



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO DE IGUALDAD DE TODAS LAS PERSONAS EN  
EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

Autor: JOSÉ MARÍA ALBERDI DE NOVA

4º E1

DERECHO CIVIL

Tutor: JOAQUÍN RUIZ ECHAURI

MADRID

ABRIL 2022

## **Resumen:**

El presente trabajo estudiará como las personas físicas desarrollan el ejercicio de su capacidad. Se hará especial hincapié en la nueva reforma del Código Civil con la Ley 8/2021 del 8 de junio, que trata cómo pueden ejercer esta facultad de una forma igualitaria los menores de edad y las personas que sufren alguna discapacidad. Realizaremos un exhaustivo análisis de las materias de que trata esta ley en el orden establecido en el Código Civil.

## **Summary:**

This paper will study how natural persons develop the exercise of their capacity. Special emphasis will be placed on the new reform of the Civil Code with Law 8/2021 of 8 June, which deals with how minors and people with disabilities can exercise this power in an equal manner. We will carry out an exhaustive analysis of the matters covered by this law in the order established in the Civil Code.

## **Índice:**

1. Introducción
2. Título Preliminar del Código Civil
  - 2.1 Normas sobre Derecho Internacional Privado
  - 2.2 Normas sobre Vecindad Civil.
3. Nacionalidad
  - 3.1 Declaración de opción
  - 3.2 Concesión de la nacionalidad
4. La celebración del matrimonio
5. Efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio
6. Filiación
  - 6.1 Determinación de la filiación no matrimonial
7. Relaciones paterno-filiales
8. Tutela y guarda de menores
  - 8.1 La tutela
    - 8.1.1 La delación de la tutela y nombramiento del tutor
    - 8.1.2 El ejercicio de la tutela
    - 8.1.3 Extinción de la tutela y rendición final de cuentas
  - 8.2 Guarda de hecho del menor

- 8.2.1 Defensor judicial del menor
- 9. Mayor de edad y emancipación
- 10. Medidas de apoyo para personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica
  - 10.1 Medidas voluntarias de apoyo
  - 10.2 Poderes y mandatos preventivos
  - 10.3 Guarda de hecho de las personas con discapacidad
  - 10.4 Curatela
    - 10.4.1 Autocuratela
    - 10.4.2 Nombramiento del curador
    - 10.4.3 Ejercicio de la curatela
    - 10.4.4 Extinción de la curatela
    - 10.4.5 Defensor judicial de la persona con discapacidad
- 11. Testamento
- 12. Herencia
- 13. Obligaciones y contratos
  - 13.1 Obligaciones
  - 13.2 Contratos
    - 13.2.1 Tipos de contratos
- 14. Conclusiones
- 15. Bibliografía

### **Listado de abreviaturas**

Boletín Oficial del Estado = BOE

Registro Civil = RC

Código Civil = CC

Ley Hipotecaria = LH

Ley de Enjuiciamiento Civil = LEC

Constitución Española = CE

Tribunal Supremo = TS

Dirección General de Registros y Notariado = DGRN

### **Palabras clave**

Menor de edad, discapacitado, CC, medidas de apoyo, tutela, curatela, patria potestad, guarda, mayor de edad, Ley 8/2021, Convención de Nueva York, autoridad judicial.

## 1. INTRODUCCIÓN

Para comenzar, estudiaremos el espíritu y finalidad de la Ley 8/2021 del 2 de junio y algunos conceptos que aparecerán a lo largo del trabajo. La propia ley indica en su preámbulo que <sup>1</sup>“La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”

Por lo tanto, la Ley 8/2021 nace de un tratado internacional, de la que forman parte más de 180 países. La principal finalidad de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es que estas personas no se encuentren en una situación de desventaja con respecto al resto. Para ello se propone promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, promoviendo el respeto de su dignidad inherente, como indica dicha Convención en su artículo 1.

En los últimos años, se ha hecho varias reformas el ordenamiento jurídico español para adecuarlo a la Convención de Nueva York. Se comenzó con la Ley 26/2011, donde se modificaron varios cuerpos legales con la finalidad de adaptarlos a las personas con discapacidad. A continuación, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, reguló los derechos y la inclusión social de las personas con discapacidad. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó el Código Penal, la Ley 4/2017, de 24 de junio, modificó la jurisdicción voluntaria y el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. Finalmente, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, aseguró la participación de las personas con discapacidad sin

---

<sup>1</sup> Preámbulo de la Ley 8/2021 del 2 de junio de 2021 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.

exclusiones en la vida cotidiana, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, reguló el derecho de sufragio de las personas con discapacidad. Todas estas leyes unidas a la Ley 8/2021 han conseguido que nuestro ordenamiento jurídico ya esté plenamente adaptado al Tratado de Nueva York.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobada el 13 de diciembre del 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York; no obstante, España no firmó este tratado internacional hasta el 3 de diciembre de 2007 por el gobierno socialista liderado por José Luis Rodríguez Zapatero. Resulta llamativo que la reforma por la cual se adapta el ordenamiento jurídico a la Convención no se consolida hasta el 3 de septiembre de 2021, casi 14 años más tarde, a través de la Ley 8/2021 del 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A continuación repasaremos todos los trámites que ha tenido que pasar la presente ley para que entre en vigor.

El proyecto de ley se presentó el 17 de julio de 2020 por el Gobierno de la Nación, formado por el Partido Socialista Obrero Español y Unidas Podemos ante la Mesa del Congreso de los Diputados. Constaba de siete artículos, una disposición adicional, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, que afectaban al CC, a la Ley del Notariado, a la LH, a la LEC, a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, siendo la reforma del CC la más extensa.

Las primeras enmiendas se hicieron el 18 de diciembre de 2020, donde participaron la mayoría de los grupos del Congreso de los Diputados. Se llegaron a presentar más de 500 enmiendas, de las cuales 52 de ellas fueron del Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, autores del proyecto de ley. Hasta el 18 de marzo de 2021 no se hizo el informe de la ponencia, donde el Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común aceptó todas sus enmiendas exceptuando las comprendidas entre el artículo 169 al 303 del CC. Del Grupo Parlamentario VOX, Grupo Parlamentario Republicano y del Grupo Parlamentario Vasco se retiraron todas sus enmiendas. Del Grupo Parlamentario Ciudadanos se aceptaron 7 enmiendas y del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso dejaron pendientes 5 enmiendas para el debate de la Comisión, no incluyendo ninguna de las demás.

El 24 de marzo de 2021 tuvo entrada en el Senado el texto aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 18 de marzo del mismo año. Los distintos grupos del senado hicieron 290 enmiendas, de las cuales las 30 propuestas por el Grupo Socialista fueron aprobadas el 12 de mayo. El 20 de mayo de 2021 llegó el texto con las enmiendas aceptadas en el Senado al Congreso y el día 31 de ese mismo mes se aprobó el texto definitivo.

## 2. TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

### **2.1 Normas sobre Derecho Internacional Privado**

La ley 8/2021 únicamente reforma el artículo 9.6 y 10.8 relativos al derecho internacional privado. En el artículo 9.6 modifican la ley aplicable a las personas con discapacidad, siendo la de su residencia habitual. Se sigue el mismo procedimiento que anteriormente se usaba para las personas mayores de edad. Se trata de un cambio en el que se tiene en cuenta voluntad, deseos y preferencias del adulto que precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.<sup>2</sup> La reforma de este artículo también evita posibles problemas que podían surgir al aplicar el artículo 9.1 y el antiguo artículo 9.6 del CC, al establecer cuál es la ley personal aplicable. En lo relativo al artículo 10.8 del CC, se da más protección a los discapaces extranjeros que hagan un contrato en España. Se adapta este artículo para que coincida con el Convenio de Roma de 1980.

### **2.2 Normas sobre la Vecindad Civil**

El único artículo que reforma la Ley 8/2021 sobre el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional es el 15.1 apartado d). Podemos hacer pocas referencias ya que simplemente se modifica la redacción de cómo hacer la declaración de opción de la vecindad civil. En la práctica no se verá reflejada el cambio de este artículo.

## 3. NACIONALIDAD

### **3.1 Declaración de opción**

La declaración de opción para adquirir la nacionalidad española solo podrán formularla las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 20.1 del CC. Su

---

<sup>2</sup> Espiñeira Soto, I., 2021, "La reforma del artículo 9.6 ii del código civil. su incidencia en la actuación notarial", NotariosyRegistradores.com, encontrado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/reforma-articulo-9-6-codigo-civil-su-incidencia-en-la-actuacion-notarial/>

regulación la encontramos en el artículo 20.2 del CC. Se cambia el proceso para formular la declaración de opción. En primer lugar, en ningún caso se necesitará autorización del encargado del RC. La gran modificación en la declaración de opción consiste en que todos los discapacitados pueden solicitarla sin tener que estar autorizados por su sentencia como disponía este artículo antes de la reforma. Así mismo se sigue permitiendo al interesado que hubiera sido dotado de medidas de apoyo formularla, cuando pasaren 2 años desde que se hubiese extinguido dichas medidas; respecto a esto, solo hay modificaciones terminológicas en la redacción del artículo.

### **3.2 Concesión de la nacionalidad**

La nacionalidad se puede obtener de varias formas; algunas de estas es por carta de naturaleza y por residencia. Ambas vienen reguladas en el artículo 21 del CC. El Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, aprobó el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza o residencia; se establece un procedimiento de carácter netamente administrativo, basado en la tramitación electrónica en todas sus fases, que permita acortar en gran medida los plazos de resolución. La ley 8/2021 permite a las personas con discapacidad formular por sí solas la solicitud para adquirir la nacionalidad, siempre que la resolución judicial no haya establecido que necesiten apoyos y ajustes del procedimiento. Anteriormente a la modificación del artículo 21.3 apartado d) solo podía formularla el representante legal del interesado.

