

**EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE EL EJERCICIO DE LA
CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL
DERECHO CIVIL DE GALICIA. CAMBIOS PENDIENTES E
INTERPRETACIONES NECESARIAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY
2/2006, DE 14 DE JUNIO**

*The incidence of the reform of legal capacity of people with disabilities in Galician
Civil Law: pending changes and necessary interpretations*

NATALIA ÁLVAREZ LATA
natalia.alvarez.lata@udc.es
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Álvarez Lata, N. (2023).

El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Civil de Galicia.

Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 10-44

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.43>

Recepción: 14/07/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

El principal objetivo de la Ley 8/2021 es la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que afecta a todo el ordenamiento jurídico, por lo que la reforma que acomete la norma estatal ha de llevarse a cabo asimismo en los demás Derechos civiles que conviven en el territorio español. En Galicia, dicha adaptación no se ha producido aún, de suerte que este trabajo pretende analizar qué cambios (y en qué sentido e intensidad) y qué nuevas interpretaciones deberían realizarse, a nuestro juicio, en la Ley de Derecho civil de Galicia, ya por vía de reforma de las disposiciones legales en uso de sus competencias propias, adaptando la norma a las nuevas reglas derivadas de la Convención, ya por la vía de la entrada del Derecho supletorio y especialmente de la Ley 8/2021, *ex art.* 1.3 LDCG.

Palabras clave

Capacidad jurídica; Derecho civil de Galicia; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Abstract

The main objective of Act 8/2021 is the adaptation of the Spanish legal system to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which affects the entire legal system, so that the reform undertaken by the state norm must also be carried out in the other civil rights that coexist in the Spanish territory. In Galicia, this adaptation has not yet taken place, so this paper aims to analyze what changes (and in what sense and intensity) and what new interpretations should be made, in our opinion, in the Galician Civil Law, by way of reform of the legal provisions in use of their own competences, adapting the norm to the new rules derived from the Convention, already by way of the entry of supplementary law and especially of Act 8/2021, *ex art.* 1.3 LDCG.

Key words

Legal capacity; Galician Civil Law; Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA (Y EL ESCASO MARGEN DE MANIOBRA DEL LEGISLADOR GALLEGO). III. REFORMAS PENDIENTES EN LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA O NUEVAS INTERPRETACIONES NECESARIAS A LA LUZ DEL DERECHO SUPLETORIO. III.1. Previo: la adquisición de la vecindad civil gallega. III.2. Derecho de familia. III.2.1. Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y donaciones *propter nuptias*. III.2.2. Capacidad para constituirse en pareja de hecho: revisión de la DA 3ª LDCG. III.3. Contratos. III.3.1. Capacidad para contratar de la persona con discapacidad y su aplicación al Título VII de la LDCG. III.3.2. Dos cuestiones concretas: el contrato de vitalicio y la extinción de la compañía familiar gallega. III.4. Derecho sucesorio. III.4.1. Algunas reformas en el testamento abierto. III.4.1.2. *La necesaria supresión de la concurrencia de testigos del art. 184 LDCG*. III.4.1.3. *La modificación del art. 185 LDCG sobre la capacidad de los testigos*. III.4.2. Capacidad para otorgar pactos sucesorios: el art. 210 LDCG. III.4.3. Concurrencia de personas con discapacidad en la partición. III.4.3.1. *En la partición convencional de los herederos: las reglas de los arts. 271 y 294 LDCG*. III.4.3.2. *En la partición realizada por el contador-partidor*. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Según su Disposición Final segunda, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –en lo que se refiere a las normas sustantivas de Derecho civil (cfr. arts. 2º y 5º y DDTT 1ª, 2ª y 3ª)- se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.ª CE, por lo que deja a salvo la competencia en materia de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, en el ámbito de las materias reguladas. Como es sabido, el principal objetivo de la Ley 8/2021 es la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD), que empapa todo el ordenamiento jurídico, por lo que la reforma que acomete la norma estatal ha de llevarse a cabo asimismo en los demás Derechos civiles que conviven en el territorio español. En Galicia, dicha adaptación no

se ha producido aún –aunque está en proceso, quizás en el seno de una reforma más ambiciosa-, de suerte que este trabajo pretende analizar qué cambios (y en qué sentido e intensidad) y qué nuevas interpretaciones deberían realizarse, a nuestro juicio, en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), ya por vía de reforma de las disposiciones legales en uso de sus competencias propias –adaptando la norma a las nuevas reglas derivadas de la CDPD-, ya por la vía de la entrada del Derecho supletorio y especialmente de la Ley 8/2021, *ex art.* 1.3 LDCG. Anticipamos ya que, desde nuestra perspectiva, la intervención del legislador en la LDCG por adaptación de las nuevas reglas debería ser de mínimos en coherencia con el nuevo principio de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y, por tanto, consistiría básicamente en la supresión de las referencias a capacidades extra, obstáculos o requisitos añadidos – presentes a lo largo de la LDCG- para la eficacia de la actuación de estas personas, con la finalidad de dar cabida a los principios de la CDPD acerca de la no discriminación de la persona con discapacidad. Más aun en un sistema jurídico, como el gallego, con escueta regulación sobre las cuestiones nucleares en las que se proyecta la CDPC y frecuentes reenvíos o remisiones a la legislación común¹.

Previamente, se hace preciso recordar, muy a grandes rasgos, el nuevo escenario que plantean tanto la CDPD como la Ley 8/2021², que establece las siguientes reglas: 1ª) El principio clave para el Derecho privado es que la capacidad jurídica es un atributo de toda persona y no puede restringirse o modificarse; es el ejercicio de la capacidad jurídica el que puede precisar medidas de apoyo para facilitar o promover la actuación jurídica de la persona con discapacidad, pero no cabe hablar de limitaciones o prohibiciones expresas o *ab initio* a su ejercicio ni de otras formas de discriminación por razón de discapacidad; 2ª) Las medidas de apoyo, judiciales y voluntarias, han de fundamentarse en los principios de proporcionalidad y necesidad, por lo que no podrán desplegarse en caso de que el ejercicio adecuado de la capacidad pueda llevarse a cabo por la propia persona, siendo preferida siempre la medida de apoyo de menor impacto en la autonomía de la persona, que siempre se trata de proteger. Dichas medidas de apoyo, que deberán estar inspiradas

¹ No es el caso de otros Derechos civiles como el aragonés, navarro o catalán. Sobre los anteproyectos y primeros comentarios a los textos de adecuación de la CDPD a dichos sistemas *vid.*: SABATER BAYLE (2022); SOLÉ RESINA (2022); EGUSQUIZA BALMASEDA (2022); AZCONA (2022); BAYOD LÓPEZ (2021); y MAYOR DEL HOYO (2020).

² Más ampliamente en ÁLVAREZ LATA (2021 b: 469 y ss.).

en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales³; 3ª) La finalidad de la prestación del apoyo no es, como hasta ahora, la protección de la persona con discapacidad y la consecución de su mayor interés, sino que el fundamento de cualquier intervención externa a través de las medidas de apoyo está en procurar que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica en condiciones de igualdad de acuerdo con su propia autonomía, es decir, de acuerdo con su “*voluntad, deseos y preferencias*”, incluso a costa de que dicha persona se equivoque en su decisión en contra de lo que podría considerarse un interés objetivo⁴. 4ª) No es claro en la CDPD ni en la Ley si el interés superior de la persona con discapacidad podría constituirse en criterio orientador de la intervención de quien presta apoyo, cuando no se pueda determinar la voluntad y preferencias de la persona; las intervenciones judiciales que prevé el sistema parecen ejemplos de esta posibilidad dando posibilidad al juez, en ocasiones, de desviarse de la voluntad de la persona para decidir sobre la base de otros criterios, que no puede ser otro que el del interés de la persona (así, cfr. arts. 264; 271 y ss., y 295 CC, entre otros). En estos casos, cuando no hay voluntad conocida o inferida, cabría apelar al criterio del mayor interés, por otro lado, presente en el art. 12 CPDC. 5ª) En sintonía con lo precedente, las funciones representativas (de las medidas de apoyo) se dibujan como “residuales” (cfr. art. 249 CC y 12 CDPD); no obstante, la reforma ha dado luz verde a la curatela con funciones representativas y la guarda de hecho se ve reforzada con las actuaciones representativas del guardador, aunque, en ambos casos, de forma excepcional, queriendo huir de remisiones genéricas a una representación para los actos patrimoniales. 6ª) El destinatario del nuevo sistema *son las personas con discapacidad que necesitan apoyos*, concepto que queda conscientemente ambiguo evitando referencias médicas o diagnósticas; hay consenso en entender que las medidas de apoyo que se regulan en los arts. 249 y ss. CC y la mayor parte de las referencias a la “persona con discapacidad” se refieren a quien no puede ejercitar sin dichos apoyos su capacidad jurídica porque la discapacidad le ocasiona dificultades para conocer, comprender y actuar con relevancia jurídica los actos de que se trate (lo que remite a un plano psicosocial o intelectual de la discapacidad). 7ª) La reforma de la LN y del RN llevado a

³ *Vid.* las primeras interpretaciones del Tribunal Supremo en las SSTS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002); de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021\4847); de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021\4958); 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023\356); de 23 de enero de 2023 (JUR 2023/164348).

⁴ No obstante, véase la STS (Sección Civil, Pleno) 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002), muy criticada por la doctrina.

cabo por la Ley 8/2021 y la necesaria intervención del notario en muchos de los negocios jurídicos que requieran forma pública hace que los fedatarios públicos conviertan en apoyos institucionales e instrumentales de las personas con discapacidad (arts. 255 y 665 CC, entre otros; cfr. art. 25 LN) y que asuman un papel protagonista en la evaluación de la capacidad de la persona con discapacidad *ex art. 17.bis LN*⁵.

