

LEGÍTIMAS Y LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

Jesús Sánchez Vigil de la Villa
Notario

Fecha de recepción: 10 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: La regulación de la sucesión forzosa en el derecho civil común responde a modelos familiares, económicos y sociales que no se ajustan a las necesidades actuales y requiere por tanto de una urgente revisión o actualización. Dicha labor se ha ido desarrollando en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio contando estas en líneas generales con una regulación mucho más ajustada a los parámetros sociales actuales. La ley 8/2021 trae consigo una reforma íntegra de la regulación de la capacidad en el Código Civil afectando igualmente al derecho de sucesiones, pero sin que dicha reforma haya supuesto una revisión o actualización de la regulación de la sucesión forzosa en el derecho civil común, perdiendo con ello el legislador la oportunidad de abordar la urgente e inaplazable reforma del sistema.

ABSTRACT: Forced heirship regulation in common civil law requires an urgent revision as it relies on economic, social and family models that do not meet the current needs. The required updates have been developed on some of the Autonomous Community that counts with its own civil law resulting on a more adjusted regulation according to the present social parameters. Law 8/2021 entails a complete renovation of the civil capacity affecting also the inheritance regulation but this reform hasn't affect the forced heirship regulation in common civil law, missing the opportunity given to deal with the pressing reform of the current system.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, sucesión forzosa, legitima foral.

KEYWORDS: Disability, forced heirship, foral forced heirship.

SUMARIO: 1. Ley 8/2021 de 2 de junio, planteamiento general; 2. La revisión del sistema legitimario en el Derecho Foral; 3. La revisión del sistema legitimario en el Derecho Civil Común; 4. Incidencia de la ley 8/2021 de 2 de junio en el sistema sucesorio y en particular en la regulación de la legítima; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO, PLANTEAMIENTO GENERAL.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3/6/2021), constituye la reforma más ambiciosa que en materia civil se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años. Dicha Ley tiene por objeto fundamental la adaptación a los principios fundamentales derivados de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 que implican, resumiendo de una forma muy básica, el establecimiento de un nuevo paradigma o enfoque desde el que el mundo jurídico se aproxima a la discapacidad y a la situación de las personas afectadas por la misma. Este nuevo enfoque trae consigo la supresión de la tradicional distinción entre capacidad jurídica (personalidad o aptitud para la titularidad de derechos-obligaciones) y capacidad de obrar (aptitud para su ejercicio); el reconocimiento de la plena capacidad de las personas con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico, por sí solas o debidamente asistidas de aquellas medidas de apoyo que les auxilien en el ejercicio o desarrollo autónomo de su capacidad, y por último el desplazamiento de las tradicionales instituciones protectoras de carácter sustitutivo (patria potestad prorrogada, tutela) por otras de carácter asistencial no representativo salvo casos excepcionales (curatela).¹

Dicha ley supone en definitiva una reforma integral de la regulación de la capacidad en nuestro ordenamiento jurídico modificando el Código Civil en distintos ámbitos (capacidad, patria potestad, tutela, curatela, guarda de hecho, poderes preventivos...) y afectando también a la regulación de las sucesiones mortis causa, en la forma que posteriormente veremos. Es precisamente en este ámbito sucesorio y más concretamente en sede de sucesión forzosa donde se ha venido reclamando intensamente y con carácter urgente desde hace ya muchos años la implementación de una serie de reformas que permitan una actualización o puesta al día de la regulación legal al no responder el esquema del Código Civil a los modelos familiares, económicos y sociales actuales.² El objetivo fundamental que se perseguiría con dicha modificación sería lograr un sistema legitimario más flexible, ajustado a la realidad social y económica actual de forma que se permita al testador una mayor libertad para ordenar su sucesión en la forma que estime más conveniente conforme a sus circunstancias personales y familiares.

