



ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL
DE
LAS ISLAS CANARIAS

Los Balcones 18
35001 Las Palmas de G.C.
Tlf.:928336186



En sesión celebrada por la Junta Directiva de este Ilustre Colegio Notarial de las Islas Canarias, el pasado día 29 de abril de 2022, se adoptó entre otros el siguiente acuerdo: -----

"VIGESIMO NOVENO.- Por la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Canarias se aprobó la **circular sobre el acta de notoriedad como medio para acreditar el ejercicio de la guardia de hecho**, que se adjunta.-----

Lo que en cumplimiento del anterior acuerdo, traslado a V.S. a los efectos oportunos.-----

Las Palmas de Gran Canaria a 25 de mayo de 2022
EL CENSOR SEGUNDO

CIRCULAR DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS CANARIAS SOBRE EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO MEDIO PARA ACREDITAR EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE HECHO.

1.- Como recuerda la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 1 de marzo de 2016, *«entre las competencias que la legislación notarial asigna a las juntas directivas de los Colegios Notariales se encuentra la recogida en el ordinal segundo del artículo 327 del Reglamento Notarial...»* que *«... se enmarca en el modelo organizativo del notariado, definido en el artículo 1 del Reglamento Notarial por un equilibrio entre la plena autonomía e independencia en el ejercicio de su función y la dependencia jerárquica del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin perjuicio de la cual una parte de las facultades de orden administrativo son ejercidas por los Colegios Notariales, regidos por sus Juntas Directivas, con jurisdicción sobre los Notarios de su respectivo territorio.*

*»La competencia organizativa que el artículo 327 del Reglamento Notarial atribuye a las Juntas Directivas podrá ser ejercida por medio de «circulares» (...) cuya posibilidad de aprobación por las Juntas Directivas de los colegios está fuera de duda por virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 30/1992¹, pasaje legal que atribuye a los órganos administrativos la potestad genérica de dirigir las actividades de los jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio»². Entre las competencias de las Juntas Directivas está la de ordenar la correcta atención al público que, como indica la citada Resolución *«alcanza a los aspectos materiales ínsitos en la función, de forma que satisfaga los objetivos que justifican su existencia; y en este sentido, establece el artículo 24 de la Ley del Notariado que “los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan”»³.**

2.- El Notario tiene *«el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial»* (art. 1 Ley Orgánica del Notariado y art. 1 y art. 60 Reglamento Notarial). Los

¹ Actualmente ver art. 6 Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

² Resolución DGRN de 1 de marzo de 2016.

³ Resolución DGRN de 1 de marzo de 2016.

Notarios como funcionarios públicos están sometidos a jerarquía. Así, el art. 307 del Reglamento Notarial, establece que *«los Notarios, en su organización jerárquica, dependen del Ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales y, a través de estos, del Consejo General del Notariado»*.

De la naturaleza de función pública deriva la obligación de prestación de funciones, deber que adquiere especial preeminencia cuando la rogación proviene de una persona con discapacidad, en tanto que, al Notario, se le exige garantizar el cumplimiento del art. 12 de la Convención⁴, haciéndolo efectivo en las relaciones jurídicas privadas, y permitiendo a la persona con discapacidad *«controlar sus propios asuntos»*⁵. *«En virtud del llamado principio de rogación, el notario está obligado a prestar su ministerio (art. 145 RN) siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida (art. 3 RN). Y, en caso de negarse a autorizar un instrumento público, salvo que concurra alguna de ambas imposibilidades citadas, incurrirá en una falta grave (también el art. 2 LN)»*⁶. El texto aprobado en Lima, el 8 de octubre de 2013, por la Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL), sobre Deontología y Reglas de Organización del Notariado, recuerda que el Notario, *«como oficial público debe prestar su Ministerio cuando sea requerido para ello, disponiendo de los medios materiales y humanos necesarios o convenientes para el debido cumplimiento del servicio público que su función conlleva»*⁷. Este deber ha de ser objeto de especial afán cuando quien requiere el ministerio notarial es una persona con discapacidad, respecto de la que el Notario debe hacer un *«esfuerzo considerable»* a fin de apoyar y garantizar el *«desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»*⁸.