Respecto a los menores de edad, se introduce un nuevo párrafo para el caso de que haya discrepancias con sus representantes legales. En este supuesto se tramitará un expediente de jurisdicción voluntaria. Antes de la reforma, un trámite necesario para la adquisición de la nacionalidad era solicitar un auto judicial al encargado del RC por el cual autorizaba la solicitud. Gracias a la reforma del CC, solo habrá que superar este trámite si hay discrepancia entre los representantes legales, lo que acortará el procedimiento y los plazos para la formulación de la solicitud.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Tradelex Abogados, 2021, “Los menores de 14 años podrán tramitar la nacionalidad española sin la autorización del encargado del Registro Civil” disponible en <https://tradelex.com/2021/08/30/los-menores-de-14-anos-podran-tramitar-la-nacionalidad-espanola-sin-la-autorizacion-del-encargado-del-registro-civil/>

#### 4. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Tradicionalmente, el matrimonio ha sido la unión legal de un hombre y de una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia<sup>4</sup>. Actualmente, es un derecho inherente al ser humano que se encuentra dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo de la CE, por lo que no goza de recurso de amparo, al no ser un derecho fundamental.

La ley 8/2021 hace varias modificaciones sobre la celebración del matrimonio. Estas se ven plasmadas en los artículos 49 al 58, 62 y 65 del CC. La primera la apreciamos en el artículo 51, que da competencia a los notarios y a los secretarios judiciales para autorizar un matrimonio y hacer el expediente matrimonial. La novedad de que los notarios podían autorizar un matrimonio se introdujo con La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria pero la reforma en el CC no se ha llevado a cabo hasta la promulgación de la Ley 8/2021.

La principal novedad sobre la celebración del matrimonio, siendo un cónyuge una persona con discapacidad la encontramos en el artículo 56 del CC. Actualmente, solo tienen que presentar un dictamen médico “en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo”<sup>5</sup>. Antes de la reforma del CC, toda persona con discapacidad debía presentar este dictamen médico.

#### 5. EFFECTOS COMUNES A LA SEPARACIÓN, NULIDAD O DIVORCIO

Diez Picazo definió la separación como “una situación del matrimonio, en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones. En términos generales, la separación puede ser una situación puramente fáctica pero con efectos jurídicos; o una situación fundada en la concurrencia de los presupuestos prevenidos por la Ley y acordada en virtud de una decisión judicial.”<sup>6</sup> Por otra parte, la nulidad matrimonial implica que el matrimonio nunca ha sido válido. Los supuestos de nulidad vienen recogidos en el artículo 73 del CC. Asimismo, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial tras el procedimiento establecido para ello a solicitud de uno o de ambos cónyuges o por mutuo acuerdo. Los cónyuges podrán

---

<sup>4</sup> Castán Tobeñas, j., “Crisis del matrimonio”, Madrid, año y p. 37.

<sup>5</sup> Artículo 56 del CC

<sup>6</sup> Diez Picazo, L “Sistema sobre el Derecho Civil Volumen I”, Tecnos, Madrid, 2006, p. 127



separarse o divorciarse de mutuo acuerdo formulando un convenio regulador en escritura pública, sin necesidad de una sentencia firme, siempre que no tengan hijos menores de edad no emancipados o mayores de edad provistos de medidas de apoyo.<sup>7</sup>

La sentencia firme con la que se extinga el matrimonio, debe resolver el establecimiento y el modo de ejecución de las medidas de apoyo, para el caso en el que hubiera hijos que se hallaren en una situación de discapacidad. Si hubiere hijos menores de edad también establecerá el tiempo, el modo y el lugar en que el progenitor que no tenga consigo la custodia de los, pueda ejercitar el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.<sup>8</sup> La Ley 8/2021 otorga a los hijos menores de edad o provistos de medidas de apoyo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento, siempre que tengan suficiente juicio. También se buscará que la resolución sea conforme a sus intereses, siempre procurando no separar a los hermanos.

El convenio regulador de los menores de edad y personas con discapacidad deberá contener por lo menos lo establecido en el artículo 90 del CC. Los cónyuges podrán presentarlo ante un juez, secretario judicial o notario voluntariamente y en caso de desacuerdo entre los cónyuges, deberá elaborarlo la autoridad judicial competente siguiendo lo dispuesto en el artículo 96 del CC. La doctrina duda de la naturaleza del convenio regulador, porque aunque la tesis mayoritaria sostiene que es un negocio jurídico familiar, que actúa como requisito previo de la separación o el divorcio y que tiene carácter transaccional, como afirmó el TS en su sentencia del 22 de abril 1997<sup>9</sup>, Díez Picazo entiende que es un acto mixto entre cónyuges y autoridad pública.<sup>10</sup>

Uno de los temas más discutibles es si el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia pueda dar por terminado el expediente y negarse a autorizarlo si a su juicio lo pactado en el convenio regulador pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados. Es lógico que el Notario califique la legalidad del convenio, cumpliendo el deber que las leyes le imponen de controlar la legalidad, pero entrar a juzgar si es dañoso o gravemente

---

<sup>7</sup> Artículo 54.1 de la Ley del Notariado.

<sup>8</sup> Artículo 91 y 94 del CC

<sup>9</sup> Sentencia Tribunal Supremo num. 325/1997 del 22 de abril de 1997 encontrada en <https://vlex.es/vid/convenciones-matrimoniales-patrimoniales-17744601>

<sup>10</sup> Díez Picazo, L "Sistema sobre el Derecho Civil Volumen I", Tecnos, Madrid, 2006, p. 198.

perjudicial algo acordado por los cónyuges de mutuo acuerdo, excede de las facultades típicas notariales y entra casi en un terreno contencioso.<sup>11</sup>

## 6. LA FILIACIÓN

La doctrina afirma que la filiación natural puede ser contemplada en dos aspectos; como hecho natural, consecuencia de la procreación humana o como hecho jurídico, situación jurídica en la que una persona ocupa una posición dentro de una familia. Históricamente ha habido regulaciones distintas dependiendo de si los hijos eran legítimos o no. Con la reforma del CC en 1981, cae gran parte del principio de la jerarquía entre las filiaciones. Actualmente, en muy pocas legislaciones se mantiene cierta primacía de los hijos matrimoniales. Nuestro sistema vigente se basa en tres principios básicos a la hora de regular la filiación. El primero de ellos es el de igualdad, donde se suprime cualquier tipo de discriminación. Los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen los mismos derechos y se les da los mismos efectos. Los otros dos principios son el de la verdad biológica, por el cual los padres tienen derecho a saber si los hijos son suyos biológicamente. Su regulación la encontramos en el artículo 767.2 de la LEC. El último principio es el de protección del hijo, reconocido en los artículos 110 y 111 del CC.<sup>12</sup> Aunque los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen los mismos derechos, nuestro Código Civil los distingue. La Ley 8/2021 hace un gran número de variaciones en la filiación extramatrimonial como estudiaremos a continuación.

### **6.1 Determinación de la filiación no matrimonial**

La filiación no matrimonial, es aquella que tiene lugar cuando el padre y la madre no están casados entre sí al tiempo del nacimiento del hijo. Su regulación se encuentra entre los artículos 120 y 126 del CC. Hay 5 supuestos, regulados en el artículo 120 del CC en virtud de los cuales se puede determinar la filiación. Estos son al hacer la inscripción del nacimiento en el RC para la madre, al realizar el correspondiente formulario por el padre, el reconocimiento ante el Encargado del RC, resolución del expediente tramitado y mediante una sentencia firme.

---

<sup>11</sup> Hijas Cid, E., 2021 “El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites” disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-67/6646-el-convenio-regulador-en-la-separacion-y-divorcio-notariales-naturaleza-contenido-y-limites>

<sup>12</sup> Preámbulo de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

El reconocimiento es el acto jurídico voluntario, expreso, solemne, personalísimo, unilateral, irrevocable y no sometido a condición, donde una persona expresa su voluntad de vincularse respecto a un hijo no matrimonial, debiendo cumplir todos los derechos y obligaciones paterno filiales. Con la nueva regulación adoptada a través de la Ley 8/2021, para que el reconocimiento de la filiación no matrimonial de una persona mayor de edad con discapacidad sea válido, deberá ser aceptado por ellas mismas a no ser que la resolución judicial o la escritura pública hubiesen reconocido otra cosa.

## 7. RELACIONES PATERNO FILIALES

Nuestro Código Civil no define lo que es una relación paterno filial. La Audiencia Provincial de Barcelona la define con ayuda del Código Civil Catalán como una predisposición natural, como base de los derechos del niño, a compartir de la forma más amplia posible la relación afectiva con ambos progenitores.<sup>13</sup>

La patria potestad es un concepto heredado del Derecho Romano que nació con la figura del “*pater familias*”. Serrano Alonso definió la patria como el conjunto de derechos y obligaciones que como consecuencia de la filiación surgen entre los padres e hijos. La ley establece para que pueda hacerse efectiva la previsión constitucional del artículo 39 CE de prestar asistencia de todo orden a los hijos, ya se hayan tenido fuera o dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos, en que legalmente proceda.<sup>14</sup> Es un derecho intransmisible e irrenunciable que crea una potestad tuitiva general sobre menores e incapacitados. La patria potestad comprende unos deberes tanto para los padres como para los hijos sujetos.<sup>15</sup> El incumplimiento de los deberes de los padres podrá privarlos total o parcialmente del ejercicio de la patria potestad, siempre por sentencia firme.<sup>16</sup>

La patria potestad la ejercen conjuntamente ambos progenitores. Con la reforma del CC en 1981, la patria potestad dejó de ejercerla solamente el padre. También se fue intensificando la intervención de los jueces a la hora de determinar quién debería ejercitar este derecho. La patria potestad prorrogada estuvo presente en nuestro derecho, pero esta institución ha sido suprimida a raíz de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma

---

<sup>13</sup> Sentencia CIVIL Nº 473/2020, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, Rec 803/2019 de 20 de Julio de 2020 encontrada en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/relaciones-paterno-filiales>. Se apoya en los artículos 233-10, 2 y 233-8,3 del Código Civil Catalán.