2. LA REVISIÓN DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL DERECHO FORAL.

Este objetivo de revisión y actualización de las legítimas ya había sido abordado por alguna de las comunidades autónomas con derecho civil propio tras la entrada en vigor de la Constitución Española mediante la revisión o actualización de sus distintas compilaciones de derecho civil. Dicha revisión ha conseguido que, en líneas generales, la sucesión forzosa cuente a día de hoy con una regulación mucho más flexible y acorde con la realidad social y económica actual en el derecho foral. Para conseguir esta puesta al día del régimen de la legítima se ha optado en ocasiones por rebajar la extensión de la cuota reservada, modificar el círculo de parientes llamados excluyendo o limitando el llamamiento supletorio de los ascendientes al mismo tiempo que se reconocen derechos legitimarios a la pareja de hecho, o incluso por alterar su naturaleza jurídica asumiendo concepciones más flexibles de la legítima y del derecho de los legitimarios llamados a la misma. La opción de cada uno de los distintos legisladores forales por alguna de estas opciones traerá consigo importantes consecuencias jurídicas y configurará diferentes sistemas de sucesión forzosa tal y como veremos a continuación.

La reducción del importe de la cuota reservada o la del círculo de parientes llamados a la legítima trae consigo un correlativo aumento de la parte libre de que el testador podrá disponer a su

¹ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre: 1ª edición, Madrid 2.021.

² M. FERNÁNDEZ MALDONADO, “La sombra de la legítima es alargada”, en EL Notario del siglo XXI, nº 98, año 2.021, páginas 124-128.

voluntad cuando concurra con descendientes, o incluso la consideración de la totalidad del caudal como parte de libre disposición en defecto de los mismos y de aquellos ascendientes considerados por la ley como legitimarios.

Las modificaciones en la configuración de la naturaleza jurídica de la legítima suponen, por su parte, un cambio mucho más profundo en la regulación legal ya que traen consigo importantes consecuencias prácticas a la hora de afrontar cuestiones tan relevantes en el fenómeno sucesorio como son la entrega de legados, la intervención de los legitimarios en la partición o la posibilidad de pago en metálico de la legítima, ya que cada una de estas cuestiones tendrá un tratamiento diferente en función de la naturaleza jurídica que la ley atribuya en cada caso a la misma. Así la consideración de la legítima como una cuota o parte del caudal hereditario (*pars bonorum*) atribuye a los legitimarios la consideración de cotitulares de los bienes e impone la necesaria intervención de los mismos en la partición y en la entrega de legados impidiendo además que su derecho sea satisfecho con bienes extrahereditarios. Por el contrario, la consideración de la legítima como un derecho personal o de crédito (*pars valoris*), esto es, su configuración como un mero derecho a percibir el valor de la cuota reservada³, permitirá una actuación mucho más autónoma del resto de interesados en la sucesión, tanto en la partición de la herencia como en la entrega de legados. La configuración de la legítima como derecho personal o de crédito que hemos apuntado admite a su vez distintas variantes en función de que para la satisfacción del derecho de los legitimarios la ley imponga la afección real de los bienes del caudal relicto (*pars valoris bonorum*), lo que afectará al distinto tratamiento jurídico que en cada caso tendrán algunos de los problemas expuestos⁴.

Analizadas estas cuestiones previas pasamos a exponer a continuación cual ha sido la opción seguida por cada una de las legislaciones forales a la hora de afrontar la revisión de la regulación de la sucesión forzosa, apuntando que en este punto la actualización de esta materia ha sido afrontada con distinta intensidad en cada uno de los casos atendiendo a las características tradicionales de sus respectivos sistemas sucesorios.

En algunos de los derechos forales, como es el caso de Aragón en el que rige un sistema de legítima colectiva, la regulación no ha experimentado grandes cambios en este sentido. Desde el Apéndice al Código Civil de 7 de diciembre de 1.925⁵, la ley considera parientes llamados a la legítima de forma exclusiva a los descendientes del causante y no se incluyen en el círculo de legitimarios ni a los ascendientes ni al cónyuge viudo⁶, criterio que se mantiene inalterado en los sucesivos cuerpos legales⁷. La regulación actual se encuentra recogida en el Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Dicho cuerpo legal mantiene el sistema de legítima colectiva que rige tradicionalmente en Aragón y que permite al causante, dentro del círculo de parientes llamados, una libertad de disposición total y si bien es cierto que el sistema sucesorio aragonés mantiene la consideración de la legítima como una *pars bonorum* flexibiliza su tratamiento jurídico en algunos puntos concretos. Así ocurre por ejemplo en sede de entrega de legados, en el que se permite que el legatario de cosa cierta y determinada pueda tomar posesión por sí mismo de la cosa legada e inscribir su derecho sin intervención de los legitimarios (Art. 479) o en la regulación de la disposición de bienes inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos que realice el fiduciario, en los que bastará para su eficacia la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar o la autorización de la Junta de Parientes o del Juez en caso de que todos ellos fueran menores de edad o incapaces (Art. 454).