Tampoco es baladí apuntar, en esta introducción, que dos años después de la entrada en vigor de la norma, la aplicación de los grandes principios señalados *supra* y la “razonable desjudicialización”⁶ que se ha pretendido en la Ley 8/2021 –y que, en general, ha sido aplaudida por la doctrina– aún no ha cuajado a la luz de las resoluciones de muchas Audiencias Provinciales, excesivamente conservadoras y, a nuestro juicio, poco respetuosas, por ejemplo, con el carácter subsidiario de las medidas de apoyo judiciales, preceptuado en el art. 255 CC y recordado recientemente por la clarísima STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2023 (JUR 2023/164348) –mucho más alentadora que otras del mismo Tribunal⁷– que insiste en “*la apreciación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo*” y en el carácter subsidiario de las medidas judiciales, poniendo en valor las nuevas facetas representativas de la guarda de hecho⁸. No obstante, bajo la excusa de las molestias que se han de evitar a la “guardadora de hecho a un peregrinaje constante para solicitar autorización judicial en relación con actos tan nimios como sacar

⁵ Este juicio de capacidad gana protagonismo en los actos y negocios jurídicos realizados ante notario, y debe completarse con lo establecido en los arts. 156,8 y 167 RN (y asimismo interpretado conforme a las Circular 2/2021, de 1 de septiembre, y 3/2021, de 27 de septiembre del Consejo General del Notariado, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad. Dicho juicio notarial, que genera una presunción *iuris tantum* de que dicha persona consiente válidamente con o sin apoyos, no se basa ni constata la capacidad que ya se tiene, ni evalúa la discapacidad de la persona, sino debe referirse, en realidad, a la influencia de dicha condición en la aptitud para otorgar el consentimiento necesario para realizar un acto jurídico determinado en un momento también concreto (ÁLVAREZ LATA 2021.a): 995 y ss.). Como se ha señalado (AMUNÁTEGUI 2022: 90 y ss.), en determinados casos, puede que no se permita a una persona sin apoyos (o que los tenga y actúe sin los mismos) la realización de determinados negocios, teniendo en cuenta su complejidad y las circunstancias personales de la persona con discapacidad, debiendo dejar constancia de esta circunstancia. Sobre este juicio de capacidad: *vid.* TENA ARREGUI (2022); ÁLVAREZ-ROYO (2022).

⁶ Como dice DE VERDA BEAMONTE (2022: 68).

⁷ También en el mismo sentido, la STS de 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023\356).

⁸ Dice la STS de 23 de enero de 2023 (JUR 2023/164348): “De esta forma, la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, *de Reforma del Código Civil en materia de tutela*, en la que debía dar tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial. Este cambio de planteamiento para la guarda de hecho de las personas con discapacidad se anuncia ya desde el Preámbulo de la misma Ley 8/2021 [...]. En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho. [...] Es decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo”.

pequeñas cantidades de dinero” o “por cuanto requerir de las personas guardadoras que para todos los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos todos en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida”, no son pocas las resoluciones de Audiencias que, a pesar de existir una medida voluntaria, como la guarda de hecho, configuran una curatela representativa muy amplia siguiendo inercias del Derecho pre-reforma (*cf.* SSAP de León, Sec. 1ª, 8 de febrero de 2023 [JUR 2023\118082]; Valencia, Secc. 10ª, de 9 de febrero de 2023 [JUR 2023\130090]; Pontevedra, Secc. 6ª, de 1 de febrero de 2023 [JUR 2023\149223]; Málaga, Secc. 6ª, de 20 de septiembre de 2022 [JUR 2023\179768]). En cambio, otras (SSAP de Madrid, Secc. 31ª, 31 de marzo de 2022 [JUR 2023\109256]; A Coruña, Secc. 6ª, de 31 de enero de 2023 [JUR 2023\101477]) consideran suficiente la guarda de hecho, revocando curatelas en casos muy semejantes a los de las resoluciones precedentes -necesidad de “apoyo en cuanto a las funciones de su autocuidado en el ámbito de su salud y toma de decisiones de carácter tanto sanitario como contractual y procesal, siendo totalmente dependiente en todos los aspectos de su vida”-.

II. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA (Y EL ESCASO MARGEN DE MANIOBRA DEL LEGISLADOR GALLEGO)

Tal y como se ha indicado, respecto de otros Derechos civiles de las CCAA, el legislador estatal ha realizado la adaptación de la CDPD con total independencia y desconexión de la repercusión de los efectos que dicha regulación iba a tener en estos Derechos territoriales, lo cual se ha visto como falta de sensibilidad⁹ y de coordinación. No obstante, no hay que olvidar que la CDPD ha estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico –en todos sus planos-, desde 2008, y que las CCAA que ahora se ven rezagadas y, de algún modo, supeditadas o condicionadas a la reforma que finalmente ha llevado a cabo el legislador estatal, pudieron haber tomado la iniciativa y modificar sus propias normas con arreglo a la Convención. Tal inconveniente afecta especialmente a las CCAA cuyo Derecho civil se ha dotado de un régimen sobre personas con discapacidad o instituciones tutelares o que regulan profusamente aspectos relacionados con la capacidad. No acontece esto en el Derecho gallego; la LDCG no cuenta con una ordenación propia de la capacidad ni de las instituciones de guarda de las personas con

⁹ En un sentido similar se han pronunciado: AZCONA (2022: 1583); MAYOR DEL HOYO (2020: 231).

discapacidad –la original regulación de la autotutela en la LDCG ha quedado derogada por la STC 133/2017-. En todo caso, la alusión en la LDCG a requisitos de capacidad de los otorgantes en la regulación de diferentes negocios jurídicos y otras cuestiones relevantes a las relaciones jurídico patrimoniales de estas personas, hace preciso que se analice el impacto de la reforma en las instituciones gallegas. El cambio que ha supuesto la incorporación de la CDPD a nuestro ordenamiento jurídico, y ahora la promulgación de la Ley 8/2021 que hace patente ya en el Derecho estatal dichas transformaciones, obliga sin dudas al legislador gallego a una revisión de las disposiciones de la LDCG para proceder a su adecuación a las exigencias derivadas sobre todo de la CDPD.

Llegados a este punto, cabe preguntarse por la posibilidad de que el legislador gallego opte por soluciones diferentes de las que ha considerado la Ley 8/2021 para la incorporación de la CDPD, cuando tenga competencia para ello. Que interpretaciones diferentes caben está claro a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que antes de la Ley 8/2021 aplicaba la CDPD intentando interpretar las normas del CC en el sentido de la Convención (cfr. SSTS 269/2021, 654/2020 y 118/2020); y se hace nítido teniendo en cuenta las diversas opiniones de la doctrina acerca de la interpretación de la propia reforma –acerca de cómo se hizo y como se podría haber hecho-; e incluso a la luz de los diferentes proyectos y textos prelegislativos y sus justificaciones y de las diferentes adaptaciones a la CDPD de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En principio, la adaptación del Derecho civil de Galicia ha de realizarse según los principios de la CDPD, no necesariamente de la llevada a cabo por el legislador estatal por Ley 8/2021, que, no obstante, penetrará en el Derecho gallego a través de la remisión o reenvío a normas e instituciones del Derecho común y, lógicamente, a través de la cláusula del Derecho supletorio del art. 1.3 LDCG¹⁰.

Con todo, la posibilidad planteada de separarse de las coordenadas y soluciones fundamentales de la Ley 8/2021 queda ciertamente reducida en el caso del Derecho civil de Galicia, por las siguientes razones:

1^a) Porque pese a que el ejercicio de la competencia legislativa civil por las CCAA con Derecho civil propio no está acotado de manera simétrica y clara, y existe un apreciable margen sobre el juicio que realice finalmente el TC¹¹, la doctrina

¹⁰ Claramente en este sentido, EGUSQUIZA BALMASEDA (2022: 350).

¹¹ EGUSQUIZA BALMASEDA (2023: 12).

mayoritariamente aplicada por el Tribunal sobre las instituciones conexas, que es la más estricta o restrictiva¹² -y que es, por otro lado, la que se ha proyectado en la STC 133/2017, que ha considerado que el legislador gallego carece de competencias para regular la adopción y la autotutela-, haría ciertamente imposible que se introdujeran regulaciones *ex novo* ni tampoco innovaciones o actualizaciones sobre capacidad ni sobre instituciones tutelares –salvo la capacidad que pueda referirse a los pactos sucesorios, por ser institución típica-, por ser materias sobre las que no ha legislado previamente ni tiene conexión con sus instituciones, en el sentido de la doctrina empleada por el TC. En palabras de la citada STC núm. 133/2017: “Por estas razones, se ha de afirmar que el legislador gallego, al regular la adopción, no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su Derecho, para lo que en este caso no posee competencia, ya que, reiteramos, cabe que «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», pero ello no implica una apertura a un «crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», ni a «una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugna con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE», sino a un crecimiento de acuerdo con los «*principios informadores peculiares del Derecho foral*» (STC 88/1993, de 12 de marzo, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, de 6 de mayo)”. Para el TC, al menos en el caso gallego, no le ha bastado “conexión”, sino que dicha conexión sea “previa” y que se lleve a cabo “con la peculiaridad” de dichas instituciones¹³. No hay razón por la que dicha tesis no se aplique ahora para neutralizar las eventuales innovaciones o variaciones que el legislador gallego pudiera hacer respecto de las del estatal porque, en general, carecerían de dicha conexión.

2ª) Porque, por otro lado, las eventuales modificaciones o variaciones que se hagan resultan condicionadas y limitadas por las realizadas en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado por la Ley 8/2021; especialmente la reforma procesal y la llevada a cabo (y la omitida asimismo) en la legislación notarial, condiciona la propia adaptación

¹² En este sentido, pueden verse las SSTC 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio; 192/2016, de 16 de noviembre; 133/2017, de 16 de noviembre y 13/2019, de 31 de enero. Sobre esta jurisprudencia e interpretación, ASÚA GONZÁLEZ (2022: *passim*).

¹³ Sobre esta idea, *cf.* BERCOVITZ (2018: *passim*). Muy crítica, GARCÍA RUBIO (2018: 9 y ss.).

que realice el legislador gallego en tanto trasciende al ordenamiento jurídico privado, afectando a normas que resultan aplicables en las diferentes CCAA¹⁴ –y, en este caso, a Galicia-. Al tiempo que somos partidarios de que los legisladores de las CCAA en el marco de sus competencias diseñen su propio sistema y adapten las normas de la CDPD, tampoco obviamos que, por lo que se refiere a los principios basilares del ejercicio de la capacidad jurídica, en sus diversos planos, una regulación unitaria en el ámbito del territorio nacional es claramente conveniente y beneficiosa para los operadores jurídicos¹⁵, en términos de eficiencia y seguridad jurídica. Es el caso de la regulación de la capacidad contractual de la persona con discapacidad, que, además, puede ser entendida dentro del perímetro del concepto de “bases de las obligaciones contractuales” y, por tanto, incluida dentro de los límites de la competencia del Estado “en todo caso” ex art. 149.1.8º CE, para establecer unas “líneas directrices y criterios globales de ordenación de los contratos” que garanticen una «mínima regulación uniforme» en esta materia “mínima regulación uniforme en materia de contratos”, en cumplimiento “de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE)” (*cf.* SSTC 132/2019 de 13 noviembre y 157/2021 de 16 septiembre).