3.- El 3 de septiembre de 2021 entró en vigor 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. Esta Ley pretende adecuar el ordenamiento jurídico español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en

⁴ Resolución DGSJFP de 25 de febrero de 2021.

⁵ Art. 12.5 de la Convención de la ONU.

⁶ Resolución DGSJFP de 23 de febrero de 2022.

⁷ Art. 8

⁸ Art. 249 del Código civil.

especial a lo prevenido en su artículo 12 que obliga a los estados a reconocer:

- que *«las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica»* (12.1).

- *«que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»* (12.2).

- Y obliga a los estados miembros a adoptar las *«medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria»* (12.5).

El Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de la ONU, interpretando la Convención, en su Observación general Nº 1 (2014), declaró: *«La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (...) la capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin»*⁹; *«para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse»*¹⁰; y *«que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas»*¹¹.

El Comité también señala como principios a seguir¹² : *que ejercer un derecho es tener acceso a él y poder disfrutarlo*¹³; *que las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley; que los países deben dejar de usar los sistemas sustitutivos de toma de decisiones*¹⁴, caso de la tutela, y *cambiar todas las leyes que discriminan a*

⁹ Observación general nº 1, apartado 12.

¹⁰ Observación general nº 1, apartado 14.

¹¹ Observación general nº 1, apartado 3.

¹² Cfr. *Documento adaptado y validado a lectura fácil por la Cooperativa Altavoz del Documento elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pág. 5 (https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_igualdad-ante-la-ley_LF.pdf)

¹³ Cooperativa Altavoz, op. cit., pág. 5.

¹⁴ Cooperativa Altavoz, op. cit., pág.6.

Sobre este punto el apartado 3 de la Observación general nº 1: *«El Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas».*

las personas con discapacidad¹⁵; que tener *capacidad jurídica* ha de entenderse en el sentido de tener derechos y obligaciones ante la ley y ser responsable de tus actos¹⁶.

Señala la Observación general nº 1: «13. *La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En instrumentos jurídicos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15) no se especifica la distinción entre capacidad mental y capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica».*

¹⁵ Cooperativa Altavoz, op. cit, pág. 5.

Dice la Observación general nº 1, apartado 7: «Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás».

¹⁶ «12. En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados partes de tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria". Observación general Nº 1 (2014) apartado 12 .

4.- La Ley 8/2021, de 2 de junio, supone una profunda transformación en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, que exige un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos que interactúan con ellas, especialmente Jueces, Fiscales, Abogados y Notarios¹⁷ y así lo reconoce la disposición adicional 2ª de la Ley. Esta norma atribuye al Notario un papel protagonista en la aplicación del citado art. 12, pues, como dice la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en la Resolución de 25 de febrero de 2021, *«el Notario es quien garantiza el cumplimiento del art. 12 de la Convención»*. El ejercicio de la capacidad jurídica, afecta de lleno a la actividad notarial, pues, como dice el artículo 1º de la Ley del Notariado, *«el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales»*. La naturaleza y características de la función notarial se acomodan en gran medida a los objetivos de la Convención, como *«apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona»*¹⁸, y el Notario puede y debe esforzarse activamente en ser apoyo de las personas con discapacidad para que puedan de forma real y efectiva ejercer en condiciones de igualdad su capacidad jurídica.

5.- En la nueva regulación *«conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus*

¹⁷ «76. Los Estados deben complementar las medidas de reforma legislativa con una formación destinada a las autoridades públicas, los funcionarios públicos, los proveedores de servicios, el sector privado, las personas con discapacidad, las familias y otros actores clave. Es imprescindible fomentar la capacidad respecto de la Convención para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de las personas con discapacidad a la capacidad jurídica. La formación también debería abordar las formas concomitantes de discriminación en relación con la capacidad jurídica que afectan a las personas con discapacidad, los tipos de prejuicios y los obstáculos que enfrentan determinados grupos de personas con discapacidad, así como la manera de fomentar y prestar apoyo para la adopción de decisiones». *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018, publicado el 12 de diciembre de 2017.

¹⁸ Observación general nº 1, apartado 26.

miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea»¹⁹.