³ Que no el derecho a una cuota concreta del caudal hereditario o de los bienes que lo componen.

⁴ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, "Compendio de derecho sucesorio". Wolters Kluwer, 3ª edición, Madrid, marzo 2.011, página 192.

⁵ Que deroga los Fueros y Observancias del Reino de Aragón y establece el sistema legitimario en favor de los descendientes. J. RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de sucesiones, común y foral". Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, páginas 633 y ss.

⁶ Al que sin embargo se le reconoce el derecho de viudedad con independencia de su régimen económico matrimonial. M. GARCÍA GOLDAR, "Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil". Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 67.

⁷ Compilación de Derecho Civil de 8 de abril de 1.967 y Ley de Sucesiones por causa de muerte de 24 de febrero de 1.999. J. RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de sucesiones, común y foral". Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, página 634.

La regulación de la sucesión forzosa en Cataluña, contenida en la antigua Compilación de derecho civil de 1984, fue reformada en esta materia ya con la ley 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, tanto en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la misma, pasando de configurarse como una *pars valoris bonorum* a *pars valoris*, como en el círculo de parientes llamados, limitando el llamamiento supletorio en favor de los ascendientes de forma exclusiva a los progenitores del causante⁸. El cónyuge viudo, al igual que ocurre en Aragón, no tiene la consideración de legitimario sin perjuicio de los derechos de carácter familiar⁹ o sucesorio¹⁰ que se le reconocen legalmente. La regulación posterior, constituida por la ley 40/1991, de 30 de diciembre por la que se aprueba el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, ha sido superada con la ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña y la posterior aprobación de su libro IV relativo a sucesiones en la Ley 10/2008. La regulación actualmente en vigor mantiene el modelo anteriormente expuesto, pero de la misma destacamos, por la novedad que supone, la modificación de la regulación del instituto de la desheredación incorporando la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario como justa causa para la privación de la legítima siempre que la misma sea por una causa exclusivamente imputable al legitimario¹¹, así como la restricción de las donaciones computables para el cálculo de la legítima a las realizadas en los diez años anteriores al fallecimiento del causante.¹²

En el País vasco, la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco ha traído consigo importantes novedades en ámbito de la sucesión forzosa. En primer lugar, se ha unificado el régimen legal aplicable a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, por lo que el régimen de sucesión forzosa del Código Civil deja de aplicarse en aquellos territorios donde venía haciéndolo (Guipúzcoa, Álava, con la excepción del Fuero de Ayala, y zona no aforada de Bizkaia). Como consecuencia de lo anterior resulta en la actualidad aplicable, con la excepción del Fuero de Ayala, un único régimen basado en el derecho de Bizkaia, a la sucesión de las personas que cuenten con la vecindad civil vasca y sin perjuicio de las especialidades propias de la vecindad local de cada territorio histórico (sucesión del caserío en Guipúzcoa y la troncalidad en Bizkaia Llodio y Aramaio). La ley reduce además el círculo de parientes llamados a los descendientes, excluyendo a los ascendientes del causante y reduce además la cuantía de la cuota reservada¹³. Al igual que ocurre en caso de Aragón, la legítima vasca es de carácter colectivo de forma que el testador podrá disponer libremente de la cuota reservada entre los descendientes pudiendo apartar, de forma expresa o tácita y sin que ello implique desheredación, a los legitimarios no favorecidos que conservarán no obstante su condición de tal y podrán en su caso ejercitar las acciones que corresponda para la protección de la legítima colectiva.¹⁴ Se ha planteado igualmente la duda de si la nueva ley ha modificado además la tradicional consideración de la legítima de los descendientes como *pars bonorum*, adoptando un sistema de *pars valoris*, cuestión resuelta por la DGRN en resolución 4 de julio de 2.019 en sentido negativo. Destacamos por último, frente a lo ambicioso que tiene la ley en lo que a la revisión o actualización del sistema legitimario se refiere, el mantenimiento de la troncalidad en el territorio

⁸ J. RIVAS MARTÍNEZ, “Derecho de sucesiones, común y foral”. Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, página 665.