Teniendo en cuenta lo precedente, la reforma que llevase a cabo el legislador gallego necesariamente ha de adecuar los principios y reglas de la CDPD respecto de las instituciones o reglas propias del Derecho gallego –las menos- en las que podrá despegarse de las soluciones que ha marcado la Ley 8/2021; fuera de ese ámbito, vía remisiones directas de la propia LDCG o a través de la cláusula del Derecho supletorio, serán las reglas de la Ley 8/2021 las que se aplicarán. En cualquier caso, como ya se anticipó, a salvo de las consideraciones puntuales que se hagan y con las matizaciones que se analizarán al tratar cada uno de los temas, la reforma propuesta aquí para la incorporación de la CDPD a la LDCG es de mínimos. En materia de capacidad para realizar los actos jurídicos, la opción más adecuada sería la omisión de las referencias a la capacidad en casi todos los negocios jurídicos que se regulan en la LDCG –tal y como ha hecho el legislador estatal en el art. 1263 CC o en el derogado art. 1330 CC-. Y ello porque la persona con discapacidad, según el art. 12 CDPD, no puede ser sometida a ninguna limitación por causa de su discapacidad. En otras ocasiones, el cambio tendrá

¹⁴ Véase, MAYOR DEL HOYO (2020: 235)

¹⁵ Así, EGUSQUIZA BALMASEDA (2022: 351).

que ver con la nueva condición que asume la persona con discapacidad –que no es solo una cuestión terminológica-; en este sentido, las expresiones relativas a incapaz o al incapacitado o a la persona con capacidad judicialmente modificada o a la incapacidad en general, como condición, habrán de traducirse por “la persona con discapacidad”; o la “persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹⁶; o, en su caso, “la persona con discapacidad por sí sola o con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise” –expresión recogida en algunos pasajes (*cf.* art. 21.3 CC)- que traduce nítidamente la regla general de ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad: la persona con discapacidad podrá realizar actos con eficacia jurídica por sí misma o con los correspondientes apoyos que le sean provistos por el Derecho.

III. REFORMAS PENDIENTES EN LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA O NUEVAS INTERPRETACIONES NECESARIAS A LA LUZ DEL DERECHO SUPLETORIO

Procede ahora realizar un repaso de la LDCG que detecte las normas o reglas jurídicas que han de ser reformadas en la LDCG o interpretadas en sentido diverso a como se venía haciendo, teniendo en cuenta las reglas de la CDPD y de la Ley 8/2021, como Derecho civil general del Estado y, por tanto, supletorio para el Derecho gallego *ex* art. 1.3 LDCG.

Hemos dividido el análisis de las reformas por las áreas más relevantes. Dejamos al margen reformas puntuales con menos enjundia, como, por ejemplo, la necesaria modificación del art. 10.1.4º LDCG que considera que la actuación de la entidad pública respecto a la persona menor declarada en desamparo consistirá en promover ciertas medidas entre las que está “4º. *La declaración de incapacidad del menor, en caso de que concurre alguna de las causas de incapacitación*”, medida que actualmente no cabe, en tanto que se ha derogado la institución de la incapacitación y su variante de la declaración judicial de modificación de la capacidad. A los efectos de la adaptación de esta norma, téngase en cuenta que el art. 254 CC establece el nuevo régimen de la provisión de medidas de apoyo en la persona menor de edad para que entren en juego con la mayoría

¹⁶ Téngase en cuenta, en este punto, las indicaciones de la DA 4ª CC, párrafo II: “*A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”.

de edad de la persona y que pueden ser previstas a partir de los dieciséis años, siempre que la situación de la persona tenga la suficiente entidad para que se prevea la necesidad de los apoyos sin solución de continuidad. Como antes, dichas medidas de apoyo pueden ser solicitadas a la autoridad judicial por el tutor, que abarca tanto al judicialmente nombrado como a la Administración pública que haya asumido la tutela administrativa – como es el caso del precepto a modificar-. Por tanto, el nuevo art. 10.1.4º LDCG habrá de indicar: “4º. La adopción de medidas de apoyo para cuando concluya la minoría de edad en el caso del art. 254 CC”.

III.1. Previo: la adquisición de la vecindad civil gallega

Se nos permitirá una breve y previa anotación respecto de la adquisición (o renuncia) de la vecindad civil, en tanto en cuanto resulta requisito primigenio para la sujeción al Derecho civil de Galicia. Conforme al art. 4 LDCG, “*la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común*”, por lo que las reglas que han de aplicarse son las establecidas en el CC. La adquisición de la vecindad civil no ha sido modificada por la Ley 8/2021 en lo que se refiere a los supuestos del art. 14 CC; sí, en cambio, en lo que hace al art. 15 CC, regulador del derecho de opción del extranjero por el Derecho civil de que se trate, que ahora reza: “*Esta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que la persona con discapacidad, en su caso, precise, o por su representante legal. [...]*”. Cambios que se han incorporado también a los arts. 20, 21 y 22 CC que modifican las declaraciones llevadas a cabo por el representante del incapacitado por la que hace directamente la persona con discapacidad “*con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise*” (cfr. art. 21.3 CC).

Sin embargo, no puede pasar desapercibido que a través del art. 14 CC también cabe hacer declaraciones ante el Registro civil para mantener o no la vecindad civil del español. Y comoquiera que en ellas no “saltó” la condición de incapacidad del declarante, tampoco el legislador hizo ningún tipo de indicación al respecto, cuestión esta criticada por la doctrina¹⁷. En este sentido, hay que tener en cuenta que el CDPD señala, en su art. 18.1, que “*Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las*

¹⁷ MORENO SÁNCHEZ-MORALED A (2022: 643-668); VAQUERO LÓPEZ (2021: 116 y ss.).

personas con discapacidad: a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad” –que, en este punto, ha de hacerse extensivo a la vecindad civil, como determinante de la ley personal en nuestro país-. Es por ello, que las personas con discapacidad deberán disponer de los apoyos y ajustes razonables para que puedan adquirir, conservar o recuperar la nacionalidad (y la vecindad civil) sin discriminación por razón de su discapacidad, teniendo en cuenta la regla del ejercicio de la capacidad jurídica del art. 12 CDPD.

Por tanto, las declaraciones que se realicen por la persona con discapacidad relativas a la adquisición, mantenimiento o renuncia de su vecindad civil habrán de ser interpretadas en el mismo sentido que lo hace el art. 15 CC y los arts. 20 y ss. CC: habrá de ser la persona con discapacidad, por sí misma o con los apoyos que precise –incluso a través de su representante legal-. A esta interpretación debe remitirse el art. 4 LDCG.

III.2. Derecho de familia

Como ya se anticipó, la CDPD, y ahora la Ley 8/2021, es contraria a cualquier discriminación y limitación previa del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, por razón de la discapacidad. Esto es, la regla, también en los negocios de Derecho de familia, es que la persona con discapacidad podrá realizar el acto por sí misma o con los apoyos ya provistos o que le puedan proveer para el acto en concreto (cfr. posibilidad de nombrarle un defensor judicial), salvo que, lógicamente, el juez al haber nombrado los apoyos resuelva otra cosa. Ahora bien, es preciso indicar que resultan claramente reprochables –tal y como lo eran asimismo antes de la reforma, pero ahora con mayor razón- y contrarias a los principios de la CDPD las decisiones judiciales que limitan genéricamente y *a priori* la capacidad para realizar los actos de la persona con discapacidad por sí misma y le imponen con carácter general la asistencia necesaria del curador no representativo a todos los actos de naturaleza patrimonial¹⁸, o, en su caso, a la representación del curador en todos los supuestos, de manera genérica, lo cual resultaría contrario al art. 269 CC, según el cual no puede incluir en la resolución judicial “*la mera*

¹⁸ Es el caso de la SAP Valencia, Secc. 10ª, de 20 de octubre de 2021 (JUR 2022\24387): “Esta asistencia tendrá por objeto, también en la línea de lo informado por el médico-forense, los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el art. 287 CC. También deberá el curador procurar la adecuada toma de medicación y el seguimiento del tratamiento médico prescrito al demandado, y tal como ha solicitado expresamente el Ministerio Fiscal, se dispone que el curador se coordine con los servicios sociales de base de la población de residencia del demandado para la adecuada prestación de los servicios asistenciales y de asesoramiento en aquellos actos que precise el demandado”.

privación de derechos”, lo que acontecería en algunas ocasiones precisamente en el Derecho de familia, dada la naturaleza personalísima de los actos y negocios jurídicos que se llevan a cabo en este ámbito.

La LDCG apenas regula la capacidad para realizar actos o negocios jurídicos en esta materia. Menciona someramente alguna cuestión referente a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y para realizar donaciones *propter nuptias*; sí es más expresa en lo que se hace a la constitución de la pareja de hecho conforme al Derecho civil de Galicia, como se verá.

III.2.1. Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y realizar donaciones propter nuptias

Con clara inspiración en la regulación del CC, el art. 173 LDCG (“*Las capitulaciones podrán otorgarse antes o durante el matrimonio y habrán de formalizarse necesariamente en escritura pública*”) recoge las reglas de los arts. 1326 y 1327 CC en la materia. En general, la parca regulación de las capitulaciones en la LDCG implica que, *ex art. 1.3 LDCG*, les sean aplicables los arts. 1325 y ss. CC, en cuanto a los sujetos y su capacidad, reglas sobre eficacia, ineficacia y modificación, etc., con determinadas precisiones.

Por lo que respecta a la *capacidad para otorgar*, hasta el momento se han venido entendiendo aplicables las reglas de los arts. 1329 CC (para los menores) y 1330 CC (para los incapaces), con la salvedad de que en dichas capitulaciones se contuvieran pactos sucesorios, en cuyo caso habrá que estar a la regla sobre capacidad para otorgar estos pactos (art. 210 LDCG: persona mayor de edad con plena capacidad de obrar; *ex art. 174 LDCG*). Lógicamente la derogación del art. 1330 CC por Ley 8/2021 prescribe un cambio de la interpretación tradicional de la capacidad para capitular en la LDCG, al que queremos referirnos.