La nueva regulación parte de considerar la guarda de hecho como una medida natural y habitual de apoyo en el ejercicio de la capacidad por las personas con discapacidad. *«Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial»²⁰.* La guarda de hecho es, por tanto, una institución jurídica de apoyo, a semejanza de la curatela, a su mismo nivel y preferente a esta, y que no precisa de una investidura judicial formal. *«La guarda de hecho es una medida informal de apoyo»²¹.*

Es por tanto lógico y deseable que la guarda de hecho alcance mayor protagonismo en el ámbito de las relaciones jurídico privadas y, en consecuencia, una mayor presencia en la documentación notarial, que la que tuvo bajo la vigencia de la normativa anterior, que fue escasa y anecdótica.

Al ser la guarda de hecho una medida de apoyo a semejanza de la curatela y, lo que es relevante, a su mismo nivel, el tratamiento que se debe dar en la oficina notarial a la comparecencia e intervención de la persona con discapacidad y al guardador ha de ser análoga a la del curador, si bien varía en cuanto a su acreditación pues, a diferencia de la curatela, *«no precisa de una investidura judicial»²².*

6.- Para que nazca la guarda de hecho, como institución de apoyo, la única exigencia es el consenso expreso o tácito (éste último será lo más frecuente) entre la persona necesitada de apoyos y el guardador de hecho. Tampoco es necesario que exista un reconocimiento oficial de la discapacidad de la persona, pues, como dice la exposición de motivos de la Ley 8/2021, *«es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo».*

La guarda de hecho como *«medida informal de apoyo»* (art. 250) tiene la ventaja de la simplicidad en su nacimiento, al no existir requisitos de investidura que cumplir, pero tiene todos los inconvenientes propios de la informalidad, como es la consiguiente inseguridad jurídica y la dificultad de la prueba.

¹⁹ Exposición de motivos de la Ley 8/2021.

²⁰ Art. 250 del Código civil.

²¹ Art. 250 del Código civil.

²² Exposición de motivos de la Ley 8/2021.

Facilitar la prueba de la existencia de la guarda es relevante a fin de allanar su ejercicio, garantizar los derechos de la persona con discapacidad, evitar fraudes, abusos o influencias indebida, evitar perjuicios a terceros y dar seguridad al tráfico jurídico y en ello puede y debe contribuir la función notarial.

La prueba de la guarda tiene gran provecho, en aquellos actos de mayor relevancia económica, personal o familiar, en los que se exige el otorgamiento de instrumentos públicos, dados los efectos sustantivos, ejecutivos, probatorios y acceso a Registros Públicos, de esta forma documental, que hacen conveniente la adopción de cautelas, en especial reforzar la prueba.

Pero la prueba notarial de la guarda de hecho es útil, no solo cuando se pretenda otorgar un acto en documento público (art. 1280 del Código civil), sino también, en general, en el desenvolvimiento cotidiano de la vida de la persona con discapacidad, para cualquier acto, contrato u otros negocios jurídicos para los que no se exigen la forma pública, los cuales se verán facilitados y ganarán en seguridad con la prueba de la guarda.

6.- Como dijo en su día la Circular de la Junta Directiva del Colegio de las Islas Canarias de 18 de enero de 2019, *«la existencia de un guardador de hecho (...) podrá ser acreditada mediante acta de notoriedad»*. Esta recomendación, anterior a la Ley 8/2021, adquiere hoy mayor vigencia. Sin duda, desde el punto de vista documental, el instrumento adecuado para facilitar esta prueba es el acta de notoriedad, pues, como dice el art. 209 del Reglamento Notarial, *«las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.»*

Estas actas en su tramitación se sujetan a lo dispuesto por el art. 209 del Reglamento Notarial.

a. - Los hechos a probar serán: la existencia de la guarda de hecho; su adecuado ejercicio; y que no existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente. Esto resulta del art. 263 del Código civil, al disponer que *«quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.»*

b. - Es recomendable informar a la persona apoyada de la posibilidad de establecer mecanismos de apoyo voluntario por la vía del artículo 255 del Código Civil.

Si la persona apoyada no tiene previsto o no desea formalizar apoyos voluntarios, pero sí usa la medida informal de apoyo de la guarda de hecho para el ejercicio de su capacidad jurídica:

Con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC).