⁹ Ajuar de la vivienda común, año de viudedad, uso de la vivienda conyugal y alimentos con cargo al patrimonio del premuerto. M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 65.

¹⁰ Cuarta vidual. M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 66.

¹¹ M. ORDÁS ALONSO, “La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales”. Wolters Kluwert, 1º edición, Madrid, 2021, página 373.

¹² Que deben, como indica el propio preámbulo de la ley “percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad social contemporánea” M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 43.

¹³ Se reconoce igualmente el carácter de legitimario al cónyuge viudo o pareja de hecho siempre que no estuviese separado judicialmente, por acuerdo fehaciente o conviva maritalmente o ligado por relación análoga con otra persona. M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 69.

¹⁴ G. GALICIA AIZPURÚA, “La sucesión forzosa: planteamiento general” en El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Parlamento Vasco, Bilbao 2015, páginas 388-421

de la Tierra llana de Bizkaia y los municipios Ayaleses de Llodio y Aramaio como freno a la libertad de disposición de los bienes raíces a que la misma se refiere en línea con el histórico carácter familiar de la propiedad de la tierra propio de dichas zonas.

La regulación de la legítima en el derecho civil de Galicia ha sufrido igualmente un cambio radical con la entrada en vigor de la ley 14 de junio de 2006 de Derecho Civil¹⁵. En este caso la ley ha afectado tanto a la extensión de la cuota, como al círculo de parientes llamados con la absoluta exclusión de los ascendientes¹⁶ y a la propia naturaleza jurídica de la institución pasando a configurarse como un mero derecho de crédito.

La regulación de la sucesión forzosa en Baleares se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares, modificada posteriormente por la ley 7/2017, 3 agosto. El distinto régimen jurídico aplicable a cada una de las islas determina la existencia de dos sistemas de sucesión forzosa diferentes basados en distintas concepciones de la naturaleza jurídica de la legítima (*pars bonorum* Mallorca y Menorca; *pars valoris bonorum* Ibiza y Formentera)¹⁷ entre los que existen además otras diferencias, como por ejemplo el carácter de legitimario del viudo en Mallorca y Menorca que no se reconoce en Ibiza y Formentera¹⁸. Ambos sistemas presentan no obstante algunos rasgos comunes, así por ejemplo, la cuantía variable de la legítima de los descendientes en función del número de herederos forzosos concurrentes o la limitación del llamamiento en favor de los ascendientes a los padres del causante.

Vemos en definitiva que la revisión del régimen legal no ha sido abordado de manera uniforme por cada uno de los derechos forales sino que ha experimentado una modificación más profunda en aquellas legislaciones que contaban con sistemas más restrictivos para la voluntad del testador, como País Vasco o Galicia y menor en aquellas otras que ya contaban con un régimen más favorable, como el caso de Cataluña. En líneas generales podemos decir que las modificaciones introducidas en los distintos derechos forales han tendido a rebajar los límites a la voluntad del testador siempre dentro del respeto a la tradición histórica de cada uno de estos territorios y que se han complementado además, en algunos casos, con una revisión de las causas de desheredación. Destacamos por último como en los sistemas sucesorios basados en la absoluta libertad de testar, como el Fuero de Ayala o en aquellos otros en los que la legítima tiene un carácter meramente formal o simbólico como Navarra, no se plantea lógicamente la problemática apuntada anteriormente ya que en ellos se permite la libre disposición por el causante sin las limitaciones materiales que un régimen de sucesión forzosa supone.

3. LA REVISIÓN DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN.

Las posibilidades y propuestas para la actualización del Código Civil, vistas y analizadas las opciones por las que han optado las distintas legislaciones forales, son en este punto variadas y van desde la introducción de algunos de los cambios previamente apuntados hasta la supresión de la figura y su sustitución por otras que puedan desempeñar una función asistencial para aquellos herederos forzosos especialmente necesitados o que se encuentren en una situación más vulnerable (derecho de alimentos). Cuál de estas opciones resulta la más conveniente valorando los intereses jurídicos afectados y la propia naturaleza jurídica o idiosincrasia de la institución supone entrar en un debate en el que no nos detendremos aquí; simplemente interesa destacar que en todo caso

¹⁵ J. GOMÁ SALCEDO, "Instituciones de derecho civil común y foral". Bosch, 2ª edición, Barcelona 2010, página 3032.

