Civil Code. The following paper analyses this legislative shift's projection as to the inheritance “mortis causa” regime of Navarre as opposed to the one introduced in the Civil Code, the reforms that come up as precise in the Fuero Nuevo, and the regulation propelled by Government of Navarra through the draft Foral Law regarding attention to disabled people in Navarra and guarantee of their rights.

Keywords: Inheritance Law, testamentary capacity, incapacity to inherit, support measures, liberality, exemplary substitution, inventory and Navarra.

Sumario: I. Ideas generales. II. Proyección de la Ley 2/21, de 2 junio, en el Derecho sucesorio de Navarra. III. Capacidad general para disponer y recibir a título de herencia y liberalidad. 1. Capacidad para disponer “mortis causa”. 1.1. El sistema introducido en los artículos 663 y 665 del Código civil. 1.2. El ajuste normativo del Fuero Nuevo al sistema capacidad. 2. Incapacidad para heredar de tutores, curadores y personas físicas y jurídicas que atienden a la persona. Recepción de liberalidades. 2.1. El régimen introducido sobre la incapacidad hereditaria por la LAPD. 2.2. El disímil tratamiento de los actos de liberalidad. 2.3. La innecesaria extensión de esas reglas a Navarra y otras modificaciones necesarias. 3. Eliminación de la sustitución ejemplar: triunfo de la interpretación estricta consagrada en el Fuero Nuevo. IV. Ajustes terminológicos para la regulación sucesoria del Fuero Nuevo. IV. Bibliografía.

* El trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+i, RTI, Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España, “La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad” (PID2020-115254RB-I00). IP. Marta Carbayo Fidalgo (2021-2023).

I. Ideas generales

1. No se puede ocultar que 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, ha supuesto un hito revolucionario en la legislación civil española. La ley no ha dejado indiferente a nadie. Ha habido valoraciones entusiastas, por el cambio de paradigma que entraña, al sustituir el modelo paternalista de incapacitación y representación de la persona con discapacidad por un sistema de ejercicio personal de la capacidad jurídica con apoyos¹. Aunque también se han realizado análisis más críticos que han puesto de relieve las carencias de la nueva regulación e inseguridad jurídica que se introduce frente a terceros². No en vano se establece un régimen que destierra los parámetros externos y objetivados de la apreciación inicial de la capacidad jurídica, por un sistema subjetivo en el que se contrasta “a posteriori” la aptitud del sujeto para realizar el negocio jurídico realizado, puesto que la existencia de apoyos no determina por sí la ineptitud para acometerlos.

2. En el enredo dialéctico introducido por la apodíctica erradicación de la “capacidad de obrar” y “la capacidad natural”, por considerarse discriminatorias en su referencia a la persona con discapacidad, y exclusión de la presunción general de capacidad como regla probatoria, todo acto o negocio puede ser realizado sin cortapisas iniciales y con plena vocación de validez³. Sin embargo, la cuestión que no parece que pueda obviarse es que para ello la persona con discapacidad ha de contar con una “capacidad de hecho”, de entender y querer, los actos o negocios que realice⁴.

3. En el ámbito del derecho sucesorio la reforma de la LAPD ha supuesto para el Código civil una adaptación puntual. Esta ha sido criticada por la doctrina por cuanto aterriza en un campo inspirado en principios muy alejados del sentido general de la reforma y en una materia necesitada de un imperioso ajuste a la realidad social⁵. Es evidente la falta de coherencia normativa que en esta parcela del Derecho ofrece ese cuerpo legal, así como el desfase en sus previsiones.

Como se ha puesto de manifiesto, en el Código civil conviven hoy en día preceptos que persiguen la plena inclusión de las personas con discapacidad con otros inalterados desde su redacción originaria -art. 664 del CC-. Las novedades legislativas introducidas por LAPD no se acomodan, en toda su extensión, a la idea de igualdad de trato que propugna la CDPD -arts. 753, 782, 808 y 822 del CC-. A todo ello se une la falta de atención a problemas generales de importancia, como el atinente al ejercicio de la capacidad testamentaria de quien accidental o permanentemente se encuentra en una posición de vulnerabilidad, o sufre una influencia indebida, sea o no persona con discapacidad; o el sentido y alcance de los límites dispositivos “mortis causa” -específicamente de las legítimas- que fija el Código civil.

¹ A. PAU PADRÓN, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *RDC*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 17 y ss.; GARCIA RUBIO, M. P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, 2020, pp. 51 y ss.

² A. CARRASCO PERERA, “Discapacidad personal y estabilidad contractual a propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 1-5.

³ J.M. RUIZ-RICO RUIZ RICO, “Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado”, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, coord. J.M. RUIZ-RICO RUIZ RICO, Atelier, pp. 74 a 78 y 91 a 94.

⁴ A. CARRASCO PERERA, “Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores”, *Centro de Estudios de Consumo*, 30 de junio de 2021, pp. 1-3.

⁵ Cf. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, *El nuevo derecho de las capacidades*, dirs. E. LLAMAS POMBO/N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ/E.TORAL LARA, La Ley-Wolters Kluwer, 2022, pp. 373 y ss.; C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintisiete”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 880 a 881.

4. Por lo que respecta a la situación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la peculiar concreción de los principios de la CDPD⁶, llevada a cabo por LAPD, se está propugnando como un mandato necesario a seguir⁷, como si no hubiera más opción legislativa en la adecuación normativa a la Convención que la positivización efectuada por la Ley 8/21, ni otras posibilidades institucionales que las que ésta recoge⁸.

Tal planteamiento supone confundir, desde la perspectiva técnico-jurídica, la conveniencia de que exista un modelo similar dentro del territorio español de ejercicio de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad en el tráfico jurídico, con el hecho de que tenga que ser obligatoriamente igual el régimen normativo previsto sobre esta materia en cada uno de los Derechos civiles propios. Los aspectos sustantivos incorporados al Código civil por la LAPD no conforman legislación básica del Estado, ni las soluciones institucionales que se han fijado son las únicas que pueden dar respuesta a los principios de la CDPD.

A tal efecto debe recordarse que las innovaciones introducidas en la legislación civil estatal, por el artículo segundo de la Ley 8/21, se dictan “al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8^a de la Constitución”; por tanto, sin perjuicio de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas que cuentan con Derecho civil foral o especial sobre la capacidad jurídica de la persona⁹. La regulación que esos Derechos civiles realicen únicamente estará sometida a los principios de la CDPC. No hay una sola manera de positivizar esos principios¹⁰ y nada impide que no se siga institucionalmente, en toda su extensión, las previsiones del legislador estatal. Una de las alternativas posibles es la que se ha realizado por la LAPD siguiendo la Observación General n^o 1 (2014)¹¹; recomendación que, como ha señalado un sector relevante de la doctrina, no parece que tenga valor vinculante¹². De hecho el propio Tribunal Supremo, antes de la reforma, no consideró que el sistema del Código civil chocará frontalmente con los principios de la CDPC, realizando una aplicación de los preceptos acomodada a su espíritu¹³.

En estas claves el legislador catalán ha dictado, con carácter provisional y hasta que se concrete el nuevo modelo ajustado al actual escenario¹⁴, el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se

⁶ El convenio fue hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España 30 de marzo de 2007, entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo 2008.

⁷ Las Comunidades de Aragón (arts. 34 a 45 y 100 a 169 de CDFA) y Cataluña (arts. 211-3, 221 a 227-9 CCat) son las que cuentan con un régimen completo sobre capacidad de la persona, la interacción de éste ámbito con otros, caso del sucesorio, plantea esa adaptación en otras Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial, como ocurre en Navarra.

⁸ En este sentido se ha venido cuestionando si ésta no será una estrategia del Estado central para obligar al resto de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para seguir los pasos de la reforma estatal. M.C. BAYOD LÓPEZ, “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, Wolters Kluwer-Bosch, 2021, p. 159; M. V. MAYOR DEL HOYO, “El Derecho civil aragonés ante la Convención de Naciones Unidas para los Derechos de las personas con discapacidad: ¿Una adaptación condicionada por la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal?”, *Vigesimonovenos Encuentros de Foro del Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2020, p. 231.

⁹ C. BAYOD LÓPEZ, “Efectos de la reforma”, cit., pp. 149 y 150.

¹⁰ En idéntico sentido, desde la perspectiva del Derecho civil aragonés, C. BAYOD LÓPEZ, “Efectos de la reforma”, cit, pp. 154 y 156.

¹¹ A este respecto el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que emitió la observación manifestó, tras los informes recibidos por diversos Estados, que el “Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se basa en el apoyo para tomarlas. El objeto de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los diversos componentes del artículo 12”.

¹² Cf. C. BAYOD LOPEZ, “Efectos de la reforma”, cit., pp. 155 y 156, quien pone de manifiesto que la función del Comité, conforme a los arts. 35 y 36 de la CDPD, es la de “asesorar y recomendar”; recordando que tanto el TS como el TC han atribuido a los informes y dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos carácter “no vinculante” en atención a su condición de “órgano político y no jurisdiccional”.

¹³ M.A. PARRA LUCAN, “Hacia una reforma del régimen de discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la convención de Nueva York”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y CALERA, Marcial Pons, 2020, pp. 133 y ss.

¹⁴ J. RIBOT IGUALADA, “Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y M.C. CALERA, Marcial Pons, 2020, pp. 63 y 90.

adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, con el fin de evitar los problemas que se derivan de la supresión del procedimiento de modificación judicial de la capacidad de obrar llevado a cabo por la LAPD, y consecuente sustitución por los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad¹⁵.

Ciertamente, que resulte unificado el régimen de ejercicio de la capacidad jurídica puede considerarse como un activo para el operador jurídico dentro del sistema plurilegislativo civil que existe en España, en tanto simplifica su conocimiento y los problemas de aplicación normativa interregional. Pero, en muchos de sus aspectos, la regulación contenida en la LAPD no parece que sea un modelo que deba seguirse acriticamente.

5. La afirmación de que a la persona con discapacidad no se le reconocía, como al resto, una “legal capacity”¹⁶, término utilizado en el art. 12 de la CDPD, se ha venido sosteniendo en virtud de la regulación del Código civil sobre las limitaciones y exigencias fijadas para la testamentifación para quien “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Por mor de ello, el legislador estatal ha forzado la supresión del concepto de capacidad de obrar, afirmando su exigencia en virtud de la CDPC. Se ha negado que ese concepto pudiera ser entendido como “legitimación para el ejercicio de la capacidad jurídica”, como si aquella noción fuera inmutable, y a pesar de que el tráfico jurídico sigue exigiendo que la persona ha de contar con una “capacidad de hecho” para actuar, con el consiguiente querer y entender el acto o negocio jurídico que realice¹⁷.

6. Otro de los problemas generales que presenta este marco regulatorio es el de la etérea referencia a quien resulta destinatario de esa atención normativa: la persona con discapacidad. Esta falta de determinación deriva del seguidismo a la CDPD, cuyo artículo 1 amalgama genéricamente a las personas que puedan necesitar apoyos sin distinguir su heterogeneidad y su diversidad. A los efectos de la realización de negocios testamentarios poco tiene que ver, desde la perspectiva del ejercicio de la capacidad jurídica, la situación de quien presenta una discapacidad sensorial -visual o auditiva-, que precisa apoyos para la vida en sociedad, pero no para la toma de decisiones personales ni patrimoniales, con la de quien padece una discapacidad psíquica o cognitiva, que sí necesita ayuda y apoyo para ellas; piénsese en la partición hereditaria -arts. 1052 y 1057 del CC-.

Todo ello, además, aparece mezclado con nociones asistenciales que restan claridad al sentido y aplicación de las normas¹⁸. A estos efectos no deja de ser perturbador que la opción del legislador sea que el concepto al que ha de estarse sobre la discapacidad en los arts. 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041 del CC, venga definido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre -discapacidad psíquica y superior al 33%, física o sensorial superior al 65%- o el previsto para la dependencia de grado II o III de la Ley 39/2006,

¹⁵ La Exposición de motivos expresamente indica: “mientras el proceso de adaptación del Código civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, urge establecer un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De lo contrario, los titulares de los derechos que resultan de la Convención de Nueva York deberían esperar hasta la conclusión del proceso de reforma, aunque la legislación estatal ya ha removido el principal obstáculo que se oponía a la implantación efectiva de la Convención. Además, en la práctica, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, una vez que se ha hecho inviable seguir aplicando la tutela, la curatela o la potestad prorrogada o rehabilitada”.

¹⁶ A este respecto M.C. GETE ALONSO, “El nuevo modelo de la discapacidad en la Convención”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y M.C. CALERA, Marcial Pons, 2020, p. 27, ha puesto de relieve que el nuevo modelo de regulación enfatiza que la capacidad de la persona es única. Indicando que es útil acuñar el término de legal capacity, común a todos los sistemas jurídicos, advierte de la mala traducción al castellano del término como “capacidad jurídica”, que genera una confusión innecesaria y discusiones inútiles, que no se corresponde con la reconocida hasta la fecha, sino la aglutinante de la capacidad jurídica (titularidad) y la capacidad de obrar (ejercicio de derechos).