En los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar pero que no tienen aptitud para prestar consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del Código civil.

En ese caso, el Notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar voluntad y de la inaptitud de prestar consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente de que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo, si bien, «no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar».

c. – Respecto de las pruebas, dispone el art. 209 del Reglamento Notarial, que «*el Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente*». Entre las posibles pruebas es recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical. Los testigos han conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son

ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. Otras pruebas recomendables a practicar podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del Registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el Notario considere conveniente. No parece aconsejable la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad.

7.- Algunas consideraciones prácticas en relación con el ejercicio de la guarda de hecho.

El ámbito de actuación del guardador de hecho viene marcado por la ley, pues estamos ante una medida informal reconocida legalmente:

a) Regla general. Actuación no representativa (asistencia)

- Por regla general la función del guardador es asistencial, no representativa. *«La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.»* (250 CC)

Por lo que, en su ejercicio, además de acreditar la existencia de la guarda, lo que se ve facilitado con el acta de notoriedad, **requiere la comparecencia simultanea de la persona con discapacidad y del guardador, es decir, la actuación del guardado y guardador.**

- Debe procurarse determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, aun haciendo un especial *«esfuerzo considerable»*. Es decir, no puede denegarse la actuación notarial sin que previamente se haya realizado ese especial esfuerzo.

- No se necesita declaración o autorización judicial, independientemente de la naturaleza, cuantía o trascendencia del acto, toda vez que *«las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado»* (Exposición de motivos Ley 8/2021)

- El Notario ha de procurar que los apoyos (incluida por tanto la guarda de hecho) para el ejercicio de *«la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida»* (Exposición de motivos Ley 8/2021). Por tanto, el Notario, en ejercicio de su deber de controlar la legalidad, *«procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida»*. Y también debe tener en consideración que *«no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios*

asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo» (art. 250 del Código civil).

b) Excepción. Actuación representativa.

Por excepción, únicamente, cuando tras hacerse un «*esfuerzo considerable*», sea imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona será necesaria: a) la atribución judicial de funciones representativas al guardador²³ y, b) además, en los casos enumerados en el art. 287 del Código civil, el guardador deberá recabar autorización judicial para prestar el consentimiento.²⁴

²³ «Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias». (Exposición de motivos Ley 8/2021).

«En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas» (Art. 249).

«Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad» (art. 264 del Código civil).

²⁴ «en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287» (Art. 264 del Código civil)

Art. 287 CC. El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

«No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan» (art. 264 del Código civil).

ANEXO: FORMULARIO.

ACTA DE NOTORIEDAD (Art. 209 RN)

NÚMERO *****

En ****, mi residencia, a *****

Ante mí, *****, Notario del Itre. Colegio de las Islas Canarias,

----- COMPARECEN: -----

Como requirentes:

DO*A (persona apoyada)*

DO*B (guardador de hecho)*

Como testigos:

DO*C**

DO*D**

----- INTERVENCIÓN -----

Intervienen en su propio nombre.

Les identifico por sus reseñados documentos, fotocopia de los cuales, que compruebo coinciden con sus originales, INCORPORO a esta matriz y que no será reproducido en las copias que de la presente se expidan. Constan de sus manifestaciones los datos personales. Tienen a mi juicio interés legítimo para este de ACTA DE NOTORIEDAD y

-----EXPONEN: -----

PRIMERO. - Que do *** precisa medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

Que desde el año ***, do *** viene prestando apoyos a don ***, como guardador de hecho, en el ejercicio de su capacidad.

Que do *** ha venido ejerciendo de forma adecuada la guarda de hecho.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.»

Que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente.

Que no existe entre do *** y do *** relación contractual que obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos.

SEGUNDO.- PRUEBAS.- Que para acreditar lo anteriormente expuesto ofrece las siguientes pruebas:

1º.- Aseveración de certeza. – Do* A y do* B declaran que son ciertos los hechos positivos y negativos manifestados en el exponendo primero.