¹⁶ Si tendrá la consideración de legitimario el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho. J. GOMÁ SALCEDO, "Instituciones de derecho civil común y foral". Bosch, 2ª edición, Barcelona 2010, página 3032.

¹⁷ J. RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de sucesiones, común y foral". Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, páginas 644 y ss.

¹⁸ M. GARCÍA GOLDAR, "Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil". Andavira editora: 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 64.

parece asumido, como punto común de encuentro a todas las posturas apuntadas, la necesidad de revisar y actualizar el sistema para su adaptación a las necesidades sociales actuales y entre ellas, de forma especial, a la protección de las personas con discapacidad.

El legislador ya abordó la revisión o modificación del sistema de sucesión forzosa con esta exclusiva finalidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. La reforma introducida por dicha ley tenía por objeto incrementar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, aumentando con ello tal y como indica su Exposición de Motivos “las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas”. Dicha ley supuso un paso importante en la protección de las personas con discapacidad al introducir en el ámbito sucesorio mecanismos que sirven a dicha finalidad como por ejemplo la posibilidad de gravar con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta en favor de un descendiente con discapacidad (782, 808 y 813) y el legado de derecho de habitación en favor del descendiente discapacitado que conviviere con el causante del artículo 822. En otras ocasiones la ley ampliaba las facultades de actuación propias de figuras ya existentes, así ocurre con la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil de forma que el testador puede atribuir al progenitor sobreviviente facultades que le permiten diferir la adjudicación y distribución de los bienes entre los descendientes comunes en atención a lo que estime más conveniente según las circunstancias familiares o personales de cada caso, lo que indirectamente serviría para la protección de los descendientes con discapacidad.

Sin duda, la ley 18/2003 supuso una modificación importante de la regulación legal y trajo consigo nuevas posibilidades de actuación a la hora de afrontar el otorgamiento del testamento, particularmente en caso de que existiera algún descendiente discapacitado interesado en la sucesión. Pero desde entonces, y a pesar de las numerosas modificaciones introducidas en el Código Civil, la cuestión de la revisión o actualización del régimen de las legítimas no ha sido todavía abordada quedando en este punto la regulación del derecho común “atrasada” respecto a la actualización y revisión llevada a cabo en la legislación foral. Las nuevas necesidades sociales y modelos familiares requieren una urgente puesta al día de la institución, extremo que incluso ya había sido reconocido por la Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2.019, en la que se encomienda a la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un informe sobre esta cuestión en concreto y en la que se instaba a abordar la reforma del sistema en línea con los cambios legislativos producidos en el derecho comparado, tanto desde el punto de vista internacional, como en el ámbito del derecho foral.

Llegados a este punto, el siguiente paso en la presumible evolución de la regulación legal de la sucesión forzosa en el derecho civil común debiera ser su reforma o actualización a través de alguna de las leyes modificativas del Código Civil aprobadas con posterioridad a la promulgación de dicha Orden y así llegamos a la entrada en vigor de la ley 8/2021 de 2 de Junio.

4. INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO EN EL SISTEMA SUCESORIO Y EN PARTICULAR EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA.

Como ya apuntábamos anteriormente, la ley 8/2021 de 2 de Junio, supone una de las reformas más importantes que en sede de derecho civil ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años. Dicha ley supone una mejora sustancial respecto a los mecanismos de protección jurídica con que cuentan las personas con discapacidad, pero merece ser igualmente objeto de crítica en determinados aspectos concretos en lo que a la regulación del derecho de sucesiones se refiere. La reforma afecta con distinta intensidad a diversos puntos de la regulación legal de manera que no resulta posible aplicar un esquema unitario al estudio de los cambios introducidos, sino que habrá que analizar de forma individualizada su distinto alcance, repercusión y eficacia en cada caso.

En algunas ocasiones la ley se limita a adaptar la terminología empleada en el Código civil a los nuevos enfoques que en sede de capacidad introduce la convención de Nueva York del año 2006. Así ocurre por ejemplo en sede del legado del derecho de habitación legalmente reconocido en el

artículo 822, sustituyendo las antiguas expresiones “legitimario persona con discapacidad” por “legitimario que se encuentre en situación de discapacidad”¹⁹. Existe otro grupo de modificaciones legales que no son sino una consecuencia lógica de la aplicación de principios generales²⁰ que se derivan de la nueva concepción de la incapacidad que impone la Convención de Nueva York. Así ocurre con la reforma del Código en lo que a la capacidad para otorgar testamento se refiere, reconocida de forma implícita en el artículo 663 y expresa en el artículo 665 para todas aquellas personas que puedan, por si mismas o con los apoyos necesarios, conformar, comprender y expresar su voluntad. De igual manera ocurre con la regulación de las formalidades legales del otorgamiento, suprimiendo la intervención de facultativos cuando del testamento de una persona discapacitada se tratare (artículo 665), suprimiendo igualmente la necesidad de testigos cuando el otorgante sea ciego o sordo (artículo 697) y permitiendo, por último (artículo 695) la utilización de medios técnicos que ayuden al testador a expresar su voluntad, leer u oír el testamento y la explicación de su contenido por el notario en caso de discapacidad física o sensorial. Consecuentemente con dichas previsiones legales, la ley modifica igualmente la redacción del artículo 25 de la Ley Orgánica del Notariado de forma que se permite al notario la utilización de mecanismos que posibiliten la efectiva comunicación con el testador tales como pictogramas, braille, lenguaje de signos etc.²¹

Consecuencia lógica de la aplicación de los principios de no discriminación y accesibilidad de la Convención de Nueva York es igualmente tanto el reconocimiento a las personas ciegas del derecho a otorgar testamento cerrado (artículo 708) valiéndose de aquellos medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, como la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento en forma ológrafa, reconocida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico con dicha reforma.²²

En esta línea igualmente encontramos otros preceptos afectados por la ley que reconocen expresamente a la persona con discapacidad la posibilidad de realizar determinadas actuaciones por si sola o en su caso con las medidas de apoyo que se hubiesen establecido. Así ocurre por ejemplo con la regulación de la aptitud de la persona con discapacidad para aceptar la herencia a la que fuese llamado, que según la nueva redacción del artículo 996 podrá realizar por si solo, salvo que de las medidas de apoyo establecidas resulte otra cosa y que la doctrina (LORA TAMAYO) entiende igualmente aplicable para la repudiación de la herencia a pesar de no contar con una disposición legal expresa en este sentido.²³ En la misma línea se mueve la regulación legal en lo que a la capacidad para solicitar y realizar la partición de la herencia se refiere (artículos 1052 y 1060), donde que habrá que estar en primer lugar a lo dispuesto en las medidas de apoyo existentes.

Existen por último otras modificaciones introducidas por la ley que amplían el alcance de determinadas previsiones legales ya contempladas en nuestro ordenamiento jurídico para la especial protección de las personas con discapacidad; así por ejemplo la dispensa de colación de los gastos realizados para atender necesidades especiales de los descendientes con discapacidad que establece el artículo 1041 del Código Civil, abarcando ahora todos aquellos “requeridos por su situación de discapacidad” o el alcance de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta del artículo 808 permitiendo la nueva redacción legal el establecimiento de un fideicomiso de residuo sobre la misma.

Destacamos por último que el artículo 3.2 de la ley 8/2021 ha suprimido la excepción que el artículo 28 de la ley Hipotecaria suponía para la protección del tercero hipotecario de buena fe cuando de la inscripción de bienes a favor de un heredero no forzoso se trataba. El precepto, que en realidad no tenía una gran aplicación práctica, resultaba altamente perturbador para el tráfico jurídico por

¹⁹ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 179.

²⁰ Como el pleno reconocimiento de la capacidad o la eliminación de barreras que impidan su ejercicio.

²¹ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 155 y ss.

²² I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 159.

²³ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 182.

lo que, en virtud de la nueva regulación legal, deja de aplicarse a las sucesiones abiertas a partir de la entrada en vigor de la norma²⁴. Cuestión no resuelta expresamente por las disposiciones transitorias de la ley es su posible aplicación a las sucesiones abiertas con anterioridad a dicha fecha, si bien la doctrina mayoritaria (MARTORELL)²⁵ se inclina por entender que dicha excepción dejaría igualmente de aplicarse a las mismas.

5. CONCLUSIONES.

Todas las modificaciones anteriormente apuntadas merecen ser objeto de una crítica positiva ya que en línea con los principios de la Convención de Nueva York suponen el reconocimiento expreso de la capacidad de todas las personas y permiten el desarrollo y ejercicio autónomo de la misma en todo caso, aunque la persona se encuentre afectada por algún tipo de discapacidad. La nueva concepción de la capacidad que la ley supone, impone para todos los operadores jurídicos, y en particular para los jueces y notarios, una inexcusable labor de adaptación para acomodar en todo caso su actuación a los nuevos principios y parámetros legales. En particular, la consideración del notario como apoyo institucional refuerza su carácter de autoridad pública e impone una nueva forma de aproximarse al otorgamiento notarial cuando de una persona con discapacidad se tratare, adoptando aquellas medidas necesarias para auxiliarle en la comprensión, formación y expresión de su voluntad de forma autónoma y evitando interferencias e injerencias e indebidas por parte de terceras personas en dicho proceso. Esto no obstante y sin perjuicio del valor y significado de la reforma no podemos dejar de mencionar determinados puntos negativos de la misma en lo que a su incidencia en el derecho de sucesiones y en particular a la revisión del sistema de sucesión forzosa se refiere.

En primer lugar, resulta criticable y así lo ha apuntado la doctrina (LORA TAMAYO) la supresión de la sustitución ejemplar (Artículo 776) como mecanismo válido para evitar la sucesión intestada de la persona con discapacidad²⁶. La posibilidad de que los ascendientes pudieran ordenar dicha sustitución evitaba la sucesión intestada del descendiente discapacitado y permitía, dentro de los límites legales, ordenar la sucesión del mismo de la forma que se estimara más conveniente y acorde con su voluntad. La ley, en línea con el reconocimiento de la capacidad general para otorgar testamento, suprime este recurso partiendo quizás de la premisa errónea de que en todo caso podrá la persona discapacitada, por si solo o servido de los apoyos necesarios en su caso, otorgar testamento, pero olvida aquellos supuestos en que por razón de la discapacidad que le afecte ello no sea posible.

En segundo lugar, resulta igualmente criticable el escaso calado de la reforma legal en sede de sucesión forzosa, o si se prefiere, el hecho de que con esta ley y sin perjuicio de los aspectos positivos que trae consigo, se ha desaprovechado la oportunidad de abordar una reforma o puesta al día de la regulación de la misma. La ley se limita a aportar como principal novedad en este punto la reforma o ampliación de figuras ya existentes en nuestro derecho²⁷ pero no dispone de nuevos recursos o mecanismos que permitan una mayor flexibilidad a la hora de disponer por testamento, ni se aborda una revisión o actualización de la regulación de la legítima en el derecho civil común. Hablamos de oportunidad perdida puesto que si bien es cierto que la persona con discapacidad, por si sola o debidamente asistida, puede otorgar testamento, se encontrará en todo caso limitado por el freno a la libertad de disposición que la legítima supone, por lo que tendrá que dejar necesariamente a sus herederos forzosos la cuota que les reserva la ley aunque sea otra su voluntad o sus preferencias. Este freno impide al testador, se encuentre o no afectado por discapacidad,

²⁴ 3 de septiembre de 2.021.

²⁵ V. MARTORELL, “La supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria por la Ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción.” en *Notarios y Registradores*. Consultado el 10/09/2021 en: <https://notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/>.

²⁶ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre: 1ª edición, Madrid 2.021, página 177.