¹⁷ En este punto son sumamente esclarecedoras las valoraciones de C. MARTINEZ DE AGUIRRE, “La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, Wolters Kluwer-Bosch, 2021, pp. 110.

¹⁸ DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “Veintisiete”, cit., pp. 882 a 883..

de 14 de diciembre (artículo segundo, sesenta y siete, de la Ley 8/2021 de 2 de junio)¹⁹. La aplicación seguida al pie de la letra implica que las regulaciones de protección a la persona con discapacidad sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, la incapacidad para heredar, la sustitución fideicomisaria de residuo, el derecho de habitación y la dispensa de colación requieran que aquél tenga que disponer de la pertinente resolución administrativa que le reconozca como discapaz. Hay una injerencia extraña de las categorías administrativas en el ámbito del Derecho sucesorio que aboca a que los efectos jurídico-privados queden constreñidos por las resoluciones y criterios que apliquen los órganos de valoración de la dependencia de las Comunidades Autónomas -art. 27 Ley 41/2003-²⁰, lo que no deja de suponer una distorsión de la finalidad y sentido de la ley civil.

II. Proyección de la Ley 8/21, de 2 de junio, en el Derecho Sucesorio de Navarra

7. Aun cuando la regulación histórica de Navarra siempre ha incluido un régimen específico sobre la capacidad de la persona y sus consecuencias²¹, las reformas efectuadas en el Fuero Nuevo en 1987 y, la más reciente por Ley Foral 21/2019, 4 de abril, no se han adentrado en la disciplina general de la capacidad de la persona individual en aquellos casos en los que ésta no pudiera gobernarse por sí o precisara apoyos, a diferencia de lo acontecido en los Derechos civiles de Aragón y Cataluña.

Las normas forales, si bien han tenido presente la situación concreta de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos negociales, inter-vivos o mortis causa, o en el ejercicio de derechos, funciones o potestades disciplinadas por la legislación navarra, no han incidido en la regulación de los mecanismos de sustitución o apoyo a la capacidad de quien los ejercía. Se ha partido de la base de la aplicabilidad del Código civil, bien por remisión explícita (ley 62 FN que ha sido sustituida por ley 78, 3º FN), bien de manera implícita por la referencia “a la persona con capacidad de obrar modificada” acogida en el supuesto de hecho de diversos preceptos forales²². Esta hetero-integración normativa, prevista en la ley 6 del FN, es la que obliga a la revisión de la regulación del Fuero Nuevo.

¹⁹ Artículo 26. Grados de dependencia.

1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

2. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente.

²⁰ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, (“Veintisiete”, cit., p. 883), no sólo ha puesto de relieve estos aspectos, sino que también advierte de la incoherencia de que en el preámbulo de la Ley 8/21, 2 de junio, se señale que la discapacidad no puede depender de una resolución administrativa y, sin embargo, se exija para un número significativo de preceptos.

²¹ Hasta la reforma del Fuero Nuevo de 2019, la Compilación disciplinó en el título III, del Libro I, “la capacidad de las personas individuales” (leyes 50 a 52), para referirse a mayores de edad, emancipados y púberes, dedicando el capítulo IV a la regulación de la capacidad de los cónyuges (leyes 53 y 62 del FN), con remisión expresa para los supuestos de ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges a las disposiciones del Código civil (ley 62 de FN). La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, ha mantenido esa tónica, regulando en el título II, del libro I, titulado “De la capacidad y representación de las personas individuales”, leyes 47 a 19, la capacidad, la emancipación y la representación; con remisión expresa a la aplicación de las disposiciones del Código civil, en cuanto a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, “en los casos de ausencia, modificación de la capacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges” (ley 78, párr. 3º).

²² El Fuero Nuevo alude a la capacidad de obrar modificada en los siguientes preceptos: ley 19 -nulidad, anulabilidad y rescisión de la declaración de voluntad-, ley 36 -interrupción de la prescripción-, ley 44 y 45 -patrimonios protegidos-, ley 49 -representación-, ley 52 -contenido y efectos de la filiación-, ley 54 -reconocimiento (de la filiación)-, 55 -acciones de filiación, disposiciones generales-, ley 56 -acciones de impugnación-, ley 57 -acciones de declaración-, ley 64 -denominación y concepto (de la responsabilidad parental)-, ley 67 -ejercicio de la responsabilidad parental-, ley 71 -guarda y custodia-, ley 75 -suspensión (de la titularidad de la responsabilidad parental)-, ley 76 -prórroga (de la responsabilidad parental)-, ley 78 -libertad de pacto (capitulaciones matrimoniales)-, ley 86 -modificación (capitulaciones matrimoniales)-, ley 94 -administración y disposición (de la sociedad conyugal de conquistas)-, ley 95 -disolución (de la sociedad conyugal de conquistas)-, ley 105 -compensación por

8. En el ámbito sucesorio foral, los ajustes normativos que parecen necesarios para que resulte armónica la heterointegración del Fuero Nuevo con el nuevo sistema de apoyos a la persona con discapacidad consagrado en el Código civil son de carácter puntual. La mayor parte de ellos vienen dados por la referencia que el Fuero Nuevo efectúa a la situación de “capacidad de obrar modificada” de los sujetos que intervienen. Se plantean fundamentalmente en dos contextos:

- 1º. El general, que implica la capacidad para disponer o recibir por vía de testamento u otro acto de liberalidad: incapacidad para testar -ley 184, párr. 4º-, incapacidad para heredar por indignidad -ley 154-; incapacidad de quién debe autorizar la disposición de una liberalidad en caso de necesidad -ley 151.2, in fine-; o sustitución ejemplar -ley 227 FN-.
- 2º. El particular, ligado a la salvaguardar de los intereses económicos de la persona con discapacidad en garantía de la integridad del contenido del patrimonio hereditario, con la exigencia de la realización de inventario para el usufructo vidual -ley 257- o la partición ejecutada por contador partidor -ley 342-; la realización de actos de disposición de los bienes objeto de fiducia sucesoria -ley 287-; y partición contractual efectuada por los coherederos -ley 345-.

9. No parece, sin embargo, que sea necesario que se modifiquen las escasas previsiones que el Fuero Nuevo contiene respecto a las formalidades para otorgar testamento notarial, limitadas a la intervención y número de testigos, su idoneidad y condiciones -leyes 185 a 187 del FN-; vista la remisión expresa que la ley 188 del FN efectúa a las disposiciones del Código civil cuando se trata de testamentos notariales.

Los amplios términos en los que se expresa la ley 185.c) del FN, que establece la presencia necesaria de testigos cuando “el testador declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento”, obvian el problema presente en el derogado art. 697²³ del CC, que literalmente imponía esta exigencia para las discapacidades sensoriales de invidentes y sordos. La utilización por parte del notario de los mecanismos de apoyo que sean oportunos, redacción del testamento en braille, permite el cumplimiento de la exigencia que faculta la exclusión de esa formalidad, toda vez que el testador invidente puede por sí constatar que se ha transcrito fielmente sus últimas voluntades.

Por otra parte, la competencia de Navarra sobre estos aspectos de la testamentifacción supone que el régimen foral podría separarse de la literalidad de las reglas contenidas en el Código civil, siempre que se adecue a los que constituyen los principios de la CDPD, como acontece en este caso.

En esta línea podría pensarse, ya que el testamento ológrafo se encuentra disciplinado en la ley 190 del Fuero Nuevo con un régimen propio, en el que se reconoce capacidad para otorgarlo a la persona mayor de 16 años, en la posibilidad de su extensión a la persona con discapacidad visual utilizando otros mecanismos de escritura -braille-, cuando no medios digitales con tecnología segura, como la de blockchain, añadiendo una modalidad más de forma testamentaria que no precise de intervención notarial.

La primera es una vieja y controvertida propuesta doctrinal²⁴ que el Código civil sólo ha incorporado parcialmente para el testamento notarial cerrado -arts. 708 y 709²⁵-. La segunda es el futuro, ya presente, que se encuentra en línea con lo actualmente previsto para la intervención notarial del testa-

desequilibrio-, ley 151 -disposición en caso de necesidad (actos de liberalidad)-, ley 154 -incapacidad por indignidad-, ley 184 -incapacidad para testar-, ley 227 -sustitución pupilar y ejemplar-, ley 257 -usufructo vidual-, ley 287 -situación de dependencia (fiduciarios-comisarios)-, ley 342 -inventario (partición por contador partidor)-, ley 345 -modos de hacerla (partición por los herederos)-, ley 508 -clases (enriquecimiento sin causa)-, y ley 537 -restitución (enriquecimiento sin causa)-.

²³ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 697”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, p. 946.

²⁴ Cf. M.P. REPRESA POLO, “Treinta y uno. Treinta y dos. Treinta y tres. Treinta y cuatro”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 903 y ss. se hace eco de las reticencias tradicionalmente aducidas en la utilización de la escritura Braille por el carácter uniforme e impersonal de la escritura que no permiten asegurar con certeza que el testamento elaborado sea del propio del testador, alegadas para restringir la apertura del testamento notarial cerrado al discapaz invidente, riesgo que entiendo de la autora que “sólo queda salvado por la originalidad y autenticidad de la firma y cuando quede claro que el testador conoció por sí mismo el contenido del testamento”. C. ESPINO BERMELL, *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Ed. Reus, 2018, p. 146.

²⁵ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 709”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, pp. 958 y 959.

mento cerrado de la persona con discapacidad visual. En éste se permite manifestar la voluntad testamentaria por cualquier medio -art. 695 CC²⁶-, incluido los electrónicos, que tendrá que ser firmada con firma electrónica reconocida -art. 706²⁷-, aunque algún autor cuestione la posibilidad de utilización de la grabación audiovisual entendiendo que la expresión de última voluntad debe ser manuscrita²⁸.

10. A fecha de hoy, la adecuación de la normativa civil a la CDPD en Navarra se halla impulsada por el Departamento de Servicios Sociales del Gobierno de Navarra. Figura como un aspecto más y, en cierta medida desinencial, del Anteproyecto de Ley Foral de Atención a las Personas con Discapacidad en Navarra, cuyo objeto fundamental es la regulación de los aspectos sociales, educativos y asistenciales que implican la CDPD. En su disposición final primera, la “Modificación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo” se plantea como una reforma que cabría calificar de mínimos. El texto propuesto se encuentra acriticamente mimetizado con las soluciones ofrecidas en la LAPD, a pesar de las profundas diferencias institucionales y de principios que rigen, especialmente, el régimen sucesorio “mortis causa” en Navarra. Como se verá, ello puede implicar, si no se producen modificaciones durante la tramitación como Ley Foral de ese texto, que algunas de las reformas que se proyectan carezcan de todo fundamento y sean un sinsentido en Navarra.

III. Capacidad general para disponer y recibir a título de herencia y liberalidad

1. Capacidad para disponer “mortis causa”

1.1. El sistema introducido en los artículos 663 y 665 del Código civil

11. Este es uno de los ámbitos reformados por la Ley 8/2021 que, sin embargo, no se ha efectuado con el rigor y profundidad necesarios, limitándose a los artículos 663 y 665 del CC.

La necesidad de reformular el tenor del art. 663 del CC había sido puesta de manifiesto por la doctrina desde hace mucho tiempo, por cuanto no se adecuaba al sentir y realidad de los tiempos los términos en los que se formulaba la “incapacidad para testar”, con la alusión a “uno y otro sexo” en el caso de los menores de catorce años, y a quien “habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio”, en referencia a la “discapacidad” de los mayores de edad.

12. La nueva redacción atiende a esa necesidad y va más allá. Adapta el tenor del precepto al nuevo sistema que veda la referencia a las incapacidades expresas sustituyendo aquella referencia a la “incapacidad” por la de “no pueden testar”, con un sentido que resulta similar²⁹. Elimina la referencia a los sexos, tratándose de los menores de catorce años -art. 663.1 CC: “no pueden testar la persona menor de catorce años”-. Y, en cuanto a los mayores de edad, indica que no podrá disponer mortis causa “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”; expresión con la que se persigue acomodar el ejercicio de la capacidad de testamentación al nuevo sistema de apoyos -art. 663.2 CC-.

13. A tenor de ello carecerá de capacidad para disponer “mortis causa” quien no pueda configurar o estructurar, por sí mismo o con apoyos, una voluntad testamentaria que resulte suficiente, o bien quien pudiendo conformarla no logre expresarla, debido a situaciones temporales o permanentes y por obede-

²⁶ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 695”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, pp. 943 y 944.

²⁷ A. BARRIO GALLARDO, «El testamento ológrafo electrónico: una “contradictio in terminis”», *¿Cómo poner en práctica el autogobierno?*, coord. F. GALINDO AYUDA, Reus, 2020, p. 169; N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 706”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, p. 955.