Con todo, téngase en cuenta que el antiguo art. 1330 CC no limitaba en absoluto la posibilidad de que la persona con discapacidad dispusiera en capitulaciones ya que establecía que “*el incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador*”. Y ello en lógica congruencia con la capacidad de la persona para contraer matrimonio (*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*). Con la reforma, y la desaparición del art. 1330 CC, la capacidad para capitular en el Derecho gallego ha de someterse a la regla general de

ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad¹⁹, a la que ya hemos hecho alusión, y, por consiguiente, la persona con discapacidad puede otorgar capitulaciones matrimoniales y lo hará por sí misma –porque entiende el significado del acto en cuestión-; si no es así, habrá de realizarlo con los correspondientes apoyos que le hayan sido provistos o, en su caso, con la concurrencia del guardador de hecho. Lógicamente, si hay una medida de apoyo judicial, habrá que estar a lo que se diga en el auto de provisión, especialmente en el caso de la curatela representativa, si se incluye este negocio entre los de necesaria intervención del curador representativo.

Es preciso hacer algunas puntualizaciones al respecto: 1º) que en el caso de que las capitulaciones no sean válidas, por falta de capacidad en concreto, el Derecho gallego establece asimismo la supletoriedad del régimen de gananciales como efecto típico de esa ineficacia; 2º) que la necesaria intervención del notario en este negocio jurídico, por razón de su forma pública, promueve la posibilidad de que se incorporen apoyos propios y de que el fedatario público pueda comprobar la capacidad del otorgante para entender el acto jurídico que está realizando *ex art. 17.bis LN*, por el que de que “*el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*” (*vid. la nota 5*); 3º) que, si dentro del contenido capitular se incluyen pactos sucesorios, entonces habrá de homologarse en teoría la capacidad a la de realizar este tipo de negocios –con la incidencia que se verá al analizar esta cuestión, más adelante-, y ello por aplicación del aún vigente art. 174 LDCG.

Por lo que se refiere a las donaciones por razón de matrimonio, el art. 175 LDCG prescribe que lo son “*las que por causa de éste cualquier persona haga en favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, antes o después de la celebración*”. El concepto de donaciones *propter nuptias* se acerca sustancialmente al del CC, salvo por lo que constituye la especialidad del Derecho civil de Galicia: la posibilidad de que se realicen después del matrimonio -eventualidad no contemplada por el art. 1336 CC, que sólo considera donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse el mismo-. El donante puede serlo cualquier persona: tanto los futuros o ya esposos como

¹⁹ Más ampliamente sobre la derogación del art. 1330 CC, GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021: 1027-1030).

un tercero, tanto en las donaciones de bienes presentes como futuros (en el CC, la regla del art. 1341.2 CC parece que no admite la donación de bienes futuros realizada por un tercero; y, como veremos, tampoco admite en general las donaciones *propter nuptias* entre los ya esposos).

Ya por lo que hace a la capacidad para realizarlas o aceptarlas, actualmente la LDCG sólo establece reglas especiales con respecto las donaciones de bienes futuros, que las somete al régimen de los pactos sucesorios (art. 179 LDCG). Para el resto, se entiende que se aplicarán las reglas generales del CC –lo que nos conduce a los arts. 1337 y 1338 CC y 625 CC-, relativas a la donación de bienes presentes. Así las cosas, nos remitimos a lo que se dirá en la capacidad para otorgar pactos sucesorios.

III.2.2. Capacidad para constituirse en pareja de hecho: revisión de la DA 3ª LDCG

La regulación de la pareja de hecho en la LDCG se contrae a la Disposición Adicional 3ª, reformada por Ley 10/2007, de 28 de junio, y completada por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, *que crea y regula el Registro de Parejas de Hecho*, modificado por el Decreto 146/2014, de 13 de noviembre. Además de establecer el concepto de pareja de hecho –que precisa la inscripción en un registro *ad hoc*-, el principal efecto de la norma es la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio: “*a los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges*”. Para la válida constitución de la pareja de hecho, la DA 3ª LDCG exige que los componentes de la unión sean “*dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio*”. Asimismo, se contempla la posibilidad de que los convivientes otorguen en escritura pública pactos para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, lo que hace necesario también que aquellos tengan suficiente capacidad para su otorgamiento.

Hasta la reforma 2021, la capacidad para constituirse en pareja de hecho en la LDCG era asimilada a la capacidad de obrar –interpretación avalada por el art. 5 del

Decreto 248/2007, de 20 de diciembre²⁰ que señalaba como requisito a cumplir “f) *No estar incapacitados judicialmente para regir su persona*”- o a que no estuvieran incapacitados en particular para la formalización de este negocio de Derecho de familia, y ello porque, el precepto no solo exige la mayoría de edad –lo que determina que sea más estricto que para el matrimonio-, sino porque requiere además que los convivientes sean “*capaces*”, esto es, que no haya sido modificada su capacidad en la mayoría, por lo menos para llevar a cabo este negocio²¹. Esta interpretación tiene su reflejo asimismo en el art. 11.2 del Decreto, reformado en 2014, no habla de incapacitación en sentido estricto sino de incapacidad para prestar consentimiento: “Las solicitudes de inscripción (anexo I) con las declaraciones responsables de ambos de no tener constituida pareja de hecho con otra persona, de no tener relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, *y de no estar incapacitados a efectos de prestar su consentimiento para constituir una pareja de hecho*, debidamente firmadas por los dos miembros de la pareja [...]”.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la CDPD la interpretación que implica la exigencia de una capacidad especial (y mayor que para contraer matrimonio) para constituirse en pareja de hecho no puede seguir manteniéndose de acuerdo con los principios y reglas derivadas no solo del ya mencionado art. 12 CDPD sino del art. 23.1.a CDPD que señala que “1. *Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges...*”, del que se deduce que la persona con discapacidad debe estar en condiciones de igualdad para constituir una pareja de hecho –igual que para contraer matrimonio-, siempre que pueda consentir dicho acto jurídico. Otra posición determinaría una privación de derechos, especialmente

²⁰ Art. 5 Decreto 248/2007: “Requisitos para la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho. Las inscripciones en el registro se realizarán previa solicitud de los miembros de la pareja de hecho acompañada de la documentación acreditativa del cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] f) *No estar incapacitados judicialmente para regir su persona*. [...] colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, *y de no estar incapacitados a efectos de prestar su consentimiento para constituir una pareja de hecho*, [...]”.

²¹ Así, BUSTO LAGO (2008: 1370).

aludida en el art. 2 CDPD y en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/2021, “*las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto*”. Por supuesto, tampoco puede sostenerse –como, en realidad, no podía sostenerse antes- que el juez pueda resolver en el auto de provisión de apoyos que la persona con discapacidad no puede constituir una pareja de hecho o quede limitada *ex ante* su capacidad para realizar este negocio del Derecho de familia²².

A nuestro juicio, como en el caso de la capacidad para contraer matrimonio, habría de configurarse tal y como se ha predicado para el esto de negocios jurídicos, teniendo en cuenta los ya conocidos arts. 12 y 23 CDPD y asumiendo además la peculiar naturaleza del negocio que, tanto para el matrimonio como para la pareja de hecho, está ligado con el derecho a fundar una familia, aunque también tenga derivaciones patrimoniales importantes. En este sentido, podría recurrirse al modelo del art. 56.2 CC, re-reformado por Ley 4/2017, de 24 de junio; sin embargo, no nos convence en tanto que incorpora el dictamen médico como modo de asegurar la validez del matrimonio²³ –lo que resucita el modelo médico de la discapacidad e introduce, a nuestro juicio, una discriminación por razón de la discapacidad vetada en art. 2 CDPD-. Personalmente, abogo, como en otros ámbitos, por un modelo que simplemente exija la capacidad de consentir la constitución de la pareja de hecho (o del matrimonio, en su caso), en el sentido de requerir una voluntad negocial suficiente que, en este caso, suponga comprender el sentido y efectos jurídicos de la decisión²⁴. Esta declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho, en el caso de Galicia, es requisito para su constitución y ha de emitirse –salvo excepciones- “mediante comparecencia personal de ambos miembros ante el encargado o encargada

²² Sobre este asunto, y aplicando ya la CDPD, cfr. la especialmente relevante STS 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1478) que reconoce sobre el principio *favor matrimonii* de forma amplia la capacidad matrimonial a una persona con la capacidad modificada judicialmente y el comentario de BERCOVITZ (2018, b): “Se trata de un cambio radical que refleja en un supuesto límite hasta qué punto respetar los derechos de las personas incapacitadas, especialmente sus derechos fundamentales, puede cambiar sustancialmente los planteamientos tradicionales en cualquier materia que las afecte; en este caso en materia matrimonial. Esta Sentencia constituye un ejemplo modélico de cómo debe ser interpretado y aplicado nuestro Ordenamiento en materia de incapacitación o modificación de la capacidad para conseguir que la misma sea un cauce de protección única y exclusivamente de la persona en cuestión, y no de las personas de su entorno, ni en especial de sus familiares”.

²³ Acerca del actual art. 56.2 CC, *vid.* GUILARTE MARTIN-CALERO (2019: 115 y ss.); GÓMEZ VALENZUELA (2022: 212 y ss.). Para mejor comprensión de este precepto, véase la Resolución-Circular DGRN 23 de diciembre de 2016 y la Instrucción DGSJFP 3 de junio de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notario.

²⁴ *Cfr.* SSTS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015\2208); y de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1478).

del registro (anexo II)” (art. 11.2.d del Decreto 146/2014 citado), que habría de verificar, por tanto, dicha declaración.

Así las cosas, se propone que en la DA 3ª LDCG “*dos personas mayores de edad, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de constituirse en pareja de hecho y de equiparar sus efectos a los del matrimonio*”.