<sup>14</sup> Serrano Alonso, E., “*Manual de Derecho Civil Curso II*”, Edisofer SL, Madrid, 2003, p. 382.

<sup>15</sup> Artículo 154 y 155 del CC

<sup>16</sup> Artículo 170 del CC

la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En caso de separación, nulidad o divorcio de los progenitores, cabe la posibilidad de que la patria potestad se atribuya total o parcialmente a uno de los progenitores. También cabe la posibilidad de que se distribuya entre los progenitores las funciones de la patria potestad.<sup>17</sup> En estos supuestos, el progenitor que no adquiera la custodia seguirá teniendo que cumplir sus obligaciones con los hijos menores de edad. También se considera como un derecho de los menores de edad regulado en el artículo 160 del CC.<sup>18</sup> Si no hubiera acuerdo entre los progenitores de cómo van a ejercer la patria potestad, un juez lo decidirá, dictando la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158. En caso de imposibilidad, ausencia o fallecimiento de uno de los progenitores para ejercer la patria potestad, será ejercida por el otro. Para José Luis Lacruz Berdejo, la ausencia no se refiere sólo a la declarada, sino también a la de hecho, pues en último extremo tal supuesto sería subsumible en el concepto genérico de imposibilidad.<sup>19</sup>

La Ley 8/2021 añade un párrafo al artículo 154 del CC, en el que les da derecho a los hijos a “Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”<sup>20</sup>. Asimismo, los hijos tendrán derecho a ser oídos si se encuentran en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias.<sup>21</sup>

Los únicos que están sujetos a la patria potestad son los hijos menores de edad no emancipados, sin tener importancia que sean o no matrimoniales o adoptivos. La Ley 8/2021 hace una gran modificación respecto de los hijos menores de edad que se encuentren en situación de discapacidad y adquieran la mayoría de edad. Antes, quedaba prorrogada la patria potestad de quienes la ejercían, conforme al antiguo artículo 171 del CC. Este artículo ha quedado suprimido con la reforma y actualmente, se impone un régimen de curatela cuando una persona con discapacidad adquiere la mayoría de edad.

---

<sup>17</sup> Artículo 156 del CC

<sup>18</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 285/2014, del 19 de marzo de 2014 encontrada en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a6757b2707b7386f/20150217>

<sup>19</sup> Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, A., *“El nuevo régimen de la familia. Tomo II: Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar”*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 65

<sup>21</sup> Artículo 154 apartado 3º del CC

Respecto de los nasciturus y concepturus, la mayoría de la doctrina niega que haya ejercicio de la patria potestad, aunque tengan la representación de los primeros, conforme resulta del artículo 627 del CC.

Los padres que ostenten la patria potestad, tendrán la representación legal de sus hijos menores de edad.<sup>22</sup> Deberán administrar los bienes de los menores sujetos a la patria potestad en la forma establecida en el CC. En caso de enajenamiento de los bienes del menor, se necesitará autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Las consecuencias de la falta de autorización judicial es uno de los temas más discutidos en la doctrina; el TS ha tenido tres posturas diferentes. En primer lugar consideró que el acto era nulo de pleno derecho, sin ser posible una sanación posterior. A partir de las reformas del 9 de diciembre de 1954 y el 28 de mayo de 1965 empezó a considerarlo como un acto anulable. Su sentencia del 9 de mayo de 1994 fundamentó que adoptaban esta postura porque lo consideraban como un “simple interés privado de los particulares”<sup>23</sup>

Finalmente, el TS, lo consideró como un acto incompleto o relativamente ineficaz, que permite que los actos sean ratificados después por el hijo o recabar ulteriormente la autorización, basándose en el art. 1259 CC. El TS afirmó, en su sentencia del 22 de abril de 2010 que: “El acto realizado sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente”<sup>24</sup>

La patria potestad finaliza por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación y por la adopción del hijo.<sup>25</sup> Respecto de los supuestos de ausencia, o imposibilidad del progenitor, la doctrina lo interpreta como casos de suspensión de la patria potestad.

---

<sup>22</sup> Artículo 162 del CC

<sup>23</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Manual de Derecho Civil de Familia”, Bercal S.A, Madrid, 2015, p. 149.

<sup>24</sup> Sentencia del TS num. 225/2010 del 22 de abril de 2010, disponible en <https://vlex.es/vid/215149571>

<sup>25</sup> Artículo 169 del CC

## 8. TUTELA Y GUARDA DE MENORES

Históricamente, la minoría de edad ha sido considerado como un estado civil caracterizado por la sumisión y dependencia de los menores a las personas que tengan la patria potestad o la tutela. En pocas ocasiones, encontrábamos casos en los que la Ley admitía su capacidad. Tenían una presunción legal de ineptitud como resultaba de la antigua redacción del artículo 1263 del C.C.<sup>26</sup> Actualmente, se ha desarrollado una corriente legislativa, derivada de la Convención de Nueva York, que emana del artículo 39 de la C.E., donde se reconocen los derechos de los menores y a su protección jurídica.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia afirmó en su artículo 2 que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”<sup>27</sup> El CC no regula la situación del menor de edad, sino que simplemente se limita a regular lo que le está permitido hacer en los contratos, u otros negocios.

En relación con la tutela y guarda de menores, antes de la reforma llevada a cabo en el CC por la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se decía que todos los menores de edad no sujetos a la patria potestad y los mayores de edad, que tuvieran modificada su capacidad por sentencia judicial, requerían de un organismo permanente que supla sus defectos de capacidad de obrar. El organismo permanente al que se refería la ley era la institución tutelar, cuya finalidad era la protección, asistencia y representación de los menores de edad y de los mayores con la capacidad modificada judicialmente.

Actualmente esta afirmación solo podrá mantenerse, respecto de los menores de edad no sujetos a patria potestad; pero no respecto de las personas con discapacidad. Las personas con alguna discapacidad solo podrán estar sujetos a la curatela. De igual manera se ha suprimido por completo la institución de la patria potestad prorrogada como hemos indicado anteriormente.

La idea central del nuevo sistema instaurado en el CC, es la de apoyo a la persona que lo precise; no se trata de incapacitarla sino de capacitarla, lo que hace ver la cuestión desde

---

<sup>26</sup> Antiguo artículo 1263 del CC

<sup>27</sup> Artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

el punto de vista positivo. Por ello, se suprime la tutela y la patria potestad prorrogada para los mayores de edad, y se sustituye por las llamadas medidas de apoyo o por la sujeción a un régimen de curatela. La regulación de estas medidas se hace en el nuevo Título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasa a llamarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

Respecto a las personas con discapacidad que estaban sujetas a tutela a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de esta Ley, ejercerán su cargo conforme a la nueva regulación y a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos.<sup>28</sup> Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho continuarán su actuación conforme a las disposiciones de esta ley. Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2021.<sup>29</sup>

### **8.1 La tutela**

Quedan sujetos a la tutela todos los menores de edad que no tengan a algún progenitor ejerciendo la patria potestad. Las principales causas son fallecimiento o exclusión de la patria potestad de los progenitores. El artículo 199 del CC, en su actual redacción, dispone: “Quedan sujetos a tutela: 1º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad”. Conforme al nº1º, se entiende que una situación de desamparo es “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.<sup>30</sup>

Los progenitores, siempre que tengan la patria potestad del menor, podrán designar al tutor en testamento o documento público notarial. La autoridad judicial podrá modificar esta designación si fuere otro el interés superior del menor. El tutor podrá ser una persona física, una persona jurídica o una Entidad Pública. El ejercicio de la tutela será revisado por el Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia del menor o de cualquier

---

<sup>28</sup> Disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021

<sup>29</sup> Disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021

<sup>30</sup> Definición que otorga nuestro CC en el artículo 172, en la Sección que regula la guarda y acogimiento de menores

interesado. El juez que esté vinculado a la tutela podrá establecer medidas de vigilancia y control, como asimismo exigir un informe al tutor sobre la situación del menor.<sup>31</sup>

#### *8.1.1 La delación de la tutela y nombramiento del tutor*

Consideramos como delación el llamamiento efectivo de una persona para el cargo de tutor o curador. Este llamamiento le corresponde siempre al Juez, salvo el caso de que el menor se encuentre en situación de desamparo, que se seguirá lo dispuesto en el artículo 172 del CC. Ahora bien, el Juez no puede actuar discrecionalmente, sino en base a unos criterios establecidos, y siempre teniendo en cuenta el interés del tutelado.

La delación tutela de los menores de edad está regulada en los artículos 211 y siguientes del CC. El tutor deberá cumplir las condiciones de aptitud suficientes para desempeñar el ejercicio de la tutela. Será preferida la persona que hubieren designado los progenitores en testamento o documento público y en su defecto el hermano o ascendiente que establezca la autoridad judicial; y de no existir estos, será el que la autoridad judicial considere más idóneo atendiendo el interés del menor.<sup>32</sup> Las personas que cumplan los requisitos prevenidos en los artículos 216 y 217 del CC no podrán ser tutores.

Respecto a la constitución de la tutela, cabe la posibilidad de que ejerzan la tutela más de una persona. Las causas son: “1.º Cuando, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o en su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente. 2.º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que ejerza también la tutela el cónyuge del tutor o la persona que se halle en análoga relación de afectividad. 3º Cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial más de un tutor para que ejerzan la tutela conjuntamente.”<sup>33</sup> En estos casos, si uno de ellos cesar, realizarán el ejercicio de la tutela los tutores que no hubieren cesado.

El proceso de constitución de la tutela se hará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Se abrirá un expediente mediante la solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente

---

<sup>31</sup> Capítulo I del Título IX del Libro I del CC, “*De la tutela*”

<sup>32</sup> Artículos 211 al 214 del CC

<sup>33</sup> Artículo 218 del CC



indicadas para promover la tutela. Habrá una comparecencia en la que se oirá al promotor, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a la persona sobre quien se pretenda constituir la tutela, siempre que fuere mayor de 12 años o que tuviere suficiente madurez, y a cuantas personas se considere oportuno.<sup>34</sup> Cabe la posibilidad de que el juez exija una fianza al tutor, con la finalidad de cumpla todas sus obligaciones con el menor de edad. Posteriormente, podrá dejarse sin efecto o modificarse por la autoridad judicial. No obstante, en la práctica es poco común la exigencia de una fianza al tutor para desempeñar estas funciones.