²⁸ Cf. M.P. REPRESA POLO, “Treinta y uno. Treinta y dos. Treinta y cuatro”, cit., p. 905.

²⁹ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 663”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Thomson-Reuters, 2021, p. 907.

cer a diversas causas -intoxicación, enfermedad mental, inconsciencia o discapacidad-. Es significativo que el art. 663.2 CC apostille que ello no se consiga realizar “*ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello*”, con lo que se corrige la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que, tras mantener un criterio aperturista (STS 24 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4755), 20 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4900)), sostuvo en la STS 15 de marzo de 2018 (2018,1090), sentencia de pleno, la exclusión de la posibilidad de “apoyo” o participación en la realización de negocios jurídicos “mortis causa” por parte del curador.

De esta dicción del art. 663.2 del CC se ha puesto de relieve su poca fortuna, fruto de las enmiendas introducidas en sede parlamentaria al Proyecto de la LAPD³⁰ y que depararon en su empeoramiento técnico³¹. La objeción fundamental es que los términos de la norma se centran en la persona con discapacidad, a pesar de ser ésta una regla de carácter general sobre la capacidad jurídica para testar de toda persona física, no limitada a la que se halla en esa situación concreta. Con todo, aunque los términos empleados resultan difusos y ofrecen un perfil más asistencial que jurídico, puede pensarse que la regla de fondo sigue manteniendo su perfil esencial.

14. La voluntad testamentaria, como voluntad negocial, tiene como premisa para su validez la propia capacidad y aptitud mental de quien la emite, lo que dependerá de su situación concreta, como ya se recordó por la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1090).

Ese principio se consagra en el art. 664 del CC, precepto que no ha sido modificado por el legislador a pesar de emplear un lenguaje obsoleto y anacrónico que contradice el espíritu de la CDPD, poniendo de manifiesto el valor del acto de disposición de última voluntad efectuado con capacidad: “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”. Las circunstancias sobrevenidas de “enajenación mental” o “pérdida de juicio o de discernimiento” no podrán ser estimadas retroactivamente para enjuiciar la capacidad, según reconocía la jurisprudencia, no sin contradicciones, respecto a las personas posteriormente “incapacitadas” -STS 23 de marzo de 2010 (RJ 2010, 23269)-. La regla relativa a que no cabe presumir la incapacidad de la persona para testar, en atención a circunstancias anteriores o posteriores al momento de otorgar el testamento, se consagra en el inmodificado art. 666 del CC cuando señala que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en el que se halle al momento de otorgar el testamento”.

15. El sistema se completa con el reformulado art. 665 del CC, que ahora prevé que “la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”. Para ello se encomienda al Notario las gestiones que sean pertinentes a fin de que ayude al testador en la toma de sus decisiones “*apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*”. Y ofreciéndole, cuando esa discapacidad sea sensorial, “*los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos*”, así como el empleo de “*sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso*” -art. 25 párr. final LN-.

En la doctrina se ha venido discutiendo a quién resultaría de aplicación esta norma dados los términos de la disposición adicional 4^a de la LAPD, si sólo a la persona para la que se hubiera adoptado apoyos (voluntarios, judiciales o informales), por la referencia al “incapacitado” del anterior tenor del

³⁰ «No pueden testar:

1. La persona menor de catorce años.
2. La persona que en el momento de testar tenga afectadas las facultades necesarias para hacerlo.»

Veintiocho. El artículo 665 se redacta con el siguiente texto:

«Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud.»

³¹ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintisiete”, cit., p. 883.

art. 665 del CC (STS 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 9688)), o a cualquier sujeto con discapacidad que los precise. La norma no lo indica y, como bien señala ÁLVAREZ LATA³², debería haberse explicitado. La respuesta práctica que parece más plausible es que la imprecisión del art. 665 del CC aboca a una aplicación general. El precepto puede pensarse que comprende tanto a la persona con discapacidad que demanda apoyos ante el Notario, como a la que este profesional considere que los precisa, por conocer que están establecidos o valorar su necesidad sin hallarse previstos.

16. La LAPD coloca sobre los hombros del Notario la valoración del juicio de capacidad y decisión sobre la autorización del testamento de la persona con discapacidad, inclusive si el otorgante se encuentra ligado a una curatela representativa. Ello entraña la consiguiente responsabilidad profesional en cuanto al cumplimiento diligente de la correcta indagación y estimación de la capacidad de testar de aquella persona.

En este contexto la eliminación en el trámite parlamentario de la exigencia del informe de dos facultativos sobre la capacidad de la persona para la que se hubiera acordado las medidas de apoyo judicial, no deja de abrir un flanco propiciatorio a la impugnación testamentaria. Aunque nada impide que el Notario pueda solicitar ese auxilio cuando lo estime pertinente dentro de los “ajustes necesarios” al que le impele la LAPD, una previsión en tal sentido hubiera reforzado de manera más acabada el “juicio” notarial en este ámbito, como señalaba STS de 15 de marzo de 2018³³.

17. En este modelo de valoración de la capacidad jurídica testamentaria que ha transitado de la esfera judicial a la notarial³⁴, para los intereses de los herederos y legatarios, se augura como vital que las decisiones que adopte el Notario sobre los apoyos precisos para emitir esa declaración de última voluntad sean las atinadas. Son significativas las afirmaciones que a tal efecto se recogen en la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, para otorgar testamento en aplicación del art. 665 del CC.

Desde la premisa del art. 269 del CC, que prevé que para testar “la causa de denegación ha de ser una imposibilidad de hecho”, y el Notario debe prestar a la persona un apoyo institucional, se advierte que: a) el juicio de capacidad jurídica ha de versar sobre una situación de hecho caracterizada por su actualidad o coincidencia con el otorgamiento; y b) tal juicio ha de cobrar una nueva dimensión en tanto involucra a ese profesional. Y se afirma:

«ese juicio notarial de capacidad jurídica no puede ser en adelante tan solo “una enérgica presunción”, poco enérgica si resulta destruible sin más, mediante un dictamen médico forense basado en juicios a posteriori, sobre la racionalidad del *sujeto objeto de diagnóstico* o expresivo de su falta de conciencia respecto de sus propias deficiencias, desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el Notario. Habrá que probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento la persona no pudo expresar o conformar su voluntad, ni aun con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos el prestado por el propio Notario. Todo ello lleva a pensar, que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada».

18. Más allá de las indicaciones ofrecidas por el Consejo General del Notariado, que aconseja se documente en un acta previa los procesos y apoyos prestados para la autorización del testamento y emisión del juicio de la capacidad testatoria de la persona con discapacidad, no se puede obviar la realidad vivida hasta fechas recientes. En la práctica, incluso cuando la autorización del testamento de persona con discapacidad se encontraba respaldada por los informes positivos de los dos facultativos peritos

³² “Artículo 665”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Thomson-Reuters, 2021, p. 910.

³³ En tal sentido, M. GARRIDO MELERO, “El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y CALERA, Marcial Pons, 2020, p. 116.

³⁴ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintiocho”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. GUILARTE MARTÍN CALERO. Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 887 y 888.

médicos, las impugnaciones ante los tribunales no sólo han sido constantes sino que, una parte relevante de los procesos, han terminado con la declaración de nulidad del testamento, en virtud de otros informes médicos distintos a los que permitieron su autorización (SAP Badajoz de 24 mayo 2021 (Sección 3^a), núm. 117/2021 (JUR 2021\225215)).

En este punto la reforma no parece que evite la litigiosidad, ni que los parientes frustrados por las decisiones del testador con discapacidad, fallecido éste, se conformen con sus decisiones. La adopción por el Notario de las medidas de apoyo no suprime la facultad de impugnarlo, ni blinda inexorablemente su juicio positivo de capacidad, puesto que su criterio es jurídico técnico pero no médico pericial. Aun cuando se diga que el juicio notarial sobre la capacidad testamentaria resulta muy cualificado, no es una presunción “*iuris et de iure*”, ni conforma una decisión judicial, por lo que todo ello dependerá de la apreciación que realicen los tribunales. Y es que la negativa de un Notario a autorizar un testamento notarial ni limita, ni impide, que quien sin capacidad quiera otorgar su acto de última voluntad pueda finalmente lograrlo acudiendo a otro profesional. La reforma en este aspecto no parece que vaya a ofrecer mayor seguridad jurídica a los herederos y legatarios testamentarios, ni a mitigar la carga de trabajo de los Tribunales por impugnación de los testamentos notariales otorgados por personas con discapacidad.

19. En todo caso, las previsiones y cautelas reseñadas se encuentran referidas a las personas con discapacidad que han optado por realizar testamento notarial abierto. A pesar de lo que se ha sugerido por algunos autores³⁵, no parece que los términos del art. 665 del CC impliquen que quien precise apoyos para otorgar testamento sólo pueda emplear esta vía testamentaria para manifestar su última voluntad, por mucho que este precepto se encuentre en sede de disposiciones generales y se piense que es una salvaguarda razonable conforme al art. 12.4 del CDPD. Materialmente nada impide al discapaz la utilización de las otras vías testamentarias. Pero es que, además, tal interpretación lesiona, como ha puesto de relieve ÁLVAREZ LATA³⁶, los principios del art. 249 del CC. La testamentifacción es una de las facultades de la persona que se preserva en todo caso y queda incólume, sobre la que no cabe incidir en la sentencia de curatela aunque ésta sea representativa.

Desde luego, la opción del art. 665 CC es la deseable en virtud de las garantías que confiere al acto de declaración de última voluntad, pero la facultad de la persona discapaz para otorgar testamento ológrafo o bien notarial cerrado no se encuentra restringida. Cuestión distinta es el mayor riesgo de cuestionamiento e impugnación que, en tales casos, pueda sufrir su declaración de última voluntad. No se puede desconocer la potencia contradictoria que frente al principio de capacidad despliega la prueba que se lleva cabo de la situación de discapacidad psíquica o cognitiva que podría no haber concurrido en el momento de deponer la declaración de voluntad. Este es un problema que siempre ha estado presente en los testamentos ológrafos, como se ha puesto de relieve por la doctrina³⁷, y que conduce a que este tipo de testamentos sean campo abonado para su impugnación y litigiosidad.

1.2. El ajuste normativo del Fuero Nuevo al sistema de capacidad

20. Dispone la actual ley 184, con “ladillo” de *incapacidad para testar*, que *están incapacitados para testar*: “1. Las personas menores de 14 años. 2. Las personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar el testamento”.

Por lo que se refiere a las personas con discapacidad, añade el segundo párrafo del número 2, que: “*las personas cuya capacidad haya sido judicialmente modificada podrán otorgar testamento abierto siempre que dos facultativos designados por el notario respondan de su capacidad tras su reconocimiento a salvo aquellos supuestos en que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar*”.

³⁵ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Árbore Académica*, vol. 10, 2018, p. 464.

³⁶ “Artículo 665”, cit., p. 911.

³⁷ S. DÍAZ ALABART, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Editorial Reus, 2018, pp. 29 y ss.; N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 665”, cit., 911.

La norma recoge el sistema previo a la LAPD, en cuanto al reconocimiento de la capacidad para testar de las persona con discapacidad, con un dicción más acorde con los dictados de los tiempos y la sensibilidad social que la ofrecida por los reformados arts. 663 y 665 del CC. La carencia de un régimen propio en cuanto a la capacidad de la persona con discapacidad, que obliga a la heterointegración normativa con el Código civil, impone el ajuste de esta ley al nuevo escenario creado en este ámbito del ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

21. No parece que esta adecuación requiera de cambios profundos en el tenor del precepto.

La definición de la capacidad testamentaria, que se encuentra recogida en el párrafo primero de la ley 184.2 del FN, presenta una mejor técnica que el Código civil, por cuanto restringe tal facultad a quien carece *de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar el testamento*. En el ajuste al nuevo escenario de la LAPD bastaría con redefinir esa “capacidad natural” por la “capacidad de hecho” a fin de atender a la idea de igualdad en el ejercicio de aquella capacidad. Con ello, la regla no desconocería su valor de norma general aplicable a todo sujeto, que no sólo resulta de aplicación a la persona con discapacidad.

La eliminación del párrafo segundo del número 2 de la ley 184 del FN, en cuanto alude a un escenario que se ha querido que desapareciera, como es el de la modificación judicial de la capacidad de la persona, cumpliría con la otra exigencia que demanda el nuevo sistema, aun cuando para las situaciones de mayor intensidad en la discapacidad se halle prevista la curatela representativa.

De esta forma la ley 184 del FN delimitaría de una manera general, y no sólo centrada en el colectivo de las personas con discapacidad, quién carece de capacidad para otorgar testamento. Se mejoraría de esta forma la norma navarra frente a la dicción que ofrece el art. 663 del CC, en la que parece se ha olvidado que el precepto tiene vocación de generalidad y no sólo responde a la situación del discapaz.