III.3. Contratos

III.3.1. Capacidad para contratar de la persona con discapacidad y su aplicación al Título VII LDCG

Carece la LDCG de norma *ad hoc* que regule la capacidad para contratar de la persona, que queda al margen de sus competencias propias, por lo que las reglas del CC han de aplicarse al Título VII LDCG que regula algunos tipos contractuales del Derecho civil de Galicia: arrendamientos rústicos (arts. 99 a 126 LDCG); aparcerías (arts. 127 a 146 LDCG); vitalicio (arts. 147 a 156 LDCG); y compañía familiar gallega (art. 157 a 170 LDCG).

En este punto, hay que tener en cuenta la significativa reforma producida en el art. 1263 CC, que no concita interpretaciones unívocas en la doctrina²⁵. En todo caso, a diferencia del menor de edad, la regla general es que las personas mayores de edad pueden contratar sin ninguna limitación, tampoco de la derivada de la propia discapacidad, porque todas son todas ellas capaces para todos los actos de la vida civil *ex art. 322 CC*. La discapacidad no se configura como una limitación a la capacidad para contratar; ya que otra conclusión sería discriminatoria para ella (*ex art. 2 CDPD*) y determinaría una limitación no acorde con el art. 12.2 CDPD. Ni siquiera la resolución judicial que establezca la curatela o la curatela representativa podría establecer una restricción para contratar en general ni fijar limitaciones genéricas a la capacidad de contratar de la persona con discapacidad, al margen de determinar para qué actos la persona necesita la intervención del curador, según el art. 269 CC—que habrán de interpretarse de forma

²⁵ Sobre esas interpretaciones y la que aquí se sostiene, más ampliamente en ALVAREZ LATA (2021.a: 988 y ss.).

restrictiva²⁶-. Lo mismo ha de predicarse en el nombramiento del defensor judicial, o del guardador de hecho, para el caso de que se solicite la autorización de representación ex art. 264 CC.

Así las cosas, y según lo que se deriva de los arts. 249 y 250 CC y de la omisión del art. 1263 CC, la persona con discapacidad contratará por sí misma o con la medida de apoyo cuando esté prevista y sea necesaria –entre los apoyos, y pese a las restrictivas interpretaciones de la Observación 1ª del CDPD, afortunadamente la Ley 8/2021 incluye la regla de la representación-. La regla general, por tanto, como proyección de la general en ejercicio de la capacidad jurídica, es que el consentimiento contractual se preste por la persona con discapacidad que va a celebrar el contrato²⁷; dependiendo de las concretas circunstancias y de la complejidad del negocio y de la capacidad de discernimiento de la persona con discapacidad, la prestación de dicho consentimiento podrá ser por sí –con las explicaciones que pueda recibir (como apoyo institucional) del notario, en su caso- o ya asistida por la concreta medida de apoyo que esa persona tenga establecida. Ese apoyo, para las personas con discapacidad, es el que determina que pueda concurrir en el negocio un consentimiento contractual suficiente que sea fundamento de la vinculación contractual. La medida de apoyo es clave porque confiere esa aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual²⁸. La persona con discapacidad sin medida de apoyo establecida tiene capacidad contractual, pero para la validez del acto o negocio concreto necesitará conformar una voluntad negocial suficiente; en otro caso, corre (y asume) el riesgo de que su declaración sea nula, siempre que se pueda acreditar para ese acto la falta de consentimiento ex art. 1261 CC²⁹. Obviamente, no es suficiente, en este sentido, la prueba de la discapacidad, porque la discapacidad no es causa de nulidad contractual *per se*, sino la inexistencia de consentimiento en ese acto determinado. Se aplican, por tanto, en estos casos, las reglas generales de emisión de un consentimiento válido y suficiente para el contrato³⁰.

²⁶ PEREÑA VICENTE (2021: 234).

²⁷ GARCÍA RUBIO (2018: 19).

²⁸ SALAS MURILLO (2021: 4).

²⁹ En sentido contrario CARRASCO PERERA (2022: 239 y ss.), que entiende que no va a ser nulo dicho acto.

³⁰ Así también, AMUNÁTEGUI (2022: 91 y ss.).

Como ya se anticipó, para los actos y contratos otorgados ante notario, sigue vigente, y cobra especial protagonismo ahora, el control *ex ante* del consentimiento contractual de la persona con discapacidad que proporciona el art. 17.bis LN –y los concordantes del RN (art. 156. 8º)- que establece la obligación del notario de dar fe en la escritura de que los otorgantes a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Juicio que, como ya se señaló, no será en sentido estricto de capacidad, sino que versará sobre que la persona con discapacidad tiene (o no) discernimiento o aptitud necesaria para ese acto concreto, precisando si es la persona con discapacidad por sí misma (solo con las explicaciones o apoyo institucional del notario: cfr. art. 25 LN) o propiamente con su medida de apoyo quien conforma un consentimiento contractual suficiente a los efectos del art. 1261 CC³¹. Dicho juicio notarial, que genera una presunción *iuris tantum* de que dicha persona consiente válidamente con o sin apoyos, no se basa ni constata la capacidad que ya se tiene, ni evalúa la discapacidad de la persona, sino debe referirse, en realidad, a la influencia de dicha condición en la aptitud para otorgar el consentimiento necesario para realizar un acto jurídico determinado en un momento también concreto³². Para remediar el problema de la insuficiencia del consentimiento contractual de la persona con discapacidad que no dispone de apoyo, se prevé la posibilidad de que el notario active el nombramiento de un defensor judicial³³, posibilidad, en realidad, planteada solo para ciertos expedientes en materia sucesoria, pese a que hubiera sido interesante extenderlo a cualquier expediente. En todo caso, siempre está disponible la genérica indicación del art. 253 CC.

³¹ Dice la Circular 3/2021 del Consejo General del Notariado: “Consecuentemente, la Ley ha modificado el artículo 1263 del Código civil para dejar claro que las personas con discapacidad pueden prestar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica. La discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública. Sólo se podrá denegar el otorgamiento si la persona de que se trate “no puede expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello” (*vid.* 663 del CC) o cuando “después de haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias” (art. 249 del CC). La causa de la denegación ha de ser una imposibilidad de hecho, “sólo en los casos en que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad” (art. 269 del CC). Por tanto, sólo excepcionalmente”.

³² Véase la SAP de Badajoz 259/2021 (ROJ 1544/2021), donde se declara nula la escritura de aportación de finca urbana a la sociedad de gananciales otorgada el día 14 de abril de 2020, y se declara válido el testamento otorgado el día 24 de abril de 2020 ante el mismo notario.

³³ Se añade este párrafo a los arts. 56.1, 57.3 y 62.3 LN: “Cuando cualquiera de los interesados fuera menor y careciera de representante legal, o fuera persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial”.

III.3.2. *Dos cuestiones concretas: el contrato de vitalicio y la modificación de la compañía familiar gallega*

Por la finalidad asistencial que late en el *contrato de vitalicio*, regulado en los arts. y ss. LDCG, y por las propias cualidades personales de los participantes en el contrato, la capacidad –sobre todo- del alimentista ocupa cierta relevancia³⁴, en tanto que este contrato podría otorgarse como forma de garantizar cierta cobertura a las necesidades de la persona con discapacidad. En este sentido, y aunque también cabría la fórmula de la estipulación en favor de tercero, lo cierto es que es posible que el alimentista sea una persona con discapacidad. Ya antes de la reforma, a pesar del carácter *intuitu personae* que se proyecta en el contrato, se había entendido que cabía la posibilidad de otorgamiento por el representante legal de un incapacitado³⁵, para propiciar esta posibilidad. Ahora, en reconocimiento de la capacidad de contratar de la persona con discapacidad, según lo señalado previamente, será ella misma; o con apoyos que necesite, la que pueda contratar.

En sede de contratos, y por lo que se refiere a la *compañía familiar gallega*, hay que tener en cuenta que el art. 165 b) LDCG establece que una de sus causas de modificación lo será la “*declaración de incapacidad, prodigalidad o concurso y la ausencia, por más de un año, no motivada por la gestión social*”. La alusión a la “*declaración de incapacidad*” de una de las personas que componen la compañía habrá de eliminarse, sin duda, de la dicción de la norma, en tanto en cuanto no existe ya esa posibilidad. En este caso, en tanto que se trata de una norma sancionatoria –en la que la consecuencia constituirse en las situaciones referidas es la de la modificación de la compañía-, entendemos que ha de adaptarse de forma restrictiva, por lo que la sustitución por “*que se provea a la persona con discapacidad de una curatela representativa*”.

III.4. Derecho sucesorio

La principal incidencia en este punto tiene que ver con la regulación de la capacidad de los otorgantes o participantes de los diferentes negocios jurídicos sucesorios, ya que, en ocasiones, la LDCG contiene menciones sobre el estándar de juicio o capacidad de aquéllos. Como en los demás ámbitos, en lo no regulado se procederá a la

³⁴ Cfr. STSJ Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015\4656); SSAP Ourense, Secc. 1ª, de 17 de febrero de 2021 (JUR 2021\121943); Pontevedra, Secc. 6ª, de 8 de octubre de 2013 (JUR 2013\35968); y Ourense, Secc. 1ª, de 22 de enero de 2009 (AC 2009\462).

³⁵ Así, PEÓN RAMA (2008: 642).

aplicación del CC y demás normas de Derecho estatal (*ex art. 1.3 LDCG*) y, por tanto, a la interpretación que la Ley 8/2021 ha realizado de la CDPD. En este sentido, hay que considerar, como reglas más relevantes que han sido modificadas en el CC y que se aplicarán supletoriamente, la capacidad para testar (arts. 663 y ss. CC)³⁶, la capacidad para aceptar y repudiar la herencia (art. 992 CC); o la derogación de la sustitución ejemplar, entre otras cuestiones. En cambio, seguirá sin aplicarse en Galicia, al menos por vía supletoria, la reforma hecha por Ley 8/2021 en el art. 808 CC en virtud del diferente sistema legitimario gallego³⁷. Más dudas suscita la aplicación de las nuevas reglas del polémico art. 753 CC, regulador de las incapacidades relativa a los cuidadores y medidas de apoyo, en tanto que puede resultar contradictoria con la libertad dispositiva del testador gallego, a la vista del art. 203 LDCG, que establece expresamente la validez de la disposición “*a favor de quien cuide al testador*”, sin otros distingos o limitaciones³⁸.