La publicidad de la constitución de la tutela se lleva a efecto fundamentalmente por medio de la obligatoria inscripción en el RC. La razón es que la tutela afecta a la capacidad y por lo tanto al estado civil. La inscripción no tiene valor constitutivo sino simplemente declarativo, ya que todos los procesos se producen por la resolución judicial, sin que la inscripción sea condicionante para el ejercicio del cargo.<sup>35</sup> La Ley del RC dispone en su artículo 4.10º y 11º que serán inscribibles en el RC “10º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.”<sup>36</sup>

Otra de las obligaciones de los tutores antes de comenzar la tutela es hacer un inventario del patrimonio de la persona con discapacidad ante el Letrado de Administración de Justicia y demás personas interesadas. Tendrá 60 días para hacerlo desde que hubiere tomado el cargo de curador, pudiendo ser prorrogados por el Letrado de Administración de Justicia.<sup>37</sup>

### *8.1.2 Ejercicio de la tutela*

En este epígrafe trataremos las obligaciones, atribuciones, derechos y prohibiciones a los tutores. En primer lugar, podemos distinguir dos tipos de obligaciones, las posteriores al comienzo del ejercicio de su cargo, explicadas en el epígrafe anterior y las obligaciones durante el ejercicio del cargo. El CC afirma que el tutor ejercerá la tutela buscando el mayor interés del menor. El artículo 228 establece que “El tutor está obligado a velar por

---

<sup>34</sup> El artículo 45 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria regula el proceso de tramitación de la tutela

<sup>35</sup> Díez Picazo, L “Sistema sobre el Derecho Civil Volumen I”, Tecnos, Madrid, 2006, p. 247.

<sup>36</sup> Artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

<sup>37</sup> Artículo 285 del CC

el tutelado y, en particular: 1. ° A velar por ellos y a procurarles alimentos. 2. ° A educar al menor y procurarles una formación integral. 3. ° A promover su mejor inserción en la sociedad. 4. ° A administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida. 5. ° A informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y rendirle cuenta anual de su administración. 6. ° A oír al menor antes de adoptar decisiones que les afecten”. No está claro si se el tutor tiene la obligación de tener en su compañía al tutelado. Aunque no sean durante el ejercicio de la tutela, el tutor debe rendir cuentas de su gestión al extinguirse la tutela.

Respecto a las atribuciones del tutor, el CC dispone en su artículo 225 que “El tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por si solo o para los que únicamente precise asistencia”. Es decir, que la tutela es fundamentalmente representativa, con algunas excepciones. Estas son aquéllas en las que el menor puede actuar por sí mismo o asistido por el tutor. También deberá administrar los bienes del menor con la diligencia debida.<sup>38</sup> No obstante, caben excepciones como la recogida en el artículo 205 del CC y 164.3 del CC.<sup>39</sup>

La doctrina ha discutido si cabe la sustitución o conferir apoderamientos en el ejercicio de la representación legal. Autores como Castán no lo admiten por ser un “deber forzoso impuesto por la Ley.”<sup>40</sup> Sin embargo, el TS y la DGRN han admitido el otorgamiento de poderes en casos de urgencia, necesidad o imposibilidad, tratándose de situaciones concretas y determinadas, y no de situaciones carácter general.

Los tutores tendrán derecho a una retribución si el patrimonio del menor lo permite, salvo que los progenitores hayan establecido lo contrario. No obstante, aunque los progenitores hayan designado que el tutor no tiene derecho a una retribución, podrá modificarse por la autoridad judicial competente. También tendrá derecho al reembolso de los gastos justificados. Asimismo cabe la posibilidad de poder recibir los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos. Por último, tendrá derecho a una indemnización

---

<sup>38</sup> Artículo 228.5º del CC

<sup>39</sup> El artículo 205 del CC establece que las personas que donen bienes a título gratuito al menor podrán establecer las reglas de administración de los mismos. El artículo 164.3 del CC afirma que la administración de los bienes adquiridos por un menor, mayor de 16 años por su trabajo e industria será realizada por ellos mismos.

<sup>40</sup> Castán, F. “*la tutela judicial frente al ruido*”, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 43.

por los daños y perjuicios que sufra durante el ejercicio de la tutela. Si no cabe otra forma de resarcimiento, la adquirirá de los bienes del tutelado.<sup>41</sup>

Los tutores también pueden tener limitaciones. La principal la encontramos en el artículo 753 del CC que afirma que no surtirá efecto las disposiciones hechas en favor del tutor representativo del testador salvo cuando se haya hecho una vez extinguida la tutela o sea pariente con derecho a suceder ab intestato.

En cuanto a las prohibiciones de los tutores, el artículo 226 dispone: “Se prohíbe al tutor: 1. ° Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión. 2. ° Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3. ° Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.”. También está prohibida la adopción de un pupilo por su tutor antes de que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.<sup>42</sup>

### *8.1.3 Extinción de la tutela y rendición final de cuentas*

El artículo 231 afirma que “La tutela se extingue: 1. ° Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor. 2. ° Por la adopción del menor. 3. ° Por muerte o declaración de fallecimiento del menor. 4. ° Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercerla de hecho.”

Una vez extinguida la tutela, el tutor deberá rendir cuentas ante la autoridad judicial competente en el plazo de tres meses. Este plazo es prorrogable para el caso de que haya una causa justificada. La acción para exigir la rendición final de cuentas prescribe a los cinco años, contados desde la finalización del plazo señalado para efectuarla.<sup>43</sup> La Ley 8/2021 no ha introducido ningún cambio en la extinción de la tutela y rendición final de cuentas; simplemente ha cambiado el número de los artículos y ha fusionado en uno solo el antiguo artículo 279 y 280 del CC.

Otro aspecto que hay que tratar al extinguir la tutela es la responsabilidad del tutor. Este deberá responder de los daños causados por su culpa o negligencia al menor. Esta acción

---

<sup>41</sup> Artículos 229 y 230 del CC

<sup>42</sup> Artículo 175.3 apartado 3º del CC

<sup>43</sup> Artículo 232 del CC, antiguos artículos 279 y 280 del CC

prescribe a los tres años de la rendición final de cuentas.<sup>44</sup> Desde otra perspectiva debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 1903 del CC, “los tutores son responsables de los perjuicios causados por los menores o que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía”. Esta responsabilidad cesará cuando se pruebe que los tutores actuaron con la diligencia de un buen padre de familia y que hicieron todo lo posible para evitar los perjuicios. Lo mismo afirma el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

## **8.2 Guarda de hecho del menor**

La guarda de hecho del menor venía regulada en el artículo 303 y siguientes del CC. Actualmente, tras la reforma de la Ley 8/2021 queda regulado en el artículo 237 y 238 del CC. También está regulada en el artículo 52 de la LJV. Para Carlos Rogel Vide, existe guarda de hecho cuando alguien careciendo de potestad legal sobre una persona menor de edad o incapacitada ejerciera funciones tutelares o curatelares sobre ellas.<sup>45</sup> En la práctica, debido a la rapidez de las actuaciones judiciales una vez declarada la necesidad de medidas de apoyo para las personas con discapacidad o menor de edad, la guarda de hecho de un menor solo se ve cuando la ejerce una persona a la que no le ha sido todavía confiada la tutela. Los posibles tutelados o guardados solo podrán ser los menores de edad o las personas provistas de medidas de apoyo.

### *8.2.1 Defensor judicial del menor*

Cabe la posibilidad de que se nombre un defensor judicial del menor para el caso de que haya conflicto de intereses entre los menores y sus representantes, en caso de que el tutor no desempeñe sus funciones y en el supuesto de que el menor que carezca de progenitores quiera tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. En este último caso, el defensor deberá prestar su consentimiento para que el menor pueda realizar las acciones.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Artículo 234 del CC

<sup>45</sup> Ministerio de Justicia, “Comentario del Código Civil, Tomo primero”, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 861. También hace referencia a la obra de Carlos Rogel Vide, *La guarda de hecho del menor*, Madrid, 1986.

<sup>46</sup> Artículo 235 del CC, que en su apartado 3º nos remite al artículo 247

El principal problema es determinar cuando existe conflicto de interés. La doctrina del T.S señala que existe conflicto de interés cuando el beneficio patrimonial de una parte sea en perjuicio del patrimonio de la otra.<sup>47</sup>

La DGRN afirmó en su resolución del 2 de agosto de 2012 que: “El Código Civil exige para excepcionar el régimen general de la representación por el titular de la patria potestad que entre representante y representado exista un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente, pues de lo contrario haríamos de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado rige la regla general”.<sup>48</sup> Por lo tanto, para que haya un conflicto de interés, es necesario que haya una situación de ventaja para el representante del menor.

Las normas de aplicación serán las mismas que las del defensor judicial de las personas con discapacidad, reguladas entre los artículos 295 y 298 del CC, a las que haremos referencia en el apartado 10.4.5 de este trabajo. En cualquier caso, el defensor judicial del menor siempre tiene que buscar el interés general del menor, respetando siempre sus derechos.

## 9. MAYOR DE EDAD Y EMANCIPACIÓN

La emancipación determina el final de la patria potestad. El artículo 239 dice que “La emancipación tiene lugar: 1º Por la mayor edad. 2º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3º Por concesión judicial.” Las consecuencias no son uniformes; si se adquiere por la mayoría de edad, la persona adquirirá plena capacidad de obrar, mientras que si la adquiere por cualquiera de las otras dos formas, adquiere una capacidad de obrar más limitada.

---

<sup>47</sup> Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, número 616/2014, de 18 de noviembre encontrada en <https://vlex.es/vid/547472318>.