Por otra parte, resulta indiferente, desde el plano jurídico, que se opte por mantener, o no, en la ley 184 del FN el “ladillo” del precepto “incapacidad para testar”, aun cuando se haya cambiado ese término en el art. 663 del CC por “no podrán testar”. Más allá del gusto estético, por una hipotética evocación del sistema anterior, ambas fórmulas ofrecen jurídicamente el mismo sentido que, además, resulta aplicable a todo sujeto.

22. En el camino que ha de transitar el legislador foral ha de ponerse de relieve que la materia que nos ocupa no forma parte de la segunda reserva establecida en el art. 149.1.8 de la CE. Navarra cuenta con una regulación tradicional en materia de capacidad y la existencia de una conexión institucional suficiente para el desarrollo normativo en esta materia resulta palpable. Buena prueba de ello son las divergencias entre el Código civil -art. 688- y el Fuero Nuevo -ley 190- en cuanto al régimen del testamento ológrafo, con un regulación actual, ley 190 del FN, que otorga capacidad para testar al “menor emancipado” y no sólo al “mayor de edad”.

23. Igualmente, teniendo en cuenta que la adecuación del Derecho civil de Navarra ha de acomodarse a la CDPD, y no necesariamente a la LAPD, cabría pensar en ajustar los términos del párrafo 2º de la ley 184 del FN para permitir que el Notario pueda apoyar su valoración sobre la capacidad del testador, no a título individual sino por requerimiento legal, con el auxilio del dictamen de dos expertos facultativos. Ello reforzaría las facultades que se le conceden a este profesional en cuanto a la apreciación de la aptitud del sujeto y su juicio sobre la capacidad testamentaria cuando sea objeto de discusión ante los tribunales, como se planteó en el Proyecto de la LAPB³⁸, sin limitarse a la intervención testamentaria de la persona con discapacidad³⁹. Esta previsión resulta especialmente importante para un sistema

³⁸ En la primera redacción del Anteproyecto y el Proyecto, el art. 665 del CC disponía: “Si el que pretende hacer testamento se encontrará en una situación que hiciera dudar fundamentamente al notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, éste designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”.

³⁹ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintiocho”, cit., pp. 887 a 889; M.T. ECHEVERRÍA DE RADA, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, dirs. M. PEREÑA VICENTE, y M.M. HERAS HERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 548 y ss.

como el navarro, sin legítimas materiales y en el que rige una amplia libertad de testar, pues robustece la eficacia de las disposiciones “mortis causa” voluntarias cuando los testamentos sean otorgados por personas con dificultades de comprensión, vulnerables o con patologías mentales difíciles de evaluar. El mantenimiento de esta exigencia formal en los testamentos notariales sería un baluarte para la defensa de la idiosincrasia sucesoria y libertad dispositiva foral, así como para las decisiones del disponente no aceptadas por los herederos legales que pretendan su impugnación.

24. El texto del Anteproyecto de Ley Foral de atención a las Personas con Discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos (APLFPDN) que se impulsa por el Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra desconoce algunos de los parámetros y singularidades que se han descrito del régimen sucesorio foral.

La reforma que postula para la ley 184 del FN mantiene el ladillo de “incapacidad para testar”, si bien modifica en su contenido la terminología por “no pueden testar”. Conforme a la propuesta de regulación, no podrán testar en Navarra, como ya se señalara antes, los “menores de 14 años”. Junto a ellos, con reformulación de su dicción, se les restringe la facultad de testamentifacción a “*las personas que carezcan de capacidad de hecho de entender y expresar la voluntad en el momento de otorgar el testamento ni aun con medios o apoyos para ello*”.

La fórmula empleada mimetiza la regulación que ofrece el Código civil, arrastrando las deficiencias técnicas puestas de relieves por la doctrina. Olvida que esta regla sobre capacidad es de aplicación general para toda persona y no sólo se refiere a quien precisa “apoyos”, la persona con discapacidad, para otorgar testamento. Obvia, además, la posibilidad de que la valoración notarial sobre la capacidad pueda estar legalmente avalada por el juicio técnico de dos facultativos sobre la “capacidad de hecho” de la persona con discapacidad, que en un sistema como el navarro, de amplia libertad dispositiva, podría conjurar y atemperar la litigiosidad.

2. Incapacidad para heredar de tutores, curadores y personas físicas y jurídicas que atienden a la persona. Recepción de liberalidades

2.1. El régimen introducido sobre la incapacidad hereditaria por LAPD

25. En el contexto de ajuste al nuevo sistema de apoyos, el legislador estatal ha adecuado también el régimen de incapacidades para recibir por vía testamentaria. Las tradicionalmente previstas para el tutor y curador del causante se han restringido, en el caso de la persona con discapacidad, en el nuevo tenor del art. 753 del CC, a una concreta medida de apoyo de carácter judicial: la curatela representativa funcional. Planteada en el tenor del precepto como una presunción *iuris et de iure* y sin prueba en contrario que salve su validez⁴⁰, tal configuración como prohibición legal no se puede desconocer que ha sido discutida doctrinalmente, respecto al art. 752 del CC, y relativizada por la jurisprudencia más reciente en función de la efectiva voluntad testamentaria⁴¹.

26. La nueva regla sobre la incapacidad para heredar del “curador representativo” se completa con las excepciones tradicionalmente previstas cuando el desempeño de ese cargo se efectúa por quien

⁴⁰ Cf. L. PÉREZ GALLARDO, “El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el derecho español)”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, dirs. M. PEREÑA VICENTE, y M.M. HERAS HERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 562 y 563.

⁴¹ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 753”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5^a ed., 2021, p. 1003; A.L. CABEZUELO ARENAS, “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)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2015, p. 3; S.R. DE SALAS MURILLO, “Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 35, 2019, p. 15; M.P. REPRESA POLO, “La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual. La reforma del art. 753 CC”, *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Reus, 2022, pp. 50 y ss.

es un pariente cercano del testador -ascendientes, descendiente, hermanos o cónyuge-. Este régimen ha sido ampliado por la LAPD a todos los sujetos que ejerzan el cargo o la función de “curador o cuidador” y sean “*pariente(s) con derecho a suceder ab intestato*” -art. 753, párr. 4^o del CC-, lo que supone que también quedan incluidos en el régimen de excepción los colaterales hasta cuarto grado. Se comparten en estos casos las razones ponderadas para excluir la aplicación de esa prohibición: el afecto que media con el causante y la concurrencia de derechos hereditarios -en algunos casos como legitimarios-. El peligro de la posible captación de voluntad por parte de esos parientes se conjuga con el recurso a la impugnación testamentaria si se acredita la concurrencia de un vicio de la voluntad -art. 673 del CC-.

27. No queda incluido en ese régimen la pareja de hecho de la persona con discapacidad que desempeñe el papel de curador representativo o cuidador del causante. Decisión legislativa sometida a crítica fundada pues, aun cuando la pareja de hecho carece de derechos legales en la sucesión intestada del Código civil, desde la reforma del 2015 se le ha atribuido un estatus asimilado al cónyuge en cuanto al tratamiento de las causas de indignidad -art. 756, 1 y 2 del CC-. El Estado tampoco queda excluido de esa incapacidad para heredar, aun cuando sea llamado a la sucesión legal, puesto que en sentido estricto el art. 753, párr. 4^o del CC libera de la prohibición a quien sea pariente del testador⁴².

28. Junto a las expuestas, la LAPD ha introducido un nuevo elenco de incapacidades relativas en el párrafo 2^o del art. 753 del CC. Estas se suman a las históricamente previstas en los arts. 752 y 754 del CC, en atención a la posible captación de voluntad, del sacerdote que hubiera confesado al testador en su última enfermedad, del Notario y sus parientes, y de los testigos que intervinieron en la declaración testamentaria.

Dispone el nuevo tenor del art. 753, párr. 2^o del CC que: “*Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos*”.

Las incapacidades relativas descritas se presentan como una garantía para la libertad dispositiva del causante a fin de que su declaración de voluntad esté libre de la “influencia indebida” o captación de voluntad⁴³. Esta es una respuesta automática y objetiva a la situación de dependencia de la persona como interno de un establecimiento de salud o asistencial, más allá de que objetivamente se encuentre en una posición de sujeción y vulnerabilidad, lo cual parece contradictorio con el espíritu del art. 12 de la CDPD y la declaración de su plena capacidad. El legislador presume la captación de voluntad o influencia indebida “*iuris et de iure*” aunque, en aras del respeto a la voluntad del testador y acomodo con la Convención, tal presunción tendría que estar configurada legalmente como “*iuris tantum*”. El valor que confieran los tribunales a la prueba sobre la libre decisión del testador, en cuanto a las disposiciones que éste realice en este contexto vedado por el legislador, puede llevar a que en la práctica se modalice tal previsión aplicando los principios de la Convención⁴⁴.

Desde la perspectiva del testador, el art. 753, párr. 2^o del CC fija una limitación a su capacidad dispositiva que, en cuanto restrictiva de su libertad, ha de ser interpretada en sus propios términos, lo que implica que deban darse acumulativamente dos presupuestos. De un lado, que el testador se encuentre internado en un centro público o privado -residencia asistencial, geriátrico, establecimiento sanitario, etc.-; y, de otro, que el motivo del internamiento sea por “salud o asistencia”. Por tanto, no parece que puedan presumirse inválidas las disposiciones otorgadas por la persona a favor de los centros o sus titulares o trabajadores antes del ingreso en el establecimiento, ni tampoco las que concluya una vez haya abandonado el mismo. El hecho de entrar a residir o haber estado ingresado no son datos que por sí tengan que ser estimados como anuladores de la capacidad decisoria si no van acompañados de otras

⁴² N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 753”, cit., p. 1004.

⁴³ L. PÉREZ GALLARDO, “El testador vulnerable y las influencias indebidas”, cit., pp. 570 y ss.; M.P. REPRESA POLO, “Treinta y cinco”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUI-LARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 918 y 919; M.P. REPRESA POLO, “La prohibición”, cit., pp. 71 y ss.

⁴⁴ En este tema no parece haber reparado el legislador en la situación, en muchos casos común, de que el testador prefiera disponer de sus bienes a favor de quienes le han cuidado y atendido antes que a los parientes que no se han preocupado de él, ni tenido contacto asiduo.

pruebas que acrediten la carencia de una correcta formación de la voluntad. Tampoco me parece que han de quedar afectadas por esa presunción de captación de voluntad y, consecuente invalidez, las disposiciones que se efectúen por quien se encuentre residiendo a voluntad propia por motivos ajenos a la “salud o asistencia”. En la situación de quien conserva la libre movilidad y autonomía para residir, siendo independiente y no requiriendo una “asistencia” especializada -por ejemplo, en un régimen de coliving o apartamento tutelado-, no hay justificación suficiente para que el libre ejercicio de su capacidad dispositiva “mortis causa” quede limitado, y sea de aplicación el régimen restrictivo del art. 753.2 del CC.

En realidad, puede pensarse que habría sido más acorde con el espíritu de la Convención no disponer de un régimen, como el fijado, que si se interpreta como presunción “iuris el iure”, cabe que deje sin efecto la verdadera voluntad del causante y que, en otro caso, dificulte su efectividad. Al legislador le hubiera bastado con aplicar las precauciones que se disponen en el art. 753, párr. 3º del CC para la validez de las disposiciones a favor de las personas físicas que han prestado al testador “servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga”; esto es, la necesidad de que aquellas se efectúen en testamento notarial abierto. La garantía de la intervención notarial de que la voluntad testamentaria no se halla mediatizada, y es querida por el disponente, no sólo se ajusta a los principios generales que pretende imponer la LAPD, sino también al papel que ésta ha atribuido a ese profesional como árbitro y apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

2.2. El disímil tratamiento de los actos de liberalidad

29. El régimen descrito sobre la disposición “mortis causa” contrasta notablemente con la regulación que la LAPD ha realizado, en determinados aspectos, sobre la capacidad de la persona con discapacidad para disponer “inter vivos” a título de liberalidad.

Así, partiendo de la plena capacidad dispositiva de los bienes que son propios, y que se predica de toda persona mayor de edad, se prevén en el art. 251 del CC, de manera objetiva, las restricciones al ejercicio de esa capacidad jurídica⁴⁵. En el caso de las liberalidades ordenadas por la persona con discapacidad, se establece la prohibición “a quien desempeñe alguna medida de apoyo” de “recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor” -art. 251.1 CC-. Como en la regulación precedente, desde que se inicia la función de apoyo hasta que se extingue con la aprobación definitiva de la gestión, se pretende conjurar el abuso de influencia o captación de la voluntad de la persona con discapacidad por quienes deben prestarle apoyo.