Solo un apunte. Dentro de la forma abierta notarial, destaca la posibilidad del Derecho gallego que los cónyuges o miembros de la pareja de hecho inscrita puedan otorgar testamento mancomunado en un único instrumento notarial (arts. 187 y ss. LDCG). La capacidad de los testadores debe ser reconducida a los arts. 663 y ss. CC y a lo que se dirá sobre el art. 184 LDCG, también aplicable al mancomunado. Asimismo, hay que tener en cuenta que, según el art. 191 LDCG, la revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspondientes sólo podrá hacerse en vida de los cónyuges, por lo que “*fallecido uno de los cónyuges o vuelto incapaz para testar, las disposiciones correspondientes se convierten en irrevocables. Excepcionalmente, el sobreviviente podrá revocar las otorgadas a favor de persona que fuera declarada incapaz para suceder al otro cónyuge, o que estuviera incurso en causa de incapacidad para sucederlo, o que*

³⁶ Sobre la capacidad para testar, cfr. AMUNATEGUI (2021: 879 y ss.) y últimamente, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2022: *passim*). En este punto, hay que hacer notar que pese a que de la dicción del art. 665 CC –y de la propia ubicación de la norma– cabría interpretar que el legislador ha querido reservar el testamento abierto notarial para la persona con discapacidad –si el notario comprueba la eficacia de dichos apoyos para conformar su voluntad–, entendemos, tal y como hemos defendido (ALVAREZ LATA 2022.a: 910 y ss.), que esta interpretación ha de corregirse de acuerdo con los principios inspiradores de la reforma, en tanto que limita la capacidad de testar de la persona con discapacidad, restringiéndole el acceso a otras formas testamentarias, por lo que lesionaría los principios del art. 249 y caería fuera de la CDPD. Otra cosa es que la opción del 665 sea la deseable y recomendada, por las garantías que confiere, al igual que lo era antes. La persona con discapacidad que prefiera optar por otras modalidades lógicamente se expone como cualquier otra persona a que sus disposiciones sean impugnadas.

³⁷ Antes de la reforma de 2021, con respecto al párrafo 3º del art. 808 CC, cfr. DÍAZ TEIJEIRO (2018: 130).

³⁸ Con todo, el art. 12 CDPD establece el mandato de la evitación de la influencia indebida en la persona con discapacidad, por lo que las salvaguardias, “*proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*”, tendentes a este fin serían legítimas según la Convención.

hubiera premuerto”. En la integración de las expresiones del art. 191 LDCG ha de traerse a colación las nuevas reglas en materia de capacidad para testar y para suceder del CC.

III.4.1. Algunas reformas en el testamento abierto

III.4.1.2. La necesaria supresión de la concurrencia de testigos del art. 184 LDCG

Según el art. 183 LDCG el testamento abierto ordinario se otorga ante notario y no requiere la presencia de testigos. Sin embargo, el art. 184 LDCG establece que: “*Como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir*”. En realidad, el art. 184 LDCG integra el contenido del art. 697 CC, con la especialidad de que también necesita de testigos el testamento otorgado por el testador ciego y el “demente en intervalo lúcido”. A pesar de la disparidad literal que podría apreciarse entre el supuesto del art. 184 LDCG y el del antiguo art. 665 CC –antes de la reforma 2021, se entiende-, siempre se ha considerado por el TSJ de Galicia que dicha hipótesis: “*demente en intervalo lúcido*” incorpora, en realidad, el supuesto del reformado art. 665 CC. Así lo ha señalado la doctrina³⁹ y lo indica la jurisprudencia reiterada del TSJ Galicia: “*Resulta, en consecuencia, y en síntesis, que el artículo 184 LDCG dista de representar un ejemplo, por lo que hace al extremo analizado de testador "demente en intervalo lúcido", de autointegración del Derecho civil gallego que haga innecesaria o excluya la aplicación supletoria de la legislación civil estatal (cfr. artículos 149.3 in fine CE y 1.3 LDCG/2006), en concreto la del artículo 665 CC. Bien por el contrario, el artículo 184 LDCG/2006 antes que excluir la aplicación del artículo 665 CC la presupone cuando se trata del testamento que pretende otorgar el "incapacitado (con vecindad civil gallega) por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar", supuesto respecto del cual el precepto gallego completa los requisitos establecidos en el precepto estatal con el relativo a la concurrencia de testigos*”. En el mismo sentido *cfr.* SSTSJG 18/2011, de 30 de mayo (RJ 2011, 4884) (relativa a un caso de testador no incapacitado judicialmente), y después en las SSTSJG 40/2016, de 7 de noviembre (RJ

³⁹ ESPINOSA DE SOTO (2008: 788 y ss.); BUSTO LAGO (2015: 369).

2016, 5942) (tocante a un caso de testador sometido a curatela)⁴⁰ y de 20 de octubre de 2020 (RJ 2021\1586).

Así las cosas, queda claro que, a juicio de la doctrina del TSJ de Galicia, no estamos ante un caso de regla especial del Derecho gallego que excluya la del art. 665 CC, sino que, al contrario, la presupone y la completa, añadiendo la necesaria concurrencia de dos testigos. Lo dicho, era antes de la reforma de Ley 8/2021. Actualmente, y para la adaptación de la norma a la CDPD, el precepto plantea, sobre todo, dos cuestiones:

a) La primera es quien debe ser el nuevo “*demente en intervalo lúcido*” – obviamente, expresión que ha de desaparecer del texto del precepto-. Recogiendo la doctrina previa y trasladando las nuevas coordenadas del art. 665 CC al art. 184 LDCG, entendemos que la persona del art. 184 LDCG será “*la persona con discapacidad*”, que es el sujeto de la norma del CC y que, según la norma del Derecho común reformado, “*podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*”. Como ya hemos señalado en otro lugar, considero, porque no se dice nada en otro sentido, que esa “*persona con discapacidad*” puede estar o no provista efectivamente de los apoyos (voluntarios o judiciales o informales) en el momento en que procede a testar. Aclaro esto porque, en la versión anterior, el art. 665 CC se aplicaba específicamente al “*incapacitado*” o *rectius* a la persona con capacidad judicialmente modificada y no respecto a cualquier persona “*incapaz*” (así, *cfr.* STS 27 de junio de 2005 [RJ 2005\9688]⁴¹; en cambio en el Derecho gallego, no: Derecho gallego no era así, ya

⁴⁰ STSJ Galicia 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5942): “Así las cosas, la conclusión que puede extraerse de la interpretación de aquellos artículos de la Ley gallega es la de que cuando se hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo en realidad al supuesto contenido en el artículo 665 CC. De lo cual resulta que, por una parte, si se trata de persona que padezca alguna enfermedad mental que no haya sido judicialmente incapacitada [...] se aplicarán únicamente las normas generales sobre la apreciación de su capacidad, que queda remitida al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; por otra, que el supuesto para el que el artículo 184 LDCG exige la intervención de dos testigos, al que también se refería la LDCG 4/1995, es el que ahora regula el CC respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad para testar”.

⁴¹ Por supuesto, respecto al caso del que está sometido a una curatela, el debate suscitado sobre el derogado art. 665 CC acerca de si el juez le ha conferido o prohibido expresamente la capacidad de otorgar testamento o no, ya no tiene sentido porque en atención al art. 269 CC el juez no puede incluir en la resolución judicial “la mera privación de derechos”; por lo que no es posible que se pronuncie acerca de su capacidad para

que la STSJ 2011 a incapaz no incapacitado). En cualquier caso, ahora cualquier persona con discapacidad según la disp. adic. 4ª estaría incluida en esta norma; ello puede ocurrir si ella mismo demanda su aplicación ante el notario o si el propio notario entiende que debe aplicar estas garantías, porque conoce que es una persona provista de apoyos (en este caso, sin duda) o porque advierte de su condición de persona con discapacidad –es decir, que entiende que podría necesitarlos-.

b) La segunda cuestión, en realidad, la nuclear –y que obviaría la consideración de la primera-, es si, verdaderamente, puede mantenerse actualmente esa peculiaridad del Derecho gallego que exige la presencia de dos testigos para completar la capacidad para testar de la persona con discapacidad. Porque, de acuerdo con la exégesis del TSJG, la persona con discapacidad en Derecho gallego habría de cumplimentar los requisitos de capacidad del art. 665 CC, siendo que, a mayores, habrían de concurrir al otorgamiento los dos testigos previstos actualmente en el art. 184 LDCG que suma a las hipótesis del art. 697 CC –de concurrencia de testigos instrumentales en el testamento abierto- el caso de que el testador “demente en intervalo lúcido”.

En este sentido, hay que señalar que, tras la reforma, el art. 665 CC trata de articular un sistema para conferir garantías al testamento de la persona con discapacidad y procurar dar plena efectividad a la voluntad testamentaria de la persona, configurando así un apoyo *ad hoc* en el ejercicio de su capacidad jurídica, todo ello refrendado por uniforme doctrina jurisprudencial que sostiene que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador –en versión actual: “de que el testador puede comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”- ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas en otro sentido, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción «*iuris tantum*» de aptitud⁴². Parafraseando el propio art. 665 CC, el notario habrá de asistir al testador, apoyándole en la comprensión y razonamiento de las disposiciones testamentarias que pretende otorgar, para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias, procurando que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. Proceso de acompañamiento que

testar –como en realidad tampoco debía hacerlo el juez en la sentencia de incapacitación, tal y como señaló la STS de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018\1090].

⁴² SSTS de 27 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8717); de 27 de enero de 1998 (RJ 1998\107); de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001\2051); y de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8119).

habrá de ser facilitado “con los ajustes que resulten necesarios”⁴³. Lo que ya no se necesita es la designación de facultativos que emitan informe acerca de la aptitud mental de la persona para el acto del testamento, exigencia eliminada en el último momento del proceso legislativo en tanto vestigio del modelo médico de la discapacidad⁴⁴.