²⁷ Como la posibilidad de gravar con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta en favor de un descendiente con discapacidad, permitiendo ahora un fideicomiso de residuo.

disponer de sus bienes libremente, limitando aquellas disposiciones que favorezcan a personas que no sean herederos forzosos tales como cuidadores, asistentes u otras personas que convivan con el testador o con las que este tenga una mejor relación personal o familiar y obligando a favorecer en testamento a personas con las que puede que el testador no tenga relación alguna, o que directamente se hayan desentendido de su situación o cuidado; lo que resulta especialmente grave en caso de personas con discapacidad. Es cierto que existen mecanismos para evitar que esta situación ocurra, así la desheredación o la indignidad por falta de atención al causante cuando de la sucesión de una persona con discapacidad se tratare, pero ¿resulta esto suficiente? ¿Se evita con estos mecanismos que estos parientes que no se han implicado en el cuidado de la persona con discapacidad perciban bienes de su herencia? Pensemos que es perfectamente posible que el sucesor “indigno” haya prestado al causante discapacitado las atenciones debidas sin incurrir por tanto en causa de indignidad sucesoria o que el comportamiento del descendiente “desheredado” no se ajuste en sentido estricto a alguna de las causas de desheredación legalmente previstas, máxime cuando la falta de desapego o relación personal no se puede considerar comprendida en el concepto de maltrato psicológico (sentencias 140/2021 Audiencia Provincial de Salamanca, 11562/2020 Audiencia Provincial de Madrid, 1125/2019 Audiencia Provincial de Murcia) que el TS si reconoció como justa causa de desheredación por su equiparación al maltrato físico en las Sentencias 3 de Junio de 2014 y de 30 de Enero de 2015.

Resulta igualmente criticable de la reforma el hecho de que si bien ha traído consigo la superación de la limitación que para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico suponía el artículo 28 de la ley hipotecaria, haya desaprovechado la oportunidad de derogar la obsoleta previsión del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, que sigue vigente y que impone el consentimiento de los legitimarios del cónyuge fallecido para la inscripción de los actos de disposición efectuados por el titular registral, cuando la inscripción del bien a que se refiere se hubiera efectuado a su favor con carácter privativo por mera confesión de su cónyuge premuerto. Supone, amén de una clara extralimitación reglamentaria, una injustificada limitación o freno a las facultades de disposición del titular registral.²⁸

Vemos, en definitiva, que los recursos de que en este sentido dota la ley a nuestro ordenamiento jurídico, resultan insuficientes o escasos; si el objetivo de la ley era reforzar la protección en el ámbito sucesorio de las personas discapacitadas, merece ello a mi entender una reforma más ambiciosa de la regulación legal en el ámbito de la sucesión mortis causa y en concreto en sede de legítimas, causas de desheredación e indignidad. Urge en este sentido abordar una revisión legal que permita al testador acomodar la sucesión a sus deseos, preferencias y circunstancias familiares y personales. Es cierto que el objetivo último de la ley no es la reformulación del sistema de sucesión forzosa ni la revisión o actualización del mismo, pero no podemos dejar de destacar el hecho de que siendo una de las reformas más ambiciosas que en todo el ámbito del derecho privado ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico, parece haber pasado de puntillas precisamente sobre la institución más necesitada de revisión, perdiendo con ello la oportunidad de abordar una reforma profunda del sistema legitimario en el derecho civil común que alcance a la cuantía de la legítima, personas favorecidas o causas legales de privación de la misma, al igual que ya se ha hecho en el derecho foral.

6. BIBLIOGRAFÍA.

I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021.

M. FERNÁNDEZ MALDONADO, “La sombra de la legítima es alargada”, en EL Notario del siglo XXI, nº 98, año 2.021, páginas 124-128.

²⁸ A. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad” en El Notario del siglo XXI, nº 97, año 2.021, páginas 70-76.

- M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Compendio de derecho sucesorio”. Wolters Kluwer, 3ª edición, Madrid, marzo 2.011.
- J. RIVAS MARTÍNEZ, “Derecho de sucesiones, común y foral”. Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004.
- M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020.
- M. ORDÁS ALONSO, “La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales”. Wolters Kluwert, 1º edición, Madrid, 2021.
- G. GALICIA AIZPURÚA, “La sucesión forzosa: planteamiento general” en El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI; de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Parlamento Vasco, Bilbao 2015, páginas 388-421
- J. GOMÁ SALCEDO, “Instituciones de derecho civil común y foral”. Bosch, 2ª edición, Barcelona 2010.
- A. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad” en El Notario del siglo XXI, nº 97, año 2.021, páginas 70-76.
- V. MARTORELL, “La supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria por la Ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción.” en Notarios y Registradores. Consultado el 10/09/2021 en: <https://notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/>.