Esta regla se aplica a toda persona que auxilie a la persona con discapacidad, y no sólo a quien sea curador representativo, como dispone el art. 753 del CC para las disposiciones “mortis causa”; contradicciones del sistema que han sido criticadas doctrinalmente por cuanto las posibilidades de captación de la voluntad de la persona con discapacidad se pueden producir en ambos escenarios⁴⁶. Cuando el disponente con discapacidad haya previsto medidas de apoyo voluntarias para el ejercicio de su capacidad jurídica, su carácter voluntario le permitirá liberar a los destinatarios de las liberalidades de las restricciones que marca el art. 251 del CC, siempre que lo establezca de manera expresa en el documento en el que instituyó esos apoyos voluntarios -art. 251, in fine CC-.

30. Por otra parte, la LAPD ha prohibido que los apoyos puedan dispensarse por quienes “en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”-art. 250 in fine⁴⁷-. Por tanto, estos centros o personas no se hallan materialmente incursos en las restricciones impuestas por el art. 251 del CC para recibir liberalidades

⁴⁵ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 251”, Comentarios al Código civil, coord. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO R., Thomson-Reuters, 2021, pp. 475 y 476.

⁴⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Artículo 251”, Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 554 y ss.

⁴⁷ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 251”, cit., pp. 472, 473 y 474.

“inter vivos” de quien acojan o asistan, aunque sí lo estén “mortis causa” conforme al art. 753 del CC⁴⁸.

La incoherencia del sistema resulta palpable, aunque se piense que en los actos de liberalidad “inter vivos” o bien el disponente tiene capacidad y hay que estar a lo que desee, o quien asista a aquél tendrá que ocuparse de esos lances y otorgar el apoyo correspondiente. Ciertamente, si media una curatela representativa, el art. 287.3 del CC⁴⁹ requiere para la validez de ese acto de la autorización judicial, salvo que las liberalidades “tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”. Pero, tratándose del resto de medidas de apoyo, nada se indica ni prevé en la LAPD.

31. La perplejidad resulta mayor cuando se comprueba que se ha dispuesto un régimen estricto en el art. 753, párr. 2º del CC, por la hipotética captación o influencia indebida del testador, cuando los únicos beneficiados son los causahabientes, mientras que se omite la cuestión para los actos de liberalidad “inter vivos” -donaciones- que inciden directa y personalmente en el patrimonio de la persona con discapacidad, con necesidades vitales presentes y efectivas. En tal caso, la hipotética aplicación analógica del art. 753 del CC⁵⁰ no dejará de chocar con el axioma del libre ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones al resto que postula el art. 12 de la Convención, y la interdicción de la extensión normativa de la restricción en el ejercicio de los derechos.

Como posible solución, si se trata de bienes recibidos por causa liberal, cabe pensar en que se tenga en cuenta esta eventualidad, y se incluya por quien disponga *de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo*, un régimen de control y administración del patrimonio estableciendo *las reglas de administración y disposición de aquellos*, con designación de “*la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades*”, además de “*los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas*”; aspectos que expresamente contempla el actual art. 252 del CC, pero que siempre ha sido posible instaurar conforme a las reglas generales de ese negocio jurídico.

2.3. La innecesaria extensión de esas reglas a Navarra y otras modificaciones necesarias

32. Por lo que se refiere a Navarra, la vigente normativa ofrece una respuesta completa que encaja sin contradicciones con el espíritu de la CDPD y el sistema de tutela y curatela fijado por la LAPD, que son fruto de la reforma de 2019 del Fuero Nuevo en la que se procedió a fijar previsiones específicas sobre las reglas de capacidad para adquirir -leyes 152⁵¹ y 153 FN- y se eliminó las remisiones que se efectuaban a la normativa del Código civil.

Así, la ley 152 de FN, que regula “la capacidad para adquirir”, partiendo del principio de libertad dispositiva que preside el ordenamiento civil navarro, prevé las incapacidades relativas de adquisición de las disposiciones a “título lucrativo” efectuadas tanto “inter-vivos” como “mortis causa”.

En su número 1, la ley 152 del FN somete a esa prohibición legal a aquellas “*personas que hayan intervenido para la formalización del acto*” dispositivo. Los amplios términos de la norma implican que to-

⁴⁸ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 753”, cit., pp. 1003 y 1004.

⁴⁹ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Artículos 287, 288, 289 y 290”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 807 y ss., entiende aplicable esta previsión para el supuesto en el que la persona no puede expresar su voluntad, deseos y preferencias, pero se llega a la conclusión de que éste desea tal disposición aplicando el canon de su trayectoria vital y con prospectiva de la voluntad del representado.

⁵⁰ Cf. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: viejos principios para interpretar nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, M. Bosch-Wolters Kluwer, 2021, pp. 125 y ss., quien plantea que las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas con discapacidad, que no son excepcionales ni punitivas por mostrarse conforme a los principios de prohibición de la autocontratación, del abuso y del fraude, bien pueden interpretarse extensivamente en caso de duda, “porque a mayor alcance de la prohibición, mayor autonomía se reconocerá en favor de las personas con discapacidad”.

⁵¹ A. PANIZA FULLANA, “Ley 152”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 667 y 668.

dos los sujetos que intervengan en la formalización de un acto de esta índole -fedatarios, testigos, etc.- queden incurso en tal situación, en aras de evitar la captación o manipulación de la voluntad del disponente.

En el número 2 de la ley 152 del FN, se restringe esa posibilidad de recepción de bienes a “*los tutores o curadores respecto a las personas sometidas a su tutela o curatela antes de la extinción de sus cargos o de ser aprobadas definitivamente las cuentas, salvo que sean descendientes, cónyuge o pareja, ascendientes o hermanos del disponente*”. Estas previsiones, fruto de la reforma de Ley Foral 21/2019, 4 de abril, aplicadas en su literalidad suponen en el nuevo contexto que la prohibición de recepción de liberalidades “*inter vivos y mortis causa*” se aplicará a todo “curador”, ya sea representativo o asistencial. No hay una fragmentación del sistema, como acontece en el régimen del Código civil que limita esa prohibición legal al “curador representativo” para las disposiciones testamentarias en el art. 753, párr. 1º del CC, mientras que la aplica a todo curador en las donaciones “*inter vivos*” -art. 251.1 CC-. Desde esta perspectiva, la disciplina navarra no sólo resulta más armónica sino también más coherente con el espíritu que fundamenta esas prohibiciones.

En esta misma línea, la inclusión en el elenco de excepciones de la pareja de la persona con discapacidad, habiendo sido designada “curador” -asistencial o representativo-, supone una mejora indudable del régimen, que se ajusta certeramente al sentir social y a su estatus familiar, al que no se anudan derechos sucesorios legales aunque sí los que se le atribuyan voluntariamente -ley 113 del FN-.

33. A esta regulación se une la contenida en la ley 153 del FN que, con el “ladillo” “requisitos para adquirir en casos especiales”, regula el régimen de las disposiciones realizadas a quienes prestan servicios asistenciales o residenciales. La norma persigue proteger al disponente con un planteamiento más acorde al espíritu de la CDPD y el reconocimiento a toda persona de la plena igualdad en el ejercicio su capacidad jurídica⁵².

Esta ley 153 del FN, que encontró su inspiración en las previsiones acogidas sobre la inhabilidad sucesoria del art. 412,5.2 del CCCa⁵³, dispone 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*». Se ofrece de esta manera una respuesta coherente y más acabada a una cuestión que no se limita a los actos de disposición “*mortis causa*”, según plantea el art. 753, párr. 2º del CC, sino a todo acto de liberalidad, la posible captación de voluntad o influencia indebida por quienes contractualmente han prestado o presten al disponente en situación de vulnerabilidad servicios de atención, cuidado o asistencia.

34. La respuesta legislativa del Fuero Nuevo, concurriendo esas circunstancias, no lleva aparejada una restricción de la facultad dispositiva. La norma foral no estima por sí que quien contractualmente presta atención y servicios al disponente se encuentre sujeto a una prohibición legal de recibir otra cosa que no sean regalos de mera cortesía y, por tanto, que la atribución que se realice sea inválida. Permite que el disponente, si esa es su efectiva voluntad, pueda instituir a aquellos como herederos, legatarios, donatarios, etc. en el ejercicio de su capacidad jurídica, como el resto de las personas, siempre que las instituciones se recojan “*en documento otorgado bajo la fe pública notarial*”. Esta exigencia “*ad solemnitatem*” es la que garantiza la libre conformación de la voluntad, de ahí que su incumplimiento determine la nulidad de la disposición realizada⁵⁴. Estas atribuciones efectuadas quedarán amparadas por el juicio emitido por el Notario sobre la aptitud del disponente y su voluntad. Su impugnación por los posibles causahabientes legales, a través de la acción de la anulabilidad de la ley 21 del FN, por un

⁵² A. PANIZA FULLANA, A., “Ley 152”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 667 y 668.

⁵³ 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, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”.

⁵⁴ Cf. A. PANIZA FULLANA, “Ley 153”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. F. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 669 y 670.

hipotético abuso de influencia o influencia indebida, se enfrentará al valor que confieren los Tribunales al juicio notarial sobre capacidad y libertad volitiva del atribuyente en un tiempo y espacio concreto, que es algo más que una mera presunción destruible cuando interviene ese profesional⁵⁵.

35. La fórmula que ofrece el Fuero Nuevo parece acertada. Conjuga las precauciones lógicas sobre quien se encuentra en una posición vulnerable con el reconocimiento del libre ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que cabe pensar que en este tema el régimen civil navarro no sólo no precisa ajuste sino que sus previsiones tienen un mejor acomodo con el art. 12 de la CDPD.

36. Sin embargo, hay otras normas relativas al régimen sucesorio y de las liberalidades que sí requieren la intervención del legislador foral por cuanto la efectividad de sus disposiciones se condiciona al anterior sistema de la “capacidad modificada”.

Este es el caso, dentro del elenco de las causas específicas de incapacidad para heredar por indignidad que acoge la ley 154 del FN, de la concreta situación que se plantea en su número 7, que sanciona con ese efecto al que “*por resolución judicial firme haya sido ... removido del ejercicio de la tutela, curatela, acogimiento familiar o guarda del causante menor o con capacidad modificada judicialmente, por causa que le sea imputable*”. El sentido de esa indignidad se conecta con la sanción civil que se anuda al incumplimiento grave de los deberes que competen a los titulares de esos cargos y que determinan que, por decisión judicial, sean removidos ante la desatención o infracción grave de sus obligaciones.

37. Este planteamiento, que resultaba claro y acomodado al sistema anterior de protección y guarda de menores y mayores de edad, se formula de una manera confusa en la propuesta de reforma del APLFAPD.

En el nuevo tenor que se postula para el número 7 de la ley 154 del FN, será indigno para adquirir: “*El que, por resolución judicial firme, haya sido removido de la curatela o se haya decidido la extinción de la provisión de apoyos, a la persona causante con medidas de apoyos establecidas para el ejercicio de su capacidad jurídica, por causa que le sea imputable*”.

Como se puede observar, la referencia que se realiza a la remoción se vincula a la “curatela”, lo cual hace que sea incompleta la previsión si se pretendiera aplicar a las medidas formales de apoyo. Incurros legalmente en la “remoción del cargo” por decisión judicial están el curador -art. 278 del CC- y el defensor judicial -art. 296 del CC-, por lo que la intelección de esa ley 154.7 del FN en sus propios términos implicaría, en puridad, que esa causa de indignidad fuera de aplicación sólo al primer supuesto referido.

La norma alude también, en el ánimo de extender esa incapacidad al guardador de hecho, a la persona sobre la que “*se haya decidido la extinción de apoyos*”, formula imprecisa que generará problemas de interpretación, aunque se esté pensado en la aplicación del supuesto 4º del art. 267 del CC por decisión judicial que la decreta dada la existencia de un mal comportamiento por parte del guardador de hecho respecto de la persona con discapacidad, la que se quiere indicar a través de la expresión “*por causa que le sea imputable*”; aunque su literalidad vaya más allá. El tenor previsto no deja de resultar perturbador y, de prosperar, puede augurarse como una fuente segura de conflictos ante los tribunales.

De un lado, la norma no aquilata quién debe adoptar esa decisión, hallándose previsto en el art. 267⁵⁶ del CC que la extinción de la guarda de hecho pueda provenir tanto por la decisión de la persona

⁵⁵ En este sentido resulta significativa la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela, n.º 3, n.º 145/2020, de 9 de diciembre 2020, en la que frente a la alegación de abuso de influencia e impugnación del testamento de hermandad otorgado ante Notario, que cuestionaba la capacidad de los testadores, se valora la insuficiencia de pruebas para destruir la presunción de capacidad testamentaria de los disponentes.

⁵⁶ La guarda de hecho se extingue:

- 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
- 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
- 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.
- 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

apoyada, como por quien presta el apoyo, como por un tercero que muestre su voluntad de ser guardador o por el Ministerio Fiscal interesándola a la autoridad judicial quien la acordará por considerarlo conveniente, lo cual no implica que el motivo de ello sea un acto censurable o reprochable, sino meramente conveniente.