<sup>48</sup> Resolución de 2 de agosto de 2012, de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Guadarrama, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia, encontrada en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-12707](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-12707)

La Ley 8/2021 no ha hecho modificaciones en cuanto al procedimiento para obtener la emancipación; no obstante, ha cambiado el número de los artículos que lo regula. Ha pasado de estar regulado en el artículo 314 y siguientes del CC a estar en el 239 y siguientes también del CC.

La edad en general, significa para el Derecho una cualidad de la persona, un estado civil, de acuerdo con el cual se gradúa la capacidad de obrar de la misma.<sup>49</sup> La mayoría de edad comienza cuando las personas cumplen dieciocho años.<sup>50</sup> La edad afecta a los campos administrativos, políticos, civiles y otros de cualquier otra naturaleza. Se produce un cambio de situación jurídica, de modo automático sin tener en cuenta la voluntad de la persona que cumpla los 18 años o de quienes hasta entonces ejercían la potestad sobre él. Supone la plena independencia de la persona física y la salida instantánea de la patria potestad o tutela sin formalidades

La llegada de la mayoría de edad significa la desaparición de cualquier restricción de la capacidad de obrar que sufría la persona menor edad. En este sentido, el art. 246 dice: “El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Con la reforma de la Ley 8/2021 se suprime la expresión “capaz” para todos los actos de la vida civil, por la de “puede realizar”; siguiendo los principios para adecuarlo a la Convención de Nueva York.<sup>51</sup>

La única excepción a la mayoría de edad la encontramos en el artículo 175.1 del CC, que obliga al adoptante a tener 25 años. Esta excepción no es absoluta, ya que este mismo artículo afirma que “cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando”<sup>52</sup>. En derecho español la mayoría de edad no sufre modificaciones con el tiempo; por lo tanto, la persona mayor de edad no perderá la plena capacidad de obrar a no ser que sea provista de medidas de apoyo por sufrir enfermedades o graves alteraciones que afecten su salud mental.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Díez Picazo, L “Sistema sobre el Derecho Civil Volumen I”, Tecnos, Madrid, 2006, p.485.

<sup>50</sup> Artículo 240 del CC y artículo 12 de la CE

<sup>51</sup> Antiguo artículo 315 del CC, reformado por la Ley 8/2021. Actualmente se regula en el artículo 246 del CC.

<sup>52</sup> Artículo 175 del CC

<sup>53</sup> Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil, Tomo primero*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, página 861. El comentario de este artículo lo hace Luis Puig Ferriol.

El fundamento para que tenga lugar la emancipación voluntaria de los hijos la encontramos en que si los menores de edad han adquirido un grado de madurez suficiente para gobernarse por sí mismos, no tendría sentido imponerles un representante legal. El origen de este tipo de emancipación la encontramos en que hasta 1978 no se adquiría la mayoría de edad hasta que se cumplían los 23 años.<sup>54</sup> En cuanto a los sujetos, encontramos a los titulares de la patria potestad y el hijo menor de edad que se quiere emancipar. El menor de edad deberá prestar su consentimiento y siempre debe tener 16 años cumplidos.<sup>55</sup> La emancipación solo pueden concederla de esta manera los que tengan la patria potestad. De Castro lo interpreta como un negocio jurídico unilateral propuestos por los progenitores, para cuya eficacia se necesita el consentimiento del hijo, ya que le afecta de manera directa. También interpreta vida independiente como tener domicilio propio o separación física y llevar una vida económica separada de los progenitores que ejercían la patria potestad.<sup>56</sup> El CC y el artículo 176.1 del Reglamento de la Ley del RC establecen que la emancipación voluntaria de los hijos se podrá hacer de dos formas; por comparecencia ante el encargado del RC o mediante escritura pública, siendo necesaria su inscripción en el RC para que produzca efectos contra terceros.<sup>57</sup>

Por último, el CC nos indica tres supuestos en los que los hijos mayores de 16 años podrán obtener la emancipación por concesión judicial. Estos son, “1º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2º Cuando los progenitores vivieren separados. 3º Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.”<sup>58</sup> El juez deberá a ambos progenitores, incluso en el caso de que uno de ellos que no ejerza la patria potestad. El artículo 245 del CC también permite a los jueces emancipar a los mayores de 16 años sujetos a tutela, si lo solicitan y previo informe del Ministerio Fiscal.

---

<sup>54</sup> Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil, Tomo primero, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, página 876. El comentario de este artículo lo hace Luis Puig Ferriol.

<sup>55</sup> Artículo 241 del CC

<sup>56</sup> De Castro, F., “*Derecho Civil*” Civitas, Madrid, 2008, páginas 213 y siguientes.

<sup>57</sup> Artículo 242 del CC

<sup>58</sup> Artículo 244 del CC; antes de la reforma de la Ley 8/2021 era el artículo 320 del CC

## 10. MEDIDAS DE APOYO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Esta sección del CC surge gracias a 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. Una de las principales modificaciones es el cambio de término de incapacidad por personas que precisen medidas de apoyo. El preámbulo de la citada ley afirma que el cambio se debe a que estas personas no sean consideradas como que no tienen capacidad. La Observación General de 2014 opinó que apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones. La nueva regulación defiende el interés patrimonial y los aspectos personales de las personas con discapacidad, pudiendo cualquier persona que lo necesite adquirir las medidas de apoyo.

Por lo tanto, “no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.”<sup>59</sup>

La última reforma del CC ha creado esta sección entre los artículos 249 y 253. Su finalidad es “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”<sup>60</sup> Se tratará de buscar siempre que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de decisiones atendiendo su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo son asistenciales y se pueden prestar por naturaleza voluntaria, guarda de hecho, curatela o por un defensor judicial.

---

<sup>59</sup> Preámbulo de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>60</sup> Artículo 249 del CC.



De acuerdo con la Ley del RC, la sentencia que imponga, modifique o extinga las medidas de apoyo se pueden inscribir en él.<sup>61</sup> El proceso para determinar las medidas de apoyo es largo y complejo. Consta de tres fases redactadas en el artículo 42 bis de la LJV.

El TS solo dictado la sentencia 589/2021, 8 de Septiembre de 2021 aplicando la Ley 8/2021. En ella afirma que los apoyos judiciales dejan de ser preferentes, pasando a ser subsidiarios respecto de las voluntarias propuestas por el interesado. El TS ha recalado que se debe ajustar a los principios de necesidad y proporcionalidad y que ha de respetar la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El tribunal también tumba las anteriores sentencias, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de capacidad y porque las medidas de apoyo no respetan a la autonomía del interesado.<sup>62</sup> Por lo tanto, podemos ver como la nueva regulación hace que los procedimientos judiciales se resuelvan de forma distinta. Ya no se modifica la capacidad y las personas con discapacidad pasan a ser escuchados a la hora de establecerles las medidas de apoyo.

### **10.1 Medidas voluntarias de apoyo**

La Ley 8/2021 modifica los artículos 254 y 255, introduciendo en la legislación la novedad de las medidas de apoyo voluntarias. La reforma ha permitido que cualquier persona pueda acordar sus propias medidas de apoyo en previsión de que no puedan ejercer adecuadamente su propia capacidad jurídica en un futuro. Se hará siempre en escritura pública. El Notario deberá comunicar de oficio la existencia de esta escritura al RC. En el caso de los menores de edad, deberá ser acordada por un juez, pudiendo hacer la petición el menor, los progenitores, el tutor o el Ministerio Fiscal. En este caso se escuchará los deseos y preferencias del menor. La importancia de las medidas voluntarias de apoyo está en que las autoridades judiciales solo podrán imponer otras medidas de apoyo en su defecto y en caso de que las consideren insuficientes.<sup>63</sup>

### **10.2 Poderes y mandatos preventivos**

La nueva regulación también trata la opción de que cualquier persona pueda otorgar un poder o un mandato en favor de otra para el caso de que en un futuro precise de medidas

---

<sup>61</sup> Artículo 72 de la Ley del RC.

<sup>62</sup> Sentencia del TS 589/2021, 8 de Septiembre de 2021 de la Sala de lo Civil encontrada en <https://vlex.es/vid/875733238#:~:text=La%20sentencia%20concluy%C3%B3%20que%20el,negativa%20a%20permitir%20la%20entrada>

<sup>63</sup> Artículos 254 y 255 del CC.

de apoyo. Su regulación la encontramos entre los artículos 256 y 262 del CC. Hasta el año 2003 los poderes y mandatos se podían extinguir por la incapacidad sobrevenida del mandante si este no había dispuesto de lo contrario.<sup>64</sup> La Ley 8/2021 también modifica el artículo 1732 que trata la extinción del mandato, modificando el apartado 4º estableciendo que el mandato solo podrá extinguirse “Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.”<sup>65</sup> Los poderes y mandatos preventivos son inscribibles en el RC de acuerdo con el artículo 4 de la Ley del RC.

La Observación General número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirmó que el artículo 12.2 de la Convención de Nueva York establece que la capacidad jurídica incluye la ser titular de derechos y la de actuar en derecho, lo que permite a cualquier persona otorgar los citados poderes o mandatos preventivos. Por el reconocimiento para ejecutar estos actos se ha dado la necesidad de regular los poderes y mandatos preventivos mediante la creación de una sección en el CC.<sup>66</sup>

Los poderes preventivos se extinguen por solicitud del curador. Admitida la solicitud, el Letrado de Administración de Justicia llamará para que comparezcan ante él, el solicitante, el apoderado, la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si hubiere alguna oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado citará a todos los interesados en una vista, siguiendo el procedimiento de un juicio verbal.

### **10.3 Guarda de hecho de las personas con discapacidad**

La Ley 8/2021 modifica los preceptos que se refieren a la guarda de hecho de las personas con discapacidad. Pasa de regularse de los artículo 303 al 306 a del 263 a 267 del CC. También se regula en el artículo 52 de la LJV. Los supuestos de guarda de hecho en personas con discapacidad ocurren cuando una persona ejerza sobre otra con discapacidad alguna función propia de la tutela, cuando el curador designado empezare sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, cuando el curador hubiese prolongado

---

<sup>64</sup> Artículo 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, que reformó el artículo 1732 del CC.