2º.- Declaración testifical. - Los testigos do* C y do* D presentes en este acto, idóneos según aseguran, después de advertidos de las incapacidades e inhabilidades legales, de su responsabilidad y de las consecuencias de toda índole, que se derivarían de la falsedad o inexactitud de sus declaraciones, declaran:

Que conocen personalmente a do* A y a do* B y que les consta que son ciertos los hechos manifestados en el expositivo primero y que don B viene ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de do* A, prestando apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

3º.- [recomendable] Informe. - Me exhibe informe emitido por el trabajador social do*** que como documento unido INCORPORO a esta matriz.

4º.- Otras posibles pruebas (Información del Registro Civil) y otras que considere el Notario

TERCERO. - Y que, por lo expuesto,

----- ME REQUIEREN -----

A mí, el Notario, para la autorización de la presente ACTA DE NOTORIEDAD, a fin de que declare ser notorio que do* B viene ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho en favor de do* A, prestando apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Acepto el requerimiento.

----- DECLARACIÓN DE NOTORIEDAD -----

Y yo, el Notario, teniendo en cuenta lo anteriormente consignado y las pruebas practicadas, en base a lo dispuesto en la legislación vigente, **DECLARO SER NOTORIO QUE DO* B VIENE EJERCIENDO ADECUADAMENTE LA GUARDA DE HECHO DE DO* A, PRESTANDO APOYOS PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.**

-----SOLICITUD REGISTRAL-----

Los requirentes solicitan del Encargado del Registro Civil anote en los libros a su cargo la guarda de hecho al amparo de lo dispuesto en el art. 40. 3. 9º de Ley 20/2011, de 21 de julio.

— — —-RESERVAS Y ADVERTENCIAS LEGALES— — — — —

Los documentos públicos autorizados por Notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes (artículo 17 bis Ley del Notariado y 143 del Reglamento Notarial).

Hago, a los comparecientes, las reservas y advertencias legales, en especial las relativas al valor jurídico de sus declaraciones y consecuencia de las mismas por constar en documento público. En especial hago las siguientes:

INFORMACIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE HECHO:

1º.- Con carácter general la actuación del guardador de hecho es asistencial, por lo que:

a.- Cualquier acto o negocio jurídico debe realizarse por la propia persona con discapacidad apoyada por su guardador que asistirá *«a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias»* (250 del Código civil)

b.- No se precisa, ni pueda exigirse, autorización judicial, independientemente de la importancia, trascendencia o cuantía del acto, contrato o negocio jurídico que realice, toda vez que *«las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado»* (Exposición de motivos Ley 8/2021)

2º Únicamente deberá ser representativa la guarda de hecho en aquellos casos en los que tras hacerse un «esfuerzo considerable»²⁵ (art. 249 del Código civil) sea imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Por tanto, en estos casos el consentimiento será prestado por el guardador de hecho en funciones representativas, por lo que, únicamente se requiere la presencia del guardador y deben cumplirse los siguientes requisitos:

a.- La atribución judicial de funciones representativas al guardador.

*«Cuando, **excepcionalmente,** se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente del e jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad.*

²⁵ Art. 249 del Código civil.

La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad» (art. 264 del Código civil).

b.- Autorización judicial para determinados actos. El guardador autorizado por el Juez para actuar en funciones representativas en ocasiones además necesitará autorización judicial para determinados actos. Así, «en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial (...) para prestar consentimiento» (art. 264 del Código civil) en los siguientes actos:

«1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria». (art. 264 y 287 del Código civil).

c.- El guardador autorizado para actuar en funciones representativas no necesita autorización judicial especial para los siguientes actos.

«No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar» (art. 264 del Código civil).

d.- Defensor judicial.

En casos de incompatibilidad o intereses opuestos, además será necesaria la intervención de un defensor judicial. «La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan» (art. 264 del Código civil) .

B.- ADVERTENCIA SOBRE TRATAMIENTO DE DATOS Y OTRAS ADVERTENCIAS

————LECTURA Y AUTORIZACIÓN————

LEO esta acta al los* requirente*s y testigos, por su elección, previa advertencia de la opción del artículo 193 del Reglamento Notarial; manifiestan, después de preguntarles expresamente, haber quedado debidamente informados y no tener dudas sobre el contenido de la presente; enterados, la encuentran conforme, hacen constar su aprobación y firman conmigo, el Notario.

Del total contenido del presente instrumento público, que queda extendido en ***** , DOY FE.