De otro, no se puede desconocer que la guarda de hecho es una “medida informal”. En el plano jurídico el guardador de hecho constituye una figura fáctica, espontánea y voluntaria. El guardador de hecho no se encuentra vinculado con obligaciones legales previas respecto de la persona que apoya y, por mucho que se indique que la “guarda de hecho” es la figura central del nuevo sistema, su posición jurídica cuando comienza su actuación, pues con anterioridad nada le es exigible, no va más allá de la del “gestor de negocios ajenos” -ley 560 FN-, lo que implica legalmente que sólo pueda requerírsele “terminar la gestión comenzada y rendir cuentas de la misma”. No es un cargo obligatorio, sujeto al régimen de excusas -art. 279 del CC-, ni tienen las obligaciones legales que se imponen al curador, y por extensión al defensor judicial -arts. 282 y ss. del CC-, cuyo incumplimiento conlleva la “remoción” de un cargo para el que fue previamente nombrado. No cabe tampoco atribuirle más responsabilidad que la que se deriva de su situación como gestor oficioso. Esta es la razón de que la incapacidad para heredar sólo se establezca en el Código civil en cuanto a la curatela y en tanto haya existido la “remoción” en su ejercicio respecto de “una persona con discapacidad por causa que le sea imputable” -art. 756.2, párr. 3º CC-, teniendo en cuenta que la incapacidad para heredar supone una sanción civil.

38. El otro aspecto normativo que requiere de reformulación incide en la previsión de la ley 151.2, in fine del FN, atinente a las disposiciones a título de liberalidad. Esta ley, en la que se desarrolla uno de los “principios fundamentales” del régimen navarro sobre “donaciones y sucesiones”, fija las reglas generales para el caso de que en “cualquier acto de liberalidad”, por tanto “inter vivos” o “mortis causa”, se faculte a “una persona para disponer en caso de necesidad”.

En defecto de una voluntad explícita del disponente, las reglas supletorias que resultan de aplicación son, de un lado, que la apreciación de esa necesidad quede al libre arbitrio de quien haya sido designado disponente de ese bien, que se piensa en general para el supuesto del usufructo voluntario, pero también para la sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo⁵⁷; y, de otro, que en caso de que se imponga en el título de constitución la autorización por una o varias personas para tal disposición, la exigencia devenga ineficaz si éstas “hubieren fallecido, renunciado o se hubiere modificado judicialmente su capacidad con afectación a tal facultad, a no ser que las personas a quienes corresponda prestar el consentimiento hubieren sido determinadas en razón del cargo o función que ocupen”.

La adecuación normativa en ese supuesto tendrá que pasar por la eliminación de la referencia a la capacidad del autorizante que hubiera sufrido su modificación judicial. El mantenimiento del sentido último de norma implicará que no resulte precisa aquella autorización en el caso de que el autorizante careciera de capacidad de hecho para el ejercicio de tal función. Desde esta perspectiva, la referencia a la discapacidad del autorizante que se adopte en la norma parece que tendría que estar referida al supuesto en el que la persona se encuentre en la situación de mayor intensidad de apoyo; esto es, cuando dependa para el ejercicio de su capacidad jurídica de un curador representativo.

Este es el criterio que se ha propuesto por el APLFPD en la reescritura de la ley 151.2 del FN que, en cuanto a aquella circunstancia de disposición en caso de necesidad, señala que “si se facultare para disponer solo con la autorización de persona o personas físicas determinadas, esta limitación quedará sin efecto si aquellas personas hubieren fallecido, renunciado o se hubiere establecido *curatela representativa para el ejercicio de su capacidad jurídica* con afectación a tal facultad, a no ser que las personas a quienes corresponda prestar el consentimiento hubieren sido determinadas en razón del cargo o función que ocupen”.

Con todo, esa regla plantea todo el elenco de incertidumbres e inseguridades que arrostra el nuevo sistema de apoyos. Aunque el sujeto autorizante esté sometido a una curatela representativa, ya que el ejercicio de la facultad de autorización descrita en la ley 151 in fine del FN no parece que permita la ac-

⁵⁷ A. PANIZA FULLANA, “Ley 151”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 663 y ss.

tuación por representante -salvo disposición expresa del instituyente-, nos encontraremos con que habrá de valorarse en cada momento si el autorizante posee capacidad suficiente para el ejercicio de esa facultad. La presunción de plena capacidad del autorizante implicará que, en el caso de que éste niegue la autorización, existiendo indicios de su falta de discernimiento, se tenga que acudir a los tribunales para obtener esa.

3. Eliminación de la sustitución ejemplar: triunfo de la interpretación estricta consagrada en el Fuero Nuevo

39. En este cambio de paradigma que ha supuesto la reforma de la sustitución de protección del colectivo vulnerable por el modelo de su autonomía de la voluntad y libertad para la toma de decisiones, se ha considerado por el legislador estatal que debía suprimirse la figura de la sustitución ejemplar⁵⁸.

Esta figura histórica, que arranca del Derecho Romano, tras diversos vaivenes en su tramitación parlamentaria⁵⁹, ha sido finalmente eliminada con el argumento de que la sustitución ejemplar implica testar por otro y ello cercena la plena autonomía de la persona con discapacidad en su capacidad dispositiva “mortis causa”. Ello, se dice, resulta contrario a la CDPD, a pesar de que voces autorizadas⁶⁰ han puesto de relieve la lectura rígida y dogmática que para ello se ha realizado del art. 12 de la CDPD, haciendo además notar el desconocimiento que evidencia el legislador de la realidad. Pues, como se ha manifestado por los autores, hay personas que desde su nacimiento tienen una situación de discapacidad intelectual intensa que les va a impedir otorgar testamento y, con la supresión de la sustitución ejemplar, a quienes se va a beneficiar son a sus herederos intestados, por muy mal que se hayan portado con ellas⁶¹.

40. La célebre frase de Julius Hermann von Kirchmann, bastan “sólo tres palabras del legislador para destruir bibliotecas enteras”, resulta plenamente aplicable a lo que ha sucedido con el art. 776 del CC. No en vano la sustitución ejemplar ha sido una de la figuras sobre las que la doctrina ha debatido durante décadas, pues la escueta regulación que acogía el Código civil planteaba múltiples incógnitas, facultando interpretaciones antagónicas sobre su contenido y significado.

41. El legislador de 2021 ha partido del apriorismo que la regulación contenida en el Código civil se identifica con una de las concepciones que se postularon doctrinalmente sobre la sustitución ejemplar, la tesis tradicional o amplia, que entendía esta figura ligada a sus orígenes históricos. Desde este punto de vista, la figura se explicaba como una suerte de testamento por comisario o representante legal, que permitía que el testador, ascendiente, pudiera regular la sucesión de su descendiente “incapacitado”, para el caso de que éste no pudiera testar⁶². Se suplía la falta de testamentifacción activa del

⁵⁸ Cf. J.P. APARICIO VAQUERO, “Artículo 776. Supresión del precepto”, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirs. M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ, Civitas Thomson-Reuters, 2022, pp. 550 y ss.

⁵⁹ En el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad se planteó la derogación del art. 776 del CC. El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno corrigió esta decisión, ofreciendo una regulación adaptada a la Convención de Nueva York. Finalmente, el art. 776 del CC se ha suprimido por las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Unidas Podemos (n^{os} 173 y 202) con el argumento que “la figura de la sustitución ejemplar supone testar por otro, lo que no es conforme con la Convención”; incluyéndose en el Senado, mediante la enmienda n^o 237 del Grupo Socialista, su improvisado régimen transitorio en la disposición transitoria 4^a.

⁶⁰ Cfr. C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Treinta y siete”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN CALERO, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 928 y ss.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, Bosch-Wolters Kluwer, 2021, pp. 670 y ss.; N. ÁLVAREZ LATA, “Art. 776”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5^a ed., 2021, pp. 1032 y 1033; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, *El nuevo derecho de las capacidades*, dirs. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, y E. TORAL LARA, La Ley-Wolters Kluwer, 2022, pp. 441 y ss.

⁶¹ I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*, Francis Lefevre, Madrid, 2021, n^o 1702, p. 177.

⁶² Cf. M. ALBALADEJO GARCÍA, “Artículos 775 y 776”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, T. I, 1991, pp. 1902 y ss.

“incapacitado”, que en otro caso abocaba a que sus bienes fueran repartidos conforme a la sucesión intestada, potenciando el interés y dedicación de los sustitutos ejemplares por la atención y cuidado del sustituido en situación de discapacidad.

Cabe recordar que frente a este planteamiento se vino propugnando una interpretación estricta⁶³, en atención al carácter personalísimo de la testamentifacción postulada en el Código civil -art. 670 CC- y la desaparición del contexto histórico en el que aquella surgió, con una patria potestad entendida como poder absoluto. La sustitución ejemplar, bajo esta óptica, sería una modalidad de sustitución de tipo fideicomisario, de carácter preventivo, en la que los bienes sobre los que se ordena la sucesión serán los dejados por el propio testador, causante sustituyente, y no todos los que integran el patrimonio de la persona sustituida “incapacitada”.

La valoración del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de esta figura no fue lineal. Así, mientras en sus sentencias de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre 1915 y 10 de diciembre de 1929 se decantó por la tesis tradicional, posteriormente en la STS de 20 de marzo de 1967 asumió el planteamiento restrictivo que la identificaba con una sustitución fideicomisaria condicional. Regresando finalmente a la postura clásica o tradicional en sus sentencias de 20 de mayo de 1972, 21 de mayo de 1992, 26 de mayo de 1997, 18 de julio de 1998, 7 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7257) y 14 de abril 2011 (RJ 2011/2753).

42. La utilidad advertida de este instrumento sucesorio ha llevado durante décadas a que se postulara el desarrollo de su regulación en el Código civil⁶⁴, realzando la bondad y oportunidad que ofrecía para atender las necesidades de las personas con discapacidad conformes con el espíritu de la CDPD⁶⁵. Este planteamiento, que fue inicialmente acogido en el Proyecto de la LAPD⁶⁶, ha sido el que al final se ha desechado en la tramitación parlamentaria de la Ley⁶⁷.

43. La derogación del art. 776 del CC por Ley 8/2021 ha supuesto el cierre de un ciclo. La solución que ofrece el CC para el supuesto de que el ascendiente se preocupe por el futuro sucesorio de su descendiente con discapacidad queda limitada, más allá de la constitución de los patrimonios protegidos o la institución conforme al art. 808 del CC, a los bienes que aquel le pueda dejar a éste. Pasa por el

⁶³ Cf. J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, Ed. Bosch, 5ª ed., 1993, pp. 316 y ss.; V. MONTÉS PENADES, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 184.

⁶⁴ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, 2018; “Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas”, *RJN*, n.º 111, jul-dic, 2020, pp. 256-259; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “La sustitución ejemplar en el Código Civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad”, *En un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Argentina, 2021, pp. 441 y 442, n. 16; I. VIVAS TESÓN, “El ejercicio de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, coords. S. DE SALAS, S. MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO, Tirant lo Blanch, 2019, p. 431.

⁶⁵ En este sentido DE C. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar*, cit., pp. 196 y ss. proponía, entre otros aspectos para el desarrollo ajustado a la CDPD, la exigencia de que el sustituto prestara al sustituido toda la ayuda y atención debida para recibir la herencia, así como que la institución se reservara para las personas que precisaran medidas de protección muy extensas.

⁶⁶ 1. El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a curatela representativa. Si bien la sustitución será ineficaz, si el descendiente ha otorgado testamento válido antes o después de dictarse las medidas de apoyo o si éstas hubieran quedado sin efecto con anterioridad a su fallecimiento.

2. El ascendiente deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del sustituido.

3. La sustitución ejemplar comprenderá la totalidad de los bienes del sustituido.

4. En el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución, se preferirá la disposición realizada por el ascendiente fallecido, de grado más próximo. Si son del mismo grado, se atenderá a las disposiciones de todos, si son compatibles. Si no lo son, prevalecerá la de cada 1 en lo que hubiera dejado al descendiente y el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente.

⁶⁷ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Treinta y siete”, cit., pp. 928 y ss.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar”, cit., pp. 679 y ss.; I. VIVAS TESÓN, “El ejercicio de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad”, cit., p. 431; P.I. BOTELLO HERMOSO, “La sustitución ejemplar y su incomprensible supresión en el Anteproyecto de Ley de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de capacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. MUÑIZ ESPADA, Wolters kluwer, España, Las Rozas. Madrid, 2020, pp. 397 y ss.

ejercicio de las facultades sucesorias que, según la interpretación estricta realizada por la doctrina sobre la sustitución ejemplar, ya tenía el ascendiente. El ascendiente de una persona con discapacidad, que así lo desee, puede realizar una sustitución fideicomisaria preventiva en la que le atribuya su patrimonio, ordenando su destino para el caso de que su descendiente no pueda disponer de los bienes.

Desde este punto de vista, cabría pensar que el legislador lo único que ha hecho es erradicar la utilización del “nomen iuris” de la “sustitución ejemplar” para diluir la institución en la general de las sustituciones fideicomisarias. Ha derogado la interpretación maximalista que de esta institución postuló un sector de la doctrina y que tuvo la fortuna de ser asumida por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero la eliminación del art. 776 CC no va a conllevar que no pueda plantearse una sustitución, que nominalmente no se llamará ejemplar, pero que tendrá el efecto que se venía postulando de ésta por los autores de la tesis estricta. Se ha borrado el nombre, pero no la posibilidad de una previsión que estará diluida en el marco general de la sustitución fideicomisaria preventiva.

44. El régimen articulado en la disposición transitoria cuarta, criticado por la falta de coherencia y sus carencias, avalaría en parte esta conclusión.

En relación con este precepto, del que se ha censurado tanto su ámbito de aplicación, “*cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil*” y “*la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”, como la conversión a la que se somete la sustitución ejemplar en “*una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida*”, cabe poner de relieve la defectuosa técnica legislativa utilizada en la definición de la secuencia temporal de su aplicación, como de su contenido.

En cuanto a la primera, se objeta que esta disposición transitoria cuarta fije su aplicación teniendo en cuenta únicamente que el sustituido (persona con capacidad de obrar modificada) ha fallecido, y prescindida del óbito del sustituyente, cuando la mecánica de la sustitución ejemplar implica que primero debe haber fallecido el testador y después el sustituido. De ahí que la reconversión que impone la norma, que hace transitar la sustitución ejemplar a sustitución fideicomisaria de residuo, se estime que, además de dotar de carácter retroactivo a la disposición, es contraria a la libertad dispositiva del sustituyente alterando su voluntad en un momento en el que no puede volver a manifestarla⁶⁸.

Por lo que se refiere a la segunda, la mutación que se ha efectuado en “fideicomiso de residuo de los bienes recibidos a título gratuito”, parece reprochable que subvierta varias categorías jurídicas⁶⁹. El tenor del precepto incluye como objeto del “fideicomiso de residuo” a todas las liberalidades, lo que implica que se considere como contenido de éstas las donaciones realizadas en vida por el causante al discapaz, sujetas a reversión pero no propiamente parte de la herencia del primero, puesto que la sustitución fideicomisaria se refiere a los bienes atribuidos por testamento. Olvida además que la sustitución ejemplar no limita las facultades dispositivas de la persona con discapacidad que recobra la capacidad natural, por lo que lo pretendido por el legislador en la disposición transitoria tendría que haberse articulado como una sustitución preventiva de residuo y no como una sustitución fideicomisaria de residuo.

El resultado de este régimen es que lo dejado por el sustituyente al sustituido a “título gratuito” seguirá el orden previsto por el primero. El patrimonio del discapaz “sustituido” que no haya otorgado testamento se deferirá por las reglas de la sucesión intestada.

45. La visión en este tema del legislador estatal no deja de resultar paradójica y contradictoria. Se elimina la sustitución ejemplar, invocando el art. 12 de la CDPD, afirmándose que esa figura va en contra del principio de la no restricción de capacidad de la persona con discapacidad. Y, sin embargo, se mantiene la “sustitución pupilar” -art. 775 del CC-, sin cuestionar que contravenga la autonomía de la voluntad del menor de edad, ni que hurte su capacidad jurídica, aunque se justifique en el “interés superior del menor”.

⁶⁸ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Treinta y siete. Se suprime el artículo 776”, cit., pp. 932 y 933.

⁶⁹ M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar”, cit., pp. 632 y ss.

Con todo, en ninguno de esos supuestos podría estimarse que existe aquella conculcación, ni sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica, si se asumiera que este tipo de sustituciones son una variedad de las sustituciones fideicomisarias preventivas.

46. En el caso de Navarra, la ley 227 del FN regula la sustitución pupilar y ejemplar con unos perfiles propios, que las diferencian de la configuración que la evolución doctrinal y asunción jurisprudencial han dado a esas figuras en el régimen del Código civil.

En el Fuero Nuevo la sustitución ejemplar, al igual que la pupilar, constituye una sustitución fideicomisaria condicional. Siendo precisamente ésta la razón de que haya sido regulada dentro del régimen foral. A este respecto resultan expresivas las explicaciones recogidas en las notas a la Recopilación Privada para justificar la tipificación y contenido de la citada ley 227:

“Se planteó la cuestión de la conveniencia de suprimir las sustituciones pupilar y ejemplar, llegándose a la decisión de considerarlas como supuesto de sustitución fideicomisaria, pues así aparecen hoy en día. Ni la sustitución pupilar ni la ejemplar se dan hoy en Derecho navarro en su forma pura; los padres y los ascendientes no disponen de todos los bienes del pupilo o demente, sino tan solo de los que estos adquirieron de aquéllos por título lucrativo. Por otra parte, esta ley resuelve que las sustituciones puedan ser ordenadas en cualquier acto de liberalidad, atendida la libertad dispositiva del Derecho Navarro, ya que en él las sustituciones no suponen necesariamente estar dispuestas tan sólo para la herencia; por citar un ejemplo, caben sustituciones en los legados”.

Los términos de la ley 227 del FN resultan, a este respecto, en sí mismos inequívocos:

“Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años o de que, habiendo sido modificada judicialmente su capacidad, la misma no le haya permitido otorgar testamento válido”.

Como ha puesto de manifiesto NANCLARES VALLE⁷⁰, en su comentario a esta ley 227, afirmar que son sustituciones fideicomisarias las que establece una persona en los bienes que él deja a otra para el caso de que se cumpla un determinado evento (como el fallecimiento del sustituido antes de una cierta edad o teniendo la capacidad judicialmente modificada) no deja de ser una obviedad. Por ello, el verdadero valor de este precepto consiste en fijar distancia con el régimen del Código civil y los precedentes romanos de estas figuras.

En el régimen foral resulta incuestionable que la sustitución ejemplar comprenderá sólo los bienes que el disponente hubiera dejado a su descendiente con discapacidad, sin extenderse al patrimonio de éste, ya que aquel carece de la facultad de disposición del mismo. Participa, por tanto, de la naturaleza de toda sustitución fideicomisaria, siéndole de aplicación el régimen general de ésta figura. La efectividad de la sustitución fideicomisaria se condiciona en estos casos, como recuerda NANCLARES VALLE⁷¹, a que el descendiente “con capacidad modificada judicialmente” no pueda disponer por vía testamentaria al carecer de aptitud suficiente para ello. De forma tal que si éste otorga testamento, por contar con capacidad o bien recuperarla para actuar jurídicamente en tal sentido, se verá liberado de la sustitución ejemplar. El objetivo del ascendiente es beneficiar a su descendiente, a la vez que evitar que los bienes que le atribuyó se distribuyan conforme a la sucesión legal por haber muerto el descendiente sin disponer de ellos.

47. La configuración de la “sustitución ejemplar” como sustitución fideicomisaria hace que, en el ámbito foral, no resulte aplicable la justificación ofrecida por los diputados de la nación para eliminar esta figura. En el ordenamiento foral la sustitución ejemplar no supone que “se teste por otro”, siendo esta la razón principal de que se recogiera normativa esta institución en la ley 227 del FN. El ascendiente, cuando configura una “sustitución ejemplar”, ordena el destino de sus propios bienes conforme

⁷⁰ “Ley 227”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2^a ed., 2020, pp. 913 y 914.

⁷¹ Ob. cit., pp. 915 y 916

a la amplia libertad dispositiva que le reconoce la ley 148 del FN, tal disposición ni incide ni engloba el patrimonio que pertenece a su descendiente. En consecuencia, el argumento de que la figura de la “sustitución ejemplar” contraviene el art. 12 de la CDPD resulta inaplicable para la ley 227 del FN, pues la posibilidad de actuación del descendiente con discapacidad sobre su patrimonio no queda sustituida por el instituyente, quien se limita a ordenar sus propios bienes, si bien con la previsión condicional de que su descendiente no pueda o no cuente con capacidad para realizar un testamento válido.

En atención a lo expuesto, resulta diáfano que no hay razón alguna que justifique la supresión de la figura de la sustitución ejemplar en el Fuero Nuevo de Navarra. La institución recogida en la ley 227 del FN ni contraviene el artículo 12 de la CDPD, ni tiene que seguir los pasos marcados por la LAPD, toda vez que la competencia legislativa sobre esta materia corresponde a Navarra “ex” art. 149.1.8 de la CE. La única actuación legislativa que se requiere en este ámbito es la adaptación o reajuste de los términos de la ley 227 del FN al actual régimen de la autonomía de la voluntad de las persona con discapacidad, en cuanto a la condición prevista para la sustitución ejemplar y que activa la sustitución fideicomisaria; esto es, la eliminación de la referencia a la “capacidad modificada judicialmente”, que es a la que alude la actual norma foral. El tenor del precepto podría seguir con la misma formulación ajustando sus términos al nuevo sistema de apoyos previstos para la persona con discapacidad.

Las razones expuestas llevan a que resulte incomprensible la inicial propuesta que se ha introducido en el APLFAPD, por mimetización al régimen del Código civil, con manifiesta incorrección técnica y desconocimiento institucional, que proponía la supresión de la parte referida a la sustitución ejemplar en la redacción de la ley 227 del FN⁷² y que, ante las críticas planteadas, ha llevado finalmente a optar por la total sustitución del precepto.

Ello se plantea a pesar de que también son, y serán, sustituciones fideicomisarias, aunque lo borre la norma, las que ordene un ascendiente en los bienes que deje a su descendiente con discapacidad para el caso de que éste no pueda o no haya otorgado válidamente disposición de última voluntad. La institución ejemplar no deja de ser en Navarra una de las múltiples plasmaciones de la sustitución fideicomisaria que el disponente puede seguir ordenando, conforme a su libertad dispositiva -ley 148 FN-. Por lo que el seguidismo mostrado en este tema por el APLFAPD al régimen del Código civil no deja de ser un despropósito técnico jurídico, que desconoce la naturaleza de esta figura para el ordenamiento civil navarro.

Ciertamente, si el legislador foral persevera en este planteamiento de redacción proyectado por el Departamento de Servicios Sociales del Gobierno de Navarra, nada pasará en la práctica sucesoria navarra. Pero se habrá prescindido voluntariamente de una figura histórica, en aras de una supuesta igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, que la legislación civil foral ya respeta, empobreciendo su acervo institucional.

IV. Ajustes terminológicos que implica el nuevo régimen de discapacidad para la regulación sucesoria del Fuero Nuevo

48. La modificación del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad implica también la adecuación de las reglas sobre representación y actuación en los actos en los que los herederos deben intervenir para la formación del patrimonio hereditario y su partición. En estas reglas la necesidad de representación y protección de los coherederos más vulnerables -menores y personas con discapacidad- ha estado siempre presente a fin de que los negocios dispositivos se conformen válidamente, evitando el abuso o fraude de los derechos de quienes no cuentan con una capacidad de actuación jurídica en toda su extensión.

49. Como no podría ser de otra forma, LAPD ha incidido también en estas previsiones reajustando los términos de sus normas para adecuarlas al nuevo sistema de apoyos de la persona con disca-

⁷² “Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años

pacidad. Entre otras, la nueva regulación ofrece un tenor renovado en cuanto a la solicitud de partición hereditaria por parte del coheredero que “contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad”, en cuyo caso “se estará a lo que se disponga en estas” -art. 1052-. Esta misma previsión se plantea en el caso de la petición por coherederos y legatarios del nombramiento de contador-partidor dativo en el caso de que alguno de los coherederos “tuviera dispuestas medidas de apoyo”, que se “estará a lo establecido en ellas” art. 1057 del CC. Igualmente, se ha ajustado el régimen en cuanto a la partición hereditaria, que no precisará autorización ni intervención judicial “para la partición realizada por el curador con facultades de representación”, si bien una vez “practicada requerirá autorización judicial”, así como “por defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de (...) una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento” -art. 1060 CC-.

50. El criterio seguido por la reforma de LAPD, en cuanto a la capacidad que precisa la persona con discapacidad para el ejercicio de las facultades que le pueden corresponder como heredero para instar la partición hereditaria -art. 1052 CC- o solicitar el nombramiento de contador partidor -art. 1057 CC-, parte de la base de la capacidad jurídica de la persona. Si se encontraran establecidas medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, en las que se determine que no pueda actuar por sí, aquel tendrá que ejercer aquellas asistido por quien sea su curador o haya designado como apoyo. En el supuesto de que el heredero no posea capacidad de hecho y esté atribuida por sentencia judicial esa facultad al curador representativo o defensor judicial, será éste el que actúe en sustitución de aquel. En todo caso, dicha actuación tendrá que estar inspirada en la “voluntad, deseos y preferencias” de la persona a la que se presta el apoyo.