<sup>65</sup> Artículo 1732 del CC.

<sup>66</sup> Espiñeira Soto, I, Poderes y mandatos preventivos en la Ley 8/2021 de 2 de junio, *Notarios y Registradores*, Pagina web, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/poderes-y-mandatos-preventivos-ley-discapacidad/>

indebidamente sus funciones y cuando el curador sea una persona inhabilitada.<sup>67</sup> El CC entiende que la guarda de hecho en las personas con discapacidad es subsidiaria y excepcional, ya que únicamente ocurre si no se están aplicando eficazmente las medidas de apoyo.<sup>68</sup>

Para Rogel Vide es una relación jurídica informal. La considera como un hecho poco relevante o como una situación desviada, donde se ejercen las funciones tutelares. La principal diferencia entre la guarda de hecho y la tutela es que la primera es informal y la segunda formal, entendiendo ambas como relaciones dentro del Derecho de Familia.

#### **10.4 Curatela**

Como hemos indicado anteriormente, la Ley 8/2021 elimina la patria potestad prorrogada y los casos de tutela en las personas mayores de edad. Se establece un régimen donde la incapacidad deja de ser un estado civil y en el que aparecen las medidas de apoyo para las personas con discapacidad que las necesiten de manera continuada. Asimismo, como vimos en el apartado 10 de este trabajo que la resolución judicial determinará el alcance de estas medidas de acuerdo con las necesidades de cada persona con discapacidad. Esta reforma ha cambiado toda la regulación de la curatela en el CC, pasando a regularse en los artículos 268 y siguientes de nuestro código.

Como dice la exposición de motivos de la Ley 8/2021, el significado de curatela es cuidado, siendo la finalidad de esta institución la asistencia, apoyo y ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas que lo necesiten. La reforma trata de reducir al mínimo los casos de representación, tratando que la mayoría sean de naturaleza asistencial. Como regla general, el curador no decidirá la voluntad de la persona con discapacidad, sino que simplemente se dedicará a realizar los actos especificados en la resolución judicial. No obstante hay supuestos en los que es inevitable que el curador no tenga funciones representativas. Por este motivo, dentro de la institución de la curatela encontremos dos tipos; la curatela ordinaria o asistencial, en la que interviene la persona con discapacidad con los apoyos previstos y la curatela representativa en el curador, excepcionalmente, deberá representar a la persona con discapacidad, quedando sustituida.

---

<sup>67</sup> Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil, Tomo primero, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, página 861. También hace referencia a la obra de Carlos Rogel Vide, La guarda de hecho, Madrid, 1986.

<sup>68</sup> Artículo 263 del CC

Por último cabe la posibilidad de que exista una curatela mixta, en la que se encarga al curador facultades asistenciales y representativas.<sup>69</sup>

#### *10.4.1 Autocuratela*

La Ley 8/2021 ha incluido la regulación de la autocuratela en el CC. La encontramos entre los artículos 271 y 274. Se trata de una institución de Derecho de Familia en la que se permite a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado designar o excluir el curador que le preste las medidas de apoyo en el supuesto de que en un futuro las necesite.

Se hará en escritura pública, pudiendo establecer reglas de administración, disposición de los bienes y retribución al curador. La autoridad judicial quedará vinculada al constituir la curatela, pero podrá prescindir total o parcialmente lo dispuesto en escritura pública, siempre que se haga de forma motivada.<sup>70</sup> Sus causas de extinción serán las mismas que las de la curatela.

#### *10.4.2 Nombramiento del curador*

Esta subsección del CC nace tras la reforma de la Ley 8/2021. Como hemos indicado en apartados anteriores, los curadores tendrán que ser designados por la autoridad judicial. Tomarán posesión del cargo ante el Letrado de Administración de Justicia. Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, las normas sobre el nombramiento de los curadores eran las que se aplicaban al nombramiento de los tutores.<sup>71</sup>

El CC establece que no podrán ser curadores “1º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.”<sup>72</sup> El juez nombrará curador a la persona haya propuesto quien precise de las medidas de apoyo. En su defecto nombrará al cónyuge, descendientes o ascendientes. Podrán ser nombrados más de un curadores para la misma persona y tendrán derecho a una retribución económica si lo permite el patrimonio de la persona con discapacidad.

---

<sup>69</sup> Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y artículo 269 del CC.

<sup>70</sup> Artículos 271 y 272 del CC.

<sup>71</sup> Artículo 291 del CC antes de la reforma de la Ley 8/2021.

<sup>72</sup> Artículo 275 del CC.

Dentro del régimen económico matrimonial del matrimonio encontramos el supuesto de que uno de los cónyuges sea nombrado curador del otro. Si tuviera representación plena del otro cónyuge, adquirirá la administración y disposición de los bienes de la sociedad en gananciales.<sup>73</sup> La Ley 8/2021 ha hecho modificaciones terminológicas en el artículo 1387 que regula estas situaciones. En la práctica no producirá ningún cambio.

#### *10.4.3 Ejercicio de la curatela*

Los curadores tendrán unas obligaciones, atribuciones, derechos y actos prohibidos durante el ejercicio de la curatela. Todas ellas vienen recogidas del artículo 282 al 290 del CC y en el artículo 44 de la LJV. Antes de comenzar el ejercicio de esta institución, el Juez podrá exigir la prestación de una fianza o la formación de inventario y constitución de depósito si lo considera oportuno por razones excepcionales, al igual que en la tutela.

Durante el ejercicio de la curatela se deberán prestar tanto las medidas de apoyo como las medidas de control que se hayan determinado en la sentencia. También se deberán rendir cuentas cuando lo haya impuesto la autoridad judicial, pudiendo ser exigido por esta como el Ministerio Fiscal. En cuanto a las atribuciones, el curador tendrá las que la sentencia determine. Por lo tanto, si la curatela es asistencial se limitará a prestar el apoyo para los supuestos que se haya determinado, y si es representativa podrá llegar a otorgar actos o negocios jurídicos en representación de la persona con discapacidad, siempre que no sea uno de los supuestos del artículo 287 del CC donde necesitará autorización judicial.

La autoridad judicial también determinará el importe y el modo de percibir la retribución económica del curador en el ejercicio de la curatela, así como el reembolso de los gastos justificados y la indemnización de los daños sufridos. El curador deberá actuar en todo caso de buena fe, no pudiendo recibir bienes a título oneroso de la persona con discapacidad. Pueden darse situaciones de conflicto de intereses, en las que el curador estará obligado a comunicárselo al Letrado de Administración de Justicia para que nombre a un defensor judicial.<sup>74</sup> En materia testamentaria, el artículo 753 del CC afirma que no surtirá efecto las disposiciones hechas en favor del curador representativo del testador salvo cuando se haya hecho una vez extinguida la curatela o sea pariente con derecho a suceder ab intestato.

---

<sup>73</sup> Artículo 1387 del CC.

<sup>74</sup> Artículos 282 al 290 del CC.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, la institución de la curatela queda mucho más regulada ya que trata supuestos que anteriormente no se trataban y se deja de aplicar analógicamente la regulación de la tutela. Anteriormente, la curatela estaba regulada entre los artículos 286 y 293 del CC. La desaparición del estado civil de incapacidad y la aparición de las medidas de apoyo han hecho que apenas se puedan comparar ambas regulaciones.

#### *10.4.4 Extinción de la curatela*

Las causas de extinción de la curatela no han variado con la Ley 8/2021; no obstante, se ha regulado dentro del CC entre los artículos 291 y 294. Las causas a las que nos referimos son el fallecimiento de la persona con discapacidad o y las situaciones en las que ya no sea preciso prestar las medidas de apoyo. Para esta última se necesitará una resolución judicial.

El CC contempla la posibilidad de que se tenga que cambiar de curador cuando no esté cumpliendo sus funciones o cuando haya una situación de conflicto prolongada. Tanto el nombramiento de un nuevo curador como la extinción del ejercicio de la curatela se harán por la autoridad judicial. Al igual que en la tutela, el curador deberá rendir cuentas a los tres meses de que finalice la curatela. Esta acción prescribe a los cinco años. En caso de que el curador haya causado daños o perjuicios a la persona a la que prestó el apoyo, y esta hubiere fallecido, deberá responder mediante una indemnización a sus herederos.<sup>75</sup>

#### *10.4.5 Defensor judicial de la persona con discapacidad*

La figura del defensor judicial ha tomado fuerza con Ley 8/2021. Su regulación ha cambiado por completo con esta reforma. El CC nos indica 5 supuestos en los que se necesita la designación de un defensor judicial para las personas con discapacidad, “1º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5º Cuando la

---

<sup>75</sup> Artículos 291, 292 y 294 del CC.

persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.”<sup>76</sup>

El único caso que coincide con la regulación anterior es el 2º. La DGRN ha emitido varias resoluciones a cerca del conflicto de intereses del curador. Según la resolución de la DGRN del 3 de abril de 1995 y la del 11 de marzo de 2003, en la liquidación de la sociedad de gananciales existe un conflicto de intereses cuando se incluyen bienes del premuerto en la formación del inventario.<sup>77</sup> La DGRN también ha establecido en estas resoluciones que existe un conflicto de intereses cuando las valoraciones la adjudicación de los bienes de una comunidad romana y cuando el cónyuge viudo adquiera el usufructo siendo el representante legal.<sup>78</sup>

Los defensores judiciales deberán respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. En relación con las causas de inhabilidad y las obligaciones serán las mismas que las de los curadores.<sup>79</sup>

## 11. TESTAMENTO

El propio CC define testamento como “el acto por el cual una persona dispone después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.”<sup>80</sup> La forma de hacer los testamentos de las personas con discapacidad viene regulada en el artículo 665 del CC. Este artículo ha sido modificado con la Ley 8/2021 y anteriormente en 1991 con la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Antes de 1991, los discapaces solo podían hacer testamento en un intervalo lúcido. En este caso el Notario debía designar 2 facultativos, además de los testigos, que lo reconozcan y den fe que tenía la capacidad necesaria para testar.

La Ley 30/1991 cambió la redacción de este artículo. En primer lugar estableció que la sentencia de incapacitación no debía pronunciarse sobre si podía hacer o no el testamento la persona discapacitada. En caso de que la sentencia no dijera nada, el Notario debía designar 2 facultativos que lo reconozcan, no siendo válido el testamento hasta que estos respondan de la capacidad del testador.<sup>81</sup> El TS afirmó que este precepto solo podía ser

---

<sup>76</sup> Artículo 295 del CC

<sup>77</sup> Resolución del 11 de marzo de 2003 de la DGRN, encontrada en <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2003-MARZO.htm>

<sup>78</sup> Resolución del 15 de septiembre de 2003 de la DGRN, encontrada en <https://www.notariosyregistradores.com/resoluciones/2003-OCTUBRE.htm>

<sup>79</sup> Artículo 297 del CC

<sup>80</sup> Artículo 667 del CC.

<sup>81</sup> Artículo 665 del CC antes de la reforma hecha por la Ley 8/2021.

usado cuando el testador hubiera sido incapacitado por resolución judicial en su sentencia del 7 de octubre de 1982. Por lo tanto, la persona que no se encontraba en un momento de lucidez no podía otorgar testamento de acuerdo con el artículo 663.2 complementado con el artículo 666 del CC. El Notario será el que aprecie la capacidad del testador y el que resuelva si tiene la suficiente para testar o no en estos casos.

Actualmente, el artículo 665 del CC deja en manos del Notario autorizante que la persona con discapacidad pueda otorgar o no testamento. El Notario deberá ayudar a la persona con discapacidad a razonar para que pueda expresar su voluntad. Si la persona con discapacidad no puede conformar o expresar su voluntad, el Notario no autorizará el testamento, de acuerdo con los artículos 663 y 666 del CC.

La mayoría de la doctrina coincide en que el único testamento que pueden hacer las personas con discapacidad es el notarial abierto. Además, el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña indica en su artículo 116 que las personas con alguna discapacidad solo podrán otorgar el testamento notarial abierto.<sup>82</sup>

## 12. HERENCIA

En esta sección nos centraremos en el caso que se plantea en el artículo 808. Dentro de la herencia de una persona encontramos la legítima que es “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos.”<sup>83</sup> El artículo 808 del CC da la posibilidad de que el testador disponga de la legítima de los herederos a favor de un heredero discapaz, quedando beneficiado con la legítima de los demás herederos. Si el testador no dispone lo contrario, lo recibido como legítima de los demás herederos quedará gravado con una sustitución fideicomisaria y no podrá disponer de los bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

Lo importante de este artículo es que con su nueva redacción cabe la posibilidad de que un heredero forzoso no adquiera nada de la herencia si el testador lo ha dispuesto en testamento. En la anterior redacción de este artículo, se daba la posibilidad al testador de establecer una sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario era el heredero con

---

<sup>82</sup> Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil, Tomo primero, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, página 1.677. El comentario de este artículo lo hace Luis Puig Ferriol.

<sup>83</sup> Artículo 806 del CC.



alguna discapacidad y los fideicomisarios sean los coherederos forzosos, pero en ningún caso se daba la posibilidad de que un heredero forzoso no adquiriera su legítima.

En caso de que al hacer la declaración de herederos abintestato, la abderación o al presentar un testamento cerrado el Notario se encontrara la existencia de un menor de edad sin representación, o de una persona con discapacidad sin los apoyos necesarios, deberá comunicárselo al Ministerio Fiscal para que les nombren un defensor judicial.<sup>84</sup>

### 13. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

En el siguiente apartado estudiaremos como la Ley 8/2021 ha modificado los preceptos de las obligaciones y contratos de las personas con discapacidad o menores de edad refiriéndonos especialmente a las causas de anulabilidad de los contratos.

#### **13.1 Obligaciones**

El único artículo del CC que se refiere a los menores de edad y personas con discapacidad dentro de las obligaciones es el 1163. El legislador opta por una postura más protectora para los pagos hechos a los menores de edad y personas que precisen de medidas de apoyo. El precepto afirma que el pago solo será válido en cuanto se convierta en la utilidad del menor de edad o del discapacitado. En su anterior redacción, no se hacía mención alguna a los menores de edad. En la validez de los pagos hechos a personas con discapacidad, deberá actuar sin las medidas de apoyo establecidas para que sea válido en cuanto se convierta en su utilidad. Además se añade un requisito subjetivo; la persona que deba hacer el pago no podrá aprovecharse ni obtener una ventaja injusta de hacer el pago a una persona con discapacidad.<sup>85</sup> Este requisito subjetivo no se contemplaba en la anterior redacción del artículo 1163 del CC, ya que se limitaba a establecer que el pago hecho a las personas con discapacidad solo será válido en cuanto se convierta en su utilidad.

El artículo 1903 del CC hace responsables a los tutores y a los curadores representativos de las obligaciones que nazcan de la culpa o negligencia de los actos que hayan podido hacer los menores de edad o las personas con discapacidad.

---

<sup>84</sup> Artículo 56, 57 y 62 de la Ley del Notariado.

<sup>85</sup> Mariño Pardo, F., Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: El pago hecho al menor o a la persona con discapacidad: el artículo 1163 del Código Civil., *Iuris Prudente*, Revista jurídica. (Disponible en <http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley-8.html>)

## 13.2 Contratos

El CC afirma que “los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.”<sup>86</sup> Por lo tanto, será válido que los menores de edad no emancipados presten su consentimiento para celebrar determinados contratos. Hasta el año 2015 los menores de edad no emancipados no podían prestar su consentimiento en los contratos. Con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se introduce este cambio, siempre que se respeten las prohibiciones legales y requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer.<sup>87</sup> La Ley 8/2021 elimina el apartado del artículo 1263 que se refería a los discapacitados. En su anterior redacción se establecía que no podían prestar su consentimiento las personas cuya resolución judicial no se lo permita. Actualmente los discapacitados podrán contratar siempre que la sentencia que establezca las medidas de apoyo no imponga que necesitan apoyos para contratar.

Una vez explicado cuando pueden los menores de edad y personas con discapacidad celebrar contratos, vamos a examinar que ocurre con los contratos celebrados sin los apoyos necesarios para ser celebrados. En primer lugar el artículo 1291.1º del CC indica que son rescindibles los contratos celebrados por los tutores y curadores representativos sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.<sup>88</sup> De Castro indica que un contrato es rescindible cuando es válidamente celebrado pero produce un perjuicio injusto a una de las partes. Lo interpreta como una ineficacia provocada, relativa, sobrevenida, que puede ser total o parcial y que puede ser sanable.<sup>89</sup> La Ley 8/2021 no ha modificado este apartado del CC. Se trata de dar una protección a los menores de edad y personas con discapacidad. Estos contratos solo son rescindibles si supera la pérdida de más de un cuarto del valor de las cosas. En caso de que produzcan una pérdida de menos de un cuarto del valor de las cosas, se podrá reclamar

---

<sup>86</sup> Artículo 1263 del CC.

<sup>87</sup> Artículo 1264 del CC.

<sup>88</sup> Artículo 1291 del CC.

<sup>89</sup> De Castro, F., “*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes,*” Civitas, Madrid, 2016, p. 103.

a los tutores y curadores una indemnización por daños y perjuicios, ya que celebraron los contratos sin autorización judicial.

El CC también regula los casos de anulabilidad en el supuesto de que los menores de edad o los discapacitados celebren un contrato sin que se cumplan los requisitos previstos en las leyes. Recordemos que la acción de nulidad caduca a los cuatro años. Este tiempo empezará a correr en el caso de los menores de edad desde que salieran de la patria potestad o la tutela; no obstante, en caso de que se hayan celebrado sin las medidas de apoyo previstas para las personas con discapacidad, comenzará a contar desde la celebración del contrato.<sup>90</sup> La Ley 8/2021 ha cambiado el momento en el que se empieza a contar el plazo de los contratos celebrados por personas discapaces sin los apoyos que precisen, ya que en su anterior redacción el artículo 1301 del CC indicaba que no se empezaba a contar desde que salieran de la tutela o curatela.

El artículo 1314 también da una especial protección a los menores de edad y a las personas con discapacidad. Establece que la acción de nulidad se extinguirá cuando se hubiese perdido la cosa, objeto del contrato, por culpa o dolo de quien pueda ejercitar la acción de nulidad. Sin embargo, si la causa de la acción fuera la minoría de edad, la pérdida de la cosa no impedirá ejercitar la acción salvo que hubiera ocurrido después de alcanzar la mayoría de edad. En el supuesto de haber prescindido de las medidas de apoyo necesarias para que contrate una persona con discapacidad, la pérdida de la cosa tampoco afectará a la acción de anulabilidad, siempre que el otro contrate fuera concededor de las medidas de apoyo.<sup>91</sup> Se aplica también el requisito subjetivo contemplado en el artículo 1163 del CC explicado en el apartado 13.1 de este trabajo.

La Ley 8/2021 modifica por completo el artículo 1302 del CC que regula quien puede ejercitar la acción de anulabilidad. En su anterior redacción no trataba los supuestos de anulación de los contratos celebrados por menores de edad o personas con discapacidad. En primer lugar, los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos mismos cuando alcancen la mayoría de edad. Recordemos lo explicado anteriormente en relación a la validez de los contratos que los menores hayan podido realizar por si mismos de acuerdo con el artículo 1263. Estos contratos no serán anulables en ningún caso. Los contratos celebrados por personas con

---

<sup>90</sup> Artículo 1301 del CC.