Y en este escenario, ¿tiene sentido, y es conforme a la CDPD, que el art. 184 LDCG mantenga la concurrencia de dos testigos instrumentales como regla general a mayores en el testamento de la persona con discapacidad? Al margen de que la evolución a prescindir de los testigos instrumentales se palpa desde la Ley 30/91, que suprime como requisito general el concurso de los testigos en la formalización del testamento y modifica el art. 697 CC, entendemos que ya no se sostiene que se introduzcan limitaciones o requisitos extra en la testamentifacción de la persona con discapacidad –ni psíquica ni sensorial: es decir, ni en el caso del “demente” ni del ciego del art. 184 LDCG-, en tanto que resultaría incompatible con el art. 12 CDPD, en materia de testamentifacción activa, poniendo a la persona con discapacidad en situación de igualdad a estos efectos y haciendo posible que pueda testar con todas las garantías. Hay que tener en cuenta que siendo el testamento un acto personalísimo, si no hay una expresa regulación del testamento de la persona con discapacidad que le aporte todas las garantías a su acto y que aleje los peligros de impugnaciones de terceros que se sientan desfavorecidos, la persona se vería abocada seguramente a la sucesión intestada de sus bienes. En realidad, la presencia de dichos testigos se ha visto como un requisito forma que poco aporta⁴⁵ en el ámbito de la persona con discapacidad (ni psíquica ni sensorial) ya que ni tienen como función reconocerla ni menos aún realizar juicio alguno sobre su capacidad o condición para emitir la voluntad testamentaria, cuestión reservada al notario. Su mantenimiento en el art. 184 LDCG constituiría una discriminación para la persona con discapacidad y un anacronismo.

⁴³ Sobre este asunto, véanse las explicaciones de la citada Circular 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado.

⁴⁴ Otra cosa es que el notario pueda integrar dentro de los “ajustes necesarios”, la valoración, opinión o ayuda de terceros expertos, especialmente cuando pueda tener dudas acerca de la propia condición de persona con discapacidad. Como dice la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1090), dicha evaluación se configura como una garantía especial adicional, con el fin de certificar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por esa persona, lo que no parece incompatible con el sistema actual.

⁴⁵ De hecho, la STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2020 (RJ 2021\1586), entiende admisible que la misma persona intervenga en el testamento a la vez como facultativo e intérprete, aunque exige que dichos facultativos-testigos acepten su otra función de testigos y cumplan con los requisitos de idoneidad de estos

III.4.1.2. *Modificación del art.185 LDCG sobre la capacidad de los testigos*

Como cuestión menor, la referencia del art. 185 LDCG a la capacidad de los testigos instrumentales debe ser modificada. La norma actualmente señala que “*En los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos, debiendo tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar*”. La referencia a la plena capacidad de obrar es obsoleta y poco acorde con los principios de la CDPD.

Para los testigos instrumentales –y también para los de conocimiento-, considero que la pauta debería ser la del art. 681.4º CC, que entiende que “*No pueden ser testigos en los testamentos [...]; 4º Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical*”, reproducida en el art. 182 RN (en redacción dada por Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre): “*Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere*”.

III.4.2. *Capacidad para otorgar pactos sucesorios: redefinición de la regla del art. 210 LDCG*

Según el vigente art. 210 LDCG, solo pueden otorgar pactos sucesorios “*las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar*”. Es notorio que la norma merece una revisión a la luz del art. 12 CDPD.

Hasta el momento, la regla del art. 210 LDCG ha suscitado poca controversia doctrinal y judicial, con la excepción de la cuestión de si se aplica solo a quien ostente la vecindad civil gallega en el pacto sucesorio –necesariamente, al apartante o mejorante que deben ostentarla-, o si se aplica a todos los otorgantes, aunque su vecindad civil sea otra. En este punto, en tanto que la capacidad se rige por la ley personal podría haber diferencias, dependiendo de lo que se exija para este negocio en el Derecho común –aquí se viene equiparando a las normas para aceptar donaciones-o en los demás Derechos civiles⁴⁶. Sobre esta cuestión no hay unanimidad en la doctrina, aunque el debate no ha trascendido al foro.

Antes de entrar en la influencia de la reforma 2021 en este ámbito, se hace necesario indicar algunas notas de estos pactos que tienen impacto en la propia solución

⁴⁶ Resumen en REBOLLEDO VARELA (2008: 910).

sobre la capacidad para otorgarlos. Como en otros ordenamientos, los pactos sucesorios en Derecho gallego tienen naturaleza contractual y carácter esencialmente formal, siendo imperativo su otorgamiento en escritura pública (art. 211 LDCG); en otro caso, son nulos de pleno derecho (*cf.* STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014\4568)). Se trata de pactos irrevocables y de naturaleza personalísima, pese a que resulta admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios “*por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio*” (*ex* art. 212 LDCG). Esta regla, que ha sido interpretada como una quiebra en el carácter personalísimo del pacto⁴⁷, supone la entrada de un representante voluntario en el negocio sucesorio –pero no legal, que sí sería incompatible con dicho carácter personalísimo⁴⁸.

Por lo que hace a la capacidad de los otorgantes, y en sede de disposiciones generales, el art. 210 LDCG exige, como se vio, que lo sean solamente “*las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar*”, asimilada, hasta la fecha, a la capacidad para contratar del antiguo art. 1263 CC⁴⁹. Dicha regla se aplica a los dos grandes tipos de pactos sucesorios que se regulan en el Derecho civil de Galicia: los pactos de mejora (con o sin entrega de presente; arts. 214 a 223 LDCG) y la apartación (arts. 224 a 227 LDCG), sin que se establezcan normas especiales en cuanto a la capacidad por razón del tipo de pacto (renunciativo o no) o por sus efectos o teniendo en cuenta el diferente papel o participación de los otorgantes en el pacto (mejorado o mejorante, por ejemplo), como sí acontece en otros Derechos civiles (art. 50 Compilación balear; art. 431-4 del Libro IV del Código Civil de Cataluña⁵⁰).

Distinto se plantea el asunto a partir de la reforma operada en el CC en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

a) La remisión a la capacidad para contratar supone la entrada en juego del nuevo régimen del art. 1263 y 1301 y ss. del CC, al que ya nos referimos y al que nos remitimos. Para el caso de los pactos sucesorios, necesariamente otorgados en escritura pública, la

⁴⁷ BUSTO LAGO (2015: 409).

⁴⁸ REBOLLEDO VARELA (2008: 919) de acuerdo con arts. 210 y 212 solo cabe la representación voluntaria y nunca una representación legal.

⁴⁹ Así, BUSTO LAGO (2015: 521); y HERRERO OVIEDO (2011: 1293)

⁵⁰ Según el art. 431-4 CC Cataluña: “Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar. Sin embargo, si un otorgante de un pacto sucesorio tiene solo la condición de favorecido y no le es impuesta ninguna carga, puede consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador”. *Cfr.* acerca de esta cuestión, la STSJ de Cataluña de 16 marzo de 2021 (RJ 2021\4196).

existencia de una voluntad negocial ad hoc habrá de ser determinada por el notario ex art. 17.bis LN⁵¹. En este juicio de capacidad, el notario habrá de valorar la aptitud exigible a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –como ya se señaló en otros pasajes de este trabajo–, con los apoyos posibles correspondientes a cada caso, teniendo en cuenta la peculiaridad del pacto de que se trate y, por supuesto, su carácter irrevocable. Aquí podría valorarse, en cierto modo, lo que ya está consignado en otras legislaciones forales: el hecho de ser favorecido por el pacto sucesorio sin imposición de cargas. En otras palabras, no es lo mismo consentir y comprender la apartación (siendo apartado), que supone la renuncia a la legítima de manera irrevocable con el impacto que tal negocio puede conllevar en la esfera patrimonial de la persona con discapacidad que la intervención como mejorado en un pacto de mejora. No obstante, hay que tener cuidado con este razonamiento epidérmico que no profundiza en los principios y reglas de la CDPD, la cual, por un lado, toma en cuenta preferentemente la “*voluntad, deseos y preferencias*” de la persona, incluso reivindicando su “derecho a equivocarse”; y por otro, desplaza la consideración del mayor interés de la persona con discapacidad como estándar para la calificación del acto. Se incide en este punto, que ya fue tratado al inicio, porque puede haber cierta tentación por parte de quien va calificar su capacidad para realizar el acto en concreto en considerar que la persona con discapacidad podrá ser beneficiada o mejorada pero no mejorante o apartada, por el solo criterio de su mayor interés y de lo que el negocio jurídico le reporta.

b) En atención a su carácter personalísimo e irrevocable (salvo la posibilidad del mutuo disenso) -y aquí nos separamos de lo indicado sobre la capacidad para contratar-, los apoyos de los que pueda valerse la persona con discapacidad a la hora de emitir su voluntad negocial para el pacto de que se trate no pueden ser de tal intensidad que entren en el ámbito de la representación, ya que ello sería inconciliable con el carácter personalísimo del negocio jurídico; aunque en este punto, se apela a la compatibilidad

⁵¹ Así en la SAP de Pontevedra, Secc. 3ª, de 10 julio de 2019 (AC 2019\1358): no se entendió que hubiera merma de facultades de la otorgante y, por tanto, falta de capacidad o error en el consentimiento. En cambio, en la SAP de Pontevedra, Secc. 6ª, de 20 de diciembre de 2019 (JUR 2020\86736) se declara nula la escritura pública de pacto de mejora porque, pese a la presunción derivada de la declaración notarial, se prueba que la otorgante tenía un deterioro cognitivo moderado, debido al cual la médico forense “duda mucho” que Doña Andrea supiera lo que estaba haciendo al otorgar la escritura en el mes de julio de 2016 y precisa que el planteamiento previo de un familiar o persona de confianza podría condicionar la posterior declaración de voluntad manifestada ante el notario: “En base a lo expresado cabe entonces alcanzar idéntica conclusión que el juez a quo el existir un juicio de probabilidad cierto de que Dña Andrea carecía de capacidad real para efectuar la declaración de voluntad contenida en la escritura cuya nulidad se instó en la demanda”.

entre la actuación de la persona con discapacidad con apoyos deliberativos, que ayuden a conformar su voluntad y que no desvirtúen la naturaleza personalísima del acto⁵². No podría intervenir, sin embargo, el curador representativo ni el guardador de hecho con habilitación representativa *ex art.* 264 CC, ya que, por la naturaleza personalísima de los pactos sucesorios, no cabe representación legal, tal y como se venía interpretando el art. 210 LDCG⁵³. Pero obviamente ello no quiere decir que el pacto sucesorio esté vedado *a priori* para la persona con discapacidad a quien se le ha provisto de una curatela representativa, incluso cuando el juez entienda que deba ser representado *v.gr.* en actos de disposición de cuantía determinada o de carácter renunciativo, ya que según el art. 1302 CC no es impugnabile –salvo que lo haga ella misma– el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el cocontratante es de buena fe, por lo que cabe perfectamente en el sistema la actuación válida de la persona también en ese ámbito de actuación otrora negada (otra cosa es que, el notario conocedor de la existencia de dicho apoyo, autorice el pacto que se pretende realizar).