51. Para la intervención en el acto de partición, la LAPD aligera las exigencias formales en cuanto la persona con discapacidad que precise de una curatela representativa para que ejercite esa facultad, eximiendo a éste de la necesidad de solicitar la autorización previa o intervención judicial, como también prevé el art. 289 del CC. La regla se extiende al defensor judicial designado para esa intervención si así se hubiera dispuesto por el Letrado de la Administración de Justicia. La partición practicada en la que han intervenido el curador representativo o defensor judicial -salvo que se hubiera previsto otra cosa en su nombramiento- precisará de la aprobación judicial -art. 1060 CC-; esta decisión judicial tendrá que tener presente la voluntad y deseos de la persona con discapacidad. Como ha puesto de relieve APARICIO VAQUERO⁷³, el trámite de comparecencia previsto en el art. 64.1 de la LJV, en este nuevo escenario, resulta especialmente significativo. El juez, en la aprobación del acto de partición, ha de averiguar lo querido por la persona representada, atendiendo a lo que haya expresado o se desprenda de su trayectoria vital (art. 249 CC).

52. Fuera de los supuestos descritos, la partición realizada por el heredero con discapacidad que ha actuado por sí sólo, o bien ha sido asistido por un curador asistencial o guardador de hecho, no precisará de ese ulterior control judicial, a pesar de lo opinado por algún autor⁷⁴. El art. 1060 del CC no requiere para tales casos la autorización judicial, conforme a la idea del reconocimiento de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad que introduce LAPD.

53. Por lo que respecta a Navarra, el Fuero Nuevo contiene varias normas sobre concreción del as hereditario y su partición cuyas reglas se modulan en función de la capacidad de los llamados. Su dictado conforme a la normativa anterior y régimen condicionado a la “capacidad de obrar modificada” de los herederos son los que demandan la adaptación, a fin de lograr una armónica conjugación con el nuevo sistema de apoyos.

⁷³ “Artículos 1052, 1057.III y IC, y 1060”, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirs. M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ, Civitas Thomson-Reuters, 2022, p. 610.

⁷⁴ En tal sentido M.P. REPRESA POLO, “Cuarenta y cuatro. Artículo 1052. Cuarenta y cinco. Artículo 1057. Cuarenta y seis. Artículo 1060”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 978-979.

Los preceptos implicados afectan a la obligación de realizar inventario cuando concurren menores y persona con discapacidad -leyes 257 y 342 FN-, la adjudicación de los bienes que han de efectuar los fiduciarios comisarios -ley 287 FN- y la partición contractual llevada a cabo por los coherederos - ley 345 FN-.

54. a) Realización de inventario.

Esta exigencia aparece vinculada a la identificación del contenido del patrimonio que el heredero con discapacidad tendrá que recibir, bien como nudo propietario, tratándose del usufructo viudal -ley 257.3 FN-, bien como destinatario de los bienes, en el caso de que el contador partidor realice la participación -art. 342 FN-.

En el primer caso, ha de partirse de la base de la profunda modificación institucional introducida por la Ley Foral 21/2019 en la ley 257 del FN. El criterio general instaurado por el legislador foral es el de la innecesaria realización de inventario por el cónyuge supérstite para que pueda ejercer su derecho al usufructo viudal universal. La regla se excepciona en tres supuestos, entre ellos el recogido en el apartado 3 de la ley 257 del FN: “*Deberá hacer inventario de todos los bienes a los que se extienda el usufructo en los supuestos siguientes: (...) si entre los nudos propietarios se encuentran personas menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente*”. Así, en aras de la protección del nudo propietario con la “capacidad modificada judicialmente”, se impone esta obligación que no puede ser exonerada ni por el disponente. La adaptación de este criterio excepcional al nuevo sistema de apoyos es el que determina la revisión de esta ley.

La propuesta de redacción que actualmente se proyecta para la ley 257.3 del FN en el APLFAPD no parece que sea la más afortunada.

Según el tenor adaptado a la CPDP: «*Deberá hacer inventario de todos los bienes a los que se extienda el usufructo en los supuestos siguientes: (...) si entre los nudos propietarios se encuentran personas menores de edad o personas para las que a la fecha del fallecimiento se hayan establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad*». Así, se liga la aplicación de la regla excepcional de realización del inventario a que *se hayan establecido medidas de apoyo*, lo que no sólo implica a las medidas formales -curatela o defensor judicial-, sino también a las voluntarias e, incluso, cabría pensar que a las informales -guardador de hecho-.

La obligación de elaborar inventario a la que se hallaría conminado el cónyuge supérstite en todos estos casos, con la redacción propuesta para la ley 257.3 del FN, aboca a una inevitable distorsión del actual sistema, en el que se aboga por minimizar la exigencia de este requisito. Ello, además, se puede entender como una aplicación injustificada de un principio que la reforma de la LAPD, en su adaptación a la CPDP, ha pretendido erradicar en aras de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, la del interés superior de la persona con discapacidad. A todo ello se suma el evidente problema de seguridad jurídica que implicaría, ya que resultaría obligatoria la realización del inventario siempre que el “nudo propietario” hubiera establecido previsiones voluntarias de apoyo, que ni le limitan ni le vinculan en su actuar, o si utiliza medidas informales de apoyo que, como situación de hecho, no sólo pueden no ser conocidas, sino que son prescindibles. Quedaría en manos del “nudo propietario” con discapacidad y, casi a su criterio, la imposición de esta obligación que se encuentra limitada y restringida por ley. La disputa ante los tribunales sobre la necesidad, o no, de realización de inventario distorsionaría la efectividad de un régimen previsto para evitar la litigiosidad.

Estas razones me llevan a pensar que, en aras de la seguridad jurídica y efectividad de la igualdad en el ejercicio de los derechos, tal exigencia de inventariar tendría que estar reservada para la situación de quien siendo “nudo propietario” tuviera establecidas medidas de apoyo formales de carácter representativo. La tutela y protección que se dispensa a la persona con discapacidad, así como el trato privilegiado frente al resto de los “nudos propietarios”, cobra todo su sentido para las situaciones de mayor intensidad de los apoyos, que se ligan a una decisión judicial.

55. Un problema semejante al expuesto plantea la readaptación de la ley 342 del FN, ley que impone al contador partidor, que vaya a hacer la partición, la obligación de inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios, salvo dispensa del causante, “*si alguno*

de los herederos fuera menor de edad no emancipado, tuviera su capacidad judicialmente modificada o hubiera sido declarado ausente”.

La apuesta de redacción del APLFAPD, respecto a la ley 342 del FN, coincide aquí también con la anteriormente señalada: «Si alguno de los herederos fuera menor de edad no emancipado o *persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad* o hubiera sido declarado ausente, el contador-partidor, salvo dispensa del causante, deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios».

Las reflexiones antes referidas resultan igualmente extrapolables a este caso, con el problema práctico añadido que será el contador-partidor en su quehacer el que deba interpretar qué signifique aquella dicción cuando las medidas de apoyo establecidas para el heredero no sean las institucionales de la curatela asistencial o representativa, o el defensor judicial.

56. b) Adjudicación de bienes por los fiduciarios comisarios

Contempla la ley 287 del FN la administración y disposición de los bienes que todavía no se han dispuesto por parte de los instituidos en una fiducia-comisaria, que implica la delegación por el causante en el fiduciario de las facultades de nombramiento de sus herederos, legatarios, donatarios, etc.

La norma foral reconoce a los fiduciarios que tengan la condición de cónyuge, pareja estable o ascendientes del causante, las facultades “de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto”, mientras no cumplan enteramente su cometido.

En el caso de que resulten designados como fiduciarios otros sujetos, esa ley foral indica que “se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o tiene la capacidad judicialmente modificada, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios” -esto es, de los fiduciarios-⁷⁵.

Esa referencia a la capacidad modificada judicialmente es la que requiere del ajuste a la nueva terminología y situación de apoyos.

La propuesta de adaptación de la norma foral por el APLFAPD va más allá de su adecuación normativa y corrige algunas erratas que se han venido arrastrando desde su redacción original:

«Ley 287. Situación de *pendencia*.

Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o *es una persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad*, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los *fiduciarios*».

La reformulación del ladillo de la ley 287, como “situación de *pendencia*”⁷⁶, supone la reparación histórica de un desliz, “de *dependencia*”, sobre el que no reparó la Ley Foral 21/2019 al regular la fiducia sucesoria, en cuanto a la gestión y disposición del patrimonio hereditario mientras los fiduciarios-comisarios no han ordenado por entero la sucesión del comitente. Igualmente, en el APLFAPD se ha tenido en cuenta la advertencia doctrinal de la dificultad de intelección que ofrece el texto de la ley 287 del FN⁷⁷ cuando disciplina, en la “pseudocomunidad hereditaria”, la disposición por “otros fiduciarios” de bienes del patrimonio hereditario si en ella hay algún “menor” o con “capacidad judicialmente modificada”, para lo que se requiere en los “actos de disposición el consentimiento de los *adjudicatarios*”, previsión esta última que no se comprende si no se refiere a los “fiduciarios”.

⁷⁵ S. CÁMARA LAPUENTE, “Ley 287”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dir. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, p. 1169.

⁷⁶ Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o tiene la capacidad judicialmente modificada, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios.

⁷⁷ S. CÁMARA LAPUENTE, *Ob. cit.*, p.1177.

El nuevo tenor que se propone exige que esa protección de los intereses que se articulan a través de la prestación del consentimiento de todos los fiduciarios-comisarios, en caso de que la comunidad de “llamados” unánimemente pretenda disponer de algún bien, se aplique si hay alguna *persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*.

Esa fórmula genérica de referencia a los apoyos a la persona con discapacidad plantea la cuestión de qué medidas deberán tenerse en cuenta para exigir ese consentimiento por unanimidad. No parece que haya duda cuando se trate de las judiciales -curatela y defensor judicial-, aunque el tenor del precepto proyectado podría pensarse que también lo exige en caso de que se tratasen de medidas de apoyo voluntarias y fácticas que, sin embargo, son prescindibles para el coheredero con discapacidad. Por ello, si la redacción que se postula prospera, entiendo que resultará una exigencia derivada de la CDPD que la interpretación que se realice parta del principio indiscutido de la “capacidad de hecho”, y sólo cuando estén previstas medidas de apoyo formales para alguno de los coherederos se requiera la unanimidad de todos los fiduciarios para los actos de disposición.

57. c) Partición realizada por los coherederos.

La última norma que precisa un retoque en su tenor es la ley 345, párr. 2º del FN que, tras señalar la posibilidad de realizar la partición mediante acuerdo por los propios herederos, reconoce que “cuando, en sus respectivos casos, los herederos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada se hallaren legalmente representados en la partición, esta será válida y plenamente eficaz sin necesidad de intervención ni de aprobación judicial”.

En este caso, la redacción que se propone por la APLFAPD sigue el espíritu de la norma que reformar, y acota más allá de lo que quizá se piensa su operatividad.

Así, se dice en la futura ley 345 del FN, “modos de hacerla”, que «la partición así realizada será válida y plenamente eficaz sin necesidad de intervención ni de aprobación judicial, cuando los herederos menores no emancipados se hallaren legalmente representados en esta y *cuando actúe la persona designada en las medidas establecidas o existentes para el apoyo de la capacidad jurídica de los herederos*».

La referencia a la actuación de los titulares de los apoyos, necesariamente en representación de la persona que los precisa, ya que en otro caso será el propio heredero con discapacidad el que actúe, implica que bien debe estar constituida una curatela representativa o haberse nombrado un defensor judicial asignándole tal facultad. A estos efectos debe recordarse que el art. 289 del CC prevé que: “No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

A esos casos se añadirán la representación que, en su caso, pudiera otorgar el Juez al guardador de hecho conforme al art. 264 del CC, o la representación voluntaria que el heredero discapaz haya otorgado a la persona que le apoya para tal acto, pues si no hay un reconocimiento judicial de la representación, ésta tendrá que estar acotada por parámetros de carácter objetivo, en aras de ofrecer una regulación que ofrezca seguridad en el tráfico jurídico y que procure la validez y eficacia de la partición contractual en la que intervenga un coheredero con discapacidad.

Los apoyos prestados por el curador asistencial o el guardador de hecho no suplen la actuación del heredero con discapacidad, siendo él quien personalmente tendrá que intervenir en la partición con los apoyos. En caso de que éste prescinda de ellos, la ley 19 del FN le permitirá impugnar su declaración de voluntad a través de la “anulabilidad”, medida que ofrece una lícita seguridad jurídica con un régimen divergente al previsto en el Código civil -arts. 1301 y ss.-.

No existiendo medidas de apoyo previstas, se habrá de partir de la concurrencia de la “capacidad de hecho” en el heredero con discapacidad, lo que le permitirá realizar la partición con plena eficacia y validez sin que sea precisa la aprobación judicial⁷⁸. Con todo, si se advirtiera que en la su declaración de voluntad mediaron vicios de la voluntad o influencia indebida cabrá impugnarla conforme prevén las leyes 20 y 21 del FN.

⁷⁸ M.P. REPRESA POLO, “Cuarenta y cuatro, cuarenta y cinco y cuarenta y seis”, p. 979.