<sup>91</sup> Artículo 1314 del CC.

discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo podrán ser anulados por ellas mismas, por sus herederos y por la persona a la que le correspondió prestar el apoyo. En ambos supuestos, solo se podrá anular los contratos cuando no hubieren pasado los 4 años para ejercitar la acción de nulidad.<sup>92</sup>

La Ley 8/2021 modifica la redacción del artículo 1304. Indica que si un contrato es anulado por ser un contratante menor de edad, solo deberá restituir la parte en la que se enriqueció. Lo mismo tendrá que hacer las personas con discapacidad si esta fue la causa de la anulación del contrato, siempre que el otro contratante fuera concededor de las medidas de apoyo al celebrar el contrato. Otra vez más se les da una especial protección a los menores de edad y a las personas con discapacidad a la hora de celebrar contratos. Para concluir, la anulación de un contrato es posible sin la intervención de un Juez. Sus efectos son mutuo disenso, siempre que haya acuerdo entre las partes. No obstante, si queremos que tenga efectos retroactivos será necesaria una sentencia judicial.

### *13.2.1 Tipos de contratos*

A continuación analizaremos algunas normas que el CC impone a los tutores o curadores dentro de los tipos de contratos. La primera de ellas la encontramos en el artículo 1459.1º que prohíbe al tutor o curador comprar los bienes de la persona a la que representen. Antiguamente el Consejo de Familia podía autorizar la venta de un bien del menor o del discapacitado a su tutor o curador. Diez Picazo y Guillón opinan que la autoridad judicial, que es el órgano que actualmente ejerce las funciones del Consejo de Familia, puede autorizar la venta de estos bienes.<sup>93</sup>

En relación con los contratos de arrendamiento, los progenitores o tutores no podrán arrendar los bienes del menor de edad en un plazo superior a 6 años.<sup>94</sup> En cuanto a los mandatos, ya explicamos en el apartado referido a poderes y mandatos preventivos las modificaciones que había llevado a cabo la Ley 8/2021. En un contrato de depósito el CC regula el supuesto de que el depositario o el depositante sea un menor o un discapaz. Si el depositante es menor o una persona con discapacidad se vinculará al depositario a todas las obligaciones que nazcan del contrato.<sup>95</sup> En caso de que al depositante le hayan sido impuestas las medidas de apoyo después de constituir el depósito, la devolución se

---

<sup>92</sup> Artículo 1302 del CC.

<sup>93</sup> Diez Picazo, L “*Sistema sobre el Derecho Civil Volumen I*”, Tecnos, Madrid, 2006, p. 280.

<sup>94</sup> Artículo 1548 del CC.

<sup>95</sup> Artículo 1764 del CC.

ajustará a lo dispuesto en las medidas.<sup>96</sup> Siendo el depositario menor de edad o la persona que precise apoyo, solo habrá opción para reivindicar la cosa mientras esté en su poder. El requisito subjetivo ya comentado anteriormente también se da en este caso.<sup>97</sup> Por último, la LH indica que para “constituir o ampliar judicialmente y a instancia de parte cualquier hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, la competencia para decretar la hipoteca legal y la tramitación de la misma corresponderá al Juzgado en el que se tramite el nombramiento de los tutores.”<sup>98</sup> Esta fianza se decretará de oficio por la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal, siempre que lo consideren necesario. En la resolución judicial se expresará la cuantía de la fianza, debiendo presentarse junto a la escritura pública en los registros competentes.<sup>99</sup>

#### 14. CONCLUSIONES

Para concluir, con la Ley 8/2021 se ha conseguido que se adapte el ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La principal finalidad de esta convención fue que las personas con alguna discapacidad puedan disfrutar de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas en todos los aspectos de la vida. Para ello las administraciones públicas deben promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad.

La reforma se centra principalmente en el CC, ya que sienta las bases de la tutela y curatela. Se instaura un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, dándose una especial importancia a la institución de la curatela, a la del defensor judicial y a los poderes y mandatos preventivos. El CC no regulaba estas dos últimas opciones hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Se elimina el estado civil de la incapacitación al interpretarse que todas las personas tienen capacidad y son titulares de derechos en su toma de decisiones. La exposición de motivos de la ley no lo interpreta como “un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más

---

<sup>96</sup> Artículo 1773 del CC.

<sup>97</sup> Artículo 1765 del CC.

<sup>98</sup> Artículo 165.6 de la LH.

<sup>99</sup> Artículo 192 de la LH.

acertado enfoque de la realidad”<sup>100</sup> También se busca un cambio de la mentalidad social porque ya que se puede interpretar que es discriminatorio el hecho de que unas personas tengan capacidad y otras no.

Asimismo se elimina la patria potestad prorrogada, al considerarse como una institución poco adaptada a la realidad y la prodigalidad deja de ser una institución autónoma. Todas estas instituciones se sustituyen por las medidas de apoyo. Se trata de un mecanismo en el que el juez decide exactamente que situaciones necesita algún tipo de apoyo la persona con discapacidad.

Siempre que se impongan deben ser motivada. Tanto el menor de edad como la persona con discapacidad deberán ser escuchadas para que exprese sus voluntades, deseos y preferencias. La Ley 8/2021 crea el Título XI del Capítulo I del Libro I para regular estos apoyos. Estos artículos van a ser de vital importancia en la práctica, ya que a partir de ahora todas las sentencias que traten temas de las personas con discapacidad se deberán adaptar a estas.

Por último, en mi opinión se ha terminado de conseguir con la Ley 8/2021 lo que se trataba de conseguir en la Convención de Nueva York. El estado civil de la incapacitación dejaba a muchas personas sin poder para decidir sobre sus propios asuntos, cuando podrían tener capacidad para decidir sobre ellos. Con el nuevo sistema de medidas de apoyo se va a tener mucho más en cuenta la intención de los menores de edad y de la personas con alguna discapacidad. También me ha parecido un acierto que se escuche a los menores de edad a la hora de que sean parte de un procedimiento judicial.

Asimismo hay que destacar que tanto los menores, porque no han alcanzado la madurez suficiente como las personas con discapacidad parten de una situación de desventaja, lo que hace que tenga sentido que actúen con apoyos. Con todos los cambios introducidos se ha seguido respetando la especial protección que tenían estas personas a la hora de contratar especialmente.

No obstante, no solo encuentro ventajas en esta Ley. El nuevo sistema de medidas de apoyo va a obligar a las autoridades judiciales a reformar las medidas de apoyo en diversas ocasiones. Es posible que las personas con discapacidad vayan necesitando más apoyo a lo largo de los años, por lo que se necesitarán cambios en las resoluciones

---

<sup>100</sup> Preámbulo de la Ley 8/2021

judiciales. Si no se actualizan las medidas de apoyo, hay una alta probabilidad de que las personas con discapacidad puedan realizar actos partiendo de una situación injusta.

## 15. BIBLIOGRAFÍA

### LEGISLACIÓN

1. CE
2. CC
3. Ley del Notariado
4. LH
5. 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.
6. Ley del RC
7. LJV
8. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
9. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
10. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria

### JURISPRUDENCIA

11. Sentencia Tribunal Supremo num 325/1997 del 22 de abril de 1997 encontrada en <https://vlex.es/vid/convenciones-matrimoniales-patrimoniales-1774460>.
12. Sentencia del TS num. 225/2010 del 22 de abril de 2010, disponible en <https://vlex.es/vid/215149571>
13. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, número 616/2014, de 18 de noviembre encontrada en <https://vlex.es/vid/547472318>.

14. Sentencia del TS 589/2021, 8 de Septiembre de 2021 de la Sala de lo Civil encontrada en

<https://vlex.es/vid/875733238#:~:text=La%20sentencia%20concluy%C3%B3%20que%20el,negativa%20a%20permitir%20la%20entrada>

15. Sentencia CIVIL N° 473/2020, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, Rec 803/2019 de 20 de Julio de 2020 encontrada en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/relaciones-paterno-filiales>.

16. Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 285/2014, del 19 de marzo de 2014 encontrada en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a6757b2707b7386f/20150217>.

17. Resolución del 11 de marzo de 2003 de la DGRN, encontrada en <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2003-MARZO.htm>

18. Resolución del 15 de septiembre de 2003 de la DGRN, encontrada en <https://www.notariosyregistradores.com/resoluciones/2003-OCTUBRE.htm>

#### OBRAS DOCTRINALES

19. Bercovitz Rodriguez-Cano, R., “Manual de Derecho Civil de Familia”, Bercal S.A, Madrid, 2015, p. 149.

20. Castán Tobeñas, J., “Crisis del matrimonio”, Madrid, año y p. 37.

21. Castán, F. “la tutela judicial frente al ruido”, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 43.

22. De Castro, F., “*Derecho Civil*” Civitas, Madrid, 2008, páginas 213 y siguientes.

23. De Castro, F., “*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*”, Civitas, Madrid, 2016, p. 103.

24. Díez Picazo, L “Sistema sobre el Derecho Civil Volumen I”, Tecnos, Madrid, 2006, p. 127, p. 198, 245, 280, 485.

25. Lacruz Berdejo, JL., Sancho Rebullida, A., “El nuevo régimen de la familia. Tomo II: Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 65



26. Ministerio de Justicia, “*Comentario del Código Civil, Tomo primero*”, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 861, 876, 1677.

27. Serrano Alonso, E., “Manual de Derecho Civil Curso II”, Edisofer SL, Madrid, 2003, p. 382.

#### RECURSOS DE INTERNET

28. Espiñeira Soto, I., 2021, “*La reforma del artículo 9.6 ii del código civil. Su incidencia en la actuación notarial*”, NotariosyRegistradores.com, encontrado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/reforma-articulo-9-6-codigo-civil-su-incidencia-en-la-actuacion-notarial/>

29. Tradelex Abogados, 2021, “Los menores de 14 años podrán tramitar la nacionalidad española sin la autorización del encargado del Registro Civil” disponible en <https://tradelex.com/2021/08/30/los-menores-de-14-anos-podran-tramitar-la-nacionalidad-espanola-sin-la-autorizacion-del-encargado-del-registro-civil/>

30. Hijas Cid, E., 2021 “El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites” disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-67/6646-el-convenio-regulador-en-la-separacion-y-divorcio-notariales-naturaleza-contenido-y-limites>