III.4.3. Concurrencia de personas con discapacidad en la partición

III.4.3.1. En la partición convencional de los herederos: las reglas de los arts. 271 y 294 LDCG

Frente a la posición del Derecho común, la LDCG establece en su art. 271 que “*Si concurrieran a la sucesión menores o incapacitados legalmente representados no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial a efectos de aceptar o partir la herencia*”. Esta norma sienta la regla para el Derecho de Galicia de la no necesidad de la intervención o aceptación judicial en caso de que existan menores o personas con discapacidad, siempre que estén debidamente representados, regla que, pese a su ubicación sistemática, solo tendría su ámbito objetivo de aplicación en la partición realizada por los coherederos⁵⁴. La participación de personas con discapacidad en la partición judicial debe reconducirse al art. 783.4º LEC, modificado por la Ley 8/2021,

⁵² Ya lo defendimos en SEOANE; ÁLVAREZ LATA (2020: 166-167) para las decisiones biomédicas; incide también en la compatibilidad de los negocios personalísimos y la actuación con apoyos, GÓMEZ VALENZUELA (2022: 218-220).

⁵³ En el mismo sentido, *cfr.* art. 434-4 del CCCat.

⁵⁴ *Cfr.* DÍAZ MARTÍNEZ (2008: 1182); y BUSTO LAGO (2015: 462).

que ahora no hace ninguna previsión en concreto⁵⁵, y, respecto a la partición realizada por el contador partidor, nos remitimos a lo que se dirá *infra* respecto del art. 291 LDCG.

Como se deduce del título, esta regla se completa o reitera, en realidad, en el art. 294 LDCG que ya en sede de partición de la herencia por los herederos, establece que “*Cuando el testador no tuviera hecha la partición, los partícipes mayores de edad, los emancipados o los legalmente representados podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente*”.

A efectos de la adaptación de estos preceptos a la reforma, la cuestión, sobre todo, es determinar si la exclusión de la intervención o aprobación judicial en estas particiones solo se va a proyectar si el que concurre es la “persona con discapacidad sometida a curatela representativa” –que quizás es el concepto actual y más estrictamente equiparado a “incapacitado legalmente representado” del art. 271 LDCG o a “legalmente representado” del art. 294 LDCG- o si es posible que se integre asimismo en tales preceptos –y, por tanto, se excluya de la necesidad de intervención judicial ante o post a la partición- a la persona con discapacidad cuyo apoyo es la guarda de hecho, siempre que dicho guardador tenga autorización para esa representación ex art. 264 CC o, incluso, a la persona con discapacidad que carece de medidas de apoyo pero que requiera un apoyo ocasional a través del nombramiento de un defensor judicial *ad hoc* (ex art. 295.5º CC). Como en otros supuestos, en este caso, optar por una interpretación restrictiva que solo acoja a la persona con curatela representativa en la regla de la exclusión de la intervención judicial está orillando la realidad de otras personas con discapacidad que pueden acudir a dicha partición debidamente representadas y participa de las tesis excesivamente conservadoras y, a nuestro juicio, poco respetuosas, por ejemplo, con el carácter subsidiario de las medidas de apoyo judiciales señalado por el art. 255 CC, a las que me referí al inicio de estas páginas. En cualquier caso, no es baladí recordar, en primer lugar, que la representación de la persona con discapacidad, sea por la vía que fuere, tiene su fundamento en que la persona ejercite su capacidad jurídica de acuerdo con su “voluntad,

⁵⁵ Dice el art. 783.4 LEC: “El letrado de la Administración de Justicia convocará también al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores estén habilitados de representante legal y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse”. La desaparición de las personas con discapacidad en esta norma –antes, el incapacitado era equiparado al menor en dicho precepto- no resuelve la intervención (o no) de los apoyos de estas personas en este acto procesal. Sobre la cuestión: CRESPO ALLUÉ (2021: 1248).

criterios y preferencias” (art. 250 CC) –y no para que el representante actúe en su mejor interés, como antaño-. Y, en segundo lugar, de acuerdo con los principios de la CDPD y de la Ley 8/2021, la persona con discapacidad solamente necesitará de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica –para lo que aquí nos ocupa, la participación en la partición entre coherederos- si realmente no puede ejercer efectivamente su capacidad jurídica de manera autónoma, ya que, sea cual sea su medida de apoyo provista o no, voluntaria o judicial, sigue conservando la capacidad jurídica.

III.4.3.2. *En la partición realizada por el contador-partidor*

El art. 291 LDCG establece que “*el contador-partidor podrá realizar el inventario por sí solo, aun cuando existan personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela*”. Como se puede observar, y a diferencia de lo que acontecía en Derecho común, en estos casos, el art. 291 LDCG desplazaba, para el Derecho gallego, la obligación del contador partidor contenida en el antiguo art. 1057.III CC de “*inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas*”. La reforma del art. 1057 CC llevada a cabo por la Ley 8/2021 ha cambiado la redacción de la norma. Actualmente, el contador-partidor deberá citar a los representantes legales para realizar el inventario solo en el caso de que entre los coherederos haya alguno “*sujeto a la patria potestad o tutela*”, lo que solo abarca a los menores no emancipados. Si concurriese algún coheredero que “*tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas*”.

Siendo que el espíritu de la norma es abarcar a los menores (únicos sujetos actualmente a patria potestad y tutela) y a las personas con discapacidad con medidas de apoyo –incluso no representativo, ya que antes se incluía a la curatela-, la regla del art. 291 LDCG, si se decide que el contador pueda realizar el inventario por sí mismo, habría de sustituir “*personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela*” por “*menores sin emancipar y personas con discapacidad que tuvieran dispuestas medidas de apoyo*”.

Aunque al margen de la cuestión de la concurrencia de personas con discapacidad en la partición como coherederos, no se puede pasar por algo la necesaria modificación que habrá que hacer en el art. 289 LDCG, que actualmente prescribe que será válida la partición hecha por uno solo de los contadores-partidores solidarios cuando: “[...]” 2º) *Por muerte, renuncia expresa o incapacidad de los demás quedara como partidor único*”.

Se hace preciso señalar que la Ley 2/2006 sustituyó la incapacitación -de la Ley de 1995- por la “incapacidad” del contador, huyendo de declaración o modificación judicial de la capacidad, exigencia demasiado estricta y poco operativa si se pretende la máxima amplitud del cargo solidario, sino la incapacidad del sujeto, por cualquier causa, para aceptar o hacer frente a su cargo. Aunque ya lo estimaba más conveniente en el momento de promulgación de la norma (como interpretación del precepto), me reafirmo en esa tesis y en proponer el cambio de “incapacidad” por el de “imposibilidad”, de la manera que lo hace el art. 910 CC, abarcador de cualquier causa física o jurídica que impida absolutamente el desempeño del cargo⁵⁶, sin que necesariamente se restrinja a la discapacidad.

Bibliografía

- ÁLVAREZ LATA, N. (2021, a), “Comentario al art. 1263”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2021, b) “Comentario a los arts. 249-253 y 663-665”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021.
- (2008) “Comentario a los arts. 283-293”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. y ALVAREZ LATA, N., (2020), “El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36.
- ALVAREZ ROYO VILANOVA, S. (2022), “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 102.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2022), “Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual”, en MORENO FLOREZ, R.M.: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Madrid, Dykinson.
- (2021) “Comentario a los arts. 663 y ss.”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2022), “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 3.

⁵⁶ Cfr. ÁLVAREZ LATA (2008: 1266).

- BAYOD LÓPEZ, C. (2021), “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en los Derechos civiles territoriales”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (Dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Madrid, Wolters Kluwers.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2018, a), “El desarrollo del Derecho Civil gallego y la costumbre”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2.
- (2018, b) “Nulidad de matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por enfermedad mental”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108.
- BUSTO LAGO, J.M.(Coord.), ALVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F. (2015), *Curso de Derecho civil de Galicia*, Barcelona, Atelier.
- (2008) “Comentario a la DA 3ª LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. (2022), “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”, en APDC: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- CRESPO ALLUÉ, F. (2021), “Comentario al art. 783”, en GUILARTE (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2008), “Comentario al art. 271”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- DÍAZ TEIJEIRO, C. (2018), *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Thomson-Reuters-Aranzadi.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª A., (2022), “Incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho sucesorio de Navarra: propuestas de futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2022.
- (2023) “Instituciones civiles forales «allí donde existan» y la reserva competencial «en todo caso» del Estado: Reflexiones a tenor de la STC 157/2021”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, enero-junio.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2022), “Capacidad para testar y discapacidades”, *Revista Derecho Privado*, noviembre-diciembre.
- ESPINOSA DE SOTO, J.L. (2008), “Comentario al art. 180”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2018), “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3.

- GÓMEZ VALENZUELA, M.A. (2022), “Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. IX, núm. 3.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del art. 23 CDPD)*, Madrid, Reus.
- HERRERO OVIEDO, M. (2011), “Capítulo 32. Pactos sucesorios en el Código Civil (y en la Ley de Derecho de Galicia”, en GETE-ALONSO (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, Civitas, Tomo I.
- MAYOR DEL HOYO, M^ªV. (2020), “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *RCDI*, núm. 782.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2022), “El derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad española por las personas extranjeras con discapacidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14.
- PEREÑA VICENTE, M. (2021), “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Madrid, Marcial Pons.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (2008), “Comentario a los artículos 209-227”, en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Comentarios a Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- SABATER BAYLE, E. (2022), “La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Privado de Navarra (Anteproyecto de Ley Foral)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17.
- SALAS MURILLO, S. DE (2021), “La reforma de la legislación civil para el apoyo de las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos”, *Diario La Ley*, núm. 9841.
- SOLÉ RESINA, J. (2022), “La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17.
- TENA ARREGUI, R. (2022), “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 102.
- VAQUERO LÓPEZ, C. (2021), “Comentarios a los arts. 15 a 22.2 CC”, en GUILARTE (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R. DE (2022), “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en VERDA y BEAMONTE, J.R. (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch.